



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Rui Miguel Pereira Matos da Costa

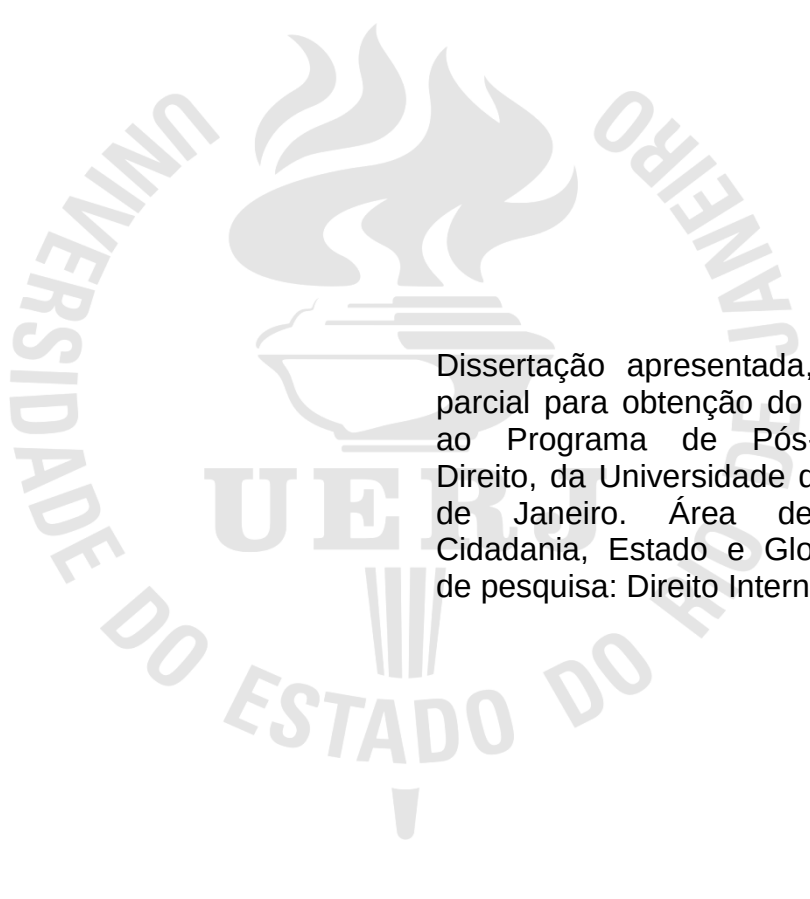
**Arbitragem, acesso à justiça e democracia no espaço
transnacional**

Rio de Janeiro

2015

Rui Miguel Pereira Matos da Costa

Arbitragem, acesso à justiça e democracia no espaço transnacional



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Internacional.

Orientadora: Prof.^a Dra. Carmen Tiburcio

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C837 Costa, Rui Miguel Pereira Matos da.
Arbitragem, acesso à justiça e democracia no espaço transnacional /
Rui Miguel Pereira Matos da Costa. - 2015.
316 f.

Orientador: Profa. Dra.Carmen Tiburcio.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Arbitragem internacional - Teses. 2. Acesso à justiça - Teses. 3.
Direito internacional público – Teses. I.Tiburcio, Carmen. Universidade do
Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341.63

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Rui Miguel Pereira Matos da Costa

Arbitragem, acesso à justiça e democracia no espaço transnacional

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Internacional.

Aprovada em 24 de agosto de 2015

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Carmen Tiburcio (Orientadora)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Daniel Gruenbaum
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Paula Wojcikiewicz Almeida
Fundação Getúlio Vargas

Rio de Janeiro
2015

DEDICATÓRIA

Dedicado àqueles que, em luta diária, nas pequenas e grandes tarefas, se esforçam por tornar o mundo um lugar melhor para todos nós, conscientes desta condição humana que nos une.

AGRADECIMENTOS

Começo, desde logo, por mencionar o meu agradecimento a todos os mestres que se esforçaram, ao longo de tantos anos, por transmitir as suas lições, pedra fundamental deste trabalho. Sinto-me privilegiado por, ao longo da minha vida académica, no Brasil e em Portugal, ter me sido concedida a oportunidade de privar com pessoas de rara elevação e preparação, académica e pessoal. Entre os mestres citados, não posso deixar de mencionar, com especial carinho, a minha orientadora, por sua contribuição fundamental para a concretização deste projeto. Igualmente, agradeço aos ilustres membros da banca a presença e colaboração.

Não posso esquecer os meus amigos e familiares que sempre se preocuparam com o andamento do curso e deste trabalho. Por vezes, perdidos em technicalidades, olvidamos que o nosso trabalho se destina a aplicação na vida prática das pessoas, afetando os seus anseios e possibilidades. Agradeço especialmente àqueles que não estão relacionados à área de Direito, por serem uma constante presença de realidade nos lembrando que a nossa tarefa é de serviço.

Ao Heitor Bastos Tigre, agradeço a oportunidade de evoluir.

Aos meus sogros agradeço a força, amizade e conforto que sempre dispensaram, para a concretização deste firme propósito. Ao meu irmão agradeço a convivência e a ajuda na construção daquilo que sou, e que também está expresso neste trabalho.

Aos meus pais agradeço tudo. Sem mais.

À minha esposa, meu esteio, agradeço a paciência, a compreensão e o amor. Sem o seu carinho, nada é possível.

Ora, como se avançou tanto no estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos da Terra que a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, a ideia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito político como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétua, em cuja contínua aproximação é possível encontrar-se só sob esta condição.

Immanuel Kant, A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico.

RESUMO

COSTA, R.M.P.M. *Arbitragem, acesso à justiça e democracia no espaço transnacional*. 2015. 316 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

O presente trabalho pretende analisar o instituto da arbitragem enquanto instrumento da aplicação da regra de direito e do acesso à justiça no espaço transnacional de Direito. A partir das insuficiências regulatórias da vida internacional, perdida na separação teórica entre Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado, percebemos, concomitantemente, as insuficiências da atual construção do instituto da arbitragem. Enquanto meio de resolução de litígios na esfera transnacional, de natureza *sui generis*, a arbitragem se constitui como um importante meio de tutela democrática e acesso à justiça, garantindo a aplicação da regra de Direito à escala global. Urge, assim, compreender o instituto além de mero instrumento de tutela dos interesses das partes, complementando-o com um elementar componente axiológico. Apenas dessa forma esse meio de jurisdição poderá garantir a igualdade democrática inerente à ideia de administração de justiça, num espaço de Direito. Finalmente, e como forma de tutelar essa participação coletiva na administração da justiça, são estudadas algumas consequências práticas relacionadas com a forma de intervenção de terceiros na resolução do litígio.

Palavras-chave: Arbitragem. Acesso à justiça. Democracia. Direito internacional público. Direito internacional privado.

ABSTRACT

COSTA, R.M.P.M. *Arbitration, access to justice and democracy in the transnational space*. 2015. 316 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

Through the present work, we intend to analyze the legal institute of arbitrations, as an instrument for the compliance with the rule of law in the Transnational Rule of Law Space. Beginning from the recognition of the international life regulatory insufficiencies, lost in the theoretical separation between Public International Law and Private International Law, we also understand the deficiencies on the construction of the arbitration institute. As a mean of dispute resolution in the transnational sphere, with a unique nature, arbitration is a crucial tool for the granting of democracy and access to justice, assuring the rule of law in a global scale. In consequence, it is urgent to understand the institute with a larger function; not only as a mean to guaranty the litigant parties interests, but as an institute with an axiological content. Only that way arbitration will grant a democratic equality on justice administration, in a Transnational Rule of Law Space. Finally, and as a way to give practical content to that collective participation on justice administration, we also study some practical consequences related with third party intervention in the litigation.

Keywords: Arbitration. Access to justice. Democracy. Public international law.
Private international law. Global governance.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	14
1	A APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA NA ESFERA INTERNACIONAL E A IMPORTÂNCIA DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL	30
1.1	A legitimidade da norma no direito internacional e democracia: sem juiz, sem legislador, sem polícia	32
1.1.1	<u>A atuação do Estado no direito internacional</u>	37
1.1.2	<u>A visão prática destes questionamentos</u>	39
1.1.2.1	A aplicação fragmentária e desformalização do direito internacional.	42
1.1.2.2	O abismo e a visão de túnel	47
1.1.2.3	O mesmo problema, afinal.....	50
1.1.3	<u>Do que necessita a ordem jurídica internacional?</u>	53
1.1.3.1	O que sugerem os dois autores?.....	53
1.1.3.2	A convergência dos autores	57
1.1.4	<u>A tutela da pessoa humana, enquanto indivíduo e coletividade, no direito internacional</u>	60
1.2	Novas premissas do direito internacional e a arbitragem	64
2	OS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS APLICÁVEIS À ARBITRAGEM INTERNACIONAL	68
2.1	A Convenção de Nova Iorque de 1958	72
2.1.1	<u>Uma análise crítica ao objeto da Convenção</u>	78
2.1.2	<u>A mudança de objeto da regulação</u>	80
2.1.3	<u>Considerações finais acerca da Convenção</u>	83
2.2	Lei Modelo da UNCITRAL	84
2.2.1	<u>Outras tentativas de uniformização: Lei Modelo do UNIDROIT</u>	85
2.2.2	<u>O esforço atual da UNCITRAL</u>	85

2.2.3	<u>Análise crítica à regulação da Lei modelo</u>	89
2.3	As instituições de arbitragem e normas de arbitragem <i>ad hoc</i>.	91
2.3.1	<u>Instituições de arbitragem</u>	93
2.3.1.1	ICC (<i>International Chamber of Commerce</i>)	94
2.3.1.2	AAA (<i>American Arbitration Association</i>)	97
2.3.1.3	LCIA (<i>London Court of International Arbitration</i>).....	98
2.3.1.4	ICSID (<i>International Center for the Settlement of Investment Disputes</i>)..	100
2.3.2	<u>Regras aplicáveis à arbitragem <i>Ad hoc</i></u>	103
2.3.2.1	UNCITRAL (<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>)....	104
2.4	A necessidade de uma regulação da arbitragem que assegure o interesse da coletividade	106
3	DIREITO GLOBAL E ARBITRAGEM	113
3.1	O Direito global e o processo transnacional	114
3.2	As representações de uma arbitragem internacional	122
3.3	A arbitragem como instituto fundamental do processo transnacional	128
4	A ARBITRAGEM E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA UM ESPAÇO TRANSNACIONAL DE DIREITO DEMOCRÁTICO	132
4.1	Insuficiências regulatórias da arbitragem internacional	132
4.2	A construção de um espaço transnacional de Direito democrático ...	134
4.3	Consequências para o sistema transnacional de arbitragem internacional	136
5	ARBITRAGEM, SISTEMA E ACESSO À JUSTIÇA	137
5.1	Breve histórico jurídico-político	137
5.2	O ressurgimento da arbitragem enquanto forma privada de resolução de litígios	141
5.3	Quais os limites da arbitragem?	144

5.4	Arbitragem, acesso à justiça, democracia e interesse público/coletivo	148
6	COMO ENQUADRAR A ARBITRAGEM NO SISTEMA JURÍDICO?	151
6.1	A importância do discurso democrático racional em Jurgen Habermas	153
6.2	A abordagem das capacidades de Amartya Sen	157
6.3	Enquadramento no discurso democrático da sociedade, na medida das suas necessidades.	160
7	A DUPLA NATUREZA DA ARBITRAGEM: EFEITOS JURISDICIONAIS E CONTRATUAIS	168
7.1	As considerações do poder/dever de Acesso à Justiça e a arbitragem – Natureza jurisdicional da arbitragem.	168
7.1.1	<u>Função social direta da convenção de arbitragem</u>	169
7.1.2	<u>O interesse na resolução do litígio.....</u>	170
7.1.3	<u>A função jurisdicional do árbitro.....</u>	173
7.2	O carácter contratual da cláusula de arbitragem – Natureza Convencional da arbitragem.	175
7.2.1	<u>Autonomia da vontade e função social do contrato.</u>	176
7.2.2	<u>O contrato e os seus efeitos sobre terceiros</u>	181
7.2.3	<u>A cláusula de arbitragem e a função social do contrato.</u>	182
7.3	Arbitragem, dupla função e consequências sociais	186
7.3.1	<u>Arbitragem e democracia.....</u>	189
7.3.2	<u>Composição do conflito de valores e interesses.....</u>	191
8	O PAPEL DO ÁRBITRO E O MANDATO DAS PARTES.....	197
8.1	A necessidade de uma nova visão do papel do árbitro	198
8.2	Conteúdo do novo papel do árbitro.....	200
8.3	Novo papel do árbitro e confidencialidade na arbitragem.....	202
9	A CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM	204

9.1	A relativização da confidencialidade do procedimento arbitral tendo em conta a sua natureza contratual.....	205
9.2	A relativização da confidencialidade do procedimento arbitral tendo em conta a especialização do procedimento.	206
9.3	Um novo entendimento operacional do instituto da confidencialidade na arbitragem.....	209
9.3.1	<u>As regras da UNCITRAL para a transparência das arbitragens de investimento</u>	210
10	A ARBITRAGEM E A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS – OS DEVERES DAS PARTES E A QUESTÃO DA ADESÃO À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA/CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	214
10.1	A natureza contratual da relação arbitral e os deveres das partes....	215
10.2	A determinação do mandato dos árbitros e os deveres das partes...	216
11	ARBITRAGEM E LEGITIMIDADE	218
11.1	Acesso à justiça e tutela coletiva.....	218
11.2	A inserção da arbitragem no sistema.....	219
11.3	A dupla natureza da arbitragem: convencional e jurisdicional	219
11.4	Novas ferramentas da arbitragem.....	221
11.5	Uma visão diferente	221
12	A QUESTÃO DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NA ARBITRAGEM - A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS E DE SITUAÇÕES JURÍDICAS DE TERCEIROS.....	223
12.1	A intervenção de terceiros na arbitragem vista pela doutrina existente.....	226
12.1.1	<u>O conceito de <i>Complex Arbitrations</i></u>	227
12.1.1.1	Intervenção de terceiros	229
12.1.1.2	As demais situações.....	231
12.2	As regras já existentes sobre participação de terceiros.....	234
12.2.1	<u>As regras de arbitragem</u>	234

12.2.1.1	ICC	235
12.2.1.2	LCIA	238
12.2.1.3	AAA	238
12.2.1.4	UNCITRAL.....	239
12.2.1.5	ICSID	239
12.2.2	<u>Leis nacionais</u>	240
12.2.2.1	França	240
12.2.2.2	Holanda e Bélgica	240
12.2.2.3	Suíça	241
12.2.2.4	Portugal	242
12.2.2.5	Inglaterra	242
12.2.2.6	EUA.....	243
12.2.2.7	Brasil	244
12.3	Conceito demasiado abrangente	245
12.3.1	<u>Avanço insuficiente</u>	246
13	A PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS COMO REGRA	250
13.1	As possíveis posições de terceiros	250
13.2	Uma visão alternativa	254
13.2.1	<u>Diferença entre <i>Investment Arbitration</i>, <i>Commercial Arbitration</i> e a “Terceira via”</u>	256
13.2.1.1	<i>Investment Arbitration</i>	257
13.2.1.2	<i>Commercial Arbitration</i>	260
13.2.1.3	Arbitragem comercial de Estado – “Terceira via”	261
13.3	A participação de terceiros de acordo com o tipo de arbitragem	264
13.3.1	<u>A tutela de situações jurídicas, reconhecidas pelo sistema e relacionadas coma a questão em litígio</u>	265
13.3.1.1	Na arbitragem comercial	267
13.3.1.2	Na arbitragem de investimento.....	268

13.3.1.3	Na arbitragem comercial com Estado.....	269
13.3.1.4	Intervenção de terceiros: interesse indireto (ONG´s)	270
13.3.2	<u>A intervenção do Estado, na qualidade de terceiro, em defesa do interesse público e/ou de normas imperativas</u>	271
13.3.2.1	A participação de ente do Estado presente na arbitragem de investimento	273
13.3.2.2	A participação de entes específicos dos Estados. O exemplo do Brasil: a figura do Ministério Público na defesa de direitos difusos	274
13.3.3	<u>A questão dos direitos humanos nos diferentes tipos de arbitragem</u>	275
13.3.3.1	Na arbitragem de investimento.....	276
13.3.3.2	Na arbitragem comercial em que participe um Estado	278
13.3.3.3	Na arbitragem comercial	280
13.3.3.4	Considerações finais	281
13.4	Ferramenta para o preenchimento de uma lacuna.....	282
	CONCLUSÃO	284
	REFERÊNCIAS	306

INTRODUÇÃO

Um dos aspectos que melhor caracteriza as organizações sociais, ao longo da história da humanidade, é a sua complexidade, imposta pela constante tensão entre os interesses coletivos, os interesses individuais, e os interesses individuais em conflito com o interesse público.

A insegurança que essa situação gera, e a decorrente necessidade de controlar a prevalência da “lei do mais forte”, justifica a existência de um corpo jurídico de normas destinadas a ordenar e conferir segurança a essas relações. Com a complexificação dessas situações, também a regulação se vai fazendo mais necessária e complexa.

Desde sempre, o recurso à arbitragem representa essas duas ideias: por um lado, o conflito; por outro o desejo inato por essa ordenação mínima, dos membros da sociedade.

Afinal, o recurso à arbitragem é a forma mais óbvia de jurisdição e resolução de um litígio: não sendo dois indivíduos capazes de encontrar uma composição satisfatória para a sua disputa, eles procuram um terceiro, em quem confiam e a quem conferem autoridade, para que encontre a melhor composição possível para o litígio.

O princípio é simples e de fácil inteligibilidade. A sua alternativa são as simples relações de força.

Após o crescimento do Estado moderno, e com acentralização nesta figura institucional do monopólio do uso da força, a arbitragem foi perdendo espaço, se acentuando o seu desprestígio. Já na contemporaneidade, com a inadequação dos Estados às necessidades do fenômeno conhecido como globalização, o instituto renasce representando a necessidade de trazer, para a esfera internacional, uma segurança jurídica mínima para todos os que trafegam nesse espaço.

Na ausência de uma ação contundente e coordenada dos Estados, a arbitragem surge como um meio de assegurar a jurisdição e o acesso à justiça naquele espaço.

É fácil constatar que na prática existe, já, um verdadeiro sistema de arbitragem internacional, feito de suas normas, instituições e procedimentos próprios.

Acerca desse sistema podemos dizer, desde logo, que se encontrando ele na esfera internacional, onde é notória a ausência de um poder central, o sistema acaba por se caracterizar essencialmente pelo seu conteúdo prático. Isso significa dizer que uma parte substancial do seu escopo normativo foi construído sem a participação do Estado e/ou, pelo menos, um fundo normativo sistemático similar aquele que detém a arbitragem na esfera interna.

Mais: parece ser um sistema desraigado, construído quase exclusivamente para atender à sua própria lógica e aos interesses daqueles que o utilizam com mais regularidade.

Será possível, quando falamos sobre qualquer instituto de Direito, ter uma visão tão redutora e pouco sistemática?

Qual o papel da arbitragem enquanto ferramenta para a regulação e bem-estar da coletividade? Que interesses a arbitragem tutela?

Que interesses deveria tutelar? Como inserir a arbitragem, principalmente, na sistemática axiológica do ordenamento jurídico?

Qual o papel desta arbitragem na regulação do espaço transnacional? Qual deveria ser, em comparação, o papel da arbitragem nessa esfera internacional?

São estas algumas das principais perguntas para as quais pretendemos oferecer a nossa contribuição, na construção das necessárias respostas coletivas. Sem qualquer pretensão, este trabalho deseja ser mais uma contribuição válida para o estudo do instituto.

E, assim, o trabalho está estruturado em três partes distintas.

A primeira parte discorre acerca do que é hoje, na nossa análise, o espaço normativo internacional, e as tendências que se impõem num mundo cada vez mais interativo. Essa reflexão se faz necessária, unicamente, como forma de enquadrar o instituto da arbitragem nas atuais relações ali existentes; e, tendo em conta esse contexto jurídico-político, propomos uma análise descritiva e crítica acerca das fontes e procedimentos aplicáveis à arbitragem internacional. Essa análise é feita sob um “pano de fundo”: a sua função axiológica de garantia de acesso à justiça na esfera internacional.

Na segunda parte, o foco da análise passa pelo estudo da existência, ou não, de um conteúdo axiológico enformador da construção normativa aplicável ao sistema de arbitragem internacional. Esse estudo confronta a ideia de arbitragem com a sua função contratual e jurisdicional. Sendo um instrumento privado e com fortes características contratuais, ele não deixa de ser um instituto de acesso à justiça e, assim, essencial para a ideia de sociedade, direito e democracia. As reflexões feitas nesta parte são uma ponte: para suprir as necessidades do passado; e para sustentação do exposto na parte seguinte e na conclusão.

A terceira parte tratará, por isso, de como aplicar, na prática, as soluções propostas anteriormente. Concretamente, a possibilidade de a arbitragem permitir a interação entre as partes litigantes, os árbitros, as câmaras de arbitragem e os terceiros interessados na resolução da disputa.

A esse propósito diferenciaremos entre os diferentes tipos de arbitragem, e a sua maior, ou menor, necessidade de interação com o interesse social coletivo.

Destacaremos algumas situações como a intervenção de ente público; de terceiro civil, interessado na resolução da disputa; e, de terceiros em casos de tutela dos Direitos Humanos.

Compreendemos que estas situações se podem qualificar como marginais e, até, pouco comuns. No entanto, são situações que a doutrina vem identificando de forma crescente e para as quais a construção atual não apresenta respostas suficientes.

Esclarece-se, ainda, que não está incluída no escopo deste trabalho a arbitragem de Direito Internacional Público. Embora represente uma forma importante de jurisdição e aplicação da norma de Direito entre Estados, não faz parte do foco deste trabalho.

Feita a apresentação do trabalho, discorreremos, brevemente e de forma introdutória, sobre os temas tratados.

O presente trabalho tem um grande foco na questão do enquadramento da arbitragem no contexto da regulação internacional.

O espaço internacional tem vindo a ser progressivamente “ocupado” por relações cada vez mais profundas, interdependentes e, naturalmente complexas. Em comparação, podemos contrapor a realidade atual, em que há uma progressiva regulação da esfera global, com a realidade histórica, em que frequentemente os litígios eram resolvidos por uma constante ponderação de forças.

O que ocorre é que a ordem de Vestefália, que inaugurou aquilo que conhecemos, hoje, como direito internacional, dizia respeito a uma relação muito diferente daquela que temos vindo a conhecer nos últimos 50 anos. Assim, um sistema normativo que tinha como sujeitos os Estados soberanos evoluiu e passou a abrigar, também, as organizações internacionais; depois os indivíduos, em situações concretas; e a sua evolução, em certos campos, prosseguiu lentamente e, noutros, parou mesmo nesse estágio.

Compreende-se porquê; as mudanças ocorreram a uma velocidade assustadora, nos últimos 50 anos. Parece um lugar comum, mas é evidente que as mudanças nas relações entre sujeitos e jurisdições, que passaram de uma esfera meramente local para uma dimensão global, pegaram os Estados de surpresa.

De fato, parece claro que os Estados, ainda hoje, se estão a tentar adaptar às exigências da nova realidade global; e que a velocidade da sua ação normativa, não foi capaz de acompanhar a crescente interação das relações entre privados, à escala global.

A insegurança jurídica que isso cria é imensa; e à sensação de vácuo normativo corresponde, enfim, uma ideia de insuficiência da norma internacional para atender aos desejos dos indivíduos (pessoas físicas e empresas de todas as dimensões).

Cria-se, assim, um vácuo que apela à necessidade de uma resposta integradora. De uma resposta de convergência entre os ramos de direito internacional, direito internacional público e direito internacional privado, resumidos na ideia de um suposto direito transnacional.

O que fica claro, como se demonstrará, é que a tarefa hercúlea de estabelecer um sistema normativo global não pode mais ser realizada apenas pelos Estados. A velocidade das relações contemporâneas faz com que a colaboração de outros novos atores internacionais (indivíduos, empresas e organizações não governamentais), colaborem com os Estados na criação de normas que permitam o desenvolvimento de atividades à escala global.

O que sim, é necessário acautelar, é que essas normas não sejam meras construções corporativistas ou ditames práticos e procedimentais quase religiosos. Não existe norma jurídica sem valores, sem conteúdo ético e, por isso, a construção desse sistema deverá necessariamente respeitar, em cada caso concreto, os valores inerentes ou relacionados a cada procedimento.

Essa questão é verdadeira, inclusive, para a arbitragem. Pela sua importância para as relações comerciais globais, a arbitragem desenvolveu uma construção normativa mínima e fragmentada que tem vindo a ser sistematizada pela doutrina.

Algumas representações de arbitragem têm vindo a ser desenvolvidas e, no nosso entendimento, aquela que mais se aproxima da atual realidade, é a que desvincula a arbitragem de fenômenos exclusivamente estatais (internos), e defende a existência de um verdadeiro sistema normativo transnacional aplicável à arbitragem.

Se corroboramos este último entendimento, não podemos deixar de registrar a necessidade de que esse corpo normativo, que de fato existe, tenha um conteúdo jurídico e não constitua meras regras práticas. Isso apenas se faz conferindo às normas um substrato axiológico.

Afinal, são os procedimentos que se devem adequar aos valores, e não o contrário.

Aproveitando a última ideia exposta, surge a questão: o Direito deve se subjugar e inferiorizar aos interesses econômicos? Em tempos de globalização, massificação e crescimento de desigualdade, não temos tempo para a obtenção da Justiça? Será que a arbitragem, enquanto meio alternativo de resolução de litígio de caráter privado e, hoje, com objetivos bastante distintos dos meios tradicionais de “Administração da Justiça”, cumpre satisfatoriamente os requisitos de democracia e pacificação social na resolução dos diferendos?

Qualquer trabalho sobre arbitragem deveria começar não apenas pelo reconhecimento desse conteúdo prático do instituto, mas também pela formulação, na sua origem, de uma pergunta relacionada à sua conformidade axiológica. A prática é essencial, mas quando o mundo corre à velocidade atual, corremos o risco de, amarrados a verdades absolutas, esquecermos que essa prática corresponde a valores. Não podemos esquecer que a arbitragem corresponde a um dos valores mais importantes da construção democrática: o do Acesso à Justiça.

Não seria arriscado dizer que este é um princípio básico e inerente à própria ideia de Estado de Direito. Como veremos, neste trabalho, o princípio do acesso à justiça era (ainda é, na maioria das vezes...) sinónimo teórico da centralização da administração dos litígios na figura dos Estados.

Para que a arbitragem faça sentido, o instituto deve estar ancorado e ser interpretado neste contexto; de outra forma será, apenas, um fenómeno quase-

jurídico, um mero procedimento fático: dois privados que celebram um acordo entre si em relação a uma diferença que os distingue.

Assim, e se para pensarmos em arbitragem temos de pensar, em referência, ao princípio do Acesso à Justiça/tutela jurisdicional, isso quer dizer que a arbitragem deverá, necessariamente, respeitar princípios de igualdade de acesso; igualdade de tratamento; e resolução jurídica do caso. Sem medo de que isso “atrapalhe” o desenvolvimento econômico.¹

Historicamente, e na ausência de um poder político-jurisdicional forte, o instituto já foi fundamental na administração da justiça entre os privados. A perda da sua relevância corresponde ao crescimento histórico de poderes territorialmente mais fortes e centralizados, tendo sido quase totalmente erradicado, em tempos recentes, por uma crença inabalável na função do Estado enquanto administrador de litígios.

Atualmente, e em contraponto ao que acabamos de relatar, no período dos últimos cinquenta a sessenta anos, recuperou muito do seu prestígio e utilidade. Já o mencionamos acima.

A sua adaptabilidade e simplicidade faz com que a história da arbitragem seja milenar, e represente uma tentativa primitiva de resolução de litígios entre privados. Ele é, sem dúvida, o instituto que melhor resume a ideia de administração privada dos litígios.

Antes da existência de um Estado forte e centralizador², algo que só foi ocorrer na segunda metade do século XIX e no início do século XX, a arbitragem era, portanto, uma necessidade. Com o crescimento desse Estado forte, e a cada vez maior publicização da Administração da Justiça, a sua importância foi sendo reduzida. A ideia de Acesso à Justiça e Estado de Direito são construídas neste período e, sem sombra de dúvida, o desprestígio da arbitragem se relaciona com o proporcional incremento de importância destes dois princípios.

¹ Sobre desenvolvimento e acesso à justiça, e a sua importância para o Brasil e para a agenda global, veja-se o artigo em referência. SPEKTOR, Matias. O risco de atrapalhar. Jornal Folha de São Paulo, São Paulo, de 09/07/2014. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/matiasspektor/2014/07/1483228-o-risco-de-atrapalhar.shtml>>. Acesso em: 30/05/2015.

² Sobre esse tema, vejam-se os comentários à posição Hegeliana: “O primeiro grupo é o dos argumentos de natureza filosófica, quase exclusivamente de raiz hegeliana, já que derivam da concepção hegeliana da História. Se o Estado é a encarnação ideal na História não pode, por definição, sem se negar, submeter-se a uma autoridade superior, a uma disciplina jurídica.”. PEREIRA, André Gonçalves/QUADROS, Canuto Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, Coimbra, 1993. Pág. 48-49.

Paradoxalmente, no entanto, o advento de um mundo globalizado e interconectado, em contraponto à ausência de um poder forte na esfera internacional para a administração da justiça, levou a que a arbitragem recuperasse o seu prestígio enquanto forma de resolução de litígios³.

Assim, a arbitragem, da mesma forma que foi excluída da esfera interna pelo crescimento de outros institutos relacionados, ressurge na esfera externa onde a ausência de um poder público forte recria as condições históricas que permitem o seu florescimento. Mais do que isso: atualmente, e perante a ausência desse poder, a arbitragem é uma garantia mínima de acesso à justiça e Estado de Direito (no sentido de *rule of law*) nessa esfera.

Reconhecendo esse papel importante da arbitragem, verificamos que o instituto se encontra no meio da ponte: ele é, numa análise além do seu “microcosmos”, desejado e indesejado.

Afinal, por um lado, ele significa uma derrogação de alguns dos bons valores que, sociologicamente, asseguramos para as nossas comunidades. Parece incontestável o princípio de que a todos é assegurado o acesso à justiça, em condições de igualdade, num sistema administrado por um ente público coletivo que detém o monopólio da administração da justiça: a criação de um tribunal privado, neste contexto, não deixa de ser uma estrutura absurda e, nesse sentido, é um instituto indesejado, na perspectiva do sistema.

Mas então, por que necessitamos arbitragem? Porque é desejável o instituto?

Na esfera interna, a arbitragem tem sido entendida como necessária, não pela ausência de um poder jurisdicional forte, mas pelas necessidades impostas pelo mundo moderno, especialmente as de celeridade e especialização. Parece claro que este é um instituto mais apto do que os meios Estatais a satisfazer as pretensões das partes. Isso apesar dos esforços de adaptabilidade dos Estados, quanto ao seu serviço jurisdicional.

A necessidade da arbitragem confunde-se, de certa forma, com os objetivos deste meio de resolução de litígios. O objetivo da arbitragem é o de prover uma

³ Sobre esse tema, veja-se o seguinte trecho: “*In recent decades, arbitration has grown from a traditional dispute settlement system mostly used in certain countries into one used worldwide both for domestic and even more for international disputes. And the parties relying on arbitration in their contracts and later in their disputes are no more only private enterprises, but also states, and – as I will mention later – international organizations.*”. BOCKSTIEGEL, Karl- Heinz. The role of arbitration within today’s challenges to the world community and to International Law. *Arbitration International*. Oxford: Oxford University Press, Vol. 22, No. 2, p. 165-178, jun. 2006.

solução para determinado litígio, definido pelas partes com fundamento na sua autonomia, com especialidade técnica e celeridade, satisfazendo os seus interesses. O objetivo da arbitragem é, assim, eminentemente prático.

Por sua vez, a necessidade deste instituto na esfera internacional, diz respeito à ausência de um poder soberano entre os Estados, confrontado com o desejo das partes em regular o seu litígio e continuar a realizar a sua atividade nessa esfera.

Ficam assim garantidas, por um lado, a imparcialidade em relação aos tribunais nacionais e, por outro, a celeridade e a especialização técnica necessárias para que as empresas possam funcionar num espaço com regulação praticamente inexistente, dada a ausência de poder normativo central.

Em suma, e no que toca à caracterização da Arbitragem enquanto meio alternativo de resolução de litígios, deve ser feita uma distinção entre as realidades das esferas interna e internacional.

Assim, na esfera interna a arbitragem é, de fato, um meio alternativo de resolução de litígio; a sua aplicação encontra, ainda, uma alternativa forte no meio jurisdicional, os tribunais estatais. Isso ocorre, especialmente, quando falamos em indivíduos pessoa física; talvez já não seja verdade se olharmos para o universo dos litígios entre empresas. Mas, de qualquer forma, a arbitragem na esfera interna continua a ser encarada como um meio alternativo de resolução de litígios.

Pelo contrário, na esfera internacional essa não é a realidade: a arbitragem passou a ser, nos últimos anos, o principal meio de resolução de litígios entre privados, nas suas transações internacionais. Não é precisa muita análise para chegar a esta conclusão, basta vermos a proliferação de centros de arbitragem, ou a quantidade de países que alteram a sua legislação para serem “*arbitration friendly*”.

Com muitas vantagens para o florescimento da vida internacional (por exemplo, do comércio). Não será exagero supor que a existência de uma forma simples, rápida e segura de resolver as disputas terão sido fatores determinantes, (em conjunto com outros, claro) para diminuir os riscos inerentes a uma qualquer transação internacional.

Feitas estas considerações, somos reencaminhados à questão de como inserir a arbitragem, instituto controverso e criador de ostensivas desigualdades na administração dos litígios, num sistema ontologicamente definido pelas ideias de Estado de Direito, Igualdade e Acesso à Justiça.

Pretendemos, por isso, e acima de tudo, falar de valores. Inclusive em detrimento da prática.

Isso porque, afinal de contas, o Direito não é apenas uma ordem ou declaração normativa emitida por um soberano ou por partes com poderes juridicamente capazes. Não tratamos de uma ciência meramente positiva, tratamos de valores, de sociedade, de necessidades sociais... E todos os institutos devem levar em conta este tipo de variáveis. Inclusive (e especialmente) a arbitragem.

O Direito é, sem dúvida, uma construção axiológica de princípios assegurados pelo sistema. No entanto, na arbitragem, não têm sido esses valores, mas antes as suas especificidades e vantagens práticas que têm sustentado a sua importância. Mas será que, numa perspectiva jurídica, essa força prática será suficiente para satisfazer as demandas da comunidade?

As lições da história poderão ser úteis neste caso: a origem da *Common Law*, no final do séc. XI, baseava-se na necessidade social de ter um meio de resolução de litígios que conferisse segurança aos jurisdicionados. Esta preocupação com o processo se sobrepunha à necessidade de justiça material para o caso concreto. Como é claro, em dado momento, os jurisdicionados sentiram a necessidade de procurar justiça material para o seu caso e, assim passaram a pedir ao Rei para oferecer essa justiça material. Nasceu, assim, o tribunal de *Equity* em paralelo à jurisdição da *Common Law*⁴.

A conclusão é que não bastava haver uma solução para o caso; era necessário existir, igualmente, uma solução satisfatória para a sociedade. Era nessa satisfação da tutela coletiva que se encontrava a legitimidade dessa forma de resolução de litígios.

Salvaguardadas as devidas distâncias, parece-nos ser, genericamente, o mesmo caso, no que diz respeito à arbitragem.

Não se questiona a utilidade prática do instituto arbitral; pelo contrário, não temos qualquer dúvida da sua utilidade e importância, e já o afirmamos acima. Mas aquilo que advogamos, neste trabalho, é que a melhor forma de potencializar as qualidades do instituto será lhe conferindo maior legitimidade e um maior conteúdo material.

⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*/René David; tradução Herminio A. Carvalho. 4ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pág. 357 a 377.

Estamos a falar de legitimidade do instituto, apesar dos seus benefícios práticos; estamos a falar, concretamente, da conformidade da arbitragem com as ideias de acesso à justiça, Estado de Direito, Democracia e igualdade. É, afinal, dessa conformidade que lhe advém a legitimidade ao instituto.

Assim, é nefasto e limitador circunscrever os efeitos da arbitragem às partes que a acordam entre si.

Isto porque a arbitragem, como qualquer outro meio de resolução de litígios, não serve apenas o propósito das partes envolvidas; todos os meios de resolução de litígio respondem, adicionalmente, ao interesse de toda a sociedade em que o litígio cesse para que o tráfego jurídico continue com normalidade e segurança. Em suma, todos os meios de jurisdição pretendem assegurar, a todos os jurisdicionados, a aplicação do Direito em condições de igualdade; assegurar, a todos, o acesso à justiça⁵.

A jurisdição é necessária para evitar que os privados tomem a resolução do caso concreto pelas próprias mãos; para garantir que a solução do caso não se faz por mero recurso à “Lei do mais forte”; e, assim, para que a sociedade como um todo garanta a obtenção de uma solução justa e conforme ao Direito⁶.

⁵Sobre a importância do Direito de Acesso à Justiça, na sua perspectiva processual: “Talvez não haja qualquer exagero na constatação de que esses direitos de caráter penal, processual e processual-penal cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado Democrático de Direito.”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional/Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 3ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 491.

⁶ Do mesmo autor anteriormente referido, e acerca do conteúdo do conceito de conformidade ao Direito. De salientar a importância desta transcrição, pela sua função teleológica e orientadora do presente trabalho: “A solução do dilema – diz Kriele – consiste no fato de que o Estado incorpora, em certo sentido, a defesa dos direitos humanos em seu próprio poder, ao se definir o poder do Estado como o poder defensor dos direitos humanos. Todavia, adverte Kriele, “sem divisão de poderes e em especial sem independência judicial isto não passará de uma declaração de intenções”. É o que explicita Kriele, “os direitos humanos somente podem ser realizados quando limitam o poder do Estado, quando o poder estatal está baseado em uma ordem jurídica que inclui a defesa dos direitos humanos”. Nessa linha, ainda expressiva conclusão de Kriele: “Os direitos humanos estabelecem condições e limites àqueles que têm competência de modificar o direito e negam o poder de violar o direito. Certamente, todos os direitos não podem fazer nada contra um poder fático, a potestas desnuda, como tampouco nada pode fazer a moral face ao cinismo. Os direitos somente têm efeito frente a outros direitos, os direitos humanos somente em face a um poder jurídico, isto é, em face a competência cuja origem jurídica e cujo status jurídico seja respeitado pelo titular da competência. Esta é a razão profunda porque os direitos humanos somente podem funcionar em um Estado constitucional. Para a eficácia dos direitos humanos a independência judicial é mais importante do que o catálogo de direitos fundamentais contidos na Constituição”. Tem-se, assim, em rápidas linhas, o significado que os direitos fundamentais de caráter processual, assumem para a ordem constitucional como um todo. Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais.”. MENDES, op. cit., pág. 492.

Esta premissa não quer dizer, contudo, que não possam as partes acordar entre si para evitar ou compor um litígio; mas a partir do momento em que as partes chegam a recorrer a um processo de litigância, em que ela alcança uma esfera de relevância social, ela deve observar alguns princípios e valores que garantam a tutela da sociedade.

Esclarecendo esta ideia, é fundamental referir que, como é óbvio, nem todos os litígios têm a mesma relevância para o coletivo. Existem, sim, litígios que dificilmente saem da esfera das partes. Nesses casos, o interesse e a tutela coletiva ocorre pela mera necessidade de obtenção de paz social.

Mas existem outras situações em que pelo contrário, as disputas fogem da mera esfera das partes, e onde a necessidade de tutela coletiva e controle da sociedade se torna evidente.

É preciso ter em conta que a convergência das esferas pública e privada é cada vez maior, a integração é cada vez maior. E que, tendo isto em conta, todos os institutos jurídicos se devem habituar e considerar essa crescente interação.

É o caso da arbitragem, fenômeno jurídico típico de tutela privada.

Como vimos, a arbitragem, pelas suas características, encontra dificuldades evidentes em lidar com essa ideia de tutela coletiva e acesso integral à justiça. E algumas características da arbitragem demonstram isso. A resolução dessas dificuldades passa, necessariamente, pela construção de um sistema transnacional de arbitragem.

A arbitragem é um instituto que se presta à desconfiança da sociedade. De fato, a arbitragem é um anacronismo: o seu procedimento, muitas vezes quase secreto, choca com a administração da justiça estatal nas atuais sociedades democráticas, que se deseja com um elevado nível de transparência e abertura cada vez mais elevados.

Assim, o procedimento é tendencialmente confidencial; entre partes determinadas, participantes na convenção, e que mantém o litígio entre elas; e a sua resolução se passa, em regra, em lugar afastado da origem do conflito.

Fica difícil justificar, por isso, que estes procedimentos sejam confidenciais. Não é possível aceitar, no mundo atual, que qualquer procedimento de administração de justiça esteja tão apartado do conhecimento da sociedade e/ou de eventuais terceiros interessados (públicos e/ou privados).

Como vimos, essa forma de organização está nos antípodas das conquistas alcançadas nos últimos séculos, com a obtenção (no espaço nacional) de formas de administração da justiça (quase) integrais, e em respeito aos direitos humanos.

É por isso que a arbitragem, como compreendida hoje, é frequentemente sinónimo de retrocesso em relação aquilo que, coletivamente, já conquistamos. E, como vimos acima, somos obrigados a concluir que a arbitragem, na medida em que muitas vezes não corresponde ao conteúdo axiológico identificado (acima), carece também de legitimidade.

Repita-se: a sua legitimidade não vem das partes, e nem sequer de norma positiva do Estado. A sua legitimidade deverá, necessariamente, ser uma decorrência da observância de determinados valores e princípios.

Em suma, as regras da arbitragem devem evoluir para atender, satisfatoriamente, não apenas às situações mais comuns, mas também às situações marginais que se lhe apresentem.

Qualquer pessoa mandatada para exercer a função jurisdicional de administração de justiça se encontra numa posição especial de tutela de toda a sociedade. E essa necessidade de tutela e transparência são exigências da Democracia e do Estado de Direito Democrático.

São essas, como vimos, as premissas que fundamentam o presente estudo.

Tudo o que acabamos de referir, no entanto, e como assinalamos, choca diretamente com algumas das premissas da arbitragem. Afinal, a arbitragem é realizada entre partes determinadas; os árbitros são escolhidos para administrar a justiça no litígio, de acordo com o mandato e as normas estabelecidas pelas partes; pela sua natureza privada, o litígio é administrado sob condição de confidencialidade.

Estas premissas, em especial na arbitragem comercial, são normalmente válidas. Provavelmente, são válidas na esmagadora maioria dos casos.

Mas existem casos excepcionais, e é necessário que esses casos específicos estejam previstos e tenham solução oferecida pelas normas aplicáveis, sem que tenham de ficar sujeitas ao exclusivo interesse das partes que firmaram o

compromisso arbitral. De resto, a prática documenta fenômenos cada vez mais frequentes das denominadas “arbitragens complexas”⁷

Essa é uma realidade que não pode ser ignorada. Por isso, e como dissemos inicialmente, queremos, com este trabalho, aclarar essa relação numa dupla perspectiva: em primeiro lugar, numa perspectiva dos princípios, estudando o sistema de arbitragem internacional.

Em segundo lugar, e numa perspectiva mais prática, pretendemos ainda confrontar essa função e lugar da arbitragem com a necessidade de que o processo arbitral absorva os anseios de justiça e pacificação da sociedade, nomeadamente através da possibilidade de atuação de terceiros no processo arbitral internacional.

O tema da intervenção de terceiros na arbitragem surge quase como um tema tabu.

De fato, não é comum que relações essencialmente bilaterais, como a arbitragem, afetem decisivamente outras esferas que não as dos participantes diretos naquela relação convencional.

Ocorre que a complexificação de relações na esfera internacional, de que temos vindo a falar, afeta também a visão tradicional acerca da arbitragem, como uma relação estrita entre duas partes. Exatamente da mesma forma e na mesma proporção em que hoje aceitamos que os contratos, em geral, podem sim ter consequências práticas marcantes na esfera de terceiros relacionados.

A existência das chamadas arbitragens complexas, na esfera internacional, é uma realidade documentada e que necessita ser entendida e acomodada pelo sistema de arbitragem internacional.

Acresce a este último argumento, a existência de uma expansão normativa e axiológica do direito, em que diferentes normas vão afetando relações que, tradicionalmente, estariam mais distantes do seu objeto regulatório. Isso fica muito claro, por exemplo em questões de mercado e concorrência; mercado financeiro; ambiente; direitos humanos; entre tantos outros exemplos.

Essa perspectiva de intervenção numa relação essencialmente privada deve ser testada à luz dos princípios estudados, e aplicáveis à arbitragem, em primeiro lugar. Isso pela óbvia necessidade de prossecução constante da preservação do

⁷ Documentando a ocorrência destes fenômenos: ROSA, Pérsio Thomaz. *O reconhecimento de sentenças estrangeiras, a ordem pública, e os terceiros: em foco, a sentença arbitral*. In *Arbitragem nacional e internacional*/Ana Luiza Pinto e Karin Skitnevsky, coordenadoras. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. pp. 145-174.

interesse público e, finalmente, pela necessidade de garantir uma tutela coletiva o mais ampla possível.

Estes desafios obrigam a uma reinterpretação de alguns institutos tradicionais da arbitragem. Sem essa reinterpretação, o sistema não abarcará todas as hipóteses possíveis; e sem prever uma solução para todas as hipóteses que se apresentem, o sistema será falho e incompleto.

Finalmente, nas conclusões, e para melhor elucidar o nosso estudo, propomos algumas situações hipotéticas para ilustrar a operacionalidade prática das situações que pretendemos retratar.

Na conclusão tentaremos elaborar propostas teórico práticas acerca dos institutos estudados, de acordo com as premissas desenvolvidos ao longo do trabalho. Com esse propósito, passamos a apresentar as seguintes hipóteses:

HIPÓTESE A

A empresa A estabeleceu uma cláusula compromissória com a empresa B. Surgindo um litígio, as partes constituem um tribunal arbitral. A decisão do tribunal arbitral irá ter uma influência decisiva na situação de C, relacionado com o litígio. Sendo o litígio confidencial, e restrito às partes, como fará C para tutelar a sua posição? Sendo a administração da justiça um meio de tutela da sociedade e de pacificação social, não deveria existir uma solução que obrigasse A e B a informar C? Ou que, tendo conhecimento da demanda, permitisse a adesão de C à causa ou a sua mera intervenção no processo arbitral?

HIPÓTESE B

Outra situação: as Empresas A e B fazem parte de um consórcio que assinou um contrato de concessão com um ente público estatal. Surgindo um litígio entre A e B, as empresas submetem o litígio a uma arbitragem *ad hoc*. Deverá essa demanda ser confidencial? Não deverá ser informada entidade pública estatal?

HIPÓTESE C

As Empresas A e o Estado B, estabelecem um painel arbitral que tem a incumbência de decidir uma questão acerca de direitos patrimoniais disponíveis, onde o Estado B age num ato comercial, destituído do seu *ius imperii*. Poderá a disputa ser resolvida sem que haja transparência e sem o controle democrático da comunidade cívica do Estado B?

HIPÓTESE D

O Estado A e a sociedade B instalam um painel arbitral, com base em disposição contratual e/ou de tratado, para dirimir disputa relacionada com atividade de investimento no Estado A, e onde esse Estado exerce as suas prerrogativas de soberania. A decisão a ser prolatada, necessariamente afetará a comunidade C, residente na área onde a sociedade B realiza o seu investimento. Será que, apesar da ação do Estado, a sociedade civil da comunidade C também não deverá ser ouvida no procedimento?

HIPÓTESE E

A empresa A opera uma plataforma industrial que emite gases altamente poluentes. Como forma de controlar essas emissões a empresa A contratou com a empresa B a instalação, manutenção e renovação dos equipamentos de controle das emissões. Esses equipamentos são necessários para proteção do ambiente, especialmente da comunidade C, vizinha ao empreendimento industrial. Em virtude dessa relação contratual surge um litígio arbitral entre as duas empresas, cujo

resultado terá impacto nos equipamentos de controle de emissões. Não terá a comunidade C direito a intervir e tentar influenciar o resultado da sentença arbitral?

Estes são, apenas, alguns exemplos que refletem a questão que pretendemos testar: afinal, qual a relação da arbitragem com o restante do mundo/sistema jurídico?

Ao final do trabalho, o nosso objetivo é o de ter contribuído para um maior aprofundamento do estudo de um instituto cuja importância não para de crescer, com uma abrangência cada vez maior e próxima da realidade. Não é mais um instituto restrito, apenas, a empresas multinacionais. Esses já não são os únicos atores do espaço transnacional, onde já estão, também, as pequenas e médias empresas e, até mesmo, os indivíduos.

O mundo será cada vez mais global e interativo; o esbatimento das fronteiras provocará, inevitavelmente, novas situações que colocarão à prova as bases clássicas do instituto.

De fato, essas situações já ocorrem, representando, no entanto, ainda, um número marginal de casos. No entanto, qualquer sistema normativo minimamente coerente tem de estar preparado para enfrentar todas as situações que se lhe colocam: das mais comuns às mais marginais.

É nesse sentido que esperamos, ao final, que este texto possa servir como ferramenta para um mundo não apenas mais seguro juridicamente, mas também materialmente mais justo.

O nosso objetivo é, assim, que no final novas ideias tenham sido lançadas como forma de desafiar o atual *status quo* e, correspondentemente, ajudar a construir um instituto arbitral mais próximo da sociedade, dos cidadãos e da ideia de democracia.

1 A APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA NA ESFERA INTERNACIONAL E A IMPORTÂNCIA DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

O ressurgimento da arbitragem, durante a segunda metade do século XX, não foi um mero acaso. Como é natural, e para que tal tenha ocorrido, concorreram uma série de circunstâncias que podemos resumir na ideia de necessidade de aplicação da regra de Direito na esfera transnacional/internacional.

Assim, não é possível falar acerca do tema da arbitragem, especialmente a internacional, sem compreendermos, em primeiro lugar, a origem e relevância do instituto para a organização jurídica internacional. Mais do que isso, devemos buscar conhecer a importância do instituto no contexto mais abrangente dos sistemas jurídicos internacionais (Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado), dos seus méritos e de suas insuficiências.

É a isso que nos propomos, nesta primeira parte do trabalho.

A arbitragem tem uma inerente natureza prática que, se na gênese está relacionada com a sua origem histórica, hoje se explica, também, pela ausência de uma construção institucional histórica forte, na esfera internacional.

O renascimento, em importância, desse instituto decorre das vantagens evidentes que ele traz à aplicação da norma jurídica na esfera internacional, onde as dificuldades de cooperação são enormes; e a vida institucional é insuficiente e reduzida.

O instituto desempenha uma função fundamental pois, na prática, ele permite que exista uma vida transnacional e que as relações e situações jurídicas entre privados não parem de crescer num ambiente minimamente saudável. O instituto faz com que eventuais litígios, nessa esfera, se resolvam em apelo à racionalidade, e não ao uso da força (de fato ou econômica). Tendo esse mérito, a utilização da racionalidade não afasta, ainda assim, a evidência de que a Arbitragem é, hoje, um instituto em construção permanente e dotado de uma eminente “racionalidade prática”.

Perante essa evidência é difícil evitar a ocorrência de uma certa “corporativização” do sistema arbitral. Essa “corporativização” é sinônimo de uma apropriação da arbitragem por certos interesses. No mínimo, representa o risco

elevado de que isso possa vir a ocorrer, no contexto de um ambiente institucional muito débil.

Na nossa opinião, isso tem vindo a acontecer naturalmente e em decorrência direta das insuficiências da atual construção jurídica internacional.

O problema que desejamos enfrentar, neste trabalho, é a forma como têm sido negligenciados, na arbitragem internacional, os valores de tutela coletiva e democracia, essenciais para a construção de um sistema completo de arbitragem transnacional. Valores esses que, por sua vez, devem ser pilares de todo o sistema e estar presentes numa construção mais profunda e complexa das normas, especialmente a nível internacional.

Sabemos, no entanto, que são as dificuldades e complexidades do sistema convencional de direito internacional público, bem como as insuficiências regulatórias do direito internacional privado que, pela sua fragmentação e desconexão, causam esse problema. Onde não há uma racionalidade lógica ordenadora, sistemática, passam a coexistir diversas lógicas autossuficientes e tendencialmente descoordenadas. Por ser aqui que, de certa forma, reside a origem da fragmentação do sistema arbitral, apresentamos um breve estudo acerca da formação da norma e da ideia de sistema na esfera internacional.

Como veremos, é devido às dificuldades criadas por esse abismo entre ramos de direito internacional que chegamos à situação de insuficiência de normas coerentes e sistemáticas acerca da arbitragem.

O aprofundamento normativo do instituto da arbitragem internacional é necessário, e deve partir da identificação dos problemas da criação regulatória transnacional. Devemos compreender e identificar a existência de “espaços de não direito”, e aceitar que a regulação de um instituto destinado a garantir o acesso à justiça e a aplicação da norma de Direito não pode ficar a cargo de soluções casuísticas e práticas, ou ainda exclusivamente relacionado a procedimentos criados por instituições privadas e sem legitimidade democrática.

Em cumprimento do mandato democrático é certo que o poder público não deverá agir sozinho para corrigir esse problema, mas em conjunto com a sociedade e de acordo com os princípios de Direito; no entanto é, também, uma evidência que parte importante da solução decorrerá da ação do poder público em cooperação, visando tutelar o interesse coletivo internacional.

Feitas estas observações, passamos a elaborar um estudo acerca do problema da norma jurídica na esfera internacional.

1.1 A Legitimidade da norma no direito internacional e democracia: sem juiz, sem legislador, sem polícia

É fundamental, para o estudo que propomos, começar por esclarecer a fonte de legitimidade da norma no Direito Internacional. Começaremos, no entanto, por verificar de onde se afere a legitimidade da norma de Direito Interno.

De resto, esta deve ser uma das perguntas mais complicadas do Direito e da Ciência Política: Com a atual crise dos sistemas representativos, de onde vem a legitimidade da norma jurídica?

As dificuldades extremam-se ainda mais no direito internacional, em que não há propriamente um legislador unificado, e onde os sujeitos, como indivíduos e coletividade, não tem a importância constitutiva que têm no direito constitucional (interno).

Não temos dúvida, no entanto, que em democracia esta deve ser sempre uma das principais perguntas a ser feita, independentemente do ramo de direito em que nos encontremos.

Essa pergunta decorre da proibição de que, num Estado de Direito Democrático, hajam normas injustas. Entenda-se: sejam elas injustas por serem materialmente injustas, afrontando os mais elementares princípios de organização da sociedade; ou injustas pela insegurança da sua aplicação.

A dificuldade para a definição desta noção de legitimidade é que ela não pode ser encarada como um mero elemento positivo de um sistema. Ela não pode ser o resultado da aplicação de uma série de fatos ou normas; não pode ser uma mera evidência de *imperii*, mas deve trazer consigo uma necessária *auctoritas*, um fundamento necessariamente ético, social, político e jurídico.

Na verdade, a noção de legitimidade consiste na combinação desses vários elementos/fundamentos que enumeramos: de forma, axiológicos e

democráticos/reconhecimento coletivo da norma. Sem essa combinação mínima, estaremos perante mera força, e na ausência do Direito.

Afinal, num Estado de Direito Democrático a legitimidade é um requisito crucial da validade da norma. Não pode ser de outra forma: a norma irá refletir a combinação dos elementos enumerados acima, da forma como ficaram espelhados numa determinada norma fundamental da sociedade democrática, escrita ou não escrita.

Se o que diferencia o Estado de Direito de outras formas de organização jurídica é, exatamente, a onnipresença da noção de *rule of law*, essa regra não é o bastante. Ainda que tenha sido um dos maiores avanços civilizacionais, por mitigar a arbitrariedade e, de alguma forma, coibir e regular o uso da força, ela não é suficiente.

A norma jurídica, como já realçamos, resulta de uma combinação delicada de vários elementos. Se um desses elementos estiver exacerbado, a norma jurídica não cumprirá a sua função em plenitude. Ela ordenará, é certo, oferecendo segurança, mas o fará sem preocupação de justiça. A construção de um Estado de Direito, sendo um grande avanço, não é de todo suficiente para a concretização de uma sociedade mais justa.

O Estado de Direito Democrático, por sua vez, é mais exigente. Ele associa à norma jurídica a necessária preocupação de não apenas regular, mas também de “*suum cuique tribuere*”, ou seja, dar a cada um o que lhe corresponde. Em suma, traz para a norma jurídica o seu elemento axiológico, o mínimo denominador ético⁸ de que toda a norma necessita.

O nosso sistema ocidental não pede que o Estado aplique qualquer norma. Pelo contrário, ele quer uma norma que respeite os Direitos Humanos, os Direitos, Liberdades e Garantias, as normas de funcionamento das instituições, etc.

Isso na esfera interna.

Por sua vez, no Direito Internacional, a dificuldade com as questões de legitimidade, são ainda maiores. Afinal de contas, aqui não existe legislador, nem polícia e nem juiz. Ou seja, não há ninguém com poder de, compulsoriamente e com força obrigatória e geral, criar a norma determinar que se verifique o seu cumprimento.

⁸ MACHADO, João Batista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. 14ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2004. Pág. 59.

Este argumento, que consiste na constatação de que não há, na esfera internacional, um poder político central, é utilizado com enorme frequência para explicar a ineficiência do Direito Internacional. Mas será que, para explicar esse fato, não seria melhor utilizarmos outro fator?

No assim denominado Direito Interno, a soberania política corresponde ao povo. A legitimidade da norma está assim (parcialmente) resolvida: ela advém da sua conformidade com os valores definidos, em determinado momento histórico, pelo coletivo de indivíduos de certo território (elemento material), normalmente expressa na forma de um documento constitucional escrito⁹ (elemento formal). Qualquer necessidade de alteração aos valores expressos na constituição corresponderá a uma transição, de maior ou menor ruptura e mudança.

No Direito Internacional, por outro lado, a soberania corresponde aos Estados. Ou seja, tratamos de um ramo de Direito onde os indivíduos, as comunidades, não são os destinatários da norma. Sendo formalistas, a legitimidade da esfera internacional, no atual sistema, corresponderia a uma legitimidade popular reflexa: a sua validade seria uma extensão dos poderes conferidos aos representantes das diversas comunidades jurídico-políticas.

Mas esse formalismo, como verificamos, é insuficiente na esfera interna, onde há a concorrência do elemento material; porque deveria ser suficiente na esfera internacional?

A verdade é que não é. E esse é, sem dúvida um dos grandes problemas da norma internacional: a ausência de conteúdo axiológico (elemento material) e, conseqüentemente, de legitimidade. Hoje essa norma se baseia, quase exclusivamente, na legitimidade reflexa que referimos.

É sabido que grande parte das constituições modernas tem normas, abstratas e de conteúdo axiológico, que direcionariam a ação dos seus representantes na esfera internacional. A correspondência da ação desses representantes com os valores expressos na constituição poderia ser uma resposta a essa nossa proposta; poderia conferir essa legitimidade material de que a norma necessita.

Mas mesmo isso é insuficiente. Afinal é um fato que, tendo essas palavras, um conteúdo normativo axiológico abstrato, são de difícil, se não impossível,

⁹ Não necessariamente a constituição será escrita; recorde-se a centenária constituição material do Estado do Reino Unido. No entanto, a constituição escrita é a regra. A esse propósito: MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional/Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 3ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 25.

aplicação nesse espectro¹⁰. Isso ocorre porque essas normas vinculam apenas uma das várias ilhas de soberania do sistema internacional. A correspondência da existência dessas normas em outras ilhas de soberania tem-se devido tanto à sorte como, em alguns casos (raros), à cooperação dos Estados. Mas nada mais são do que acasos.

Sendo boas as intenções, elas apenas vinculam aqueles que as professam.

Na contemporaneidade, isso não é suficiente. Talvez haja sido bastante, no séc. XVII, época em que o atual sistema foi criado. Hoje, quando a convivência transnacional é uma realidade, é necessária uma ação mais enérgica na criação de um sistema axiológico-jurídico completo. Esse sistema deve ser uma concretização positiva das obrigações de cooperação real entre os diversos atores transnacionais, por um lado; e, por outro, deve representar uma concretização objetiva de limitação da atuação normativa dos Estados nas esferas interna e internacional, que fica, assim, vinculado a esses princípios sistemáticos.

Desde a sua criação, com o Tratado de Vestefália, o Direito Internacional vem sendo, mais, um instrumento de composição das relações de forças, do que uma verdadeira comunidade de Direito. É claro que hoje a situação é diferente, e que desde o segundo pós-guerra faz-se uma tentativa séria de encontrar um maior espaço de aplicação para o Direito, na ordem internacional. Mas a verdade é que, apesar desse empreendimento, o Direito Internacional continua a ter, como realidade, a força e a política, muito mais relevantes do que as normas, a segurança jurídica e a justiça.

O século XX, em especial a sua segunda metade, e o século XXI tem sido de uma riqueza de mudanças fáticas excepcionais. Os relevantes desenvolvimentos tecnológicos das últimas décadas nos trouxeram a uma nova realidade e a novos paradigmas. Por exemplo, no atual mundo interligado a noção de fronteira, enquanto limitação à circulação dos indivíduos, dos bens e das comunicações, foi ultrapassada.

Há uma nova realidade global a enfrentar.

E o que é fato é que nesta, como em outras situações, o Direito não se soube adaptar às novidades que a realidade lhe trouxe. O Direito não outorga, ainda hoje,

¹⁰Como descrito, abaixo, o Prof. Koskenniemi retratou muito bem essa realidade. KOSKENNIEMI, Martti. *O destino do Direito Internacional Público: entre a técnica e a política*. In FRANKENBERG, Günter e MOREIRA, Luiz (orgs.) *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 239-278.

uma resposta legítima, justa e sistemática a muitos dos novos problemas que a realidade da globalização nos oferece e impõe.

A resposta a esse fenômeno, real e presente, passa pela reconstrução da ideia de norma jurídica internacional; alterada para uma proposta que inclua tanto a sua abrangência regulatória, como o seu mérito axiológico e reconhecimento democrático.

Não podemos desejar qualquer norma. Devemos procurar a melhor norma possível, levando em consideração a dignidade dos indivíduos e o interesse público (os valores a eles inerentes), entendidos numa perspectiva internacional.

A proposta normativa abrangente pretende ser uma alternativa à realidade que, verificamos, constitui a ordem internacional. Essa esfera é, hoje, uma mescla de espaços de Direito e de não-direito, subordinado às relações internacionais; ou seja, às relações de força. E se antes essas relações de força se davam, apenas, entre Estados, hoje elas se dão, também, entre privados (pessoas físicas e jurídicas); e Estados e Privados. Estes são os atores transnacionais relevantes.

Este tipo de relações também podem ser integradas por bons valores axiológicos. A sua diferença, em relação ao Direito, é que esses valores não são obrigatórios e dependem do beneplácito dos sujeitos em relação. No Direito, pelo contrário, os princípios axiológicos são parte inerente do conceito.

Quando falamos em relações internacionais, temos de falar nas relações entre Estados, que são as mais óbvias. Mas se nos limitarmos a estas relações corremos o risco de ficar apenas a olhar para a árvore e, com isso, de perder a floresta. Como bem documentado pela doutrina, existem hoje empresas multinacionais cujo volume de negócios é maior do que o PIB de muitos Estados¹¹. Como ignorar esta situação? É impossível.

Seria redutor e, pela sua relevância, não podemos ignorar as relações entre os Estados e as multinacionais.

Da mesma forma, não podemos ignorar as novas relações entre as próprias empresas, multinacionais e empresas internacionalizadas. Perante a ausência de

¹¹A propósito, veja-se o seguinte trecho: *“Devido à sua crescente relevância na cena internacional o Direito Internacional não pôde ignorar por mais tempo as sociedades transnacionais e, para tanto, nuns casos tornou-as objeto da sua disciplina, noutros, concedeu-lhes uma personalidade internacional própria, ainda que embrionária.”* PEREIRA, André Gonçalves/QUADROS, Canuto Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, Coimbra, 1993. Pág. 400.

normas, as diversas relações jurídicas são reguladas por normas que, afinal, relatam a mera composição de forças econômicas entre as partes envolvidas.

Finalmente, verificamos também a existência de uma clara insuficiência na regulação das relações dos Estados com os indivíduos (pessoa física) e as comunidades.

Em suma, aquilo que verificamos é uma insuficiência das estruturas tradicionais (formal e material) para enfrentar a complexidade das relações transnacionais contemporâneas, de uma forma axiologicamente coordenada. Não apenas teórica e de legitimidade, mas também prática.

O nosso ponto de partida consiste, assim, na tentativa de compreender os motivos que explicam essa insuficiência, através do estudo das reflexões doutrinárias sobre o tema.

Para tal, cuidaremos do papel dos Estados enquanto entes direcionadores, da vida internacional, historicamente mais importantes e, em seguida, do seu papel na criação da norma jurídica internacional.

1.1.1 A atuação do Estado no direito internacional

A atuação dos Estados, na esfera internacional, é um dos principais problemas da concretização regulatória nesse espaço. Os Estados atuam de forma errante, contraditória, importando-se mais com a satisfação de interesses políticos imediatos do que com a defesa do interesse público e da sustentabilidade prática do sistema, no longo prazo¹².

Como já dissemos acima, vivemos, em pleno século XXI, uma versão refinada da ordem internacional de Vestefália.

Essa situação é de difícil compreensão à luz do princípio da unidade da ação do Estado. São dificilmente justificáveis as atuações contraditórias de Estados Democráticos e de Direito. Um Estado de regime autoritário poderá ter essa atuação

¹² Abaixo, no capítulo 3, aprofundaremos este assunto; mas podemos adiantar que a arbitragem é um exemplo prático dessa atitude dos Estados. Os Estados alcançaram um instrumento regulador mínimo (A Convenção de Nova Iorque de 1958), e deixaram toda o restante arcaboiço regulatório para instituições privadas e para o casuísmo concreto. O resultado é que o interesse público se encontra alheado da lógica do sistema de arbitragem.

errática porque, em princípio, está sujeito apenas à vontade do seu ditador; mas os Estados Democráticos, porém, estão sujeitos a uma série de princípios e normas de conteúdo ético.

Além do mais, esse Estado é uno, não existindo um Estado na esfera internacional e outro na esfera interna; não há dúvida de que são desdobramentos distintos, mas sobre uma mesma personalidade, vinculada a um território, um poder político e um povo.

Como entender, então, que um Estado se vincule a proteger, por exemplo, os Direitos Humanos na sua constituição, e depois atue, na esfera externa, de forma notoriamente contraditória? Como explicar que um Estado de Direito reconheça como legítimos e desprovidos de controle legal certos poderes do seu Presidente da República, porque destinados a produzir efeitos nas relações internacionais de um Estado?¹³

Se oferecer exemplos relacionados aos Direitos Humanos é mais fácil, não podemos ignorar que existem, também, uma série de exemplos aplicáveis aos indivíduos, às comunidades e às empresas. Como podemos explicar que a atuação do indivíduo, na esfera internacional, se dê, em regra e apenas, através do Estado de sua nacionalidade? Como explicar que as comunidades não detenham um direito expresso de atuar como terceiro interessado numa arbitragem de investimento? Como podemos explicar que, no mundo contemporâneo, ainda não haja um padrão mínimo de proteção dos investimentos das empresas?

Isso gera incerteza e não dá confiança para que os indivíduos e empresas se movimentem pelo globo. Essa incerteza é gerada apenas pela contradição na ação dos Estados e motiva uma discriminação negativa entre aqueles que, em virtude do seu poder econômico, têm capacidade para transitar neste espaço; e aqueles outros que, pela ausência de poder econômico, o não podem fazer.

Esta é uma situação indesejável que requer uma resposta coordenada dos Estados no sentido de criar as condições mínimas para que todos possam usufruir deste espaço transnacional. A resposta passa, aliás, pela palavra coordenação:

¹³ Uma ponderação entre o princípio da separação de poderes e o poder de atuação dos Estados nas relações internacionais é necessária, à luz da ideia de Estado de Direito. Será aceitável que esses atos, possivelmente arbitrários, estejam completamente destituídos de controle pelo sistema judicial? É assim que tem sido entendido, por exemplo, na jurisprudência norte-americana e brasileira e essa situação merece uma profunda reflexão. A esse propósito: TIBURCIO, Carmen/BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. Pág. 47 et. seq.

regulamentar e de monitoramento das diferentes atividades humanas desenvolvidas no espaço transnacional. Como vimos acima, no entanto, não se quer qualquer coordenação, mas antes uma coordenação qualificada, legítima.

1.1.2 A visão prática destes questionamentos

A ciência jurídica está marcada, desde a sua gênese romana, pela divisão básica entre Direito Público e Direito Privado. Esta divisão sistemática corresponderia a uma ideia de que, desta forma, se compreenderia melhor a função teleológica de cada norma jurídica. Ao classificá-la tendo em conta o elemento subjetivo da norma, pretendia-se dar clareza à sua interpretação e aplicação.

Nos nossos dias esta classificação já foi ultrapassada. Não será exagerado, hoje, afirmar que a sua utilidade é principalmente académica. A submissão a tal divisão seria, sem dúvida, aceitar um formalismo anacrônico. Um exemplo claro desse movimento poderia ser a constatação unânime de um direito civil de natureza constitucional. Algo impensável, de resto, há meros 80 anos atrás.

Esta transformação, no entanto, não nos deve surpreender. Ela corresponde à visão sistemática que temos, hoje, do Direito e da sua aplicação. Não é mais possível para o servidor público tomar uma decisão administrativa sem levar em conta o sistema como um todo; da mesma forma, duas empresas ou indivíduos não podem firmar um contrato sem que nele incluam uma consideração mínima acerca das eventuais relações entre aquele instrumento e a administração da coisa pública. A grande constatação dos nossos dias é que, com a complexificação do ordenamento, o elemento sistemático na interpretação do Direito é fundamental, como meio de manter a coerência entre os vários institutos e ramos.

O sistema tem de ser suficientemente flexível para, ao mesmo tempo, garantir que as normas e decisões são capazes de enquadrar a hipótese do caso concreto, oferecendo-lhe a solução mais justa possível; e, simultaneamente, fornecer segurança ao tráfego jurídico, impedindo que o sistema se torne caótico e/ou inseguro. Não se verificando qualquer uma destas premissas, ou ocorrendo apenas uma delas, estaríamos perante evidentes e gritantes injustiças (materiais ou de

procedimento). O binômio entre os valores da segurança e da justiça foi identificado, por Batista Machado¹⁴, como uma tensão dialética permanente no Direito.

O Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado são, hoje, dois ramos que respeitam, ainda, e de forma anacrônica, a divisão mencionada e criticada. É possível que o Direito Internacional seja o ramo do Direito em que esta divisão esteja mais enraizada e presente¹⁵¹⁶.

Como dissemos, e já foi constatado em muitos outros ramos, essa divisão não se coaduna mais com o mundo atual. O fenômeno da globalização, das transferências instantâneas de dados, da movimentação de pessoas, bens e capitais, suficientemente apontado e documentado em várias obras, não se satisfaz com uma divisão dessa natureza.

O reconhecimento fático dessa realidade é-nos dado pela tendência de convergência temática entre os ramos, público e privado, e pela cada vez maior confusão de sujeitos entre os ramos¹⁷, onde por vezes os Estados passam a entes privados, e entes privados tornam-se autênticos Estados, tal o seu poder.¹⁸

¹⁴Veja-se: *“Uma justiça puramente ideal, desacompanhada de segurança, seria vazia de eficácia e, por isso, não passaria de piedosa intenção. Uma segurança sem justiça representaria pura situação de força. (...) A segurança traz a ordem social e a paz social. Não é, porém, qualquer ordem social que pode interessar ao homem, mas apenas uma ordem justa.”*MACHADO, João Batista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. 14ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2004. Pág. 56.

¹⁵Acerca dessa tradicional distinção entre Direito Público e Privado: *“A divisão suprema tradicional do universo jurídico é aquela que distingue entre Direito Público e Direito Privado. Trata-se de uma distinção para a qual não foi achado até hoje um critério absolutamente satisfatório e de uma distinção que continua a ser polémica, não faltando autores que a atribuem a fundamentos simplesmente “ideológicos”. Hoje há já quem aponte para uma divisão pluralista, entendendo que certas matérias, de que seria exemplo típico o Direito Social, não cabem em nenhuma das duas categorias tradicionais. (...) Bastemo-nos para já com este critério, como mais praticável que é, embora o tema convide a mais aprofundada indagação.”*MACHADO, op. cit. pág. 65.

¹⁶Sobre a distinção entre os dois ramos: *“A distinção entre direito internacional público e o direito internacional privado) Segundo a opinião geral, assenta numa diferença de objecto. Enquanto o direito internacional público regula as relações entre Estados, o direito internacional privado regula as relações entre particulares e pessoas morais privadas. As primeiras apresentam um carácter público, enquanto as segundas são relações privadas que comportam um elemento de extraneidade decorrente quer da diferença de nacionalidade entre os sujeitos das ditas relações, quer do lugar, situado fora do território nacional, em que estas se desenrolam. No cerne do direito internacional privado, os “mecanismos de conflitos de leis” esforçam-se por permitir a definição do direito aplicável quando o recurso a dois ou vários sistemas jurídicos nacionais pode ser encarado para resolver um dado problema.”* DIHN, Quoc Dinh e outros. *Direito Internacional Público*. 2ª edição. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. Pág. 39.

¹⁷Acerca dessa confusão: *“No entanto acontece que a intervenção de um elemento formal perturba a tradicional repartição das matérias entre os dois direitos. (...) Ora, verifica-se que por questões que, por natureza, derivam do direito internacional privado são, por vezes, reguladas por uma convenção entre Estados. Nestes casos, o direito internacional público exerce uma verdadeira intromissão no domínio reservado ao direito internacional privado. (...) Por outro lado, os particulares mantêm, cada vez mais, com Estados estrangeiros, relações importantes, contratuais ou não, cujo regime jurídico, em plena evolução, tende a aproximar-se de um regime de direito público. Por causa destas interferências, contestou-se a distinção entre direito internacional público e direito internacional*

O que temos hoje, no Direito Internacional, é uma situação de confusão e de fragmentação, com desvantagens evidentes, e é, afinal, acerca desse fenômeno que temos vindo a falar.

Os doutrinadores Horatia Muir Watt e Koskenniemi, com desafiantes artigos, realizaram uma leitura perfeita dos problemas atuais da sociedade internacional e da resposta insatisfatória que o Direito Internacional, público e privado, têm vindo a oferecer para essas questões.

A professora de Paris começa por oferecer o exemplo da crise económica de 2008 para demonstrar a incapacidade do atual Direito Internacional em oferecer respostas às atuais necessidades do mundo contemporâneo. É hoje claro que o principal problema dessa crise foi a deficiente regulação da atividade financeira a nível internacional. Estando certa no seu diagnóstico, a Autora vai ainda mais longe ao verificar que, na atualidade, os Estados não estão preparados para enfrentar as atividades globais. Ancorados na noção de soberania os Estados demonstram uma rigidez excessiva que não acompanha a velocidade e a iniciativa das companhias privadas. Dessa diferença nasce um claro abismo entre a ação normativa dos Estados e as atividades privadas à escala global.

Apenas podemos corroborar as palavras da Autora. Vários são, de fato, os exemplos que nos fazem antever a necessidade de uma intervenção coordenada de cooperação entre os Estados e os indivíduos (pessoas e empresas), na esfera global. A crise financeira global e seus efeitos, o aquecimento global, o problema energético, o planeamento fiscal das multinacionais, a movimentação de indivíduos, o tráfico de pessoas e a escravidão sexual, o terrorismo internacional, todos estes temas ou, por outro lado, a evidente falta de resposta dos Estados sobre estes temas, tornam clara a necessidade de uma intervenção política e normativa.

É, em suma, o que vimos referindo até aqui.

*privado como cientificamente artificial. George Scelle combateu-a vigorosamente. Para ele, a sociedade internacional é uma e o direito internacional é outro. A exclusão dos indivíduos duma ou doutra não pode deixar de ser arbitrária. Aceita apenas uma subdivisão entre direito privado internacional e direito público internacional, na condição de esta se situar no interior de um direito internacional unitário. O preâmbulo da Constituição Francesa de 1946 adota esta terminologia ao proclamar que a França se conforma com o “direito público internacional.”. DIHN, Quoc Dinh e outros. *Direito Internacional Público*. 2ª edição. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. Pág. 39.*

¹⁸ Veja – se o caso das agências de *rating*, entidades privadas que atuam como um regulador... até dos próprios Estados! Tratando o tema: *Jornal Público*, Lisboa, de 28/06/2011. Disponível em <<http://www.publico.pt/destaque/jornal/as-agencias-de-rating-ampliaram-a-crise-de-hoje-e-preparam-a-crise-de-amanha-22069813>>. Acesso em: 07/02/2015.

Ambos os doutrinadores mencionados fazem referência ao tipo de resposta que o Direito Internacional oferece nos nossos dias. Uma resposta fragmentária e especializada, incapaz de analisar os problemas em toda a sua extensão.

A lição de Koskenniemi deixa isso muito claro, apontando a ausência da noção de sistema como uma das razões para a confusão e para a resposta ineficaz do Direito Internacional.

Olhando para a atual formação da normatividade internacional, o autor identifica e destaca os problemas da fragmentação do direito internacional, por um lado; e da desformalização da aplicação da norma internacional, por outro.

O principal prejuízo, conclui-se do referido pelo autor, consiste na desconstrução fática da noção de sistema, na esfera internacional.

Analizando estas conclusões, e ainda à luz das considerações de Batista Machado¹⁹, entendemos que aquilo que falta, hoje, no Direito Internacional, é um autêntico senso de justiça e de segurança para os indivíduos. A tal legitimidade, de que falamos acima.

É o que, recorrendo à lição dos autores citados, veremos em seguida.

1.1.2.1 A aplicação fragmentária e desformalização do direito internacional

Iniciamos, então, com a análise ao estudo do Prof. Koskenniemi. Ele parte da perspectiva do Direito Internacional Público, para falar acerca da norma internacionale da sua aplicação fragmentada.

O Autor explica que, perante os novos desafios do Direito Internacional, todos os princípios e normas anteriores foram colocados à prova. Para fazer face a essas novas situações do mundo contemporâneo, a resposta deste ramo de direito foi

¹⁹Sobre o conceito de Sistema Jurídico e senso de justiça: *“Dada a sistemacidade e articulação referidas, podemos conceber o ordenamento jurídico global como um sistema – e designá-lo por sistema jurídico. Esta última designação deparou com fortes objeções e reservas enquanto ao conceito de sistema andou apenas ligada a ideia de um universo lógico-formal, engendrado axiomáticamente, no qual os teoremas eram deriivados dos axiomas por mera inferência lógica. A moderna teoria dos sistemas avançou entretanto para a concepção de “sistemas abertos”, sistemas vivos e sistemas reais (por contraposição aos sistemas formais axiomatizantes, que são sistemas fechados) – entendendo designadamente que o organismo vivo é essencialmente um “sistema aberto”. Introdução ao direito.”* . MACHADO, João Batista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. 14ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2004. Pág. 121.

essencialmente técnica, com esvaziamento do conteúdo jurídico inerente à disciplina.

De acordo com Koskenniemi, e perante a ausência de poderes típicos, na esfera internacional, os Estados encontraram sérias dificuldades em obter consensos normativos profundos. A solução alternativa encontrada a esse procedimento negocial foi a delegação de vários aspectos da regulação a comitês técnicos especializados. Com isso, o poder de decisão deixou de estar na esfera político jurídica para ser delegada a peritos, implicando uma eventual perda do controle sistemático do Direito Internacional. Assim, o conflito político passa a tomar a forma de um conflito de jurisdições²⁰, decidido a favor do interesse preponderante e mais específico, e sem invocação de qualquer razão sistemática.

O interesse preponderante será, em princípio, aquele que define a razão de ser da corte que aprecia o caso concreto. O Autor destaca que, na esfera interna, é a noção de sistema que resolve estes conflitos e, nesse contexto, traz vantagens à aplicação do direito. Na esfera doméstica a especialização nunca representou um desafio à própria ordem jurídica interna, como representa um desafio concreto à ordem internacional. Reiterando a sua posição, o ilustre professor oferece o exemplo do caso dos efeitos nocivos ao meio ambiente da operação da planta nuclear “MoxPlant”. Para ele, ainda que o conflito fosse claro e ainda que as instituições aplicassem regras iguais, as suas decisões seriam distintas por estarem estruturadas de acordo com padrões técnicos e especializados.

Para o autor, neste mundo regulatório fragmentário, a discussão e escolha política passam a ser, não sobre o conteúdo da norma e a sua integração num sistema jurídico-normativo, mas antes sobre a questão da qualificação da matéria em apreço. Em primeiro lugar porque, como se disse, a definição política do conteúdo normativo dos atos regulamentares internacionais passou a ser feita por comitês técnicos. Em segundo lugar, porque os Estados sabem que o sucesso da sua pretensão está dependente da forma como for qualificada a questão. Afinal,

²⁰“O objetivo do surgimento de algo como o “direito internacional penal” ou “direito internacional de direitos humanos” (ou qualquer outro direito especial) é precisamente institucionalizar as novas prioridades projetadas por tais áreas. Como resultado, o conflito político frequentemente tomará a forma de conflito de jurisdições. Quem deverá decidir? Isto, novamente, dependerá de como a matéria será descrita, quais dos seus aspetos são vistos como centrais e quais são vistos como marginais. Deve a importação de carne com hormônio, por exemplo, ser entendida principalmente como uma questão comercial ou ambiental (De saúde)?”. KOSKENNIEMI, Martti. *O destino do Direito Internacional Público: entre a técnica e a política*. In FRANKENBERG, Günter e MOREIRA, Luiz (orgs.) *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 244.

disso irá depender o seu encaminhamento jurisdicional e, assim, o mérito da decisão.²¹

Para o Autor, a tradição de Lauterpacht acerca de um direito público orientado ao federalismo global é uma ideia que acabou abandonada pelos especialistas. Hoje, a maioria se orienta pela busca de especialização na atuação dos organismos internacionais, públicos e privados. O resultado é o afastamento do Direito Internacional tradicional e a sua substituição por um regime novo, orientado pela atuação de uma série de regras e instituições de preferências previamente assimiladas.²²

Em suma, o Autor identifica, com estes fundamentos, o problema da fragmentação do Direito Internacional contemporâneo.

Em adição ao problema da fragmentação, o Autor apresenta, ainda, o problema da desformalização no Direito Internacional. Para ele, este problema não seria tão sério se houvesse alguma forma de controle político sobre a atuação dos comitês técnicos. Mas a fonte deste ramo, usualmente baseada em tratado, cria um contexto que fortalece a posição dos técnicos especialistas e afasta o controle político.

Segundo o doutrinador, haveria uma deliberada opção por afastar a aplicação de normas formais, universais, pela sua incapacidade de abarcar todas as hipóteses desejadas ou, pelo contrário, de abarcar hipóteses não desejadas. Ou seja, dito de outra forma, os Estados preferem privilegiar as relações políticas em detrimento de verdadeiras relações de direito. Para alcançar esse resultado, os Estados deixam de utilizar normas de caráter jurídico (gerais e abstratas) e, no seu lugar, utilizam um método casuístico para obter “o equilíbrio dos interesses com um intento de alcançar

²¹“Tais caracterizações não são intrínsecas ao problema, mas emergem do interesse ou da preferência sob a qual é examinado. Ou seja, como escrevi em outro lugar, a fragmentação torna-se a luta da hegemonia institucional. Qual a instituição que terá voz de decisão? Segundo qual viés uma matéria será resolvida? Se não há forma independentes de tais regimes para se tratar uma questão, a porta está aberta à suposição unilateral de jurisdição por especialistas que se sentem poderosos o suficiente para dar a última palavra.” KOSKENNIEMI, Martti. *O destino do Direito Internacional Público: entre a técnica e a política*. In FRANKENBERG, Günter e MOREIRA, Luiz (orgs.) *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 239-278. Pág. 248.

²²“Em tal (e outros) caminho(s), o direito internacional tradicional é afastado por um mosaico de determinadas regras e instituições, cada uma com as suas preferências assimiladas. Por conseguinte, o projeto de Lauterpacht e da sua geração é deixado pendente em um espaço vazio, sendo a nona edição do *Direito Internacional de Oppenheim* (1992) reduzida a nostalgia, juntamente com outros modismos do período entre guerras, como a arquitetura funcional, as correias condutoras ou o predomínio europeu como “baluarte sagrado da civilização”. Os ideais convertem-se em rituais, como os debates intermináveis sobre a reforma da ONU, privados de significação política.” KOSKENNIEMI, Op. Cit. pág. 249 e 250.

resultados “ótimos” a serem ponderados em uma base a ser estabelecida caso a caso”²³. Em suma, criando o ambiente ideal para que sejam os especialistas a tomar as decisões.

Todos os esforços de coordenação em matérias cruciais, inclusive de algumas disciplinas que faziam partedo escopo tradicional do Direito Internacional, acabaram prejudicadas por esta nova forma de construção jurídico-normativa. Na ótica do ilustre professor, todos acabam por participar destes esforços de coordenação com duas intenções em mente: (i) não concordar com nada que possa vir a prejudicar os futuros interesses do Estado; e (ii) tentar alcançar a máxima definição possível sobre os temas que prejudicarão os seus adversários. O resultado só pode ser a indefinição, a não previsão. A previsão só será definida quando a situação concreta ocorrer, e de preferência atendendo aos interesses individuais de cada um dos Estados envolvidos.²⁴ A Lei, segundo o Autor, acaba por se submeter à decisão técnica, o que ele chama de “política da perícia”. Para o Autor, concordar com um Tratado é, afinal, concordar com uma negociação contínua.

Outro indício da desformalização é a constante opção dos Estados em evitar as instituições formais de resolução de litígios ou de punição por incumprimento de compromissos internacionais. Os mecanismos formais não são utilizados, em detrimento de procedimentos informais de negociação. O Direito dá, assim, lugar à diplomacia e às relações internacionais.

Mas mesmo as instituições formais sucumbem a esta lógica informal quando começam a entender as controvérsias como problemas de administração de uma

²³ KOSKENNIEMI, KOSKENNIEMI, Martti. *O destino do Direito Internacional Público: entre a técnica e a política*. In FRANKENBERG, Günter e MOREIRA, Luiz (orgs.) *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Pág. 250.

²⁴“(…) Assim, a Lei em instrumentos tais como a Convenção da ONU de 1982 sobre o Direito do Mar ou a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, apontam para a necessidade de alcançar um resultado equitativo. Em conflitos de jurisdição ou sucessão estatal, a lei não vai muito além de uma ponderação e interesses. As situações internacionais tendem a ser vistas como idiossincráticas e centradas em situações factuais. Qualquer regra particular poderia pressagiar a injustiça de alguns futuros casos em que será aplicada. Daí o fracasso dos esforços internacionais em encontrar critérios de intervenção humanitária, de identificação de “agressão” ou de escolha de grupos humanos que deveriam ser tratados como “terroristas”. Todos participam desses esforços com duas intenções em mente: não concordar com nada que possa vir a prejudicar os futuros interesses do seu país, mas tentar o máximo possível alcançar uma definição que abaterá cada potencial adversário. Uma vez que todos participam daquelas premissas, o resultado só pode ser inconclusivo: um acordo para deixar tais especificações apenas para quando a situação surgir (com a esperança, naturalmente, de que cada um, então, estar em posição para decidir por si).”.KOSKENNIEMI, Op. Cit.pág. 251.

situação concreta, pelos Estados²⁵. O Autor destaca alguns casos ou convenções internacionais em que essa tendência se demonstra com clareza (destaca, a título de exemplo, o caso do TIJ *Gabeikovo Dam*, Preâmbulo do Procolo de Cartagena sobre Biossegurança para a Convenção sobre a Diversidade Biológica (2000), e a sua relação com os Tratados da OMC).

Perante estas conclusões, o doutrinador afirma que Lauterpacht e seus pares estavam corretos ao entender que a prevalência do Estado seria superada por uma progressiva normatividade internacional; para o Autor, é exatamente isso que este movimento de fragmentação e desformalização concretizou. Apenas não foi concretizado o projeto de federação cosmopolita que aqueles doutrinadores haviam previsto. Em vez disso, “*caímos em caixas herméticas de especialização funcional*”, correspondentes ao naturalismo de Puffendorf e Hobbes.²⁶

Em suma, o Professor identifica, como problemas do Direito Internacional Contemporâneo, em primeiro lugar a sua fragmentação, em detrimento de uma necessária leitura sistemática; e, em segundo lugar, a sua desformalização, que favorece a atuação técnica especializada e não jurídica, em que as questões são enfrentadas casuisticamente, em uma negociação permanente e afastada dos mecanismos formais. E mesmo nos casos em que não há esse afastamento, as próprias estruturas formais já se encontrariam invadidas por essa evidente lógica tecnocrática.

Ficam prejudicadas as ideias de normatividade jurídica e de sistema legal internacional, e claras as insuficiências do Direito Internacional Público que, falando acerca do Direito Internacional Privado, a Profa. Watt também irá evidenciar e reiterar.

²⁵ “*Tais referências da lei “aos regimes” testemunham a predominância crescente de uma mentalidade na qual “as controvérsias “aparecem como “problemas de gestão” e na qual a resposta apropriada é sempre técnica ou econômica. Para esta mentalidade, os direitos e as obrigações são regras flexíveis ou presunções sujeitas a ajustes com o objetivo de se alcançar resultados ótimos.*”. KOSKENNIEMI, Op. Cit. pág. 256.

²⁶“(…) *Contudo equivocaram-se ao acreditar que isso conduziria a uma federação cosmopolita. Quando o chão da prevalência desmoronou sob os nossos pés, não desabamos em um reino de autenticidade global encontrando cada indivíduo como livre possuidor de direitos inalienáveis. Ao revés, caímos em caixas herméticas de especialização funcional, para sermos dirigidos e governados por uma leitura de nossa liberdade como a realização do nosso interesse. À medida que os nossos pés alcançaram o chão, não encontramos nenhuma federação Kantiana, mas o naturalismo de Puffendorf e Hobbes - poderosos atores engajados em jogos estratégicos com os seus olhos fixos na condição ótima de Pareto.*”. KOSKENNIEMI, Op. Cit. pág. 257.

1.1.2.2 O abismo e a visão de túnel

Analizando a questão da regulação da vida internacional, mas agora sob a perspectiva do Direito Internacional Privado, a Profa. Watt elabora um estudo acerca da capacidade de resposta do Estado, destacando a insuficiência deste ramo de direito na regulação normativa da vida internacional. Para a ilustre professora, e perante o gigantesco potencial regulador deste ramo (mantido arregimentado) o Direito Internacional Privado estaria a falhar com a sua missão histórica de oferecer uma contribuição para atender às necessidades do mundo atual.²⁷

Segundo a ilustre doutrinadora, isso ocorre porque o Direito Internacional Privado se encontra preso às suas referências tradicionais de neutralidade e mera regulação dos efeitos do fato jurídico relevante internacional na esfera interna. Ou seja, porque o seu potencial se mantém “preso”.

De acordo com a autora, a necessidade de neutralidade do direito internacional privado é um imperativo da ordem internacional de Vestefália. Num sistema em que a soberania é encarada como um princípio absoluto e o seu respeito é a premissa básica de todas as relações entre os Estados, a norma de Direito Internacional Privado só poderia ter esse conteúdo neutro. A neutralidade da norma de Direito Internacional Privado seria justificada pela necessidade de se respeitar a soberania de cada Estado.²⁸

²⁷ Nas palavras da autora: “One might then have expected private international law – which deals traditionally with legal diversity in the transnational arena and is characterized by its systemic vision of « conflicts » justice²² – to step in at this point, focusing its energy on « polycentric regimes », which are at the heart of contemporary political science and social theory. It might have made an essential contribution on those substantive issues which carry evident implications for global governance (...). Yet in the main – and of course with notable individual exceptions – the field appears to be directing its attention to much narrower, and indeed highly technical, issues, with little awareness or interest for their governance implications²⁴. Moreover, private international law seems to lack any overarching world-vision through which to give meaning to any of the changes wrought by the decline of state sovereignty and territory. Significantly, a recent search for a meta-regulatory tool in the new configuration of new transnational legalities has disqualified it as too state-centered to be able to usefully contribute to the new needs of good governance on a global scale²⁵. Above all, it does not appear to have any ambition to check and discipline private power in the global economy, allowing it instead to soar high above local constraints and defy the claims of the global commons.”. WATT, Horatia Muir. *Private International Law as Global Governance: Beyond the Schizoid, from Closet to Planet*. Selected Works. Out. 2011. 55 p. Disponível em: http://works.bepress.com/horatia_muir-watt/1/. Acesso em 19 dez. 2014. Pág. 5 e 6.

²⁸ “Thus, it will first be argued that the public/private divide has « domesticated » the body of (private international) law, confining it to a purely ancillary function³⁰ beyond the international political sphere and leaving it blind to the spread of private empire in the unregulated normative space beyond the state. Hampered by the Westphalian premises of modernity and territory, it has not been able to

Na análise da autora, essa divisão teria criado duas práticas de regulação distintas e paralelas, a interna e a internacional, que apenas raramente se cruzariam. Dessa prática paralela resultam evidentes lacunas regulatórias na governança global.²⁹

Por outro lado, sob a mesma justificação, a norma de Direito Internacional Privado só seria “internacional”, pela existência de elementos de estraneidade em determinada relação privada; a sua fonte continuaria a ser o legislador interno, e a sua esfera de aplicação a interna. O Direito Internacional Privado deixa de ser internacional, e passa a ser um mero sobredireito acerca de jurisdição e eventual aplicação da Lei estrangeira a essas relações, em determinada jurisdição estatal. Ou seja, apenas a relação material teria um caráter internacional, e seria essa característica que daria o nome de “internacional” ao ramo de Direito; mas a verdade é que, de fato, este seria um mero ramo de Direito Interno. Essa evidência demonstra, para a autora, que o potencial de governança deste ramo, sobre os desafios do mundo contemporâneo, está claramente inibido.³⁰

Em suma, a existência desse abismo justifica a existência de um “império informal”, em que a regulação normativa das relações é feita pelos próprios atores privados³¹.

tether unleashed private interests, make room for collective goods of planetary concern, nor grapple with the black holes opened by the confiscation of transnational adjudication and regulation by private entities.” WATT, WATT, Horatia Muir. Private International Law as Global Governance: Beyond the Schize, from Closet to Planet. SelectedWorks. Out. 2011. 55 p. Disponível em: http://works.bepress.com/horatia_muir-watt/1/. Acesso em 19 dez. 2014. pág. 6 e 7.

²⁹*“Who ensures the transnational regulation of rating agencies, prevents vulture funds from syphoning off development aid, prohibits the marketing of products manufactured abroad with child slavery, provides status to displaced populations, or repairs pollution resulting from multinational oil and gas extractive activities? From industrial disasters as in Bhopal to financial scandals as in Vivendi or Alstom, from the toxic trajectory of the Probo Koala to torture and murder as in Kiobel, an autopsy of the recurrent humanitarian scandals and financial crises associated with late capitalism show up the « gaping holes of global governance as cases which fall between public and private sources of legal discipline.” WATT, Op. cit. pág. 7.*

³⁰*“Yet its governance potential is clearly inhibited, and indeed, rarely articulated in contemporary accounts of private international law. The explanation seems to lie in the separation which occurred when, under the aegis of international liberalism, modern public international law emerged as a specific disciplinary field devoted to the interactions between sovereign public actors, while the governance of the informal economy - private international law – was relegated to the domestic sphere, where it was managed distinctly by each national polity. At this point, when politics of the global legal order were constructed as separate from the transnational market, and framed as the relationships between sovereign states, private international law was simultaneously disqualified and disempowered, leaving the informal economy to develop along its own path.” WATT, Op. cit. pág. 9.*

³¹*“Informal empire therefore results to a large extent from the schism within international law and the subsequent inhibitions affecting the sole source of governance which was fitted to apply to private, or non-state, power.” WATT, WATT, Horatia Muir. Private International Law as Global*

O papel que, segundo a Autora, pertencia, historicamente, ao Direito Internacional Privado, passou para o Direito Internacional Público³². É no Direito Internacional Público que encontramos essa carga negocial e de controvérsia. Ao mesmo tempo, o Direito Internacional ficou “no armário”³³, à medida que ambos os ramos se iam afastando e criando um abismo entre as suas práticas.

A verdade é que a prática se encarregou de demonstrar as falhas e insuficiências da regulação do Direito Internacional Público. Nesse abismo cresceu uma regulação própria, criada pela exclusiva necessidade dos entes privados de encontrar respostas a uma prática diária cada vez mais internacionalizada, sendo que essa regulação e prática estão completamente afastadas de qualquer possibilidade de controle e responsabilização na esfera internacional³⁴.

O que a Autora observa é que essa regulação está completamente desenraizada de qualquer tipo de controle e de princípios gerais, a não ser os do próprio grupo que constrói essa regulação. A Autora conclui que, dessa forma, fica aberto o caminho para que se cometam abusos e se prejudique a maioria em detrimento dessa minoria.

A “domesticação” do Direito Internacional Privado levou a uma “visão de túnel”, em que o ramo fica impotente perante a regulação surgida da prática privada,

Governance: Beyond the Schize, from Closet to Planet. SelectedWorks. Out. 2011. 55 p. Disponível em: http://works.bepress.com/horatia_muir-watt/1/. Acesso em 19 dez. 2014. pág. 9.

³²“*The domestication of private international law – that is, the loss of its governance function - appears to have taken place when modern public international law emerged separately, in the course of the nineteenth century, as the great European apology for colonialism. Since this apology required that the (Western) sovereign state should be the sole protagonist of international politics, such monopoly was then represented as an integral part of the Westphalian legal ordering. Private actors, their status, transactions and conduct, previously regulated in the transnational sphere by the ius gentium, were accordingly excluded and relegated to private international law. Waning within the closet, its own private history repressed, its apolitical neutrality became a dogma, attributed to its affiliation with natural reason.*”WATT, Op. cit. pág.10.

³³“*This incapacity to rise to the private challenges of economic globalization is all the more curious that public international law itself, on the tide of managerialism and fragmentation, is now increasingly confronted with conflicts articulated as collisions of jurisdiction and applicable law, among which private or hybrid authorities and regimes now occupy a significant place. The explanation seems to lie in the development, under the aegis of the liberal separation of law and politics and of the public and the private spheres, of an « epistemology of the closet », a refusal to see that to unleash powerful private interests in the name of individual autonomy and to allow them to accede to market authority was to construct the legal foundations of informal empire and establish gaping holes in global governance.*”WATT, Op. cit. pág. 1.

³⁴“*The most spectacular convergence of denials by public and private international law concern the forms of private power exercised in the global economy by non-sovereign entities such as multinational corporations or rating agencies, whose significant role in the shaping of the global market escapes any credible form of public accountability or private responsibility*”⁷⁴. Thus, public international law has traditionally been constructed, by national and international courts alike, as ignoring (private)corporate actors, to which it denies the status of subjects and prevents their being called to account under the law of nations.”. WATT, Op. cit. pág. 13 e 14.

e preso às technicalidades, de importância reduzida, habituais à prática do Direito Internacional Público.³⁵ Essa visão de túnel representa uma substituição e enfraquecimento sério das entidades públicas estatais.³⁶

A solução para a Autora passa por reconhecer que o mundo mudou e que se exigem novas soluções para enfrentar os novos desafios surgidos da prática global contemporânea. Para a Autora o problema reside nesse abismo regulatório existente, cuja a solução passa pelo seu preenchimento com as normas de Direito Internacional Privado. Este ramo surgiria renovado, especialmente pela perda da sua neutralidade, assumindo uma natureza regulatória mais contundente e de conteúdo político³⁷. Em resumo, o surgimento de um novo *lus gentium*.

1.1.2.3 O mesmo problema, afinal

É muito curiosa a forma como dois textos que, há partida, discorreriam acerca de dois ramos de direito distintos, e que, aparentemente, teriam duas temáticas diferentes, estão, afinal, a tratar do mesmo problema: a ausência de uma resposta regulatória eficaz aos diversos desafios apresentados pela vida global contemporânea.

O problema que apontávamos no início.

³⁵"In other words, as a direct consequence of the schism between the two bodies of international law, the domestication of private international law led to its developing its own private, closeted epistemology - a form of tunnel-vision which actively contributed to consolidate the legal foundations of informal empire." WATT, WATT, Horatia Muir. *Private International Law as Global Governance: Beyond the Schize, from Closet to Planet*. SelectedWorks. Out. 2011. 55 p. Disponível em: http://works.bepress.com/horatia_muir-watt/1/. Acesso em 19 dez. 2014. pág. 20 e 21.

³⁶"Behind their « loss of control » over the inexorable forces of globalization, therefore, states have been largely complicit in the development of the informal empire which now threatens to overwhelm them¹⁵⁶. Private international law's denials have played an active part in this complicity. (...). The domestication of private international law has produced a form of epistemological tunnel vision in this respect, actively providing immunity and impunity to abusers of private sovereignty. Such lack of horizon has deprived it of an adequate theory of conflict, blinds it to distributional bias, attaches it to an inadequate geography of private economic activity, occults the rise of powerful new legalities beyond the state and causes it to lose sight of its own systemic consequences." WATT, Op. cit. pág. 26.

³⁷"Private international law's own « private history »²⁰⁶ reveals that it has the potential to make an essential contribution on the enabling and tethering of private authority. Indeed, it is contended here that there has always been, in varying guises, a pluralist counter-narrative, left over from the era, before the nation-state, when it was in effect the only governance instrument available to mediate the conflicting regulatory claims of the medieval cities and ensure the fair resolution of disputes between merchants hailing from diverse origins, all the while laying the foundations of informal economic empire in a fully systemic manner." WATT, Op. cit. pág. 34.

Com cada vez maior convicção podemos afirmar que, hoje, a evidência de uma realidade global conectada e interdependente não mais comporta a ideia de “ilhas de jurisdição”. O mundo está, de fato, ligado, interconectado, complexificado, e necessita de um ordenamento jurídico hábil a conferir a segurança jurídica necessária ao seu desenvolvimento fático.

É certo que existe uma regulamentação mínima internacional, mas é certo, também, que estas normas sofrem de um grave problema de legitimidade e efetividade e, ainda, que estas normas não constituem um bloco coerente entre si.

Quando a Prof. Horatia menciona o “*schism*”, ou seja, o abismo entre os dois ramos de Direito Internacional, é a esse problema que ela está a se referir. Quando o professor Koskeniemi menciona a resposta fragmentária e desformalizada do Direito Internacional, é desse mesmo abismo que ele também está a falar. O que os dois autores pretendem evidenciar, com os estudos analisados, é, afinal, essa enorme falha, ineficácia e incoerência na aplicação do Direito Internacional. Aqui reside o seu principal ponto de convergência, o diagnóstico do grave problema normativo da vida internacional.

Assim, ambos os autores demonstram a evidente omissão regulatória dos Estados que, ao falharem com os seus deveres de cooperação, trazem uma enorme insegurança jurídica para as relações dos indivíduos, das empresas e das organizações.

Não há dúvida de que o atual arcabouço de Direito Internacional é o mais denso e complexo da história da humanidade. O Direito Internacional não vive, hoje, de meras normas costumeiras para regular as diversas situações da vida internacional como acontecia há 70 anos atrás.

Mas a verdade é que, ao mesmo tempo, a mera elaboração de regulações genéricas e assistemáticas não resolve a necessidade de um sistema normativo legítimo, coerente e completo. É preciso fazer mais.

A esse propósito não podemos deixar de referir a importância do trabalho das Organizações Internacionais, após a 2ª Guerra Mundial, com o seu esforço de elaboração de um corpo normativo para essa esfera. O trabalho de organizações como a ONU foi fundamental para que os Estados pudessem enfrentar alguns dos novos desafios da comunidade internacional, conferindo-lhe um arcabouço mínimo. A arbitragem, enquanto meio de acesso à justiça nesse espaço, é um bom exemplo disso.

Mas, ao final de 60 anos de ordem internacional renovada, verificamos que, apesar de algumas importantes inovações, geograficamente localizadas³⁸ e sobre algumas matérias específicas³⁹, a triste constatação é a de que a utilidade do Direito Internacional enquanto corpo de normas regulador da vida internacional continua a ser demasiado reduzida e a seguir a lógica da ordem de Vestfália.

Os Estados continuam a sucumbir ao realismo político, na condução das relações internacionais. E as razões e motivos para que essa lógica se perpetue vão surgindo constantemente. Se até à década de 90 a preponderância da política sobre as razões de direito se justificava pelas divisões decorrentes do conflito da guerra fria, atualmente o terrorismo ou a criminalidade internacional são as razões apontadas para a manutenção dessa mesma lógica.

A esperança na regulação multilateral internacional parece ter ficado, para já, congelada. A novidade dos últimos anos é que, agora, o resto do mundo não esperou, e parece ter pego de surpresa os Estados.

Surge a questão: até que ponto os Estados se prepararam para este novo mundo? De repente, aquela que era a figura de poder mais importante dos últimos três séculos, começa a deixar de ter a importância preponderante que tinha. Os Estados, uns mais do que os outros, mas todos sem exceção, chegaram atrasados às inovações tecnológicas e à nova organização mundial. A organização da ordem internacional pelos Estados já não atende mais à realidade feita agora, também na esfera internacional, pelos indivíduos, cidadãos e organizações.

Nunca, como atualmente, houve uma consciência tão comum de que os problemas de um mundo globalizado só podem ser enfrentados através de uma atuação coordenada entre as diferentes ordens soberanas. Hoje temos a plena consciência de que as ocorrências em certo Estado não terão seus efeitos contidos nas suas fronteiras. Hoje sabemos a complexidade das redes de conexão que ligam os diferentes territórios, ultrapassando as fronteiras locais e regionais.

³⁸ A este propósito é importante ressaltar a construção supranacional europeia que, apesar de passar por algumas “dores de crescimento”, continua a ser um grande exemplo de integração entre diferentes Estados soberanos. A esse propósito: ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 460 et seq.

³⁹ É interessante referir o exemplo da construção de sistemas regionais de proteção de Direitos Humanos como um exemplo dos avanços do Direito Internacional sobre este ramo do Direito. A esse propósito: VEGA, Juan Carlos. *Derechos Humanos. Legalidad y jurisdicción supranacional*// Juan Carlos Vega, José I. Cafferata Nores, Frederico Villegas Béltran, Javier Salgado, Graciela López de Filoñuk, José Manuel Belisle, Christian Sommer. 2ª ed. Córdoba: Mediterránea, 2007. Pág. 145 et seq. Ainda, ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 492-496.

É essencial que os Estados, enquanto representantes das diferentes comunidades jurídicas reformulem a sua atuação, e adaptem a sua resposta à realidade das comunidades que representam. Nomeadamente exercendo a sua importante função regulatória.

É sobre esta insuficiência da atuação do Estado na ordem internacional de que falam os dois autores.

1.1.3 Do que necessita a ordem jurídica internacional?

Identificados os problemas que assolam a regulação normativa internacional, precisamos de entender, por outro lado, quais as soluções hábeis a colmatar tal insuficiência.

Em suma, devemos perguntar o que necessita a ordem internacional para ser mais completa, e para atender melhor aos problemas e desejos da sociedade civil internacional.

Complementando a análise aos estudos dos doutrinadores citados, passamos a conferir quais as soluções que eles apresentam.

1.1.3.1 O que sugerem os dois autores?

As soluções apresentadas pelos autores, para fazer face a estes problemas, surgem de duas perspectivas diferentes, as mesmas que dão mote ao trabalho de cada um. Assim, a Profa. Watt apresenta a sua solução de uma perspectiva do Direito Internacional Privado; enquanto o Prof. Koskenniemi, por sua vez, apresenta uma solução de Direito Internacional Público.

Analisando o trabalho do Prof. Koskenniemi, verifica-se que ele faz uma crítica às reflexões doutrinárias sobre o tema, concluindo pela existência de duas propostas doutrinárias alternativas e, na sua opinião, insuficientes⁴⁰.

Ele começa por criticar a ideia de uma proposta de constituição internacional, cara aos doutrinadores europeus. A primeira crítica feita a esta doutrina é a ausência de uma comunhão de valores entre diferentes Estados. Ora, segundo o Autor, a criação de uma constituição pressupõe exatamente a ideia de uma comunhão mínima, estabelecida nessa Lei Fundamental, sobre a forma de organização daquela sociedade de indivíduos. Esse conteúdo mínimo não existiria e, ainda, sequer poderia ser confundido com o esforço de legalização e separação da política e da diplomacia.⁴¹ A única vitória desta proposta doutrinária seria a constatação da existência de uma constituição formal, baseada no princípio de hierarquia sistemática.⁴² Mas, mesmo assim, esta seria uma vitória efêmera, pela dificuldade em estabelecer a forma de funcionamento desse sistema ⁴³e, no final, a escolha não seria jurídica, mas de natureza política⁴⁴.

⁴⁰“O constitucionalismo e o pluralismo são respostas abstratas à emergência de múltiplos regimes legais. Cada um vem com uma tradição disciplinar – um associado com a lei, outro com a ciência política – dividida contra si mesma.”. KOSKENNIEMI, Martti. O destino do Direito Internacional Público: entre a técnica e a política. In FRANKENBERG, Günter e MOREIRA, Luiz (orgs.) Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Pág. 269.

⁴¹“(…) interpretando o sistema legal internacional mediante hierarquias definitivas (embora talvez implícitas) das regras que ou instituições que refletem escolhas de valores frequentemente expressas em fórmulas latinas, tais como *jus cogens* ou obrigações *erga omnes*. Esta é uma sugestão compreensível, que segue precisamente o modo pelo qual os operadores do direito em geral têm abstraído seus princípios gerais para salvaguardar a “coerência” do sistema legal doméstico em face das novas áreas legais de um legislador inconstante. Mas quais seriam os valores internacionais relevantes? Não há dúvida, que o livre comércio para as entidades comerciais, os direitos humanos para os órgãos de direitos humanos, valores ambientais para regimes ambientais, segurança para o Conselho de Segurança, cada “valor” novamente subdividido em uma compreensão dominante acerca de quais sejam as suas aplicações práticas, com uma minoria desafiando tal compreensão. O constitucionalismo como o conhecemos no contexto nacional, depende de uma compreensão básica comum, de um sentido de Lei como um projeto compartilhado para um objetivo razoavelmente definido (e muitas vezes historicamente informado). No mundo internacional, não há nenhuma semelhança com isto além das linguagens de diplomacia e da lei positiva, cuja fragmentação e indeterminação forneceram o ponto de partida para a pesquisa de uma constituição (implícita).”. KOSKENNIEMI, Op. cit. pág. 258.

⁴² “Um constitucionalismo mais plausível permanece formal. Sugere que o sistema e a hierarquia sejam intrínsecos ao pensamento jurídico e, assim também, ao direito internacional.”. KOSKENNIEMI, Op. cit. pág. 259.

⁴³“Os constitucionalistas têm razão ao dizer que os regimes técnicos ou os sistemas especializados não flutuam em um vaco de ausência normativa. Mas eles não possuem hierarquias definidas que possam resolver conflitos entre eles – eles têm um vocabulário, em outras palavras, mas nada definido para dizer com o mesmo.”. KOSKENNIEMI, Op. cit. pág. 261.

⁴⁴“Basta a leitura dos votos dissidentes nos casos recentes da Corte Europeia de Direitos Humanos acerca do seu tratamento entre a lei de direitos humanos e a lei da imunidade diplomática, para se compreender até que ponto o conflito de regimes é um conflito de preferências políticas.”. KOSKENNIEMI, Op. cit. pág. 262.

A alternativa à visão constitucionalista seria a visão pluralista. Esta visão baseia-se na teoria realista de constatação da existência de diversos regimes jurídicos concorrentes⁴⁵, os quais o direito internacional sinaliza, mas não limita. Aliás, essa noção de limite seria essencial para a utilidade deste ramo de Direito.⁴⁶

O pluralismo teria surgido de três fontes: do estudo das leis locais; da exportação normativa nos períodos de colonização; da exportação normativa através da globalização. O pluralismo seria, ainda, um mecanismo transnacional e informal de criação de normas⁴⁷. De acordo com a afirmação pluralista mais avançada, não estariam abarcados, apenas, os regimes normativos jurídicos, mas também os econômicos, técnicos, etc.⁴⁸

O advogado internacionalista passaria a ser um “gestor de regimes”⁴⁹, em que cada norma seria enfraquecida pela sua tendência maximalista.⁵⁰

Negando ambas as soluções, o professor sugere, em alternativa, a associaçãoda escolha política ao direito internacional. A diferença desta proposta em relação ao que já ocorre, é que não se estaria a falar, neste caso, de uma política de relações internacionais e diplomacia, mas antes de política num sentido mais lato, significando um fórum de dissensos e consensos aberto e abrangente, que incluía não apenas os Estados, mas todos os outros atores com papel relevante para a vida

⁴⁵ “Georg Schwarzenberger, dentre outros, usou a distinção entre “comunidade” e “sociedade” para examinar “o contexto social do direito internacional”, nos termos de uma irreduzível hostilidade entre Estados, expressa nas várias formas de “política do poder”, a qual o direito internacional só pode facilitar e simbolizar, mas não limitar.”. KOSKENNIEMI, Op. cit. pág. 265.

⁴⁶ “Julius Stone publicamente atacou as ideias federalistas de Lauterpacht, argumentando que o conceito de completude do direito internacional era uma peça contraproducente de um legalismo utópico. A paz e a justiça requeriam que o direito internacional fosse consciente dos seus limites.”. KOSKENNIEMI, Op. cit. pág. 265.

⁴⁷ “Muito pode ser dito sobre o esforço de desenvolver modelos pluralistas de governança global que se concentrariam nos mecanismos transnacionais de criação informal de regras, administração de regras e gerência de conflitos.”. KOSKENNIEMI, Op. cit. pág. 267.

⁴⁸ “A afirmação pluralista mais avançada surgiu da sociologia de Niklas Luhman que abarcou não somente regimes normativos abertos, como também científicos, tecnológicos e econômicos, possuindo cada um deles os recursos para explicar o mundo inteiro da sua perspectiva, e uma tendência inata de maximizar a sua racionalidade própria.”. KOSKENNIEMI, Op. cit. pág. 267.

⁴⁹ “Para ele a imagem do advogado é sempre a de um gestor de regimes, na sua busca de um equilíbrio entre “eficiência” e “legitimidade”, o equivalente pluralista da “integridade” constitucionalista.”. KOSKENNIEMI, Op. cit. pág. 269.

⁵⁰ “Quanto mais ampla a esfera de aplicação das leis, mais débil se torna a sua força normativa. Até que, finalmente, torna-se impossível distinguir entre um pistoleiro e um policial, um regime de corrupção e um regime de contrato. Naturalmente, cada um pode ter os seus méritos.”. KOSKENNIEMI, Op. cit. pág. 269.

internacional⁵¹. Vê, afinal, o direito internacional como um espaço racional e fundamentado de regulação da vida internacional.⁵²

A Profa. Watt, por sua vez, apresenta como grande sugestão a ideia de que o Direito Internacional Privado deveria “sair armário”, e perder a sua tradicional neutralidade. Ela sugere que, conferindo ao Direito Internacional Privado um conteúdo regulatório positivo, em contraponto à atual neutralidade, seria possível preencher os espaços vazios de regulação e coibir eventuais fenômenos de autorregulação abusiva.

No fundo, ela sugere o direito internacional privado como uma forma de garantir a proteção dos indivíduos e das comunidades, e a regulamentação dos espaços vazios do “*schism*”, que ela identifica. Reconhecendo a importância da participação dos atores internacionais, e a valia das suas contribuições para a regulação desse espaço de não-direito, o objetivo é limitar essa liberdade por considerações de igualdade e bem comum⁵³.

Esta proposta sintetiza a evidência do imperativo da necessidade de cooperação, entre si, das diferentes jurisdições nacionais. De fato, é premente a necessidade de construção de espaços de atuação dos indivíduos comuns, como lhe chama a autora, onde todos, afinal, possam desenvolver as suas vidas num ambiente juridicamente seguro e justo, para os indivíduos e para as comunidades. Essa ideia de participação na elaboração da norma e na regulação da vida internacional é fundamental para a autora, que acentua a utilidade de que se realize uma discussão, prévia e prática, das políticas normativas a desenvolver pela sociedade internacional.

⁵¹KOSKENNIEMI, Op. cit.pág. 277.

⁵²KOSKENNIEMI, Op. cit.pág. 278.

⁵³“*In the words of Hannah Arendt, politics is the emergence of a plural public space for deliberation and emergence of power without domination*”³¹⁹. *The politics of private international law may now resemble this ideal, pursuing ways in which to recognize and tether private authority in a world in which state and non-state rule-makers coexist - in a(hopefully) « more mature international society », where « more oversight » is exerted. Asserting its political dimension, law is not disqualified as law; on the contrary, law can be seen as a process of construction of the political community. However, it does mean that private international law as the constitution of private transnational governance needs to abandon the conceit of political neutrality – to the extent that neutrality is understood as an apology or a screen that prevents it from dealing head-on with the global expressions of nonstate power -, and harness its tools to the protection of the planetary commons. Private autonomy should be concerned with responsibility as much as it means freedom from parochialism; voice should be given to affected communities; multiple legalities should be re-anchored; process-based methodology should give way to clear preferences.”. WATT, Horatia Muir. *Private International Law as Global Governance: Beyond the Schize, from Closet to Planet*. SelectedWorks. Out. 2011. 55 p. Disponível em: http://works.bepress.com/horatia_muir-watt/1/. Acesso em 19 dez. 2014. Pág. 53.*

1.1.3.2 A convergência dos autores

É interessante ver como estes autores, tratando de um objeto específico e partindo de pontos de observação distintos, chegam a uma mesma conclusão sobre a importância de uma estrutura normativa internacional que possa oferecer mais participação e justiça aos jurisdicionados, e segurança aos operadores.

As soluções que ambos apresentam passam, essencialmente, por conferir importância à sociedade civil internacional. A diferença essencial, entre ambos, passa apenas pelo meio através do qual essa participação será concretizada. Da mesma forma que, para o Prof. Koskiennemi, a solução passa pela participação da sociedade internacional na construção político-normativo do Direito Internacional Público, para a Profa. Watt, por sua vez, essa participação deve ser permitida na desenvoltura do Direito Internacional Privado.

Parece que os autores concordam na unicidade do meio: a participação de toda a sociedade civil internacional na construção do arcaboiço regulatório internacional. A nossa sugestão é, então, que essa unicidade do meio seja complementada pela convergência entre os dois ramos.

É fundamental, assim sendo, a compreensão de que o direito internacional deve caminhar para um processo de convergência entre o direito internacional privado e o direito internacional público.

Como bem destacaram os dois doutrinadores citados, fica claro que a regulação do direito internacional público peca por defeito; perdida em discussões técnicas que o imobilizam, está longe de ter um efeito positivo sobre a ação dos indivíduos e das empresas. Pelo contrário, as controvérsias constantes, fomentadas pela regulação esparsa e desconectada, dão lugar à incerteza e à existência de espaços de não direito.

O direito internacional privado, por sua vez, peca pela sua neutralidade e ausência de alcance, sendo internacional apenas pela natureza das relações que regula. Esse espaço, que a Profa. Horatia retratou, nada mais é, afinal, do que a ausência de uma atuação coordenada e eficaz do sistema jurídico.

A inoperância acaba por ser, um pouco, o reflexo daquela anacrônica divisão entre público e privado, que mencionamos acima. O abismo consiste nos espaços

de não direito existentes na esfera internacional, exclusivamente regulados por razões de força.

Na ausência de corpo normativo que preencha este espaço, como bem destaca a Profa. Horatia, está aberto o espaço à autorregulação e ao interesse próprio. Os conceitos de governança, os códigos de conduta, todos esses instrumentos de auto-organização são de louvar. O problema é que dificilmente são capazes de refletir um equilíbrio maduro das forças de uma sociedade⁵⁴. A verdade é que lhes falta um importante componente democrático e discussão dialética axiológico-política. Falta-lhes, como vimos, legitimidade.

O Estado, como titular do interesse público e representante das diferentes coletividades nacionais deve ser o fator central dessa equação, mas apenas enquanto atores facilitadores das discussões sobre os vários assuntos a regular. As instituições devem ser os fóruns de encontro formal entre os diversos interesses e bens que compõem a sociedade. O Estado tem de o dever de criar um quadro institucional que inclua as visões da sociedade civil, atendendo a princípios de liberdade e diversidade de visões. Se isto é verdade na esfera interna, é ainda mais verdade na esfera internacional, onde os Estados devem atuar de forma coordenada na criação das referidas condições de debate. Neste ramo de direito em que não existem poderes centrais, as obrigações de coordenação dos e entre os Estados são ainda maiores.

Por essa razão não é possível tolerar as respostas fragmentadas e especializadas que nos oferece o atual direito internacional público, como denúncia o Prof. Koskeniemi. Pelo contrário, o Direito Internacional precisa de soluções integradoras e que abarquem, da melhor forma possível, os interesses de todos os atores relevantes. A opção não pode ser exclusivamente técnica. Ela tem de incluir considerações econômicas, jurídicas, éticas, políticas e práticas. Deve, em suma, ser uma resposta integradora, da macro à micro regulação da vida internacional.

Essa solução, por outro lado, não deve partir, apenas, do esforço individual de um dos Estados, como seria normal numa solução de Direito Internacional Privado. Ela deve partir, em alternativa, de uma resposta coordenada e proativa dos Estados, para uma eficaz coordenação entre jurisdições internas.

⁵⁴Sobre esse assunto, veja-se o diálogo racional, proposto por Habermas. Na Parte II detalharemos um pouco mais o tema: FREITAG, Barbara. Habermas e a Teoria da Modernidade. *Caderno CRH*. Salvador: Universidade Federal da Bahia. Nº. 22, p. 138-163. Jan/Jun, 1995.

O caminho é, então, a convergência. A convergência, neste contexto, reflete a necessidade de que, para melhorar o fluxo do tráfego jurídico, os diferentes ramos não podem ser estanques e precisam de se comunicar entre si. De outra forma, temos o vazio; o abismo de que falava Watt. A noção de convergência sintetiza o esforço de construção de um novo Direito Internacional que respeita os princípios teóricos do Estado de Direito, o seu conteúdo axiológico, e essencialmente dirigido à melhoria da vida das comunidades nacionais, ou seja, da sociedade internacional. Essa carga ética é, sem dúvida, o que torna esta ideia de convergência axiológica distinta da autorregulação prática, atualmente vigente na esfera internacional. Mais uma vez, é o sinônimo de legitimidade que falta à norma internacional.

Não há dúvida de que o tráfego jurídico contemporâneo necessita de normas que estabeleçam os casos de jurisdição de um Estado; mas essas normas precisam ser coordenadas, precisam de ser inteligentes e de dar respostas adequadas. Elas devem, afinal, concretizar e corresponder a princípios e políticas estabelecidas em Tratados e demais instrumentos normativos internacionais. Esses instrumentos, por sua vez, devem ter conexão entre si, para que os indivíduos e empresas possam obter segurança no tráfego da sua vida transnacional.

O contrário é o vazio, a descredibilização do sistema e a perpetuação do atual sistema de ilhas⁵⁵. Sem dúvida de que esse é um caminho complicado, difícil; a única forma de o conseguir passa por fundar essa construção em princípios orientadores sistemáticos fortes e maleáveis, capazes de dar orientação a todos os operadores internacionais. É esse papel fundamental⁵⁶ que têm o conceito de *Ius Cogens* e os princípios gerais de direito⁵⁷: a tutela proporcional das posições jurídicas individuais e dos objetivos comunitários.

⁵⁶“1º Nas matérias clássicas do direito internacional geral, envolvendo sobretudo as relações interestatais, o lugar dos princípios gerais é pouco significativo e não pode deixar de reduzir-se ainda mais: estes princípios constituem uma fonte “transitória” e “recessiva” do direito internacional, a sua repetida aplicação transforma-os em normas consuetudinárias. Os princípios não desaparecem, são mascarados por normas costumeiras tendo o mesmo conteúdo. 2º Em contrapartida, verificam-se novos apelos aos princípios gerais de direito em novos domínios das relações internacionais, em que os problemas têm de ser resolvidos sem que se possam invocar precedentes internacionais. (...) Esta aproximação pode também observar-se nas relações entre pessoas privadas e sujeitos de direito internacional, quer se trate de direitos individuais em matéria contenciosa, quer do regime dos contratos transnacionais (...).”.DIHN, Quoc Dinh e outros. *Direito Internacional Público*. 2ª edição. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. Pág. 360 e 361.

⁵⁷“2º Os princípios gerais de direito, fonte autónoma do direito internacional. a) A sua utilização como fonte directa de direito internacional resulta de uma prática antiga e constante. Desde

1.1.4 A tutela da pessoa humana, enquanto indivíduo e coletividade, no direito internacional

A coordenação normativa, cuja necessidade referimos, não é um mero capricho; pelo contrário, ela tem uma forte razão de ser. Essa coordenação tem a utilidade de atender às necessidades, singulares ou coletivas, dos indivíduos. Como todos os outros ramos de Direito, também o Direito Internacional deve ter este objetivo central.

A legitimidade da ação normativa do Estado será, assim, não decorrente de fatores de mera representação formal e convenção coletiva; mas, acima de tudo, de fatores de qualidade material da norma. Ou seja, até que ponto a norma atinge os seus objetivos de proteção dos interesses legítimos e situações jurídicas dos indivíduos e da coletividade. Foi o que referimos acima, acerca da questão da legitimidade da norma.

No caso do Direito Internacional isso corresponde à ideia de que a atuação dos Estados deve ser mais democrática e, conseqüentemente, aproximar-se dos objetivos da comunidade civil internacional, criando as condições para a sua participação política efetiva.

Não há dúvida de que a legitimidade da norma, no direito internacional, deve estar no indivíduo, considerado nas suas duas dimensões: o indivíduo, *stricto sensu*; e o indivíduo enquanto coletivo, comunidade⁵⁸.

*1974 as comissões mistas anglo-americanas constituídas pelos tratados de Jay fundamentaram as suas decisões directamente nos princípios gerais de direito. Desde então, os tribunais arbitrais, estatuinto em direito, não deixaram de seguir o mesmo exemplo sem que a validade de suas sentenças tenha alguma vez sido contestada pelos Estados partes nos conflitos que lhes eram submetidos. Podemos também mencionar o artigo 3º da Convenção de Haia de 1907 sobre a resolução pacífica dos conflitos, dispondo que, na interpretação do compromisso pelo qual as partes o solicitam, o tribunal arbitral pode aplicar os mesmos princípios. Resulta destes precedentes que, antes da criação do T.P.J.I., uma norma consuetudinária fundamental estava já formada em virtude da qual os princípios gerais do direito eram dotados de força obrigatória na ordem jurídica internacional. Em 1920, o artigo 38º nada criou, portanto. (...) Estes princípios foram assim explicitamente reconhecidos como uma fonte directa de direito internacional, independentemente de qualquer autorização convencional.”. DIHN, Quoc Dinh e outros. *Direito Internacional Público*. 2ª edição. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. Pág. 356.*

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen, *The inclusion of the Other. Studies in Political Theory*. Edited by Ciaran Cronin and Pablo de Greif. 2ª ed. Massachusetts: The MIT Press. 1999.

Assim, a próxima transformação do Direito Internacional deve ser a preocupação com a questão democrática da norma. Essa resolução começa, necessariamente, pelo nascimento de uma fonte de legitimidade que corresponda aos padrões necessários de democracia.⁵⁹⁶⁰

A legitimidade do Direito Internacional será resolvida através de dois vetores essenciais: em primeiro lugar, aproximando-o, em direitos e obrigações, daquele que é, afinal de contas, o último objeto de proteção da norma jurídica, o indivíduo (pessoa física e jurídica). Isso implica a ampliação do espectro político na esfera internacional⁶¹, efetivando uma maior participação de todos os seus atores.

Em segundo lugar, pela unificação das condutas dos Estados nas esferas interna e internacional, e pela cooperação transnacional. Em suma, pelo reforço da confiança e da segurança nas ações dos Estados e no tráfego jurídico internacional, através do recurso à matriz partilhada do Direito Natural.

Mas é preciso entender melhor o papel do indivíduo na esfera internacional; falar-se apenas em comunidade de indivíduos é uma ideia demasiado abstrata e que pode acabar por significar qualquer coisa. Concretizando esta ideia, a legitimidade da norma vem da comunidade dos indivíduos, por um lado; e, por outro, dos indivíduos unitariamente considerados; tanto na esfera interna, como na esfera internacional⁶². A este propósito, os direitos humanos ganham uma preponderância absolutamente relevante, sendo a face mais visível, tanto em termos axiológicos (por representar uma base de valores largamente partilhada) como operacionais (tutela

⁵⁹ FREITAG, Barbara. Habermas e a Teoria da Modernidade. *Caderno CRH*. Salvador: Universidade Federal da Bahia. Nº. 22, p. 138-163. Jan/Jun, 1995.

⁶⁰ HABERMAS, Op. cit.

⁶¹ Necessidade citada, expressamente, por ambos os autores estudados neste tópico.

⁶² Nesse sentido, António Cançado Trindade: *“O reconhecimento da personalidade jurídica do indivíduo no plano internacional operou como resposta a uma necessidade da comunidade internacional. Ainda que o cenário internacional contemporâneo seja inteiramente distinto do da época dos chamados “fundadores” do direito internacional (ninguém o negaria), que propugnaram por uma civitas maxima regida pelo direito das gentes, a aspiração humana permanece a mesma, qual seja, a da construção de um ordenamento internacional aplicável tanto aos Estados (e organizações internacionais) quanto aos indivíduos, consoante certos padrões universais de justiça. Daí a importância que assume, nesse novo corpo juris de proteção, a personalidade jurídica do indivíduo, como sujeito do direito tanto interno como internacional. A consagração da personalidade jurídica internacional da pessoa humana representa verdadeira revolução jurídica, que vem enfim dar um conteúdo ético às normas tanto do direito público interno como do direito internacional.”*. CANÇADO TRINDADE, António Augusto. *A pessoa humana como sujeito de Direito Internacional: A experiência da corte interamericana de Direitos Humanos*. In *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque de Melo/Carlos Alberto Menezes Direito*, António Augusto Cançado Trindade, António Celso Alves Pereira (orgs.) – Rio de Janeiro: Renovar 2008. Pag. 495-532. Pág. 500.

efetiva das posições e interesses legítimos dos indivíduos), da posição que propomos.⁶³

Esse deve ser o primeiro objetivo do sistema; o indivíduo, pessoa física, deve ser a “cola”⁶⁴ que une o ordenamento. A preocupação com o indivíduo e com a sua plena concretização é o que traz a necessidade de derrubar a discussão do monismo e do dualismo, e de que o sistema é feito de ligações de entendimentos simultâneos horizontais e verticais⁶⁵. Também nas relações entre os ordenamentos internos e internacional deverá haver uma convergência sintetizada na ideia de cooperação, essencial à tutela do indivíduo.

Sintetizando o que vem sendo exposto, fica claro que a legitimidade da norma deverá corresponder a uma conformidade formal e institucional; à observação do mérito axiológico da norma; e, finalmente, através da tutela e reconhecimento democrático da norma jurídica (em sentido lato).

Mas, como é claro, esta proposta não é de fácil implementação. Repare-se que a participação dos indivíduos na esfera internacional se dá, hoje, de forma muito restrita e, em regra, através de uma participação indireta. O melhor exemplo disso são os tribunais regionais de proteção dos direitos humanos, em que para o indivíduo atuar necessita sempre do auxílio do seu Estado ou de uma organização internacional. A exceção a esta regra é o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem,

⁶³“À doutrina jurídica do séc. XX não passou despercebido que os indivíduos, ademais de titulares de direitos no plano internacional, são também portadores de deveres emanados diretamente do direito das gentes (a dimensão tanto ativa como passiva de sua subjetividade). Os avanços nesse sentido revestem-se de crucial importância ao combate à impunidade, como reiteradamente advertido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Afirmou a Corte o dever do Estado de “organizar o poder público para garantir às pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício dos direitos humanos”, dever este que “se impõe independentemente de serem os responsáveis pelas violações destes direitos por agentes do poder público, particulares, ou grupos deles”. Esta posição forma hoje jurisprudência constante da Corte, ressaltando o caráter erga omnes das obrigações convencionais de proteção.”. CANÇADO TRINDADE, Op. cit. pág. 501.

⁶⁴ A este propósito, escreve Cançado Trindade: “O reconhecimento da personalidade jurídica internacional do indivíduo, além de refletir o processo de humanização do direito internacional contemporâneo, ressalta a premente necessidade de superar as limitações clássicas de sua legitimatio ad causam no direito internacional.”. CANÇADO TRINDADE, Op. cit. pág. 501.

⁶⁵“A titularidade jurídica internacional dos indivíduos é hoje uma realidade irreversível, e o ser humano irrompe, enfim, mesmo nas condições mais adversas, como sujeito último do Direito tanto interno como internacional, dotado de plena capacidade jurídico-processual. Esta evolução deve ser apreciada em uma dimensão mais ampla. Em relação às sucessivas atrocidades que, ao longo do século XX, vitimaram milhões e milhões de seres humanos, em uma escala até então desconhecida na história da humanidade, se insurgiu com vigor a consciência jurídica universal – como fonte material da última de todo o Direito -, restituindo ao ser humano a sua condição de sujeito do direito tanto interno como internacional, e destinatário final de todas as normas jurídicas, de origem tanto nacional como internacional”. CANÇADO TRINDADE, Op. cit. pág. 532.

única⁶⁶ corte internacional onde é possível que os indivíduos atuem sem a intervenção de uma entidade pública.

Até na esfera interna a participação ativa dos indivíduos vem sendo apresentado como um dos maiores desafios das democracias atuais. Mesmo aqui, onde os centros de participação estão mais próximos, tem sido fartamente documentado os cada vez mais elevados níveis de abstenção, nas votações democráticas de vários países⁶⁷.

Este é um fato que não pode ser ignorado; mas que também não nos pode imobilizar. Na esfera interna, como na esfera internacional, a ficção da representação tem a utilidade de tornar viável o sistema, nomeadamente conferindo-lhe legitimidade política e jurídica. Sabemos hoje que a mera representação não é suficiente, e que as sociedades contemporâneas necessitam de uma representação participativa, ou seja, na qual, através do seu voto, os indivíduos conferem um mandato a um representante, mantendo, no entanto, uma participação real na forma como esse mandato é exercido.

Essa participação é ainda mais importante quando o nível de abstração aumenta, como acontece na esfera internacional. Nesse caso a forma de preencher o abismo entre norma e expectativa, e de lhe conferir legitimidade, política e jurídica, é dando espaço às diferentes organizações transnacionais de indivíduos para que possam agir, coletivamente e/ou individualmente, de forma participativa na construção das normas internacionais. De certa forma, uma alteração/complementação à visão tradicional de segurança/procedimento de criação da norma internacional, conferindo maior legitimidade à norma.

Parece claro que essa é a tendência, nos nossos dias, em que está clara a necessidade premente de constituir ações concertadas que atendam aos interesses concretos de comunidades de diferentes Estados. Nos últimos anos esse papel tem

⁶⁶ No Tribunal de Justiça da União Europeia os indivíduos, pessoas físicas e jurídicas, também podem postular diretamente contra os Estados. Ainda assim as situações são bastante distintas pelo contexto de criação dos Tribunais; enquanto o TJE surge num contexto de uma organização supranacional, inserido em instituições comunitárias e subjugado a um ramo de direito *sui generis* (Direito da União Europeia), o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem resulta de uma instituição de direito internacional público clássico. É por essa razão que este tribunal continua a ser único no contexto das relações internacionais. DIHN, Quoc Dinh e outros. *Direito Internacional Público*. 2ª edição. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. Pág. 933-936 e 938 et seq.

⁶⁷ OLIVEIRA COSTA, Homero. *Alienação eleitoral no Brasil: uma análise dos votos brancos, nulos e abstenções nas eleições presidenciais (1982-2002)*. 244 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Faculdade de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Pág. 16.

sido desenvolvido pelas ONGs⁶⁸, bastante ouvidas no seio das organizações internacionais⁶⁹. Nada obsta a que esse papel seja estendido aos indivíduos e às empresas (que não, apenas, as multinacionais).

Em suma, quando falamos de convergência não o mencionamos, apenas, numa mera dimensão técnica. Não é apenas a união de dois ramos de direito, só aparentemente distintos. O que se pretende é mais do que isso: é a convergência com propósito destes dois ramos.

E o propósito dessa convergência, como se viu, é a humanização da regulação internacional. Uma convergência com objeto na tutela da pessoa humana, na sua dimensão individual e coletiva. Nos atrevemos a dizer, em suma, que legitimidade da norma também é, afinal, um sinônimo de maior participação daqueles que sofrem a sua ação e a quem a norma se destina: os indivíduos. O Estado deve, assim, agir em conjunto com a sociedade (requisito democrático) para uma norma internacional plenamente legítima (além dos requisitos formais e materiais).

1.2 Novas premissas do direito internacional e a arbitragem

Fomos ultrapassados pela história, e é necessário, hoje, reinventar o papel do Estado no âmbito das relações sociais. Isso é especialmente verdade no âmbito das

⁶⁸. O Prof. Erik Jayme salienta a importância das ONG na defesa dos interesses dos indivíduos na esfera internacional, inclusive em substituição do Estado, quando este último se omite: *“Quando o Estado falta são as organizações não-governamentais, seguidamente, que em muitos campos, tomam a si os interesses de proteção, sobretudo, dos interesses globais, mesmo se as Nações Unidas também se ocupam do tema. Se nós pensamos à proteção do meio ambiente, a globalização modificou nossa consciência: existe um interesse global, por exemplo, de manter o clima da Terra ou de proteger a qualidade da água, interesses que importam à vida dos indivíduos.”*. JAYME, Erik. *O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização*. In MARQUES, Claudia Lima. *O novo Direito Internacional – Estudos em Homenagem a Erik Jayme*/Claudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pág. 3-20.

⁶⁹ A matéria ambiental é aquela que, sem dúvida, tem despertado uma maior identidade transnacional entre as diferentes comunidades dos vários Estados. É interessante ver que na COP19, por exemplo, as ONG tiveram um papel crucial. Isso demonstra o potencial de influência que estas organizações poderão ter na condução política e legal da comunidade internacional, nas próximas décadas. A esse propósito, e sobre a atuação ativa das ONGs nessa conferência internacional: KINGS, Sipho. COP 19: NGO Delegates walk out of Warsaw climate talks in protest. *Jornal Mail&Guardian* de 21/11/2013. Disponível em <http://mg.co.za/article/2013-11-21-800-walk-out-of-cop19>. Acesso em: 21/10/2014.

relações internacionais, onde a vida flui numa dimensão planetária e com regulação tendencialmente desconexa.

Compreendemos isso na análise feita pelos Professores Koskenniemi e Watt.

O Estado, hoje, é obsoleto; como bem salientado pelo Prof. Koskenniemi, a sua ação caracteriza-se, atualmente, por uma excessiva fragmentação e ausência de coordenação dos institutos jurídicos. É uma ação política tecnocrática, casuística e de falta de compromisso com as normas sistemáticas.

A Profa. Watt refere-se a esse fenómeno falando acerca do “abismo”, que explica como essa ação fragmentária do Estado afasta a sua regulação do mundo dos indivíduos e dos negócios. Um bom exemplo dessa hipótese seria, indubitavelmente o instituto da arbitragem.

Repensar o papel do Estado implica entendê-lo, na sua função tradicional, enquanto representante soberano de uma comunidade, e também enquanto ente ativo de fiscalização e regulamentação das relações sociais.

Mas o mundo de hoje exige, em adição às suas funções tradicionais, um Estado dinâmico, de respostas eficazes e capaz de assegurar a efetiva existência de uma vida global liberal e preocupada com o bem-estar dos indivíduos, pessoas físicas e jurídicas. Em termos normativos, isso implica a criação de um sistema de regulação que garanta justiça e segurança ao tráfego internacional entre Estados, cidadãos e empresas. Requer-se, assim, que o Estado seja, também, um fórum de participação política comum, seja na esfera interna, seja na esfera internacional. Dessa participação dialética, e da adição de conteúdo axiológico à norma, resulta uma regulação internacional mais legítima. Pela sua proximidade com a sociedade que regula, e pela qualidade da norma emanada.

A fragmentação atual é a própria antítese de sistema, de segurança e principalmente de justiça que se deseja. O abismo entre o direito internacional privado e o direito internacional público deixa espaço ao não direito e à autorregulação que, por sua vez, refletem apenas uma relação de forças entre os diversos agentes, nas suas relações transnacionais.

Em suma, e de acordo com o que dissemos acima, a ação do Estado não pode ser mais uma ação hierarquicamente estratificada e separada em duas esferas distintas: a interna e a internacional. A tensão entre dualismo e monismo surgiu no final do século XIX, quando, devido às capacidades técnicas adquiridas nesta altura, fazia sentido diferenciar as duas realidades. Hoje, a prática ultrapassou essa

distinção, e o tráfego exige que se dê menos relevância a essa questão vertical, hierárquica, e se comece a dar mais importância às relações horizontais e verticais entre os diferentes ramos. O que fica claro é a evidência de uma convergência entre os diferentes ramos (Direito Internacional Privado e Direito Internacional Público), e esferas (Interna e Internacional).

Com isto negamos a ideia de monismo e dualismo; negamos, ainda, a ideia de um pluralismo feito de ilhas de direito; e propomos, em alternativa, a ideia de rede sistemática e fundada num forte conteúdo ético-normativo democraticamente acolhido. Reconhecemos, ao final, a independência de cada um dos ramos e das esferas, desde que complementados por um esforço concreto de coordenação entre si. Da mesma forma que, atualmente, a ideia de sistema implica comunicações entre os ramos de direito, na esfera interna.

Por isso, não faz sentido pensar num mundo de esferas distintas. Não há mais espaço para a fragmentação, e precisamos de um direito internacional que reflita um sistema jurídico globalizante, coordenado e coerente; que inclua não apenas os institutos típicos de direito internacional público e de direito internacional privado, mas também alguns dos princípios que coordenam a conduta do Estado na esfera interna (por exemplo, o princípio da democracia).

O que se necessita é de convergência sistemática.

O que se propõe é recentralizar o sistema. Fazer com que o direito internacional deixe de ser um ramo *sui generis*: desde Vattel é, essencialmente, um direito entre Estados. O direito internacional precisa passar a ser, de forma mais contundente, um direito voltado para a defesa dos interesses dos indivíduos, nas suas mais distintas formas de expressão (individual e coletiva).

A legitimidade da norma no direito internacional deve vir, em primeiro lugar, dos indivíduos, enquanto comunidade e individualmente considerados; da ideia de participação. A legitimidade da norma vem da evidência de que o direito tem como objeto proteger e concretizar a dignidade humana do indivíduo e grupo de indivíduos que, afinal, lhe dão conteúdo e utilidade, sempre de acordo com critérios formais e de justiça.

Com alguns (contados) exemplos, como o da União Europeia, comprova-se que é possível, mesmo na esfera internacional, estabelecer um sistema coerente e coeso o suficiente para conseguir afastar “o abismo” e contrapor à habitual fragmentação da norma internacional, voltada para os Estados, e não para os

indivíduos. A palavra chave acaba por ser afinal, convergência: de sujeitos; de regulação; de práticas.

Mas essa é apenas uma miragem, no mundo contemporâneo. São inúmeros os casos que reiteram o abismo e a fragmentação. Faz-se necessária a coragem para que os legisladores consigam avançar, e não fiquem reféns das armadilhas do passado.

Neste trabalho iremos tratar de um desses institutos nascidos da necessidade de regulação e segurança jurídica da vida internacional. A arbitragem é um instituto que floresceu com a internacionalização da vida das comunidades. Perante espaços de não direito, a arbitragem foi um instrumento fundamental para que os litígios, ocorridos nesta esfera, tivessem uma resolução pacífica e de acordo com as normas de Direito.

Mas as suas insuficiências são bastante relevantes. E a arbitragem é um exemplo típico de autorregulação privada; com uma regulação mínima e insuficiente dos Estados; sem preocupações profundas (ainda que existentes...) com o conteúdo ético-normativo; e sem que haja participação ou uma verdadeira ponderação entre os interesses dos indivíduos e da coletividade. O instituto, na forma como hoje é interpretado, é um verdadeiro reduto de jurisdição exclusiva das partes, o que choca, quando se constata que detém uma importante função de acesso à justiça.

O princípio do acesso à justiça é um direito humano; corresponde a uma função direta do Estado; e é um verdadeiro avanço civilizacional. Será que um instituto como o da arbitragem, que resulta diretamente da ideia de acesso à justiça, pode ser tão parcamente regulado no espaço internacional? A resposta deve ser negativa. E apenas é dessa forma, pouco regulado, em razão das insuficiências regulatórias gerais que temos vindo a demonstrar.

A arbitragem concretiza, por conseguinte, o problema abstrato de que temos vindo a falar. Também neste caso específico necessitamos de uma ordem internacional mais coordenada e profunda, que faça uma ponderação ético-normativa entre os vários interesses e direitos que se relacionam com o meio de jurisdição, e que permita a efetiva participação dos indivíduos no procedimento.

Passamos a apresentar, nos próximos tópicos, como funciona o sistema de arbitragem na prática: os instrumentos de Direito Internacional Público e de Direito Internacional Privado que lhe são aplicáveis.

2 OS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS APLICÁVEIS À ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Vimos, até agora, que apesar dos avanços das últimas décadas, os dois ramos do Direito Internacional (Público e Privado) ainda detêm enormes deficiências regulatórias sobre as atividades exercidas na esfera internacional.

Na ausência de uma regulação minimamente sistemática, as pessoas, físicas e jurídicas, públicas e privadas⁷⁰, são obrigadas a encontrar formas de regular os seus acordos, as suas disputas, enfim, os seus atos. Essa autorregulação, por sua vez, não é tão abrangente como as necessidades de tutela coletiva e participação democrática exigiriam.

Como vimos, ainda, a arbitragem é um desses institutos jurídicos que respondem à necessidade de segurança jurídica dos indivíduos (pessoas físicas e jurídicas), que operam na esfera internacional.

Este instituto, de raízes históricas profundas⁷¹, reencontrou a sua importância na segunda metade do século XX, ao servir de instrumento para que os privados, destituídos da possibilidade de recorrer a uma estrutura jurisdicional imparcial internacional, pudessem compor as suas disputas.

A arbitragem internacional foi uma forma de salvaguardar o risco das operações jurídicas internacionais e de afastar, assim, a imprevisibilidade de uma decisão proferida por um tribunal nacional.

Imprevisibilidade, neste contexto, significa o risco inerente a uma operação internacional entre privados, operada entre jurisdições diferentes; risco político dessa operação; inexistência da garantia de independência dos tribunais nacionais; falta de preparação, em muitos casos, dos tribunais nacionais para lidar com assuntos complexos e de natureza internacional; e a necessidade de rapidez e eficiência na resolução do litígio.

A arbitragem internacional é, assim, uma solução de segurança e justiça, encontrada pelos privados, para resolver as suas disputas, num ambiente regulatório insuficiente e muito vulnerável a questões políticas.

⁷⁰As diferenças entre Arbitragem Comercial e Arbitragem de investimento serão detalhados adiante, neste trabalho. Cf. Parte III.

⁷¹Acerca da história do instituto, Cf. Parte II.

Estivéssemos nós numa federação global, ou pelos menos a caminho dela, como cogitavam Kant, Lauterpach, e outros, e a arbitragem não seria um instituto necessário; a sua função seria realizada por tribunais internacionais, especializados e prontos a oferecer decisões jurídicas altamente qualificadas. Infelizmente, a proposta de Kant e Lauterpach era essencialmente utópica e, mesmo com as tecnologias atualmente disponíveis, impraticáveis.

Assim, e na ausência de outra estrutura, eventualmente, preferível, conclui-se que a arbitragem é um fenómeno desejável e potencialmente saudável para a manutenção do tráfego jurídico e fático na esfera internacional.

Em primeiro lugar, porque trouxe a possibilidade de inserção dos indivíduos (pessoa física e pessoa jurídica) na sociedade internacional. Recorde-se que esse espaço, antes, era reservado aos Estados e às organizações internacionais, e a sua participação (a dos indivíduos) se dava, unicamente, através destes dois sujeitos internacionais (e é uma bondade dizer que seria através dos dois; isso porque a sua atuação era feita, quase sempre, apenas através dos Estados e do instituto da proteção diplomática).

A arbitragem trouxe as condições para essa expansão dos privados, que têm, neste instituto, a segurança para operar além da sua jurisdição.

A arbitragem é, hoje, um meio importante de autonomia privada e autodeterminação que deve ser preservado, por permitir, num espaço com ausência de poder centralizado e sistema jurisdicional, a efetivação dos direitos subjetivos dos indivíduos que ali interagem (nas negociações mantidas entre si, ou, até, com entes públicos).

Em segundo lugar, porque num tempo de massificação no acesso à justiça, ainda não existe um meio alternativo de garantir, na esfera internacional, a implementação de um meio de resolução de litígios imparcial e eficiente. Além disso, o envolvimento das partes na formação do tribunal e da própria decisão, a proximidade existente nesse processo, sugere que o reconhecimento da legitimidade⁷² das sentenças é elevado. Isso é fundamental, num meio (espaço internacional) onde a coercibilidade das normas é insuficiente.

⁷² Ainda que a legitimidade aqui referida atenda apenas parcialmente ao critério de legitimidade que construímos acima. Assim, se aqui realçamos a questão da proximidade, não podemos deixar de recordar que ela não é elemento suficiente para, por si só, trazer legitimidade à norma. O critério da proximidade deve ser complementado pela formalidade e segurança do ato e, acima de tudo, pela sua qualidade ético normativa e proximidade democrática. Cf. 1.1, acima.

Em terceiro lugar, e na frequente ausência de uma norma específica para cada caso, a arbitragem traz a vantagem de, casuisticamente, estabelecer uma determinada ordem, dispensando (com desvantagens...) a função de um legislador global.

Como verificaremos neste trabalho, uma parte importante da construção do instituto e seus postulados tem sido feita dessa forma algo empírica. Como pudemos ver, perante os abismos regulatórios existentes no Direito Internacional, essa é, sem dúvida (e ainda que, repetimos, com enormes defeitos que não deixaremos de apontar), uma tarefa importante que esses tribunais e instituições de arbitragem têm vindo a desempenhar.

O que ocorre é que estas vantagens de autorregulação não são suficientes. Elas resultam da natureza prática do instituto e dos interesses dos utilizadores deste meio de jurisdição, mas carecem de um enquadramento no sistema, negligenciando a ponderação em relação a uma parte importante dos fundamentos e valores inerentes à ideia de Direito. E isso não é aceitável.

Afinal, é na ideia de sistema que se deve fazer a ponderação de valores divergentes. No caso concreto, e num sistema de arbitragem saudável, deve se consagrar e valorizar a autonomia das partes, ao mesmo tempo que se apresentem medidas adequadas a garantir, igualmente, os princípios da imparcialidade, da igualdade, do acesso à justiça e às normas de administração da justiça daí decorrentes.

Não é isso que ocorre. Hoje a arbitragem é um sistema de interesse próprio, fora e em contraposição a um sistema de interesse comum. Um sistema que, em suma, concretiza os mesmos problemas apontados na ordem jurídica internacional. Na sua inserção sistemática, aliás, essas insuficiências são agravadas por nos estarmos a referir a um meio de acesso à justiça, um verdadeiro meio de jurisdição.

A arbitragem não pode ser um sistema fora do sistema⁷³. Não mais, num tempo em que as preocupações com a igualdade são tão profundas e prementes, e onde este meio de jurisdição pode representar um privilégio injustificado no direito de acesso à justiça⁷⁴.

⁷⁴ É por isso que não nos pode deixar de chocar algumas situações fáticas, descritas pela doutrina, e que nos levam a questionar a confidencialidade “ilimitada” da arbitragem: “*A arbitragem é*

Essa insuficiência é explicada pelas deficiências das normas de Direito Internacional Público e de Direito Internacional. Como vimos, acerca do sistema normativo internacional, e como veremos, acerca da regulação da arbitragem internacional, nestes dois ramos a ação fragmentária e descoordenada dos Estados criou um abismo preenchido pela autorregulação dos privados. Por sua vez, essas normas refletem a natureza essencialmente prática do instituto, não sendo comum a remissão a normas de conteúdo axiológico, ou que ponderem outros valores que não aqueles tradicionalmente acolhidos. Isso apesar do esforço regulatório que foi feito nas normas de Direito Internacional Público, de Direito Internacional Privado ou nos esforços de autorregulação empreendidos.

Acerca da regulação internacional do instituto, é obrigatório começar por referir o mais significativo diploma obtido, em 1958 (na esfera do Direito Internacional Público), pelo estabelecimento da Convenção de Nova Iorque (“Convenção”) que é, até hoje, o único diploma de caráter internacional (universal, pelo menos) acerca do tema.

Por sua vez, na esfera do Direito Internacional Privado, devemos referir, pela sua relevância, tanto as diferentes Leis nacionais de arbitragem, como os esforços de uniformização dos vários instrumentos legislativos. Devemos referir, a esse propósito, a Lei Modelo da UNCITRAL (que será estudada neste trabalho).

Sobre as Leis de arbitragem nacionais devemos mencionar que se identificam, nelas, as características práticas que já salientamos⁷⁵. Além disso, constatamos que muitas dessas Leis não estão, ainda, adequadas às especificidades da arbitragem internacional, preocupando-se, essencialmente, com a regulação da arbitragem doméstica.⁷⁶

Finalmente, e dadas as insuficiências dos dois tipos de regulação mencionada, veremos, ainda que as formas de autorregulação adquirem, aqui, um

privada. De modo geral, as partes são proibidas de revelar o que quer que seja sobre os procedimentos arbitrais que tiverem lugar. Quando as partes assim o desejarem o que se passa durante a arbitragem pode ser mantido longe das vistas do público. Em muitos casos, as partes incorreram em enganos, ou agiram de forma tal que daí lhes possam advir constrangimentos.”. SAMUEL, Adam. 1. *Arbitragem Comercial Internacional*. In MARQUES, Cláudia Lima/ARÁÚJO, Nádia. *O novo direito internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme/Claudia Lima Marques, Nádia de Araújo, organizadoras.* - Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pág. 358.

⁷⁶Exemplificando o que ficou dito, cabe mencionar a Lei de Arbitragem da República Federativa do Brasil (Lei n.º 9.307 de 23 de Setembro de 1996), que não detém qualquer norma aplicável, especificamente, à arbitragem internacional. Pelo contrário, a recente Lei de Arbitragem Voluntária da República Portuguesa (Lei n.º 63/2011 de 14 de Dezembro) traz, no seu Capítulo IX, uma série de normas aplicáveis a essa forma de jurisdição internacional.

papel absolutamente crucial. Afinal, são elas que acabam por concretizar, materialmente, as formas de procedimento, perante as ausências de regulação mais abrangente.

Em todas as regulações surgidas, como veremos, dificilmente encontramos preocupações distintas dos aspectos práticos do instituto. Assim, usualmente são regulamentados aspectos como a validade da convenção, a questão da capacidade das partes, questões relativas à nomeação dos árbitros, etc. As razões axiológicas estão praticamente alijadas das regulações em vigor.

Essa situação não é aceitável. Com as vantagens que já lhe apontamos, é essencial que a regulação contemporânea deste instituto leve em conta a necessidade de, ao mesmo tempo em que se valorizam os referidos benefícios da arbitragem, contrapor-lhes as necessidades da coletividade e da defesa dos interesses comuns, nacionais e internacionais.

Não é o que ocorre, como se verá.

Assim, e prosseguindo, passamos a analisar, detalhadamente e de uma perspectiva crítica, cada um dos instrumentos de regulação referidos (Convenção de Nova York de 1958; Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL; e os regulamentos das mais importantes instituições de arbitragem).

Sem dúvida que o instrumento mais importante e abrangente da regulação internacional da arbitragem é a Convenção. Por essa razão, começaremos por apresentar as suas disposições relevantes, tendo em conta o momento histórico da sua elaboração e o escopo de regulação a que se propuseram os Estados parte.

2.1 A Convenção de Nova Iorque de 1958

O projeto de Convenção surgiu em 1953 sob proposta da Câmara de Comércio Internacional (CCI), que produziu a primeira minuta de regulação. Naquela altura, apesar de já existirem convenções acerca do tema da arbitragem, e de ser conhecido o conceito de “sentença arbitral estrangeira”, a ideia de uma sentença arbitral internacional ainda era algo novo e pouco difundido. Por essa razão, a regulação surgia como algo inovador.

Essa minuta foi enviada para a ECOSOC que, após discussão e deliberação, submeteu a proposta, com alterações, à apreciação da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1955.

Nesse âmbito se iniciaram as discussões sobre uma versão definitiva do instrumento internacional. Nos debates, o evento de maior relevância consistiu na surpreendente apresentação da denominada “minuta holandesa”, mais ambiciosa do que o projeto originalmente apresentado pelo ECOSOC. Uma das principais diferenças era, por exemplo, a inclusão de um regime acerca da uniformização dos requisitos mínimos da formação da convenção arbitral (uma questão em direto confronto com a autonomia normativa de cada um dos Estados).

Surpreendentemente, essa minuta acabou por ser aquela apoiada pela maioria dos Estados e que, após discussões, deu origem à Convenção de Nova Iorque, instrumento que substituiu, nas relações entre os Estados Contratantes, o Protocolo de Genebra de 1923 Relativo às Cláusulas de Arbitragem, e a Convenção de Genebra de 1927 Relativa à Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras.⁷⁷

Atualmente, este é um dos tratados internacionais, em matéria de direito comercial, mais bem-sucedidos. Entrou em vigor em 7 de junho de 1959, e encontrava-se ratificado, em 2013, por 149 países⁷⁸⁷⁹.

O principal foco da convenção é tratar das obrigações dos Estados quanto à possibilidade de reconhecimento de sentenças arbitrais não proferidas no seu território. Todas as demais disposições surgem em razão da necessidade de, indiretamente, estabelecer uma série de condições processuais mínimas para que os Estados possam reconhecer a sentença arbitral. A única salvaguarda que não tem natureza adjetiva, como veremos em seguida, é o requisito de que a sentença não afronte a ordem pública do Estado de reconhecimento.

O Artigo I, da convenção, estabelece o seu objeto, repetindo, o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. Dentro do conceito de sentença

⁷⁷É sempre interessante ouvir a história na voz daqueles que a fizeram. A esse propósito, é bastante interessante o relato feito por Pieter Sanders, delegado na Conferência de 1958 e, à data da celebração da comemoração dos 40 anos da Convenção de Nova Iorque de 1958, Presidente Honorário da ICCA, na publicação comemorativa, da própria ONU, em 1999: SANDERS, Pieter. *“The making of the Convention”. Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention. Experience and Prospects.* United Nations Publication. New York, 1999. Pág. 4.

⁷⁸ Disponível em: <<http://www.newyorkconvention.org/contracting-states>>. Acesso em: 21/10/2015.

⁷⁹ UNITED NATIONS ORGANIZATION. *The New York Convention*. Nova Iorque: Nações Unidas. 1958. 7 p. Disponível em: <<http://www.newyorkconvention.org/texts>>. Acesso em: 30 out. 2014.

arbitral estrangeira a convenção inclui tanto aquelas proferidas no âmbito de uma arbitragem doméstica realizada dentro do território do outro Estado, como aquelas proferidas em arbitragem internacional "pura". O objeto da convenção inclui, ainda, e por previsão expressa do n.º 2 do artigo I, as arbitragens *ad hoc* e as arbitragens institucionais.

O Artigo II tem uma dupla natureza de norma adjetiva e de norma substantiva. Por outras palavras, reflete a dupla natureza da arbitragem, jurisdicional/processual, por um lado, obrigacional/contratual, por outro.

No n.º 1 estão previstas as obrigações dos Estados Partes em relação à obrigatoriedade de reconhecimento da convenção de arbitragem, uma consideração de natureza processual. Para as obrigações dos Estados Parte, este conceito é fundamental, pois impede o recurso ao seu aparelho jurisdicional; é um limite objetivo à atuação do juiz (n.º 3 do artigo II).

A esse propósito, e perante tão graves consequências é essencial entender como caracterizar a convenção, o que pode ser entendido dessa forma. Por essa razão, a norma enumera alguns documentos e atos juridicamente relevantes para a constituição da convenção de arbitragem, para efeitos de proteção da convenção (nº 2 do artigo II).

Os artigos III e IV tratam de questões exclusivamente processuais, acerca do trâmite do procedimento de reconhecimento da sentença, junto aos tribunais Estaduais que irão reconhecer a sentença. Assim, e em primeiro lugar, no artigo III fica estabelecido um princípio de não discriminação, estabelecendo uma igualdade mínima dos requisitos de competência, legais e/ou burocráticos, entre os procedimentos de execução de sentença arbitral doméstica e as sentenças objeto da convenção.

Em segundo lugar, no artigo IV ficam estabelecidos os documentos que as partes devem apresentar e, igualmente, as formalidades que os documentos devem conter para a instrução do processo. A esse propósito, destaca-se no nº 2 do artigo IV, a necessidade de apresentação dos documentos traduzidos, por tradutor oficial ou através de agente diplomático ou consular, na língua oficial do Estado em que se pretende reconhecer a sentença.

Em exceção à regra geral, estabelecida no artigo I, que é a do reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras, no artigo V vêm estabelecidas as situações em que os Estados podem recusar o reconhecimento da sentença.

Dentro das exceções podemos distinguir entre as exceções de natureza obrigacional, processual e de ordem pública.

A exceção de natureza obrigacional está expressa na alínea a) do n.º 1, e estabelece que o Estado pode recusar o reconhecimento da sentença no caso de pelo menos uma das partes ser incapaz para celebrar a convenção de arbitragem, ou se essa convenção mantém alguma invalidade de natureza obrigacional (erro, coação). A norma vai estabelecendo uma série de regras subsidiárias para a apreciação da capacidade das partes na elaboração da convenção, sendo que, em princípio, a lei que regula a capacidade das partes e as questões de validade é a lei por si escolhida, na convenção de arbitragem.

Caso as partes não tenham estabelecido a lei aplicável, afasta-se a norma geral agora enunciada (obviamente, em virtude da omissão), e as questões de capacidade e validade da convenção serão reguladas pela Lei do país onde for proferida a sentença. Desta norma subsidiária decorre a importância da sede na arbitragem internacional. Afinal é a lei desse local que, em caso de omissão das partes, regulará elementos essenciais relativos à validade, material e procedimental, da arbitragem.

Quanto às exceções de natureza processual, elas estão essencialmente ligadas à ideia de devido processo legal, e à necessidade de que o julgamento da disputa tenha sido realizado assegurando o conjunto de regras mínimas e, no fundo, o direito de acesso à justiça (ainda que numa aceção parcial e exclusivamente das partes).

Assim, a alínea b) do n.º1 autoriza o Estado a não reconhecer a sentença caso fique demonstrado que alguma das partes não foi corretamente informado do litígio. Assim, se a parte não teve oportunidade de nomear o seu árbitro, se não teve informação acerca da tramitação do processo arbitral, ou se não conseguiu apresentar a sua contestação, nesses casos, em respeito ao direito de defesa, o Estado não terá de reconhecer a sentença.

Na alínea c) do n.º 1 trata-se da questão do mandato do tribunal arbitral. Como é sabido, uma das características mais importantes da arbitragem é o mandato circunstanciado do tribunal, que deverá apenas pronunciar-se acerca de determinadas matérias previamente definidas pelas partes, na própria convenção. O árbitro está impedido de apreciar fatos que exorbitem o seu mandato; e essa ocorrência serve de impedimento para que o Estado reconheça a sentença arbitral.

Ainda a propósito desta disposição, é importante referir a possibilidade de, na altura do reconhecimento da sentença, ser retirada a matéria exorbitante da sentença e, dessa forma, aproveitar a parte da sentença que esteja em conformidade com a competência jurisdicional dos árbitros. Por essa razão os Estados estão obrigados a reconhecer, ainda que parcialmente, as sentenças nessa condição.

Na alínea c) do n.º 1, trata-se da possibilidade de não reconhecimento em virtude do não cumprimento dos procedimentos estabelecidos entre as partes, seja quanto à constituição do tribunal, seja quanto ao próprio processo arbitral.

As partes têm duas formas de definir as regras de trâmite dos procedimentos: elas podem estabelecer, efetivamente, regras novas, aplicáveis ao caso. Ou podem, alternativamente, fazer uma remissão às regras processuais da legislação de qualquer Estado.

O árbitro deverá observar essa vontade das partes, em primeiro lugar. Mas levanta-se a questão, e se as partes não tiverem definido uma regra procedimental?

Nesse caso, o árbitro deverá remeter-se às disposições da lei da sede da arbitragem. Apenas em caso de omissão desta última poderá o árbitro fazer valer uma regra por si definida.

No caso da alínea e) do n.º 1, trata-se do impedimento de reconhecimento de sentença, em virtude da sua inexigibilidade, ou seja, da ausência de caso julgado entre as partes.

Para que esta hipótese se concretize não parece bastar que a sentença esteja em discussão junto a uma autoridade competente; pelo contrário, a letra da lei sugere que apenas a sentença que já foi efetivamente suspensa ou anulada pela autoridade competente, será hábil a impedir o reconhecimento.

Por autoridade competente, para efeitos desta norma, entende-se a autoridade, judicial e/ou administrativa, com poderes legais para apreciar esse assunto. Essa autoridade deverá ser do Estado da sede da arbitragem ou do Estado cuja lei foi aplicada.

Mais uma vez se vê a importância da sede da arbitragem para a determinação dos aspectos procedimentais dos casos concretos.

Ainda sobre os aspectos processuais, e quanto aos requisitos de utilização do instituto, a norma da alínea a) do n.º 2 determina que a sentença também não será

reconhecida se o litígio não corresponder às condições de arbitrabilidade estabelecidas pela lei do local de reconhecimento da sentença.

Esta é uma norma interessante por alterar um pouco a lógica da própria Convenção. A regra da Convenção passa por valorizar a possibilidade de auto-determinação e de auto regulação dos privados; mas, nesta regra específica, a opção das partes no tratado foi de valorizar e dar importância à soberania do Estado que está a apreciar o reconhecimento da sentença.

Finalmente, e já quanto a critérios de ordem pública, o Estado pode obstar ao reconhecimento da sentença se entender que o seu conteúdo choca gravemente com os seus valores mais fundamentais.

Assim o Estado pode obstar ao reconhecimento se uma sentença arbitral representar uma grave afronta à sua soberania ou às suas instituições; ou se a sentença chegar a um resultado considerado absurdo ou absolutamente chocante em relação à ideia de justiça propalada naquele ordenamento.

A esse propósito, devemos ainda apresentar a distinção da doutrina, acerca das várias esferas da ordem pública do Estado. Os Estados teriam, de acordo com essa construção, três níveis de ordem pública nacional. Segundo Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio,⁸⁰ O primeiro nível teria um âmbito mais amplo, e funcionaria no âmbito direito interno. No segundo nível, mais restrito do que o primeiro, trata das situações de impedimento à lei estrangeira, quando aplicadas por indicação das regras de conexão, das normas de Direito Internacional Privado. O terceiro nível⁸¹, ainda mais restrito, se situa no reconhecimento de direitos adquiridos no exterior e, por isso, aplicável ao reconhecimento de sentença arbitral estrangeira. O princípio da ordem pública está relacionado com a salvaguarda de valores absolutamente fundamentais para a própria concepção de Estado e sociedade⁸², sendo que, conforme a natureza do ato, se aplicará um nível de proteção distinto.

No caso concreto, e porque se trata de uma situação de reconhecimento da sentença, estaríamos a falar desse escopo mais restrito (terceiro nível) da ordem

⁸⁰DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*/Jacob Dolinger. 9ª ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pág. 406 a 410.

⁸² “Diríamos que o princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-político-jurídica imanente no sistema jurídico estatal, que ele representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades económicas do Estado. (...). Mas não encontramos formulado o que vem a ser o básico na filosofia, na política, na moral e na economia de um país. O aplicador da lei não dispõe de uma bússola para distinguir dentro do sistema jurídico de seu país o que seja fundamental, de ordem pública, (...).”. DOLINGER, Op. cit. Pág. 394.

pública do Estado onde se pretende reconhecer a sentença. Ou seja, uma parte substancial das desconformidades que identificamos estariam fora do âmbito de controle destas sentenças.

O artigo VI está relacionado com a previsão da alínea e) do n.º 1 do artigo V. Nesta previsão a Convenção oferece uma alternativa ao não reconhecimento. Dessa forma, o Estado a quem for solicitado o reconhecimento da sentença poderá recorrer a dois expedientes distintos: em primeiro lugar, poderá diferir o momento da decisão, o que significa, na prática, aguardar que essa autoridade competente decida acerca da anulação ou suspensão da sentença. Em segundo lugar, poderá exigir da parte que pretende o reconhecimento da sentença, o fornecimento de garantias adequadas para que seja dada a decisão.

Este artigo nada mais faz do que reforçar o espírito expresso na regra geral da Convenção, a ideia de que os Estados devem agir de forma a fomentar e não obstaculizar ao tráfego de sentenças arbitrais. Assim, fornece um mecanismo para que, apesar da possibilidade de não reconhecer a sentença, o Estado o faça salvaguardando o interesse de todas as partes.

O artigo VII, por sua vez, traz importantes disposições acerca do relacionamento da Convenção, com outros Tratados e Convenções bilaterais e/ou multilaterais de âmbito regional. Faz também, no n.º 2 do artigo, a expressa revogação das Convenções anteriores sobre a matéria.

Mas a disposição mais importante deste artigo é aquela que estabelece que as disposições da Convenção não colocarão em causa o direito de invocar a sentença arbitral que qualquer parte tenha interesse em invocar.

Esta é uma previsão muito importante, na medida em que parece conferir efeitos declaratórios às sentenças de arbitragem, tendo como único limite, não as disposições da Convenção, mas as leis e/ou tratados da jurisdição em que a sentença for invocada.

As demais disposições da Convenção, artigos VIII a XVI são normas de direito internacional público relativas aos procedimentos de ratificação, depósito, aplicabilidade e entrada em vigor.

2.1.1 Uma análise crítica ao objeto da Convenção

Feita a apresentação das disposições da convenção, cumpre agora analisá-las sobre um prisma distinto daquele cristalizado no instrumento internacional.

Como foi dito na introdução a este trabalho, *supra*, a questão da arbitragem tem sido enfrentada, essencialmente, na perspectiva prática que a justifica.

As discussões acerca do instituto, ou com ele relacionadas, refletem esse caráter eminentemente prático. A esse propósito, gostaríamos de citar a divergência entre as teses jurisdicionalistas e as teses autonomistas da arbitragem.

A primeira tese, a jurisdicionalista, defende que o árbitro está sempre vinculado à aplicação da Lei da sede do tribunal arbitral e que, assim, haveria sempre uma certa inserção da atividade dentro da atividade jurisdicional do Estado. Pelo contrário, e de acordo com a segunda tese, a autonomista, o árbitro estaria absolutamente desvinculado de qualquer disposição normativa com origem estatal. Relacionadas com estas teses, existem várias teses intermédias que relacionam, de forma preponderante, uma ou outra posição⁸³.

A Convenção estaria situada, como se pode ver pelo estudo feito às suas disposições, nessa posição intermediária, conferindo uma grande importância à escolha das partes (tese autonomista, que pode ser observada nos artigos II e VII), ao mesmo tempo que confere alguma importância ao enquadramento sistemático do instituto, e à sua relação com o poder/dever de administração da justiça (tese jurisdicionalista, que pode ser observada no artigo V). Esta aplicação simultânea de ambas as teses se explica pela necessidade prática do instituto, que aqui já referimos.

A verdade é que acreditamos ser difícil de conceber a utilidade do instituto fora de um enquadramento sistemático. A resolução de litígios é uma função jurisdicional importante que se destina a obter, diretamente, uma solução para a disputa entre as partes, é certo; mas que se presta, indiretamente a assegurar a paz social e salvaguardar os legítimos interesses de todas as entidades com interesse no litígio.

Por ser, para nós, um equívoco a caracterização da disputa como algo do exclusivo interesse das partes em litígio (o que é, sem dúvida, o interesse direto da resolução do problema); por entendermos que a resolução de uma disputa deve

⁸³Este tema é concretizado, abaixo, Cf. 3.1 e 3.2.

levar em conta o interesse da sociedade na tutela de todos os interesses legítimos, e na salvaguarda da paz social; e por entendermos que a autonomia privada deve ser entendida na sua construção contemporânea e que a convenção de arbitragem, por ser um contrato *sui generis*, deve ser interpretada de acordo com todos os objetivos da resolução do litígio, acima referidos, não podemos aceitar a ideia de uma submissão total ao Estado, e à soberania de um Estado.

No entanto, e da mesma forma parece desproporcional a ideia de um instituto extra sistemático que se remete, simplesmente, à autonomia das partes⁸⁴.

Sugerimos, portanto, um sistema de ponderação, em que a autonomia da vontade seja valorizada dentro de uma construção sistemática de tutela proativa dos interesses na disputa, das partes e da sociedade. Por outras palavras, uma superação de ambas as teses inicialmente referidas.

Tendo os seus méritos, parece que as disposições da Convenção não se prendem adequadamente com estas preocupações. Entendemos que uma regulamentação da atividade da arbitragem, na atualidade, precisa de uma construção mais complexa e inclusiva de todas as realidades possivelmente afetadas pela aplicação prática do instituto.

É então, à luz destas considerações que faremos uma análise acerca da pertinência de uma regulamentação mais abrangente e preocupada, não apenas com os interesses das partes, mas também com a tutela dos interesses coletivos e de terceiros (privados e públicos).

2.1.2 A mudança de objeto da regulação

A primeira questão tem a ver com o objeto da regulação feita pela Convenção de Nova Iorque, que é claramente insuficiente, pelo seu minimalismo.

Em primeiro lugar, porque ela trata da arbitragem de uma forma reflexa; ela apenas foca no instituto na perspectiva de outra questão jurídica, o reconhecimento de sentença arbitral estrangeira.

⁸⁴ A esse respeito, Cf. Parte II.

Assim, o objeto da Convenção, como vimos, é estabelecer a regra de que os Estados se comprometem a reconhecer e dar execução às sentenças arbitrais estrangeiras e internacionais; associada a essa obrigação, estabelece, ainda, uma série de procedimentos estritamente formais dos processos de reconhecimento.

O único momento em que a Convenção estabelece um regulamento mínimo é quanto estatui algumas regras ligadas à ideia de convenção de arbitragem, devido processo legal e ao imperativo de ordem pública. E isso é claramente insuficiente.

Estamos a falar de um meio jurisdicional. Os árbitros devem fazer justiça, e esse deve ser o seu papel. De outra forma, o instituto da arbitragem não poderá estar incluído naqueles que “dizem o direito”; ele fará uma composição de outra natureza, econômica, política, social, mas não de direito.

Nem a possibilidade de realizar o julgamento arbitral em recurso a regras de equidade, obsta a que este continue a ser caracterizado como um meio de jurisdição. Afinal porque, em primeiro lugar, o julgamento de equidade não impede a aplicação de regras de Direito. Pelo contrário, o árbitro pode concluir que a solução mais conforme à justiça do caso é aquela estatuída pela norma jurídica que julgue aplicável. Em qualquer situação, a norma jurídica será sempre uma referência mínima para o árbitro, inclusive julgando por razões de equidade; da mesma forma, e em segundo lugar, o principal objetivo, ao julgar por equidade, está em proporcionar uma solução justa para a disputa. Ou seja, aquilo que o árbitro deve almejar, nessa situação, é a concretização do valor da justiça. Valor esse que, por sua vez, e a par do valor da segurança, é um elemento essencial do Direito contemporâneo⁸⁵.

Assim se conclui que a função arbitral se mede sempre em relação ao ordenamento jurídico, e dificilmente poderá ser de outra forma. E medir-se em relação ao ordenamento jurídico significa integrar os seus valores e princípios, como vimos acima⁸⁶.

Em segundo lugar, a Convenção oferece um efeito demasiadamente lato às sentenças arbitrais quando estabelece, na regra do n.º 1 art. VII, os efeitos declaratórios da sentença arbitral estrangeira.

É certo que o faz submetendo aos requisitos legais a aplicabilidade dos efeitos reconhecidos internamente pelos Estados. E, no fundo, não discordamos

⁸⁵ Acima, Cf. 1.1.2.

⁸⁶ Acima, Cf. 1.1.4. Ainda, Cf. Parte II.

dessa solução, capaz de tornar os procedimentos ágeis. O que ocorre é que nos parece ser uma solução excessiva quando falta uma integração mais profunda dos procedimentos.

Repare-se que, ao proferir essa possibilidade de invocação da sentença independentemente do procedimento de reconhecimento, a Convenção está a sugerir a possibilidade de a sentença produzir efeitos sem que sequer haja o controlo mínimo oficioso que a própria Convenção propõe.

É nossa opinião que, no século XXI, uma função tão importante como a jurisdicional, correspondente, inclusive, à categoria de Direitos Humanos (o Direito de Acesso à Justiça), não pode ficar assegurado apenas pela vontade de um árbitro e/ou colégio de árbitros. A seriedade do tema não permite que assim seja.

Acreditamos que os regulamentos das instituições de arbitragem têm desempenhado esse papel sistemático, ao estabelecerem uma série de procedimentos e regras que, por sua vez, oferecem coerência e segurança à resolução do litígio⁸⁷. Mas é importante lembrar que estas instituições são, em regra, instituições privadas, e que as suas normas não têm qualquer fundamento democrático (um dos elementos de legitimidade da norma).

É por isso que é necessária uma nova regulação, uma regulação mais aprofundada, e que tenha um mínimo fundamento democrático e de legitimidade. Não ignoramos o papel fundamental que tem sido desempenhado, a esse propósito, pela ONU. Esta entidade, através do seu órgão especializado (UNCITRAL), tem sugerido alguma regulação importante; por exemplo, a Lei Modelo Sobre Arbitragem Comercial, de que falaremos em seguida. Apenas é nossa opinião de que, apesar de válida e extremamente útil, deveria existir uma regulação material mais forte acerca dos aspectos procedimentais e substantivos da arbitragem.

O foco de uma regulação internacional, nesta matéria, não pode estar apenas relacionado com o momento da execução dos efeitos da decisão. Ela tem de ser extensiva a todos os aspectos relevantes do processo arbitral, nem que seja para estabelecer um padrão mínimo internacional do instituto.

⁸⁷ Veja-se a esse propósito: *“Une première forme observée depuis plus d’une vingtaine d’année déjà, est celle d’une tendance à l’institutionnalisation de l’arbitrage. Cette tendance est la rançon du succès de l’arbitrage. Le phénomène est particulièrement notable en matière d’arbitrage international, mais l’arbitrage interne n’y échappe pas.”* CADIET, Loïc. L’Arbitrage et l’évolution contemporaine des modes de règlement des conflits. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: UERJ. Vol. XII. Julho a Dezembro de 2013. 17 p. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8686/6558>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

É, no mínimo, estranha uma tão grande possibilidade de autotutela, em matéria inserida no tema dos Direitos Humanos e da administração da justiça. O tema é demasiado sério para ser regulado de uma forma tão mínima e insuficiente. Especialmente num espaço como o internacional, com tantas insuficiências sistemáticas (já acima destacadas).

2.1.3 Considerações finais acerca da Convenção

Sem qualquer sombra de dúvida que a Convenção é, ainda hoje, um dos mais importantes instrumentos jurídicos da prática comercial internacional. Nem seria necessário que o disséssemos já que, tanto a quantidade elevadíssima de ratificações, como a rapidez (em relação à sua aprovação) com que entrou em vigor assim o demonstram.

Esta regulamentação, ainda que mínima (como já dissemos, *supra*) teve o mérito de dar um embasamento jurídico mínimo à arbitragem internacional, e a vantagem de dar efeitos práticos a este instituto.

E apesar de apontarmos à Convenção o defeito de ser uma regulamentação mínima, de ser insuficiente para enfrentar os problemas contemporâneos, é importante referir, também, que tendo em conta o momento histórico em que surgiu, não poderia ser de outra forma.

Face à desconfiança e falta de conhecimento em relação ao instituto da arbitragem internacional, a verdade é que a Convenção representa o acordo que foi possível alcançar, nas sempre difíceis negociações diplomáticas. Aliás, um acordo surpreendentemente profundo e alargado, tendo em conta a realidade histórica da época (que estava muito mais refletido no projeto inicialmente apresentado para a discussão na assembleia, do que no projeto, mais ambicioso, que foi efetivamente aprovado).

A Convenção representou, por isso, uma gigantesca revolução institucional, e uma grande conquista, em termos de segurança jurídica, para a arbitragem. E esse seu papel, tão importante, tem de ser enaltecido.

Mas os tempos são outros e, na contemporaneidade, onde a arbitragem internacional adquiriu uma difusão bastante importante, os desafios passam, igualmente, a ser outros. E nesse sentido, a Convenção mantém a sua utilidade, mas passa a ser insuficiente⁸⁸.

Não há razão para afastar a aplicabilidade da Convenção; pelo contrário. Ao mesmo tempo, é necessário ir um pouco mais além da mera criação de leis modelo, e de movimentos de harmonização.

Estes pontos, aqui correspondentes à análise crítica da Convenção, serão aprofundados ao longo do presente trabalho.⁸⁹

2.2 Lei Modelo da UNCITRAL

Na impossibilidade de realizar um estudo detalhado de cada uma das Leis de Arbitragem nacionais (pela extensão e complexidade que esse trabalho representa), optamos por fazer, em alternativa, um estudo breve acerca da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985, com as alterações introduzidas em 2006⁹⁰.

Veja-se, no entanto, que esta Lei modelo não representou um esforço inédito, na esfera internacional.

⁸⁸Mais uma vez, parece ser interessante ler o posicionamento de Pieter Sanders a este respeito, que comenta a necessidade de reforma da Convenção de Nova Iorque da seguinte forma: “*I do not propose an amendment of the Convention. It seems rather unrealistic that a consensus may be reached by the 117 States. Neither would I recommend an additional Protocol which some of these States might be willing to agree upon. This would create a situation of two categories of New York Convention States. Rather, I would recommend relying on harmonization of the Convention's application and interpretation on those issues on which the Convention falls back on national arbitration law. I refer, in particular, to the fifth ground for refusal of enforcement contained in article V(l): the award has been set aside in the country where the award was made under the arbitration law of that country. Falling back on national arbitration laws apparently cannot be avoided. In my Lectures for the Hague Academy in 1975, I compared international arbitration with a young bird. It rises in the air, but from time to time it falls back on its nest. In my opinion this still applies today.*”. SANDERS, Pieter. “*The making of the Convention*”. *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention. Experience and Prospects*. United Nations Publication. New York, 1999. Pág. 4.

⁸⁹ Abaixo, Cf. Parte II.

⁹⁰ COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. *Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional. 1985. Com as alterações adotadas em 2006. Tradução não oficial*. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2008. 43 p. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/leis_intern_arquivos/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_versao_final.pdf>. Acesso em: 30 out. 2014.

2.2.1 Outras tentativas de uniformização: Lei Modelo do UNIDROIT

O UNIDROIT é uma instituição intergovernamental e de pesquisa para a unificação do Direito Privado. Esta organização é contemporânea da Sociedade das Nações, e se destinava a auxiliar a concretização dos objetivos dessa organização internacional.

Apesar da extinção daquela organização, esta instituição de pesquisa e uniformização foi restabelecida em 1940, mantendo a sua atividade até aos nossos dias. A sua principal função é ser um espaço de reflexão e estudo para a unificação/uniformização das normas de Direito Privado, especialmente, e naturalmente, nos seus aspectos de relevância transnacional.

A participação neste instituto é restrita aos Estados que tenham acordado com o seu estatuto.

Entre os temas estudados esteve a arbitragem. Este esforço deve ser referido mas tem, no entanto, uma natureza essencialmente histórica⁹¹. Note-se que este esforço de uniformização foi empreendido antes da própria Convenção.

Estando desatualizado, merece uma referência histórica. Afinal, essa é a base sobre a qual o estudo e a lógica da Lei Modelo da UNCITRAL foram construídos. A esse propósito se verifica como, com algumas exceções, o instituto da arbitragem continua uniforme.

De resto, e embora continue em atuação, o UNIDROIT não voltou a empreender esforços sobre este instituto, tendo sido finalizados em 1956⁹².

2.2.2 O esforço atual da UNCITRAL

⁹¹Uma das versões está disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/documents/1940/study03/s-03-draft1-e.pdf>>. Acesso em: 30/10/2014.

⁹² A cronologia dos estudos é informada no sítio da instituição, disponível em: <<http://www.unidroit.org/work-in-progress-studies/studies/arbitration/187-study-iii-international-law-on-arbitration>>. Acesso em: 30/10/2014.

Essa Lei modelo pretende concretizar uma verdadeira uniformização das normas nacionais aplicáveis à arbitragem comercial internacional. No entanto, e como a sua denominação indica, ela é apenas um modelo, sujeita à incorporação dos Estados.

Note-se que esta Lei modelo é aplicável, apenas, para as arbitragens comerciais internacionais. Do seu âmbito estão assim excluídas as arbitragens domésticas e as arbitragens de investimento, de acordo com a norma do *Artigo 1º - Âmbito de Aplicação*.

De acordo com os critérios estabelecidos na Lei Modelo, Artigo 1º, n.º 3, são arbitragens internacionais aquelas onde, (a) as partes em uma convenção de arbitragem, na altura da sua assinatura, tiverem suas sedes comerciais em Estados distintos; ou, (b) se ambas as partes tiverem sede no mesmo Estado, poderá ser internacional se (b.i) as partes indicarem a sede de arbitragem noutro Estado, (b.ii) se o cumprimento das obrigações substanciais do contrato ocorrer noutro Estado, e, finalmente, (c) se as partes convencionarem, de forma expressa, que o objeto da convenção de arbitragem envolve mais de um país.

O art. 2º e 2º-A trazem disposições, relativamente vagas, acerca das definições relevantes para a Lei Modelo, e os princípios aplicáveis à sua interpretação. A esse propósito faz-se referência expressa aos princípios de Direito Internacional, e à natureza internacional das disputas e da sua resolução⁹³.

Os artigos 3º, 4º, 5º e 6º estabelecem normas de procedimento e de relação do tribunal arbitral com os tribunais estaduais. Assim, o art. 3º estabelece os procedimentos de comunicação dos sujeitos da demanda. O art. 4º estabelece o princípio da renúncia ao direito de objeção, estabelecendo a regra de preclusão do direito a sinalizar as irregularidades de procedimento. Finalmente, os art. 5º e 6º estabelecem os parâmetros de intervenção dos tribunais estaduais, intervenção que estaria, em regra, vedada. Apenas nos casos de auxílio e/ou controle (anulabilidade) de decisões do Tribunal Arbitral, a intervenção prevista no art. 6º poderia ocorrer.

O Capítulo II trata de aspectos relacionados com a Convenção de Arbitragem, no seu art. 7º, e, sobre esse tema, traz duas opções legislativas (cuja adoção, obviamente, fica ao critério dos Estados). A primeira opção é mais detalhada, chegando a definir o que pode, ao não, ser considerado uma convenção de

⁹³Esta remissão, no entanto, e tendo em conta todas as insuficiências do direito internacional que constatamos, acaba por não ser uma grande ajuda. A propósito, acima, 1.1.3 e 2.1.1.

arbitragem. Essa opção parece ser uma fórmula mais adequada à cultura jurídica dos países de *Common Law*. Pelo contrário, a segunda opção constitui uma norma mais genérica e que, parece, é mais apropriada à hermenêutica jurídica própria dos países de *Civil Law*.

O art. 8º, por sua vez, traz a hipótese de o tribunal estatal declinar a sua competência, em virtude da existência de convenção de arbitragem. O art. 9º trata da questão da concessão de medidas cautelares e/ou preparatórias, diretamente ao tribunal estatal, estabelecendo que estas não são incompatíveis com a cláusula de arbitragem. Ainda acerca da concessão das medidas provisórias, cabe destacar que a revisão de 2006 introduziu o Capítulo IV – A. Medidas Provisórias e Providências Cautelares, detalhando este regime nos artigos 17º a 17-J.

Os artigos 10º a 15º tratam dos procedimentos para a nomeação dos árbitros. A este propósito, e pela importância sistêmica que tem, chamamos a atenção para a disposição do art. 12º que dispõe acerca dos fundamentos para a objeção da nomeação do árbitro. Os principais fundamentos são a existência de circunstâncias que possam suscitar dúvidas razoáveis acerca da imparcialidade e independência dos árbitros. Este artigo é complementado pelo art. 13º que regulamenta o procedimento de objeção.

Devemos salientar, ainda, o art. 16º que consagra, na Lei Modelo, o princípio de *Kompetenz-Kompetenz*⁹⁴, estabelecendo que é o próprio tribunal arbitral que tem a prerrogativa de avaliar a própria competência.

Os artigos 18º a 27º são regras que tratam da condução do procedimento. Assim, estas normas estabelecem as regras relativas à forma de iniciar um procedimento (art. 21º), definição do idioma da arbitragem (art. 22º), aos requisitos das alegações iniciais, contestação, réplica e trélicas (art. 23º), audiências e

⁹⁴A esse propósito: “25. O artigo 16.º, parágrafo 1.º, adota os dois importantes (embora ainda não amplamente reconhecidos) princípios de “Komptenz-Kompetenz” e de separação ou de autonomia da cláusula compromissória. “Komptenz-Kompetenz” significa que o tribunal arbitral pode, de forma independente, decidir sobre a sua própria competência, incluindo qualquer objeção em relação à existência ou validade da convenção de arbitragem, sem precisar recorrer a um tribunal estatal. Separabilidade significa que a cláusula compromissória deve ser tratada como um acordo independente dos outros termos do contrato. Assim, uma decisão de um tribunal arbitral decretando a nulidade de um contrato não significa ipso jure a invalidade da cláusula compromissória. As disposições detalhadas do parágrafo 2.º estabelecem que qualquer objeção à competência dos árbitros deve ser feita o mais cedo possível.” Pág. 35. COMITÉ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. *Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional*. 1985. Com as alterações adotadas em 2006. Tradução não oficial. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2008. 43 p. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/leis_intern_arquivos/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_versao_fi nal.pdf>. Acesso em: 30 out. 2014.

procedimentos escritos (art. 24º), procedimentos no caso de ausência de uma das partes (art. 25º), procedimentos para a nomeação de perito pelo tribunal (art. 26º) e ao auxílio de um tribunal estatal na obtenção de provas (art. 27º). Indubitavelmente, todas estas normas estão em conformidade com o princípio do devido processo legal (pensando o processo, no entanto, na sua estrutura tradicional e redutora: uma relação de litigio entre duas partes em posição antagónica).

É necessário referir, ainda, o art. 18º que estabelece o princípio da igualdade de tratamento das partes; e, também, o art. 19º, que define a forma de determinação das regras aplicáveis ao procedimento, sujeitando-o ao arbítrio das partes ou, na falta de acordo, ao próprio tribunal.

O art. 28º trata das normas aplicáveis ao mérito da disputa. Também aqui, a escolha está na esfera dos poderes das partes, exceto no caso de não acordo; nessa hipótese será o tribunal a estabelecer a lei aplicável, de acordo com as normas de conflito de leis que considerar aplicáveis.

O tribunal arbitral deverá possibilitar, a qualquer momento, que as partes façam um acordo e coloquem fim à disputa (art. 30º). As decisões do painel arbitral se darão por maioria (art. 28º), e a sua sentença deverá cumprir as formalidades do art. 31º. Destacamos, de entre essas formalidades a obrigação de fundamentação da decisão expressa na sentença. A sentença encerra o procedimento (art. 32º), ressalvado o prazo de 30 dias, após a recepção da sentença, para requerer esclarecimentos e/ou sentença arbitral adicional.

O recurso contra a sentença arbitral não poderá ser feito com pedido de revisão do mérito, mas apenas com pedido de anulação por não cumprimento dos requisitos do n.º 2 do art. 34º. O prazo, de acordo com a Lei Modelo, seria de até 3 meses após a recepção da sentença, ou da recepção do esclarecimento previsto no art. 33º, já mencionado.

Finalmente, os art. 35º e 36º estabelecem as normas e critérios relativos ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais. Quanto ao reconhecimento e fundamentos de recusa, a norma reproduz as regras estabelecida na Convenção de Nova Iorque de 1958.⁹⁵

⁹⁵ Acima, Cf. 2.1.

2.2.3 Análise crítica à regulação da Lei Modelo

A Lei Modelo, na época em que foi criada, desempenhou um importante papel orientador de harmonização e uniformização das legislações nacionais sobre arbitragem.⁹⁶

Ela teve, então, o indubitável mérito de realizar essa harmonização de procedimentos, e de trazer uma série de padrões mínimos ao instituto. Em suma, teve o mérito de, respeitando o seu espírito, desenvolver os comandos gerais estabelecidos na Convenção de Nova Iorque de 1958, por um lado, estabelecendo procedimentos uniformes e mais seguros para o procedimento arbitral; e de consolidar as soluções práticas já aplicadas nas diversas arbitragens. Isso tanto ao nível legislativo, como ao nível dos procedimentos.

Os seus méritos se resumem, então, à oferta de segurança jurídica aos procedimentos (trabalho que a Convenção não havia feito), e que justifica a importância, enquanto referência, deste trabalho complementar; e ao esforço de uniformização das regulamentações feitas nas diferentes jurisdições soberanas.

⁹⁶ Esses são os objetivos reconhecidos pelo próprio Secretariado da UNCITRAL, na Nota Explicativa preparada: “6. *As inadequações que se encontram, de forma recorrente, em leis nacionais desatualizadas incluem disposições que igualam o Procedimento de arbitragem à Litigância judicial e a disposições fragmentárias que não abordam as questões mais relevantes da lei substantiva. A maior parte destas leis que parecem ser atuais e exaustivas foram feitas tendo em conta, sobretudo, senão mesmo exclusivamente, a arbitragem a nível nacional. Embora essa abordagem seja compreensível na medida em que, mesmo hoje em dia, a maior parte dos casos regulados pela lei da arbitragem é de natureza meramente nacional, a consequência negativa é que os conceitos tradicionais locais são aplicados a casos internacionais e não satisfazem as necessidades da prática corrente.* 7. *As expectativas das partes tal como estão fixadas num conjunto de normas de arbitragem ou em uma convenção de arbitragem podem ser frustradas, especialmente através de disposições imperativas da lei aplicável. As restrições inesperadas e indesejadas que se encontram nas leis nacionais podem impedir as partes de, por exemplo, submeter disputas futuras à arbitragem, de escolher livremente o árbitro ou de conduzir os procedimentos de arbitragem de acordo com as normas de processo acordadas sem o envolvimento excessivo dos tribunais estatais. A frustração pode também advir de disposições, de caráter não obrigatório, capazes de impor requisitos indesejáveis às partes mais incautas que não veem necessidade de prever o oposto quando redigem a convenção de arbitragem. Mesmo a ausência de disposições legais pode causar dificuldades ao deixar sem resposta algumas das muitas questões processuais relevantes para o procedimento de arbitragem e nem sempre resolvidas na convenção de arbitragem. Esta Lei Modelo destina-se a reduzir o risco de possíveis frustrações, dificuldades ou surpresas.*” Pág. 30. COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. *Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional*. 1985. Com as alterações adotadas em 2006. Tradução não oficial. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2008. 43 p. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/leis_intern_arquivos/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_versao_fi nal.pdf>. Acesso em: 30 out. 2014.

De qualquer forma, e é importante referir isso, este regime é meramente indicativo (naturalmente). Ele se constitui num esforço (válido e meritório) de harmonização das normas internas aplicáveis à arbitragem, não tendo, por isso, qualquer poder regulatório (não tem *potestas*; mas apenas *auctoritas*). Assim, e apesar do esforço de harmonização e uniformização, a realidade continua a ser da fragmentação do tratamento dado pelos diferentes ramos internos de Direito Internacional Privado, apenas atenuada pela influência deste instrumento modelo.

Analizados os seus méritos, devemos reconhecer, por outro lado, que a referida regulamentação estabelecida pela Lei-Modelo é, essencialmente, prática. Todo o conteúdo axiológico existente diz respeito, unicamente, a princípios relacionados com elementos práticos (e já consolidados) do instituto.

A crítica ao seu conteúdo deve ser feita, assim, em parâmetros similares aqueles que serviram para analisar a Convenção de 1958: a falta de referência, nesta regulamentação, aos valores sistemáticos da ordem jurídica aplicáveis à arbitragem.

Infelizmente, a Lei-Modelo apenas explicitou, no seu art. 2º-A, qual a relação que a Lei Modelo guarda com os princípios relacionados com o entendimento tradicional da arbitragem. Esta Lei Modelo não explicita, por exemplo, qual a relação da arbitragem com o princípio do acesso à justiça. Ora, para uma norma que se pretende geral, abstrata, sistemática, incorporada e aplicável em determinado ordenamento jurídico, a ausência de composição mínima de forças, entre os diferentes valores e princípios desse ordenamento, é uma omissão séria.

A principal crítica a ser feita à Lei Modelo é, então, essa omissão relativamente ao carácter sistemático do instituto arbitral. Pela relevância para o presente trabalho, destacamos a ausência de ponderação em relação a outros princípios como o da democracia e o da igualdade no acesso à justiça⁹⁷. A regulação da participação de terceiros, na arbitragem, por exemplo, regime que decorre diretamente dos princípios enunciados, não foi contemplada no referido modelo⁹⁸, e é uma demonstração clara dessa insuficiente ponderação, que agora mencionamos.

⁹⁷ Chamamos a atenção para este ponto, em virtude da sua importância para o que se apresenta na Parte II deste trabalho (Abaixo, Cf. Parte II).

⁹⁸ A autoridade deste argumento, e a importância do tema da participação de terceiros são corroboradas pela inclusão de normas específicas aplicáveis a esses terceiros. Isso mesmo se verá em seguida (Abaixo, Cf Parte III e Conclusão).

Em suma, conclui-se que, apesar de a Lei Modelo ser um esforço importante de harmonização, ela detém conteúdo insuficiente para uma regulação completa do instituto arbitral. Construída sobre as bases conservadoras do Direito Internacional Privado (norma sem caráter político e neutral), ela reitera todos os princípios comuns ao instituto da arbitragem: aqueles que são bons e úteis, e aqueles outros que se encontram exacerbados e prejudicando outros valores comunitários.

Ela é, na verdade, uma síntese daquilo que já era (e ainda é) feito na prática internacional de arbitragem, e que inicialmente estava estabelecido nos principais mecanismos de autorregulação dos privados, no recurso à arbitragem.

São as regras desses principais regulamentos que passaremos, em seguida, a analisar.

2.3 As instituições de arbitragem e normas de arbitragem *ad hoc*

A arbitragem é o meio mais inato de solução de controvérsias e, assim, um dos ramos de direito mais sujeitos à autorregulação dos privados.

O espaço internacional/transnacional é absolutamente propício à ocorrência desse fenômeno sociológico. Dada a ausência de aprofundamento normativo em matéria de arbitragem, e no intuito de dar maior segurança ao procedimento arbitral, os atores privados internacionais têm vindo a criar instituições arbitrais preparadas para abrigar este tipo de demandas.

Assim, ao longo da segunda metade do século XX, várias instituições privadas se firmaram como referência para as partes quando escolhiam a arbitragem, como meio de resolução das suas disputas.

Perante a regulamentação mínima existente, convencional e/ou legislativa, e no propósito de melhor atender aos interesses das partes vinculadas pela cláusula arbitral, estas instituições criaram normas de condução processual e conduta no procedimento. Na prática, e na ausência de um poder político central capaz de estabelecer os padrões normativos necessários, essas instituições privadas assumiram esse importante papel de conferir segurança jurídica a esse procedimento transnacional.

Como vimos, a Convenção é vaga ou omissa sobre a esmagadora maioria dos aspectos que definem o procedimento arbitral; e, por outro lado, a Lei Modelo, realizou a regulação do procedimento com base na prática, e não num exercício de ponderação de interesses e valores. Essa prática era, ao final, a oferecida por estas instituições, feitas por privados.

Reconhecendo a importância prática da ação destas entidades, que não deixamos de enaltecer, verificamos, também, uma série de externalidades que não podemos deixar de apontar. Isso porque, como vimos acima, nem a segurança e nem a proximidade são requisitos suficientes para que se reconheça a legitimidade da norma. Falta, claramente, o elemento qualitativo ético-normativo.

Assim, e em primeiro lugar, o caráter fragmentário dessas normas. Essas instituições privadas seguem lógicas próprias que não estão necessariamente coordenadas entre si. É certo que determinadas normas, aquelas decorrentes dos termos legais e convencionais, devem ser unitariamente respeitadas. Mas não tratando esses preceitos, com profundidade, do procedimento arbitral, fica criado o espaço e a oportunidade para que essas instituições estabeleçam as suas próprias regras e normas.

Ainda acerca da questão da fragmentação, cabe lembrar que estas regras e procedimentos, que já são absolutamente distintas entre si, podem ainda ser dispensadas pela vontade das partes que, de forma absolutamente original, poderão definir as suas próprias normas de procedimento.

Em segundo lugar pode-se dizer que, a rigor, essa infinidade de regras e normas não estão sujeitas ao controle da sociedade. Dir-se-á que o controle à bondade das regras de cada uma das instituições seria feito através das escolhas que os privados ou que os mercados fazem; mas, não podemos deixar de reconhecer que o critério do mercado, ao refletir uma mera relação de forças, é demasiado falho, pelo menos quando se trata da administração da justiça (função essencial do Estado).

Em terceiro lugar, e tendo em conta o que foi dito, não podemos deixar de notar que essas normas e regras são, afinal, essencialmente práticas e não fazem, geralmente, referências a princípios fundamentais numa organização social baseada na ideia de Direito e Democracia.

Na prática o que temos são instituições privadas que legislam, com grandes consequências (diretas e indiretas) para a sociedade em geral, sem que haja o mínimo controle social acerca do que essas instituições efetivamente fazem.

Os únicos corpos de regras que não nasceram do esforço de instituições privadas, e que por isso tem uma maior legitimidade são as normas do ICSID, saída da Convenção acerca da composição de disputas entre Estados e nacionais de outros Estados; e o corpo de normas, sobre arbitragem *ad hoc*, saído dos trabalhos da Comissão da ONU de Direito do Comercio Internacional. Mas a verdade é que, mesmo essas regras, originadas de uma fonte distinta, também obedecem à lógica tradicional aplicada à arbitragem.

Em suma, e quanto ao critério de mérito (qualidade da norma), estas entidades não têm, sequer, qualquer objetivo nesse campo. E que, também, no requisito proximidade democrática, a sua legitimidade também não é completa (afinal, se ela atende aos desejos de quem procura esse meio de disputa, falha em atender aos anseios da sociedade).

São as qualidades e defeitos apontados que pretendemos detalhar em seguida, relatando as principais normas aplicáveis a algumas das mais usuais câmaras de arbitragem e regras utilizadas.

Recorde-se, a existência destas normas é absolutamente crucial para o regular prosseguimento do mundo de trocas globalizadas em que vivemos.

2.3.1 Instituições de arbitragem

São muitas as instituições arbitrais existentes, hoje, que oferecem a prestação de serviços de administração de disputas arbitrais. De fato, temos assistido a uma verdadeira proliferação dessas instituições, podendo até destrinchá-las, tendo em conta a sua importância, por instituições de relevância internacional, regional e local/nacional.

A cada uma dessas instituições corresponde um procedimento próprio. Sendo possível que os procedimentos mantenham certas similitudes, tendencialmente a cada instituição corresponderá um procedimento próprio. Em resultado obtemos uma enorme fragmentação nas normas aplicáveis à arbitragem internacional.

Em seguida faremos uma análise de algumas das instituições mais importantes e utilizadas na resolução de disputas através do método de arbitragem internacional, em matéria comercial (ICC, AAA, LCIA), e em matéria de investimento (ICSID).

2.3.1.1 ICC (*International Chamber of Commerce*)

A câmara de arbitragem é uma das mais utilizadas pelas partes na resolução das suas disputas. A quantidade e a relevância dos litígios, compostos de acordo com as regras desta câmara, é muito grande⁹⁹.

Criada em Paris, no ano de 1919 por um grupo de industriais, comerciantes e banqueiros, a ICC tinha como objetivo auxiliar na sintetização da atividade comercial a nível global. A sua atividade é eminentemente privada, sem qualquer ingerência estatal.

Com esse mesmo objetivo de conferir segurança jurídica ao tráfego internacional, na resolução de disputas comerciais, a ICC criou a citada câmara de arbitragem. A Corte Internacional de Arbitragem, descrita no art. 1º do Regulamento, atualmente, se rege pela versão do regulamento alterada em 2012, quanto ao procedimento; e pelo Apêndice I, quanto às suas regras próprias. O regulamento é complementado por cinco apêndices que oferecem as adições pertinentes ao regulamento.

O seu procedimento é marcado pela importância das instituições da ICC na impulsão do processo arbitral, e na capacidade de direção que elas têm sobre o mesmo. Note-se, a título de exemplo, que até mesmo a sentença exarada pelo painel arbitral está sujeita a revisão dos seus órgãos (art. 33).

O sistema de arbitragem ICC funciona, assim, através de dois órgãos da instituição e do painel de arbitragem estabelecido pelas partes. Cumpre ressaltar que os dois órgãos referidos, o Secretariado da ICC e a Corte Internacional de Arbitragem, são absolutamente essenciais para impulsionar o processo; num

⁹⁹ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Regulamento de arbitragem*. Paris: ICC. 2013. 95 p. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution-Services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-PORTUGUESE-version/>>. Acesso em: 30 out. 2014.

exercício de comparação, podemos afirmar que os poderes que lhe são conferidos, com esse fim, lhes dão uma importância crucial, que torna a sua ação de ofício similar àquela detida pelos tribunais estatais¹⁰⁰.

No entanto a sua função é, meramente, gerir as disputas, não tendo competência para as decidir, quanto ao mérito. A resolução da disputa, no mérito, cabe ao painel arbitral nomeado pelas partes.

Fazendo uma breve descrição, o início do procedimento arbitral se dá com o requerimento de instauração de arbitragem ao Secretariado da ICC (Art. 4º). Junto com o requerimento a parte deverá fornecer as informações estabelecidas no mesmo artigo citado.

Apresentada a contestação (Art. 5º), perante o Secretariado, este deverá remeter os autos ao tribunal, logo que constituído (Art.16). Se na contestação a parte apresentar algum problema com a convenção de arbitragem; ou se a parte não se manifestar, de qualquer forma, o Secretariado fará uma primeira análise sobre o tema. Conforme o seu entendimento acerca da alegação da parte sobre a existência, ou não, de convenção arbitral, o Secretariado deverá enviar para a apreciação do tribunal arbitral, se discordar do alegado ou entender que existe convenção arbitral; ou deverá enviar para a Corte, informando que, na sua opinião, são válidos os argumentos apresentados pela parte, e de que inexistente convenção arbitral entre as partes (Art. 6º, n.º 3 e 4).

A Corte decidirá se a arbitragem deverá ou não prosseguir; mas esta decisão não retira a competência do tribunal arbitral para determinar a sua própria competência. A decisão não impede, também, que as partes apresentem novo requerimento.

O Secretariado e a Corte detêm, ainda, um poder muito importante na determinação do número de árbitros, e na sua nomeação, no caso de haver inércia das partes (Art. 12 e 13). Esta nomeação não obsta a que as partes impugnem os árbitros nomeados, por falta de imparcialidade e/ou outro motivo (Art. 14), podendo os árbitros ser substituídos (Art. 15).

A Corte tem, ainda, competência, para decidir o lugar da sede da arbitragem, caso as partes não o tenham definido (Art. 18).

¹⁰⁰Sendo certo, como é óbvio, que o ICC não detém poderes de coerção próprios, unicamente, de um ente soberano.

Constituído o tribunal arbitral, e tão logo receba os autos da Secretaria, este deverá tomar rédeas do processo elaborando a Ata de Missão (Art. 23), que deverá ser entregue à Corte. Nos termos do art. 24, n.º 2, o tribunal arbitral deverá, ainda, entregar o cronograma do procedimento à Corte, devendo ser comunicada qualquer alteração posterior. O processo deverá ser conduzido pelo tribunal arbitral nos parâmetros estabelecidos no art. 22 do Regulamento.

Após a instrução do processo e a realização das audiências, o tribunal arbitral deverá informar o Secretariado acerca da data em que disponibilizará a minuta de sentença. Apenas após o exame prévio da sentença, prevista no art. 33, e se confirmada pela Corte, o tribunal arbitral poderá assinar a sentença. A Corte poderá corrigir aspectos formais da sentença, e chamar a atenção para pontos do mérito do litígio (Art. 33 e 35). Uma cópia da sentença será depositada junto ao Secretariado (Art. 34).

O regulamento prevê, ainda, a possibilidade de serem instauradas, por iniciativa do Secretariado e da Corte, medidas urgentes e cautelares (Art. 29), antes da constituição do tribunal arbitral. Esse pedido será feito junto do Secretário-Geral, mas será decidido pelo Presidente da Corte. Será nomeado, nesse caso, um árbitro de emergência para decidir sobre esse tema, nos termos do disposto no apêndice V do Regulamento.

Concluído, ainda acerca do procedimento do ICC gostaríamos de salientar dois aspectos adicionais.

Em primeiro lugar, o caráter confidencial da arbitragem. Embora esta norma não esteja estabelecida no regulamento, ela decorre do Art. 6º dos Estatutos da Corte Internacional de Arbitragem. Assim se conclui que, em regra, e independentemente da relevância do caso submetida à arbitragem, está afastada qualquer possibilidade de controlo social acerca do acompanhamento da demanda e das disposições que, a esse propósito, a Corte vier a tomar.

Em segundo lugar, destacamos que, sem prejuízo desta última ideia desenvolvida, o regulamento prevê a possibilidade de serem submetidas, ao tribunal arbitral, arbitragens complexas. Assim, as partes podem indicar demandas a ser unificadas (Art. 10º); ou indicar a integração de partes adicionais à demanda (Art. 7º).

Feita esta observação, informamos que posteriormente, neste trabalho, desenvolveremos este tema.

2.3.1.2 AAA (*American Arbitration Association*)

A *American Arbitration Association* (AAA) é uma instituição de arbitragem de grande importância, criada em 1926. Organizada sobre a forma de entidade privada não lucrativa, atende, anualmente, mais de 100.000 novas disputas. As disputas abrangem áreas bastante variadas, incluindo disputas comerciais, financeiras, construção, trabalhistas, seguros, contencioso de massa, entre outras.

O *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR) é o órgão, dentro da AAA, responsável pela administração das disputas de arbitragem internacional da entidade. O funcionamento do procedimento arbitral é aquele previsto na *International Arbitration Rules* de 1 de Junho 2009, que prevalecerá exceto em caso contradição com disposição da Lei aplicável à arbitragem; ou modificação escrita das regras, pelas partes¹⁰¹.

O requerimento de arbitragem é realizado perante a ICDR, atuando na qualidade de Administrador da disputa (*Article 2*). O requerimento deverá incluir as informações e documentos estabelecidos no mesmo artigo. Recebido o requerimento, o Administrador deverá informar a outra parte para que apresente a sua defesa (*Article 3*).

As partes poderão realizar emendas às suas petições durante os procedimentos arbitrais (*Article 4*). No entanto, o regulamento deixa claro que essa emenda não deve ir além do escopo estabelecido na cláusula arbitral.

Cabe às partes indicar o número e quem serão os árbitros que irão resolver a disputa. Caso as partes não o tenham feito, e não obtenham acordo sobre esses pontos, caberá ao Administrador estabelecer tanto o número de árbitros, como quem serão os árbitros (*Article 5* e *Article 6*).

O controle da imparcialidade dos árbitros é feito pelo Administrador, a título preventivo (*Article 7*), em que o árbitro deverá informar acerca de alguma circunstância que poderá colocar em causa a sua imparcialidade. O controle ainda é

¹⁰¹ AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. International Dispute Resolution Procedures. Including Mediation and Arbitration Rules. International Centre for Dispute Resolution, 2010. 48 p. Disponível em: <https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=UCM/ADRSTG_002037>. Acesso em: 30 out. 2014.

feito, também, pela possibilidade de as partes impugnarem a indicação dos árbitros, realizada perante o Administrador (*Article 8*).

Cabe ao Administrador, ainda, e em caso de desacordo entre as partes, estabelecer, provisoriamente, o local de sede da arbitragem. Será o próprio Tribunal Arbitral a decidir, definitivamente, essa questão (*Article 13*).

O Tribunal Arbitral decidirá, em única instância e de forma definitiva, sobre a sua própria competência para julgar a disputa (*Article 15*). Também a condução dos procedimentos da demanda estará sujeita, unicamente, à discricionariedade do próprio Tribunal Arbitral, devendo se pautar, apenas, pelos parâmetros estabelecidos no *Article 16* (*Article 16, Article 17, Article 18, Article 19, Article 20, Article 22, Article 23 e Article 24*).

As medidas urgentes poderão ser conferidas, diretamente, pelo Tribunal Arbitral, quando constituído (*Article 21*). Antes da constituição do Tribunal Arbitral, as medidas urgentes serão requeridas junto do administrador, que deverá indicar um árbitro de emergência para decidir a questão (*Article 37*).

A Sentença Arbitral é proferida diretamente, e a título definitivo, pelo próprio Tribunal Arbitral (*Article 26 e Article 27*). Eventuais correções e clarificações à sentença poderão ser requeridas pelas partes, e serão feitas diretamente pelo próprio Tribunal Arbitral (*Article 30*).

A confidencialidade do procedimento é a regra (*Article 34*), e a sentença apenas será tornada pública com o expresse consentimento das partes, ou por obrigatoriedade da Lei (*Article 27, Section 4 e Article 34*).

Verifica-se que nas regras da AAA o Tribunal Arbitral mantém uma grande autonomia; e se a instituição detém uma importante função de auxiliar o andamento do processo, esse auxílio é distinto de uma verdadeira direção do procedimento.

2.3.1.3 LCIA (*London Court of International Arbitration*)

Esta instituição foi criada por iniciativa conjunta da Câmara de Comércio de Londres e pelo poder público da cidade de Londres. O seu objetivo, desde o início, em 1883, era o de fornecer um espaço célere de resolução de disputas originadas nas transações comerciais transnacionais.

Em 1986, após cem anos de história, a LCIA tomou a forma de uma organização não governamental, sem fins lucrativos, e completamente independente das instituições que a fundaram.

A instituição de arbitragem tem o seu procedimento determinado pelo recente regulamento de 1 de outubro de 2014¹⁰². A arbitragem é iniciada mediante requerimento à Secretaria da LCIA. Esse requerimento deverá preencher as formalidades estabelecidas no *Article 1*. A resposta, por sua vez, também deverá ser entregue à Secretaria, cumprindo os requisitos do *Article 2*.

O *Article 3* determina os órgãos relevantes da LCIA, para o procedimento arbitral. Eles são o Presidente da LCIA (ou algum dos seus substitutos) e o secretariado.

O Tribunal Arbitral é formado nos termos do disposto no *Article 5*, sendo a nomeação dos árbitros uma competência da LCIA, através da ação do seu Presidente. Antes de ser nomeado o árbitro, a LCIA fará a análise de competências das pessoas indicadas para a função. De acordo com a mesma norma, a LCIA terá ainda o poder de indicar os árbitros, no caso de omissão das partes.

Por sua própria iniciativa, por impugnação das partes, ou por requerimento dos demais membros do Tribunal Arbitral, a LCIA tem a prerrogativa de revogar a nomeação de um dos árbitros (*Article 10*). Sendo necessário, poderá ser implementada a nomeação expedita de substituto, na forma do *Article 9C*.

Em casos de excepcional urgência, poderá a LCIA nomear um árbitro de emergência, a requerimento das partes (*Article 9B*). Alternativamente, e em prejuízo a esta última hipótese, o LCIA poderá determinar a formação expedita do Tribunal Arbitral, conforme previsão do *Article 5* (*Article 9B*). Cabe ao Tribunal Arbitral, nas demais situações, emitir medidas urgentes e conservatórias (*Article 25*).

Uma situação bastante original é a possibilidade que parte dos árbitros do Tribunal Arbitral têm de, por sua iniciativa, e mediante notificação por escrito à LCIA, continuar o procedimento sem a participação de um dos árbitros. Isso pode ocorrer se o árbitro excluído agir, de forma injustificada e persistente, de maneira a obstar ao regular andamento dos trabalhos. Essa faculdade inclui a possibilidade de elaborar a sentença sem a participação desse árbitro (*Article 12*).

¹⁰² LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION. *LCIA Arbitration Rules. Effective 1 October 2014*. Londres: LCIA. 2014. 29 p. Disponível em: <http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx>. Acesso em: 30 out. 2014.

A condução do procedimento cabe, exclusivamente, ao Tribunal Arbitral, devendo observar os parâmetros e regras estabelecidas nos *Articles* 14 a 23.

De mencionar que o *Article* 22, alíneas VIII, IX e X, recebe (parcialmente) o conceito de *Complex Arbitrations*, que veremos mais à frente¹⁰³. De acordo com esse artigo, é possível, mediante a aceitação das partes, a inclusão de terceiros como parte no procedimento; ou a consolidação de dois procedimentos (que tenham como origem a mesma cláusula de arbitragem).

Também a prolação da sentença cabe, exclusivamente, ao Tribunal Arbitral. Elaborada, ela deve ser enviada para o LCIA, apenas para efeito de registro e comunicação às partes (*Article* 26). Quaisquer correções ou sentenças adicionais de clarificação deverão ser feitas, diretamente, pelo Tribunal Arbitral (*Article* 27).

O *Article* 29 prevê uma que a LCIA apenas poderá providenciar determinações administrativas, acerca da arbitragem, e que essas decisões vinculam as partes e o Tribunal Arbitral. Subsiste o direito de as partes comunicarem ao Secretariado, ou ao Tribunal Arbitral, se já formado, o incumprimento de qualquer uma das normas do regulamento (*Article* 30).

O *Article* 8, em consonância com a previsão do regulamento da ICC, também prevê a possibilidade de arbitragem complexas, com mais do que duas partes. Nesse caso, o regulamento estabelece que a nomeação dos árbitros será da competência da LCIA, se não houver acordo acerca da nomeação, entre as partes.

Finalmente ressalta-se, ainda, a natureza confidencial dos procedimentos. A confidencialidade é expressamente declarada como princípio geral (*Article* 30).

Este corpo de normas é recente, mas não alterou de forma contundente o procedimento arbitral anteriormente praticado. A nova regulamentação tem como principal diferença a introdução das normas dos *Articles* 9A, 9B e 9C, de que tratamos anteriormente.

Aquilo que podemos concluir é que, neste corpo de normas, a atuação dos órgãos de administração também não tem a vocação de dirigir o processo, mas antes de auxiliar o seu avanço.

2.3.1.4 ICSID (*International Center for the Settlement of Investment disputes*)

¹⁰³ Abaixo, Cf. 12.

O ICSID é uma instituição arbitral de natureza distinta das demais, antes retratadas. Afinal, ela não surge de uma iniciativa privada, mas da própria ação convencional dos Estados. A sua origem corresponde a uma iniciativa de Direito Internacional Público, concretizada pela colaboração entre entes soberanos.

O ICSID nasce, assim, da Convenção sobre a resolução de disputas entre Estados e nacionais de outros Estados. Essa Convenção foi firmada em 1966, tendo sido impulsionada pela ação do Banco Mundial (atual nomenclatura da organização internacional à época denominada de Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento).

As atividades da instituição são reguladas por dois documentos distintos: as Regras de Procedimento para Conciliações e Arbitragens; e pelas Regras de Procedimentos Arbitrais¹⁰⁴.

A jurisdição do ICSID está estabelecida no art. 25 da Convenção, estendendo-se a todas as disputas legais que decorram diretamente de um investimento, celebrado entre um Estado contratante e um nacional de outro Estado Contratante. Nenhuma das partes pode revogar o seu consentimento para a arbitragem unilateralmente, e a sua vinculação se faz pela adesão à Convenção (por parte do Estado Contratante), ou por expressa previsão convencional.

Os Estados Contratantes detêm a faculdade de concordar com a arbitragem apenas após o esgotamento dos seus meios internos de jurisdição (administrativos e judiciais).

A arbitragem começa com o envio de requerimento, por qualquer uma das partes, ao Secretariado-Geral (Art. 36 da Convenção). O requerimento deverá conter as informações estabelecidas na *Rule 2* das *Institution Rules*. Recebido o requerimento o Secretariado-Geral deverá registrá-lo, e notificar a parte requerida (*Rule 6*).

A constituição do Tribunal Arbitral será feita pelas partes, que indicarão os árbitros (*Rule 3* das Regras de Arbitragem). Caso as partes não o façam em até 90 dias, caberá ao Conselho Administrativo a nomeação dos árbitros, mediante

¹⁰⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *ICSID Convention, regulations and rules*. Washington: ICSID. Abr. 2005. 128 p. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>. Acesso em: 30 out. 2014.

requerimento por escrito de pelos menos uma das partes (*Rule 4* das Regras de Arbitragem). O Tribunal Arbitral estará constituído logo que o Secretariado Geral informar as partes de que os árbitros indicados aceitaram o mandato das partes (*Rule 6* das Regras de Arbitragem).

Os árbitros poderão ser substituídos em caso de incapacidade de cumprir os seus deveres, ou se renunciar à função (*Rule 8* das Regras de Arbitragem). Também as partes poderão impugnar qualquer um dos árbitros perante o Secretariado Geral (*Rule 9* das Regras de Arbitragem). A substituição será feita com rapidez e seguindo o mesmo método de indicação e nomeação dos árbitros (*Rule 11* das Regras de Arbitragem).

Os trabalhos do Tribunal Arbitral serão por si dirigidos, com respeito às regras de procedimento estabelecidas nas *Rules 13 a 28* das Regras de Arbitragem. Sobre o procedimento, cabe esclarecer que, de acordo com a *Rule 29* das Regras de Arbitragem, e salvo convenção em contrário das partes, o processo terá uma fase escrita/documental (*Rule 31* das Regras de Arbitragem), seguida de uma fase oral (*Rule 32* das Regras de Arbitragem).

As regras relacionadas com a produção de provas estão estabelecidas nas *Rules 33 a 37* das Regras de Arbitragem. De acordo com a *Rule 33*, das Regras de Arbitragem, as partes deverão comunicar, no prazo determinado, ao Secretariado Geral, quais as provas que pretende produzir. O Secretariado informará o Tribunal Arbitral quais serão essas provas. O julgamento de admissibilidade de provas cabe, exclusivamente, ao Tribunal Arbitral (*Rule 34* das Regras de Arbitragem).

São admitidas, além das provas documentais, o depoimento de testemunhas e peritos (*Rule 35* das Regras de Arbitragem). Esses depoimentos deverão seguir as regras especiais estabelecidas na *Rule 37* das Regras de Arbitragem; ela determina a possibilidade de o testemunho ou depoimento serem realizados por escrito, e que os meio de produção da prova serão estabelecidos pelo próprio Tribunal Arbitral.

É ainda admitida a participação da figura do *Amicus Curiae*; a inquirição de pessoas que o Tribunal Arbitral entenda necessário; e a visita a locais que o Tribunal Arbitral entenda relevantes. Estes meios estão previstos pela *Rule 37* das Regras de Arbitragem, e demonstram o poder de agir de ofício, na instrução do processo, do Tribunal Arbitral.

As regras de arbitragem preveem a possibilidade de o Tribunal Arbitral conceder medidas provisórias de carácter cautelar, conforme previsão expressa da

Rule 39. Se o Tribunal Arbitral ainda não estiver constituído, as partes deverão requerer essas medidas ao Secretariado Geral. No entanto, o Secretariado Geral apenas receberá as alegações das partes a respeito dessas medidas, não as julgando no mérito; A sua ação serve, apenas, para instruir a futura decisão do Tribunal Arbitral.

A sentença arbitral deverá respeitar as regras estabelecidas nas *Rules 46 a 48*, das Regras de Arbitragem. A sentença deverá ser elaborada e assinada em até 120 dias após o encerramento do procedimento. O Tribunal Arbitral poderá, mediante justificação, estender o prazo por mais 60 dias. A sentença emitida pelo Tribunal Arbitral é final e não está sujeita revisão de qualquer órgão.

Finalizada a sentença, ela deverá ser entregue ao Secretariado Geral que autenticará o documento e concederá uma cópia certificada às partes. Todas as correções e interpretações da sentença deverão ser feitas pelo próprio Tribunal Arbitral (*Rule 49*, das Regras da Arbitragem). O requerimento deverá ser feito na forma da *Rule 50*, dirigido ao Secretariado Geral.

Se o requerimento for de anulação, e não sendo possível reunir o Tribunal Arbitral, o Secretariado Geral deverá requerer ao Conselho Administrativo a indicação de uma comissão *ad hoc*, nos termos do *Article 52 (3)* da Convenção do ICSID (*Rule 52*, das Regras de Arbitragem). Se anulada a sentença arbitral, a questão poderá ser dirimida pelo estabelecimento de novo Tribunal Arbitral (*Rule 55*, das Regras de Arbitragem).

A regra é a de que o procedimento deverá permanecer confidencial em todos os seus trâmites (*Rule 6*, das Regras de Arbitragem).

Em conclusão, é possível ver que esta instituição determina um complexo bastante pormenorizado das regras de procedimento e que, apesar da sua fonte e sujeitos originais, não difere substancialmente das regras geralmente aplicáveis à arbitragem.

2.3.2 Regras aplicáveis à arbitragem *ad hoc*

As partes que optam pela arbitragem, como é sabido, não necessitam de eleger qualquer instituição de arbitragem para conduzir o procedimento. Elas podem optar pela realização de uma arbitragem denominada “*ad hoc*”.

Nessas situações as partes poderão estabelecer as suas próprias regras para o procedimento. Alternativamente, eles poderão eleger as regras procedimentais de formulações normativas elaboradas para esse tipo de arbitragens.

Destacamos um dos principais corpos de regras.

2.3.2.1 UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*)

A UNCITRAL é a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional. Reconhecendo a importância crescente do comércio global, e o papel preponderante da arbitragem para a atividade, a citada comissão preparou uma série de regras coerentes, destinadas a conferir maior segurança jurídica aos procedimentos arbitrais.

Essas regras, que não tem força obrigatória geral, foram aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966. Atualmente, as regras aplicáveis são aquelas revistas e aprovadas pela Assembleia Geral em 2010¹⁰⁵.

O procedimento é iniciado mediante o envio de notificação à contraparte (*Article 3*). Essa notificação deverá indicar algumas informações essenciais, como a origem da jurisdição arbitral, um breve resumo dos fatos, a medida requerida, entre outras informações.

As regras e presunções de notificação estão estabelecidas no *Article 2*, estabelecendo a presunção de que a notificação de arbitragem será feita positivamente se realizada no último estabelecimento conhecido, esgotados todos os esforços razoáveis para encontrar o novo endereço da parte. A alegação de insuficiência da notificação de arbitragem não obstará à formação do painel, e será decidida pelo próprio Tribunal Arbitral, após a sua constituição.

¹⁰⁵ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010)*. Nova Iorque: Nações Unidas. 2011. 40 p. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014.

Recebida a notificação, a contraparte elaborará a sua resposta de acordo com o *Article 4*, juntando algumas informações, inclusive a alegação de eventuais preliminares em relação à inexistência de jurisdição do Tribunal Arbitral. Deverá, ainda, apresentar uma proposta para a formação do Tribunal.

Às partes é permitido, a qualquer tempo durante esta fase inicial do procedimento, indicar uma instituição arbitral cujas regras irão regular a resolução do litígio (*Article 6*). Se não o fizerem, as partes deverão, em 30 dias, decidir o número de árbitros (*Article 7*), caso não o hajam feito; e os árbitros serão indicados na forma dos *Articles 8 a 10*.

De acordo com essas normas, as partes deverão, ou indicar a autoridade que apontará os árbitros; ou indicar, cada uma, um árbitro, sendo que esses dois indicarão o terceiro árbitro. O *Article 10* trata da questão específica da arbitragem com múltiplas partes, estabelecendo que, nesse caso as partes deverão, de comum acordo, indicar um árbitro único; a norma prevê a possibilidade de as partes estabelecerem outro método de indicação e de quantificação de árbitros.

O *Article 11* estabelece um dever de que a pessoa nomeada para ser árbitro deverá, por sua própria iniciativa, indicar quaisquer circunstâncias que possam gerar um conflito de interesses ou suspeição quanto à sua imparcialidade. Sem prejuízo, as partes mantêm o poder de impugnar qualquer uma das indicações para árbitro (*Article 12*). As partes deverão concordar, por unanimidade, com a impugnação realizada para que o afastamento se concretizar (*Article 13*).

A substituição do árbitro, seja por um impedimento, renúncia, ou por impugnação, far-se-á de acordo com as regras acima mencionadas (*Article 14*). Se necessário, após a substituição do árbitro poderá haver a repetição das partes instrutórias do procedimento (*Article 15*).

A condução será exclusivamente feita pelo Tribunal Arbitral, de acordo com as normas dos *Article 17*. Essa norma determina, de uma forma genérica, que sejam garantidos os princípios do devido processo legal (ou seja, que seja dada oportunidade cabal, a ambas as partes, de apresentar as suas provas e fazerem as suas alegações).

Se as partes não o tiverem definido, o Tribunal Arbitral determinará o local de arbitragem, de acordo com as circunstâncias do caso; bem como a linguagem a ser utilizada no procedimento (*Articles 18 e 19*).

As peças, inicial e de contestação, deverão ser apresentadas por escrito (*Article 20 e 21*), cumprindo as formalidades do regulamento. Essas peças poderão ser corrigidas ou adicionadas durante a arbitragem (*Article 22*). Caberá ao Tribunal decidir sobre a sua própria competência (*Article 23*).

O Tribunal Arbitral poderá outorgar medidas provisórias e cautelares a requerimento das partes (*Article 26*). Essas medidas podem ser mantidas, suspensas ou revogadas a qualquer altura do procedimento. A parte que requeira a medida será responsável pelas suas consequências.

As partes deverão sustentar as suas alegações mediante a produção de provas, podendo estas ser documentos, testemunhos e/ou depoimentos de peritos (*Article 27*). O Tribunal Arbitral detém a possibilidade de agir de ofício, e indicar, após consultas às partes, peritos independentes (*Article 29*).

Com o encerramento da fase instrutória, o Tribunal Arbitral deverá emitir a sentença, decidindo pelo voto da maioria dos seus membros (*Article 33*). A sentença deverá ser proferida por escrito, e apenas será público se obtido o consentimento das partes (*Article 34*). A correção material, de omissão ou de clarificação da interpretação da sentença cabe ao tribunal, devendo este elaborar as correções ou novas sentenças necessárias (*Article 38 e Article 39*).

2.4 A necessidade de uma regulação da arbitragem que assegure o interesse da coletividade

A análise concluída confirma, enfim, a fatualidade que vimos descrevendo até aqui. A regulação da arbitragem é, hoje, uma expressão da tentativa que reportamos de tapar o abismo entre a ação dos Estados (Direito Internacional Público) e do tratamento jurídico individual conferido ao espaço transnacional.

Essas deficiências relatadas resultam numa norma sem legitimidade, por não estarem cumpridos os requisitos que inicialmente referimos. Demonstramos isso mesmo: o que falta, acima de tudo, é qualidade e proximidade à regulação sobre arbitragem. Fica claro o maior defeito da regulação atual: a ausência de tutela do interesse coletivo.

Esse é um elemento de suma importância por, de uma só vez, atender à questão da qualidade da norma, por um lado; e à questão da proximidade/representatividade democrática da norma.

O interesse de uma tutela abrangente do instituto da arbitragem está, ainda, relacionado com a ideia de salvaguarda do interesse público, e com o objeto da arbitragem: a resolução de litígios, a composição de disputas.

Sobre esse tema, um dos mais importantes, algumas reflexões.

Não ignoramos que a questão do interesse público está mencionada de forma passageira, especialmente na Convenção e na Lei Modelo da UNCITRAL. Ao invocar, apenas reflexamente, o princípio da ordem pública, a Convenção parece estar a assegurar, a um nível mínimo, a ideia de interesse público. Mas isso não aparenta ser, mais uma vez, suficiente.

A resolução dos litígios corresponde à necessidade de restabelecimento da ordem social, da paz social que foi quebrada pelo diferendo entre as partes. Essa ideia corresponde ao interesse primário na resolução do litígio, não apenas entre as partes, mas da própria sociedade, como forma de assegurar a tutela jurídica mais global possível das posições jurídicas legitimadas pelo ordenamento. Inclui-se, aqui, por exemplo, a tutela dos direitos de terceiros privados, ou de interesses indiretos do Estado na resolução do litígio.

Não negamos que esta proposta altera, de alguma forma, a história do instituto, essencialmente direcionado para o interesse das partes e para a resolução de questões práticas. Mas estamos convictos de que o instituto precisa de se adaptar à nova realidade histórica e social em que vivemos.

Não entendemos a arbitragem como uma construção jurisdicionalista, sujeita à participação constante da organização judicial dos Estados. Pelo contrário, concordamos com o princípio da manutenção da agilidade e liberdade inerentes ao instituto que, até um certo limite, não deve ser arregimentado por uma estrutura ontologicamente diferente da sua. A arbitragem não é, nem pode funcionar como um tribunal de direito interno.

No entanto a visão autonomista é (ou está...) claramente exacerbada, nos nossos dias, no sentido diametralmente oposto. É nossa opinião que, ao creditar esse enorme alcance, entendido de uma forma absoluta, à ideia de autonomia das partes e ao caráter absolutamente privado do litígio, se está a ferir o instituto de morte. Com esse entendimento está-se a esvaziar o instituto de suas funções de

acesso à justiça, conduzindo-o à ilegitimidade e à falta de reconhecimento (como mencionado acima).

Propomos, por isso, uma ideia distinta que, acreditamos, valorizaria o instituto e lhe conferiria legitimidade e reconhecimento. Entendemos que valorizando a autonomia privada poderemos ir de encontro às necessidades práticas das partes; mas para que essa autotutela seja saudável e legítima, ela precisa de ser temperada por uma identificação e tutela simultânea dos interesses da coletividade. Não por meio da organização judicial Estatal, como entendem os jurisdicionalistas, mas por uma interpretação contemporânea da ideia de autonomia da vontade e do enquadramento sistemático do contrato de arbitragem na organização social da comunidade.

É por essa razão que uma regulação internacional necessária seria, por exemplo, a de estabelecer quais os deveres das partes e dos árbitros em relação à tutela dos interesses da coletividade internacional/transnacional, sejam eles posições jurídicas de terceiros privados, direitos difusos, ou interesses públicos indiretos no litígio (tema a que voltaremos, neste trabalho).

Esta é uma questão de princípio (ético-normativa), mas também de proximidade e efetivação do princípio da igualdade e acesso à justiça. Em suma, uma questão de enorme importância.

A adição de conteúdos mais inteligentes à regulamentação é uma necessidade de nossos dias em que, como já dissemos, a igualdade é um assunto tão premente. A regulamentação do instituto tem a vantagem de lhe dar uma integração sistemática, e de reforçar a sua legitimidade e reconhecimento. A melhor forma de salvaguardar o instituto, na nossa opinião, é dar-lhe um conteúdo, uma forma jurídica facilmente compreensível, pelos operadores e pelos cidadãos (proximidade, não apenas na perspectiva das partes, mas de toda a sociedade).

O pior que se pode fazer a um instituto tão interessante e benéfico à prática comercial e internacional é deixá-lo num “limbo” de regulação mínima, por um lado, e incompreensão em relação ao seu funcionamento, por outro. Como ocorre hoje; acabamos de verificar isso analiticamente.

De fato, a arbitragem, de acordo com a regulamentação que está instituída, deixa pouca margem de integração do instituto no sistema e, assim, gera incompreensão de quem a analisa (especialista e/ou leigo). A sua obscuridade faz

com que pareça que a arbitragem é uma forma de justiça apenas para os mais privilegiados; como se fosse quase uma “negociata”.

É por essa razão que uma regulamentação internacional não pode aceitar que a arbitragem tenha como limite, apenas, o mínimo da ordem pública. Ela tem de procurar ser ativa na tutela da sociedade, e não apenas das partes, estabelecendo deveres e padrões mínimos de conduta, para as partes e, acima de tudo, para os árbitros.

Ainda que essa seja uma tarefa extremamente difícil, quase utópica, entendemos que a resposta mais eficaz seria a de oferecer uma solução internacional a um problema que é de prática internacional, através da sua integração num sistema de direito coerente e aplicável à regulação desse espaço transnacional. É esse ramo que deve ter a nomenclatura, os meios, e os institutos necessários para oferecer respostas a este tipo de problemas (a função que, como já referimos, as constituições desempenham na esfera interna e na arbitragem doméstica).

Não vemos que, isoladamente, os Estados sejam capazes de dar respostas satisfatórias às necessidades da arbitragem internacional, e é por essa razão que a remissão à lei interna de cada jurisdição não é uma solução suficiente.

A primeira preocupação, na nossa opinião, deve ser a de que os Estados sejam capazes de reconhecer o dever global de cooperar em prol dos interesses dos indivíduos e das empresas. A concertação de posições comuns deve ser uma preocupação fundamental dos Estados, nas suas relações diplomáticas e de parceria.

A integração da arbitragem no sistema deve ser enquadrada nesse esforço global de cooperação internacional entre jurisdições, que relatamos acima. Os Estados devem, na condução das suas políticas, não apenas reconhecer a importância da arbitragem na esfera internacional, como dar-lhe um conteúdo mínimo que permita concretizar satisfatoriamente o papel da arbitragem na atividade jurisdicional global.

Para isso é necessário que a arbitragem, em especial a internacional, que se passa longe de qualquer mínimo controlo social, passe a integrar alguns valores contemporâneos. Aqui sim, é exigível um mínimo: o de que a arbitragem esteja minimamente inserida na construção do sistema.

A importância da Lei do Estado, ainda que baseada na Lei-Modelo estudada, e correspondente ao instituído pela Convenção, é uma solução interessante, mas não suficiente.

Como mencionamos acima, a regulação do espaço transnacional deve passar pela interação coletiva de todos os seus membros e, aqui, a participação das instituições estudadas é fundamental. A sua expertise é, deveras, importante para o salutar desenvolvimento coerente do sistema.

Mas num espaço transnacional democrático essa interação deve estar aberta a todos aqueles que detenham um interesse em participar no processo de definição deste regime. Seja na sua construção sistemática, que não pode estar refém das partes e dos participantes diretos do sistema; seja no momento da execução procedimental do instituto.

É por isso que uma nova regulamentação internacional da arbitragem deve incluir em primeiro lugar deveres para as partes. As partes devem ter consciência, não só prática, mas também jurídica, de que o seu litígio não é “uma ilha no meio do oceano”. Pelo contrário, ela insere-se num contexto, e tem efeitos perante terceiros: privados ou públicos.

A partes devem ter um dever de agir proativamente para que, com as suas ações, conjuntas ou individuais, não sejam prejudicados terceiros interessados. Esta não é sequer uma ideia nova, sendo que as construções doutrinárias e jurisprudências de alguns institutos como o da função social do contrato, do princípio da boa-fé, do abuso de direito e da fraude à lei, demonstram a relativização de certos direitos e posições jurídicas.

Se é certo que fica prejudicada, de certa forma, a segurança jurídica, a verdade é que fica também salvaguardado o valor de justiça, assegurando-se que o ordenamento jurídico, com o seu caráter axiológico, não abriga incongruências e/ou, mesmo, absurdos.

Igualmente, e pelas mesmas razões, a revisão do papel do árbitro é absolutamente fundamental.

Ele é, afinal, ainda mais importante pela função jurisdicional que desempenha. É inaceitável pensar que o árbitro esteja exclusivamente à disposição das partes; o árbitro, além de estar à disposição das partes, está ao serviço do Direito, da Justiça e da sociedade. Ainda que desempenhe um mandato limitado

pelo acordo das partes, o árbitro tem um dever geral de tutela em relação à sociedade.

O meio de resolução de litígios é um instrumento de tutela da coletividade, e não apenas das partes. É a paz social, é a administração da justiça o seu objeto. E fá-lo tendo em atenção a totalidade das situações jurídicas que estejam envolvidas com o litígio que se propõe a compor, desde, claro, que lhe seja razoavelmente possível conhecer.

Em suma, vivemos num mundo onde as desigualdades não param de crescer. A administração da justiça deve ser salvaguardada dessa perniciosa constatação, e os Estados devem cooperar, como dissemos, para garantir que a arbitragem não seja utilizada pelas partes como um meio de fuga ao controlo social. Mais do que isso, a arbitragem, enquanto forma de administração da justiça, deve ser feita de acordo com os imperativos do princípio democrático, e em respeito ao princípio da igualdade.

A arbitragem internacional não deve ser vista como a criação de uma justiça mais privilegiada para uns do que para outros, sejam eles indivíduos ou empresas. E todos os esforços da comunidade internacional devem ser direcionados nesse sentido.

A Convenção, a Lei Modelo e a regulamentação das instituições de arbitragem continuam a ser instrumentos muito úteis de regulação internacional/transnacional. Mas sem a sua complementação sistemática e axiológica, não são suficientes para os desafios e exigências da sociedade contemporânea.

Para que se consigam concretizar esses valores democráticos e de igualdade, em relação à arbitragem, é necessária uma regulamentação mais profunda do que a atual que, ao reconhecer a autonomia das partes e a liberdade relacionada ao instituto, seja capaz de lhes impor deveres e responsabilidades para com a sociedade. E, nessa função, os árbitros desempenham um papel absolutamente fundamental, quase, até, de juiz transnacional¹⁰⁶.

¹⁰⁶A este propósito é importante, como referência, o artigo de Castanheira Neves acerca do papel do julgador, nos sistemas de Direito. Sobre essa atividade jurisdicional, na esfera interna: NEVES, Castanheira. Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” - Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Vol. LXXIV, p. 1-44, 1998.

Afinal, o que seria a liberdade das partes sem deveres, sem obrigações, sem consequências? Não seria um mero arbítrio, em vez de um direito?

A arbitragem não pode ser mero arbítrio. O sistema não comportaria, pelo seu absurdo, essa solução. E o sistema internacional, acreditamos, apesar de não ter legislador, polícia ou juiz, continua a ser um sistema de direito internacional, onde a arbitrariedade e o mero uso da força não podem ter vez. Pelo contrário.

O nosso objetivo é contribuir para reafirmar esse princípio.

E na falta de legislador, juiz e polícia, a cooperação entre os Estados deve ser a fonte original da construção jurídica e da tutela dos interesses sociais e coletivos, dos indivíduos, pessoas físicas e empresas, e das instituições públicas, na esfera internacional.

Esta ideia será concretizada no próximo tópico.

3 DIREITO GLOBAL E ARBITRAGEM

Até este ponto tentamos fazer um diagnóstico geral acerca do atual estado de governança do espaço transnacional e de aplicação da regra do direito internacional. Conclui-se, sobre esse assunto, a necessidade de convergência de ramos para o estabelecimento de uma regulação internacional eficaz, preocupada com a tutela dos anseios dos cidadãos e com a democracia, no espaço transnacional (uma regulação legítima, como acima descrito).

Passamos, então, a fazer o estudo dos instrumentos regulatórios aplicáveis ao instituto da arbitragem internacional. Ali se concluiu que a arbitragem internacional é um exemplo de regulação no espaço transnacional, tanto quanto às suas virtudes como quanto aos seus defeitos. Partindo da prática, os Estados (em conjunto e individualmente) e os privados estabeleceram uma regulação mínima e fragmentária, (fenômenos de autorregulação), autorizando a cada vez mais comum utilização da arbitragem. No entanto, esse desenvolvimento e relevância do instituto não disfarçam o “vazio normativo” existente entre a regulação existente, os anseios dos privados e a tutela dos valores coletivos e sociais.

As ausências normativas e de legitimidade, nesse espaço de Direito, vêm sendo preenchidas, como vimos, pela ação de autorregulação dos privados que, na ausência de poder normativo centralizado (na esfera internacional/transnacional), acabam por elaborar os seus meios próprios de governança.

Assim nasceu, como vimos, um corpo regulatório construído, essencialmente, de uma observação empírica e prática dos fenômenos. Esse esforço normativo, como veremos em seguida, tem sido qualificado, por parte importante da doutrina (na qual nos incluímos), como um sistema de arbitragem transnacional.

Aquilo que a doutrina documenta, corresponde, de fato, à realidade. Como demonstramos, há hoje um corpo de normas que, se é ainda incompleto e pouco abrangente (na perspectiva axiológica e de legitimidade), se estabelece como um sistema de governança e acesso à justiça. Ainda que falho.

A questão, agora, passa por compreender, em primeiro lugar, no que consiste esse processo de transnacionalização do direito e de criação de um direito global; e,

em segundo lugar, entender o que isso significa para o sistema de arbitragem transnacional/internacional.

3.1 O Direito global e o processo transnacional

Ainda não é muito claro, hoje, aquilo que se deve compreender por direito transnacional. De fato, a doutrina vem entendendo este conceito em três acepções possíveis.

A primeira possibilidade consiste na construção do ramo enquanto “puzzle”, ou seja, enquanto uma composição das diferentes normas existentes e aplicáveis em diferentes jurisdições¹⁰⁷. Devemos negar, desde logo, esta primeira acepção, por duas razões.

Em primeiro lugar, por ser nada mais do que uma perpetuação da prática do direito internacional privado. Como vimos, neste trabalho, essa é uma prática que demonstra claras insuficiências e que não atende as necessidades da vida internacional contemporânea.

Parece-nos que a lição da Profa. Watt, que já aprofundamos nesta análise resume a visão do direito transnacional correspondente a esta perspectiva. Parece-nos, até, que ela nega o direito transnacional, o substituindo por uma atuação similar do direito internacional privado. A Profa. Watt, como também vimos, acima¹⁰⁸, entende que a construção desse direito transnacional deve corresponder ao crescimento de preponderância do direito internacional privado, através da perda da

¹⁰⁷ “As is the case for all three conceptions, the first of the three approaches begins with a focus on empirical context and environment – in other words, transnational phenomena attracting or indeed, in some cases, seeking to avoid regulation – and then, with some strong if implicit premise that such phenomena are heightening and broadening with every passing day. This approach then asks how where “law”, as we currently know and practice it, fits into the picture. This approach might focus on the first sentence of Jessup’s seminal framing of a meaning for “transnational law” by saying it is “al l law which regulates actions or events that transcend national frontiers. In other words, it is “law” as we know it that must deal with various phenomena consisting of “actions or events that transcend national frontiers, to which one might perhaps usefully add to “actions” and events something like relationships amongst actors.”. SCOTT, Craig. Transnational Law as Proto-Concept: Three conceptions. *German Law Journal*. Lexington: Washington & Lee University School of Law, Vol. 10, No. 7, p. 868 et seq., 2009.

sua tradicional neutralidade, e da assimilação de parte da regulação privada já existente.

A segunda crítica a esta visão do direito transnacional passa pela evidente perda de potencial deste ramo, quando entendido desta forma. Isso porque nada nos traz de novo, esta concepção. Tudo se reconduz, novamente, à ação única dos Estados e outros poderes não legítimos (por exemplo, o econômico). Esta solução não traz o aprofundamento que reputamos como absolutamente essencial. Nesta acepção a cooperação continua a ser uma alternativa, e não o caminho principal. Não há o reconhecimento pleno de uma regulação puramente internacional.

Uma segunda forma de encarar o ramo, seria de vê-lo enquanto processo de criação de direito internacional (público e privado)¹⁰⁹. A transnacionalidade seria, assim, o processo de criação da norma (Processo Transnacional) que, iniciado através das experiências normativas dos sistemas de direito interno e da composição das vontades e experiências legais dos Estados em cooperação, seria capaz de levar a cabo o estabelecimento de *standards* globais. Parâmetros de conduta que alimentariam o processo de criação da norma internacional.

O objeto do processo seria, por isso, a criação de um direito internacional de composição, destinado a regular o espaço entre jurisdições, o espaço transnacional¹¹⁰, não se limitando, como na primeira acepção, ao direito interno já existente.

Esta acepção se reconduz, em grande parte, às críticas que já fizemos tanto ao atual estágio do Direito Internacional (Público e Privado), como à primeira acepção de direito transnacional. Vejamos.

Ela traz a vantagem, em relação à primeira, de apresentar uma solução mais internacional. Representa melhor, sem dúvida, a necessidade de convergência do

¹⁰⁹ “A second approach to transnational law would concede that the legal traditionalist may be correct to say that the “law” dealing with transnational phenomena can always in some respects be analytically traced to one or more domestic legal systems and/or public international law. But the second approach would then borrow a bit from various strands of legal theory and legal practice to argue that there is a kind of transnational law in the result when one observes the gradual build up of decisions with respect to a variety of transnational contexts/problems – decisions that have been informed simultaneously and self-consciously by domestic and international law together providing the pool of potentially applicable (including potentially modifiable) standards for a given rule of decision or interlocking rules of decision.” SCOTT, Craig. *Transnational Law as Proto-Concept: Three conceptions*. *German Law Journal*. Lexington: Washington & Lee University School of Law, Vol. 10, No. 7, p. 868 et seq., 2009. pág. 870.

¹¹⁰ A esse propósito, e acerca do processo transnacional de criação de Direito Global, o texto de MERRY, Sally E. *Human rights and global legal pluralism: reciprocity and disjuncture*. In: BENDA-BECKMAN, Franz von et al. *Mobile people, mobile law*. Surrey: Ashgate, 2005. p. 215-233.

Direito Internacional a que já nos referimos, neste trabalho. A cooperação e integração entre Estados deixa de ser uma opção, e passa a estar no plano central. Mas, na medida em que se destina a alimentar as estruturas tradicionais do Direito Internacional (Público e Privado), deve sofrer a mesma crítica de falta de profundidade exigida, no mundo global contemporâneo. Acaba por ser uma cooperação não integradora, mas antes instrumental.

Igualmente, por se limitar a alimentar as estruturas tradicionais, a que nos referimos acima, merece a nossa crítica por ser “mais do mesmo”. Mais uma vez, e em resumo, não atende às necessidades do mundo contemporâneo (que obriga a soluções mais integradoras) e, por isso, é insuficiente.

Numa terceira acepção¹¹¹, a ideia de processo transnacional continua presente. A diferença em relação à segunda acepção é que, aqui, o processo transnacional se destina a alimentar a criação de um direito global.

¹¹¹“A third approach is an approach that we can perhaps think of as homing in on the final tag in the! Jessup quotation – “other rules which do not wholly fit into such standard categories.” This is an approach that in effect sees transnational law – or if one wishes to avoid conflating this tag with the whole category, at least the core of transnational law – as being in some meaningful sense autonomous from either international or domestic law, including! Private international law as a cross “stitching legal discipline. Rather than focusing on Jessup’s broad definition that sees transnational law as some kind of umbrella within which “other [non]standard” rules” fall alongside public and private international law, this approach sees these “other” rules as the true!—!or at least the quintessential – transnational rules.” SCOTT, Craig. Transnational Law as Proto-Concept: Three conceptions. *German Law Journal*. Lexington: Washington & Lee University School of Law, Vol. 10, No. 7, p. 868 et seq., 2009. Pág. 873. No mesmo sentido: “Modern teachers of transnational or international law begin with several definitional and conceptual debates. What is transnational law and how does this concept differ from the more conventional notion of “international” (inter-state) law Former Dean of Yale Law School and current Legal Advisor to the State Department, Harold Hongju Koh, considers “transnational” law to be a hybrid of international and domestic law; as others describe, it is the law that governs the “gaps” between formal international law and domestic law. In our modern era, transnational law is law that moves back and forth from the international to the domestic and often back again, such as when one nation’s legal solutions are “copy-pasted” or “downloaded or uploaded” to the law of another nation or to the international system. . Examples include human rights concepts (such as torture, as well as discrimination), definitions of fairness in contracting (e.g., unconscionability), definitions of due process in all procedures, both civil and criminal, as well as trade and business concepts, intellectual property, and corporate governance principles. Especially in “newer” areas of law, such as environmental, consumer, trade, intellectual property, refugee and migration, and labor and employment law, where “standards” are important, measures of acceptable behavior (and legal concepts like balancing and proportionality) migrate back and forth from domestic to “global” standards as regulations, best practices, and case decisions are written by a variety of levels of legal tribunals. Dean Koh has described “transnational legal process” as “a blend of domestic and international legal process [which] internalizes norms” from the interaction of international and domestic lawmaking authority. Even private law and rulemaking are increasingly transnational, as multi-national corporations develop codes of conduct or best practice codes by which they promise to be governed. These new forms of less formal regulations, often expressed in aspirational terms, include statements of best practices from international bodies, sub-national governmental agencies, industry-wide codes, and corporate entity codes. MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. *UC Irvine Law Review*. Irvine: Irvine University, Vol. 1, No. 1, p. 99-129, Mar. 2011. Pág. 110.

Esta terceira acepção é, para nós, a preferível, por ser aquela que melhor responde aos anseios de uma vida transnacional. Ela é o caminho para a criação de uma necessária governança global. Ou seja, estamos a falar da criação, na prática de uma governança global supranacional.

Note-se que, aqui, a cooperação não se limita à ação e vontade dos Estados. Ela está no centro do sistema. Por outro lado, a cooperação não é algo instrumental. Ela é o cerne do sistema e a fonte da regulação integradora puramente internacional. É, sem dúvida, o meio de alimentar o abismo regulatório de que inicialmente falamos.

Sobre a construção deste direito global, gostaríamos de fazer alguns comentários.

Assim, em primeiro lugar, parece ser claro que é necessária a atuação mais preponderante dos Estados, enquanto entidades legitimadas para a tutela coletiva, na regulação do espaço transnacional.

O direito internacional público não se mostrou o ramo mais apropriado para o desenvolvimento de uma regulação global profunda. Isso ocorre pela sua origem, formação histórica e propósito do ramo; este ramo não foi capaz de avançar para uma regulação suficiente pela sua ligação umbilical às relações internacionais e à política entre Estados.

Os próprios Estados, enquanto sujeitos do ramo, não estão sendo capazes de produzir as mudanças, institucionais e de atitude, necessárias a enfrentar os problemas globais com a agilidade e qualidade necessárias. De resto, este ponto ficou claro na citada lição do Prof. Koskiemäki, acima.

Sendo isso uma evidência, e apesar da relativização dos Estados enquanto entes soberanos no mundo contemporâneo, é no mínimo desavisado imaginar que os Estados sejam irrelevantes no exercício do poder regulatório de qualquer ramo de Direito, e em qualquer esfera. Parece razoável imaginar que os Estados não terão a atual preponderância, que ainda mantêm; parece, também, irrazoável imaginar que não terão preponderância alguma.

Mas é o que tem acontecido na prática onde, como vimos, uma parte substancial da governança global tem sido elaborada pelos próprios privados. Essa não é uma situação aceitável. Os Estados têm que se recolocar enquanto principais criadores da governança global, até pelo seu importante papel condutor do conteúdo ético-normativo do sistema. Os Estados têm, por isso, de dirigir o esforço do

processo transnacional de criação do Direito Global, sobrepondo formas de autorregulação abusiva e os substituindo por um conteúdo axiológico qualitativo. Aproximando, em suma, a regulação deste espaço do requisito de legitimidade qualitativa que mencionamos, acima.

A diferença, em relação ao Direito Internacional Público, será na forma como essa preponderância se irá desenvolver. E é por isso que, em segundo lugar, devemos compreender o novo papel do Estado na forma de criação do Direito Global. Podemos, para isso, olhar para o exemplo da União Europeia, de forma a entendermos que essa ação do Estado será feita em primeiro lugar, num processo de coordenação e cooperação entre soberanias. E que, ainda, esse processo deve estar no centro da criação regulatória do espaço transnacional. Em suma, a ação do Estado será possível na medida em que os conceitos tradicionais de ação estatal sejam relativizados e os Estados se mobilizem para, como eficácia, encontrar soluções regulatórias eficazes e justas. No que mencionamos acerca da segurança procedimental, enquanto requisito para a legitimidade da norma, este esforço de cooperação integradora é sinônimo de superação dos procedimentos anteriores.

A ação do Estado deverá, assim, preocupar-se menos com a ação de auto sustentação do seu poder para, em alternativa, colocar em prática uma ação cujo objetivo seja o de atender à tutela dos verdadeiros interesses dos cidadãos e da coletividade. Uma ação do Estado que tenha menos de preservação própria (Direito Internacional Público e Privado), e mais governança do espaço transnacional. As organizações governamentais são, indubitavelmente, um lugar privilegiado de ação de coordenação e cooperação dos Estados.

Esse processo/ação realizar-se-á, assim, de forma unilateral coordenada, e de forma multilateral cooperativa, no sentido da criação de um efetivo Direito Global.

A ação do Estado deve, assim, ser coordenada para a satisfação dos interesses dos indivíduos e da coletividade, última e onnipresente racionalidade do direito. É por isso que a ação do Estado deve deter, ainda, uma segunda faceta: ela deve levar em conta a ação e participação dos jurisdicionados na criação da governança global. O Estado deve ser, assim, ainda, um fórum de participação dos diferentes atores da sociedade transnacional, aproveitando-se as suas contribuições para uma regulação mais completa (por exemplo, se válidas, o aproveitamento das auto regulações, já elaboradas e às quais houve adesão pelo atuentes de cada indústria).

Como se provou pela crise financeira de 2008, e as suas nefastas consequências globais, é evidente que a regulação do espaço transnacional não pode ser integralmente feita pelos próprios privados¹¹². Apesar do esforço das companhias e dos indivíduos pela construção de conceitos como os de “Responsabilidade Social”, ou de “Governança Corporativa”, a sua lógica não é a da tutela do bem comum. Como bem escreveram Rosseau e Hobbes, e ainda que fundamentados em razões opostas, esse papel de tutela coletiva cabe ao Estado. É, aliás, isso que o justifica.

As vantagens da ação dos privados na contribuição para o preenchimento do “abismo”¹¹³, ou seja, na construção de um direito transnacional, são evidentes. Em primeiro lugar, por aproximar a construção da norma dos jurisdicionados. Sem dúvida que é uma forma de aumentar a legitimidade da norma a sua construção conjunta com todos aqueles que serão afetados por ela. Concretiza-se, assim, o princípio da construção normativa democrática e o requisito de proximidade, enquanto elemento constitutivo da legitimidade da regulação.

Em segundo lugar, e num argumento de ordem prática, ganha-se em eficiência, pois é possível aproveitar as regulações já existentes. Muitas dessas regulações correspondem a práticas já consolidadas e justificadas, e a sua manutenção nada mais é do que uma forma de trazer segurança jurídica ao sistema. Desde que atendam aos padrões ético-normativos aplicáveis, porque não as manter?

A construção do direito transnacional é uma atividade híbrida, e distinta da prolação de uma norma na esfera interna. Como verificamos, a construção da

¹¹² A esse respeito não nos podemos deixar de incluir no grupo daqueles que temem o potencial lesivo da ação dos individualistas dos privados. Reconhecendo essa tendência: *“International lawyers and political scientists now speak of ‘global governance,’ which is a hybrid of hard and soft law as global networks of governmental officials (including regulators, judges, ministers and heads of state) make and enforce international and regional policy through both formal and informal networks that operate parallel to both domestic and international governmental institutions. Enforcement of standards of various kinds may entail formal legal proceedings, but also less formal modes of regulation, including self-regulation and reputational effects, which present incentives for adherence to legal and other norms beyond those of formal law enforcement. Those who are more cynical in terms of formal law enforcement see the perhaps greater power of the coordinated actions of private multinational corporations and industry-wide ‘conspiracies.’ These aspects of differing incentives and variable enforcement may be particularly significant in the transnational arena and should be studied by modern law students.”* MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. *UC Irvine Law Review*. Irvine: Irvine University, Vol. 1, No. 1, p. 99-129, Mar. 2011. Pág. 113.

¹¹³ Acima, Cf. 1.1.3.1.

norma, neste ramo, corresponde a um interessante e necessário esforço de convergência entre os entes públicos (que dirigem o processo) e privados.

Essa colaboração é essencial tendo em conta a magnitude da tarefa. Essa proposta, que traz um óbvio benefício a todos, é demasiado complexa e difícil para ser concretizada apenas pelos Estados; ou apenas pelos privados. Por isso deve ser valorizada a ação das Organizações não governamentais, das multinacionais, das pequenas e médias empresas que se internacionalizam e dos próprios indivíduos.

O direito global deverá ser, assim, a combinação das disposições de direito internacional público, que resulte da cooperação entre entes soberanos; das disposições do direito internacional privado, que resultem da coordenação entre os entes soberanos; e, das disposições estabelecidas pela ação dos privados, na sua prática global, por reconhecimento do seu vínculo de obrigatoriedade. Em suma, o resultado do processo transnacional.

Finalmente, e sem prejuízo de tudo o que foi dito, entendemos ser essencial que, tanto o processo transnacional como o seu “produto final” (o Direito Global), tenham uma referência sistemática, reportando-se a um substrato axiológico normativo comum (critério de legitimidade a que já nos referimos).

A grande crítica que devemos fazer à governança global existente, hoje, consiste na ausência de referência axiológica (de definição jurídico-política/ético normativa). É por isso que esta construção normativa de direito transnacional não fica completa sem que se faça uma referência clara à ideia de Direito Natural.

O Direito Natural, decorrente de uma estrutura jusracionalista traz algumas vantagens para a presente construção. Isso porque, por um lado, permite estabelecer um conteúdo axiológico mínimo (o referido conteúdo ético-normativo) que ajuda a estabelecer os parâmetros de cooperação e coordenação entre os entes soberanos, de que falamos acima.

Por outro lado, o Direito Natural tem um importante papel de “testar” as disposições estabelecidas pelos privados, permitindo depurar as soluções mais justas e auxiliar a tutela dos interesses individuais e coletivos. Sem dúvida de que esta referência ajuda, também, à construção de legitimidade destas normas transnacionais. O objetivo da invocação do Direito Natural passa, simultaneamente, por mantermos presente, na construção jurídica global, a busca de regular não apenas o que é, mas também aquilo que deveria ser.

A construção do Direito Natural está na gênese do Direito Internacional; mas a verdade é que, como reconhece parte importante da doutrina, ela nunca foi superada pelo realismo das relações internacionais (a que já nos referimos anteriormente)¹¹⁴. Entendemos que, infelizmente, parte da crítica que fizemos ao atual estágio do direito internacional se reconduz ao excessivo realismo, em detrimento do direito natural.

O Direito Global, tanto no mérito como no processo transnacional, deve operar para evitar que tal circunstância ocorra. De outra forma, teremos exatamente aquilo que temos hoje: uma regulamentação fragmentária e, até mesmo, injusta.

O Direito se remete à ideia de Justiça, conceito eminentemente ético. Na nossa percepção não há, por isso, maneira de construir qualquer sistema de Direito que não se reporte, necessariamente à ideia de “dever ser”. Ainda que esse “dever ser” se encontre mitigado por razões de ordem prática (a verificar de acordo com as circunstâncias), ele deve observar os princípios que emanam da ideia de justiça.

Concluídas estas considerações gerais acerca do Direito Transnacional/Global, voltamos ao tema deste trabalho, que é a arbitragem internacional.

A arbitragem é, hoje, e de forma indiscutível, uma demonstração clara do processo transnacional rumo a um direito global¹¹⁵, se enquadrando perfeitamente

¹¹⁴ Sobre este tópico, citamos a seguinte lição: “Ao quererem limitar a soberania do Estado pelo direito natural, Grócio e os que pensam como ele podem ser considerados os verdadeiros fundadores do direito internacional. Também foram úteis, ao proporem um quadro conceptual que permite levar a cabo a necessária unificação a necessária unificação das regras fragmentárias nascidas da prática. Colocada na perspectiva histórica, esta sistematização representa, além disso, uma tentativa de substituição do poder universal, desaparecido com o fracasso do papado e do Sacro-Império, por uma espécie de superlegalidade universal que se impõe aos Estados e que é, na falta de uma unidade orgânica, susceptível de os unir.” DIHN, Quoc Dinh e outros. *Direito Internacional Público*. 2ª edição. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. Pág. 58.

¹¹⁵ “Private, cross-national bodies developed both rules of engagement and processes for dispute resolution. International commercial arbitration stands as a model of what “transnational” law is. As private administering bodies (the International Chamber of Commerce, the London Court of International Arbitration, the International Centre for Dispute Resolution (the American Arbitration Association’s international arm), the International Institute for Conflict Prevention and Resolution) developed formal rules of procedure, and then formal legal recognition for “foreign” arbitral awards became formal law by adoption (by over 140 countries) of the New York Convention for the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, international commercial arbitration has become the most common form of adjudication of disputes between parties of different nations in commercial (and increasingly in other) matters. The international commercial arbitration “community” of lawyers, businesspeople, and arbitrators has created a modern “lex mercatoria” of substantive law (and procedures through arbitral procedural rules) that “transcend” the law of any one nation. Whether these thousands of private arbitral decisions have, in fact, created an international “common law” of commercial or even industry-wide rules and precedents, there is no doubt that commercial disputes

no processo que acabamos de descrever. É fundamental, nesse contexto, que compreendamos as presentes representações acerca da arbitragem internacional, e a forma como se podem relacionar com esta construção apresentada. Especialmente, pela concepção da arbitragem enquanto forma legítima (tendo em conta os critérios relatados) de administração e acesso à justiça no espaço transnacional.

3.2 As representações de uma arbitragem internacional

Neste trabalho já vimos os principais instrumentos aplicáveis à arbitragem. Ou seja, o que é, de fato, a arbitragem. Caracterizamos, também, a arbitragem como um sistema de direito transnacional como um mínimo de coerência entre as normas que lhe são aplicáveis.

O que pretendemos demonstrar, agora, são dois pontos distintos: em primeiro lugar, que a arbitragem é, de fato um sistema transnacional de Direito; e, em segundo lugar, que apesar de reconhecermos essa sistematicidade do instituto, ele não atende todos os requisitos que apontamos para a sua constituição enquanto direito transnacional/global.

É o que passamos a ver.

A primeira constatação é a de que é difícil enunciar uma teoria de legitimidade para um instituto que, afinal, é eminentemente prático. Como bem observa

involving multi-national corporations and multi-national citizens are most often resolved “outside” of formal state institutions. The operation of the quite successful international commercial arbitration regime (over ninety-five percent of arbitral awards are complied with) demonstrates the existence of a legal regime that “transcends” conventional sovereign understandings of legal power. On the other hand, as we arbitration scholars often point out to practitioners, the New York Convention actually makes national courts the ultimate enforcement agent. Scholars debate whether this means that international arbitration is dependent on national court sovereignty and enforcement or whether (since few courts overturn arbitral awards) national courts have become the agents of a new form of transnational law enforcement. Some fear that national state policy is submerged in this form of stateless (and often, private) Adjudication; others suggest that this form of dispute settlement encourages more practical problem solving that facilitates economic activity.” MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. *UC Irvine Law Review*. Irvine: Irvine University, Vol. 1, No. 1, p. 99-129, Mar. 2011. Pág. 117 e 118.

Emmanuel Gaillard¹¹⁶, as ligações do instituto com outros ramos da filosofia do direito são raras. Isso decorre da sua natureza prática.

A legitimidade histórica da arbitragem se relacionava, naturalmente, com a ideia de ligação do instituto à jurisdição estatal; a arbitragem estava, necessariamente, ligada a um foro. Esse entendimento era unânime até à proposta de Henri Battifol, de que o árbitro não tem foro; até então, a ideia de que poderia haver um instituto completamente desgarrado do sistema era impensável. Até esse momento, e porque estava ligado à ideia de foro, a questão axiológica da arbitragem não se colocava, uma vez que, ao estar ligada a um foro, a arbitragem adquiria (automaticamente) todos os valores sistemáticos associados a essa jurisdição (já nos referimos a essa questão, anteriormente).

Mas o posicionamento de Battifol é mais recente, e representa uma visão mais contemporânea da arbitragem. Existem outras formas de qualificar, quanto à legitimidade, este instituto que devem, necessariamente, ser conhecidas.

Em primeiro lugar, a discussão acerca do caráter jurisdicional e/ou contratual da arbitragem. Essa discussão tomou parte substancial da primeira metade do século XX, concluindo-se pelo caráter *sui generis* do instituto¹¹⁷, por um lado; e pela insuficiência dessa discussão, para a compreensão do fundamento de validade da arbitragem. De acordo com Gaillard, a constatação dessas discussões iniciais é a de que nem a sua natureza convencional, nem a sua ligação ao um território, leia-se,

¹¹⁶ “No entanto, os intercâmbios entre as disciplinas do direito da arbitragem e da filosofia do direito permaneceram limitados. À exceção notável de Bruno Oppetit, que consagrou um importante estudo à Teoria da Arbitragem, e de jovens autores que parecem manifestar um interesse crescente pela disciplina, os especialistas do direito da arbitragem voltaram-se, essencialmente, à exposição e à análise crítica das soluções de direito positivo. Foi somente por ocasião da controvérsia sobre a *lex mercatoria*, que ocupou uma grande parte do debate teórico na segunda metade do século XX, que ocorreram alguns intercâmbios entre especialistas da arbitragem e filósofos do direito.” GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*/Emmanuel Gaillard; tradução Natália Mizhari Lamas. São Paulo: Atlas. 2014. E-book. Pág. 11 e 12.

¹¹⁷ “A natureza jurisdicional ou contratual da arbitragem foi objeto de uma vasta discussão que se desenvolveu durante toda a primeira metade do século XX. Tratava-se, à época, para os autores favoráveis ao desenvolvimento da arbitragem, de insistir no seu caráter contratual a fim de favorecer sua evolução, já que a concepção jurisdicional, por sua vez, enfatizava a concorrência que a arbitragem supostamente fazia às jurisdições estatais. Da mesma forma, o fato de destacar o caráter contratual da arbitragem permitia às sentenças “estrangeiras” escapar ao regime de reconhecimento, à época fortemente restritivo, aplicável às decisões judiciais estrangeiras. Após esses temas terem sido objeto de um amplo consenso em favor de um liberalismo cada vez maior em relação à arbitragem, esgotou-se o debate com a constatação vazia de sentido do caráter “misto” ou “*sui generis*” da instituição. No plano ideológico, é possível ver nesses debates o indício de que as representações veiculadas por cada uma das concepções perdeu toda a utilidade, uma vez que seu objeto foi cumprido ou ultrapassado. Os termos do debate eram, de fato, insuficientes: o caráter contratual da arbitragem não permite responder, por si só, à questão mais fundamental sobre a fonte de validade da convenção que dá aos árbitros o poder de julgar.”. GAILLARD, Op. cit. pág. 2 e 3.

jurisdição, seriam suficientes para oferecer um fundamento ontológico ao instituto. De fato, qualquer uma das visões não explica suficientemente a origem de legitimidade do instituto.

Vistas as insuficiências dessas visões da arbitragem baseadas exclusivamente na vontade e na territorialidade, Gaillard identifica três propostas relevantes de integração teórica do instituto: a primeira, vincula o instituto a um componente de uma ordem jurídica determinada; a segunda, encontra a legitimidade do instituto em várias ordens jurídicas; e, finalmente, a terceira, que advoga uma ordem jurídica arbitral própria. Segundo o Autor, essas são as propostas que levam em conta o caráter global da arbitragem internacional, e que foram consideradas no seu trabalho¹¹⁸.

A primeira alternativa, que reduz a arbitragem a um “foro” doméstico, faz equivaler a arbitragem à jurisdição da sede da arbitragem. A fonte de sua legitimidade vem da Lei da sede da arbitragem, que expressamente prevê a existência e funcionamento do instituto em determinada jurisdição¹¹⁹.

Esta corrente, por sua vez, se divide nas correntes objetivista e subjetivista. A corrente objetivista faz equivaler, de forma bastante radical, a figura do árbitro à figura do juiz, associando, também, o árbitro a uma jurisdição, à da sede da arbitragem. Nesta corrente, a norma da sede tem um forte caráter imperativo se sobrepondo, inclusive, à vontade das partes¹²⁰.

A corrente subjetivista, por sua vez, não entende que essa ligação entre a arbitragem e o local da sua sede seja explicada nesses termos de vinculação mandatária, imperativa, decorrente da ideia de jurisdição. Para esta corrente, essa

¹¹⁸ “Somente as concepções que possam levar em consideração de maneira global o fenômeno arbitral, suas fontes, seus fins e sua estrutura serão examinadas a título principal neste Curso. Atualmente, parece-nos que há três representações estruturantes da arbitragem comercial internacional. A primeira reduz a arbitragem a um componente de uma ordem jurídica determinada; a segunda encontra o seu fundamento em uma pluralidade de ordens jurídicas estatais, e a terceira, que é aquela esposada pelo autor do presente Curso, é a da ordem jurídica arbitral.”. GAILLARD, Op. cit. pág. 12.

¹¹⁹ “Para justificar a redução do processo arbitral a um componente da ordem jurídica da sede da arbitragem, são propostos dois tipos de argumentos que, de um ponto de vista puramente lógico, deveriam se excluir mutuamente, mas se encontram frequentemente misturados nos escritos dos mesmos autores. Existe, de fato, uma corrente objetivista e uma corrente subjetivista da visão da arbitragem que faz do árbitro um órgão da ordem jurídica da sede.”. GAILLARD, Op. cit. pág. 12.

¹²⁰ “Essa visão repousa inteiramente sobre a assimilação do árbitro ao juiz do país da sede. Existiria, em cada ordem jurídica estatal, uma pluralidade de jurisdições, das quais os árbitros fariam parte. Assim, na França, o árbitro estaria lado a lado dos tribunais franceses, como o Tribunal de Grande Instância ou o Tribunal de Comércio.”. GAILLARD, Op. cit. pág. 14.

opção decorre, essencialmente, da vontade das partes que, convencionalmente, decidem se submeter, tácita ou expressamente, a uma determinada jurisdição.¹²¹

Estas duas correntes representam uma época marcada pela ideia de positivismo estatal e a busca de uma ordem racional sistemática.

A segunda proposta baseia o fundamento do instituto numa pluralidade de ordens jurídicas estatais, buscando a legitimidade da sentença arbitral na ordem jurídica estatal da sede da arbitragem e, adicionalmente, em todas as outras jurisdições prontas a reconhecer a eficácia da sentença arbitral.

Em contraposição à primeira doutrina, esta pode qualificar-se como verdadeiramente internacional, reconhecendo a ideia de uma rede de jurisdições, todas elas relevantes para a arbitragem. Ou seja, deixa de ser importante apenas a sede da arbitragem, que passa a ter igualdade em relação a todas as outras jurisdições eventualmente contatadas.¹²² A perspectiva de observação de cada uma das doutrinas citadas passa, assim, a ser diametralmente oposto: uma analisa a legitimidade do processo tendo em conta o início do procedimento; a outra, a partir do final, analisa a regularidade de todo o procedimento.

Também esta segunda corrente encontra os seus fundamentos na ideia de positivismo estatal, na legitimidade normativa que lhe advém do contato com as diferentes jurisdições com que comunica; e se sustenta, ainda, na manutenção do modelo Westphaliano de direito internacional, marcado pela ideia de “quintais de soberania”.

¹²¹ “A tese segundo a qual a fonte da juridicidade da arbitragem internacional só poderia ser encontrada na ordem jurídica da sede é expressa igualmente em termos mais subjetivistas. Ela consiste em sustentar que, ao fixar a sede da arbitragem em um país determinado, as partes ou, na falta de acordo entre as partes, a instituição da arbitragem ou os árbitros quiseram colocar a arbitragem sob o império exclusivo da ordem jurídica deste país.”. GAILLARD, Op. cit. pág. 16.

¹²² “A segunda representação da arbitragem internacional é aquela que encontra a fonte da juridicidade da sentença não apenas na ordem jurídica da sede, mas também no conjunto de ordens jurídicas prontas, segundo certas condições, a reconhecer a eficácia da sentença. Nessa perspectiva – multilocalizadora, enquanto a outra seria monolocalizadora – o direito da sede da arbitragem, sem ser eliminado completamente, é apenas mais um direito dentre outros. Não se trata mais de fonte exclusiva do poder dos árbitros. Todos os direitos susceptíveis de entrar em contato com a arbitragem têm igual vocação a se pronunciar sobre a validade da sentença, tendo os direitos dos eventuais locais de execução um título tão forte quanto o do local onde se desenvolveu a arbitragem. É nessa concepção que se percebe que “o árbitro não tem foro” ou que seu foro é o mundo, não um país específico, ainda que seja o da sede. A sentença não é mais compreendida como especificamente “colombiana” ou “inglesa”. Seu caráter internacional prevalece sobre a conexão exclusiva à sede propugnada pela imagem antropomórfica que consiste em atribuir uma nacionalidade à sentença. Outra maneira de exprimir a ideia consiste em insistir no caráter descentralizado dessa visão da arbitragem, enquanto a concepção que busca a fonte da juridicidade somente no local da sede é centralizadora.”. GAILLARD, Op. cit. pág. 22.

A principal crítica que o Autor faz a estas duas correntes diz respeito à ligação da arbitragem com o foro da sede e, simultaneamente, com o local da execução, criando, na prática, uma situação de duplo *exequatur*. Portanto, essencialmente, uma crítica de ordem prática.

Parecendo uma mera questão prática, o ponto apresentado pelo Autor é importantíssimo por refletir a evidência de que a arbitragem continua estritamente ligada à ideia de jurisdição do Estado; e essa situação afeta, sem sombra de dúvida, a sua principal função: a de permitir a implementação de um Estado de Direito e de concretização do princípio do Acesso à Justiça, na esfera internacional.

Não podemos deixar de acompanhar o Autor, nas críticas que faz a estas duas doutrinas, acrescentando uma crítica que se resume à cada vez maior integração dos negócios internacionais. Perante as constantes (e, aparentemente, inultrapassáveis) dificuldades dos atores tradicionais da vida internacional, os privados ocuparam esse vazio político, jurídico e econômico. Ele reflete uma nova visão do mundo, verdadeiramente transnacional, e exige respostas diferentes, paradigmas diferentes.

Na arbitragem, essa realidade não é distinta. Não faz sentido que fiquemos presos à ideia de jurisdição, como fazem as duas doutrinas apresentadas, para um fenômeno que é eminentemente transnacional.

Assim surge a terceira e última proposta do Autor, que conduz à ideia de arbitragem enquanto ordem jurídica própria. Uma ordem jurídica arbitral que não se baseia em qualquer ordem jurídica estatal, de sede ou de execução.

Os árbitros não exerceriam a sua função em nome de qualquer Estado e/ou Jurisdição, mas exerceriam uma função jurisdicional ao serviço da comunidade internacional.¹²³ De resto, a ideia de uma ordem jurídica arbitral só faz sentido se pensada em termos de autonomia, ou seja, independentemente de outra ordem jurídica, qualquer que seja a sua natureza.¹²⁴

¹²³“A terceira representação da arbitragem é aquela que aceita considerar que a juridicidade da arbitragem pode ser baseada não em uma ordem jurídica estatal, quer seja a da sede ou a do ou dos locais de execução, mas em uma ordem jurídica terceira, susceptível de ser qualificada como ordem jurídica arbitral. Essa representação corresponde à forte percepção dos árbitros do comércio internacional de que eles não administram a justiça em nome de um Estado qualquer, mas que exercem uma função jurisdicional a serviço da comunidade internacional.”. GAILLARD, Op. cit. pág. 30.

¹²⁴“A expressão ordem jurídica arbitral apenas se justifica, de fato, para designar uma concepção susceptível de fundamentar de forma autônoma a fonte da juridicidade da arbitragem. Sem a coerência de um sistema possuidor de normas próprias, não se poderá falar de ordem jurídica.

A fundamentação da existência dessa ordem autônoma arbitral encontra-se, para parte da doutrina, na ideia de jusnaturalismo; ou, segundo opositores, no crescente positivismo transnacional que se reflete no incremento de regulações e práticas dos entes não estatais que atuam na esfera transnacional. Adoptando-se um ou outro fundamento, a verdade é que não parece haver, hoje, dúvidas acerca da existência efetiva dessa ordem jurídica.¹²⁵

O Autor destaca, finalmente, a importância de que esse sistema se “localize” em relação aos demais¹²⁶, condição essencial para que se confirme a autonomia do sistema e a sua suficiência; e conclui admitindo que essa autonomia vem sendo reconhecida, também, pelos próprios Estados, através das suas legislações.

Sem dúvida que perfilhamos desta última visão sobre a arbitragem, como temos vindo a afirmar. De fato, a superação das duas primeiras visões da arbitragem

Sem a autonomia em relação à ordem jurídica de cada Estado soberano, não se poderá falar em ordem jurídica arbitral.” GAILLARD, Op. cit. pág. 35.

¹²⁵ “A hipótese da ordem jurídica arbitral é, atualmente, objeto de aceitação crescente, seja na jurisprudência arbitral – que reflete a percepção por parte dos árbitros, cada vez mais assumida, da concepção de seu papel – seja nas ordens jurídicas estatais.”. GAILLARD, Op. cit. pág. 52 e 53.

¹²⁶ “Mais ainda do que pela sua organização em sistema de regras ou pela sua aptidão para responder todas as questões litigiosas susceptíveis de serem formuladas ao árbitro, é pela sua capacidade de responder a uma interrogação fundamental relativa às suas fontes e às suas relações com as outras ordens jurídicas que se aprecia a realidade da existência de uma ordem jurídica arbitral. Mesmo coerente e mesmo completo, um conjunto de normas só pode, em nossa opinião, ser qualificado de ordem jurídica caso reflita sobre suas fontes e suas relações com outras ordens jurídicas. Tão diversas quanto elas possam ser, todas as concepções de ordem jurídica abordaram essas questões essenciais. Para os normativistas como Kelsen ou Hart, são as noções de “norma fundamental” ou de “regra de reconhecimento” que preenchem essa função de “unificação” e de “validação” de cada ordem jurídica. Para Santi Romano, as relações existentes entre as ordens jurídicas são concebidas sobre a noção de “relevância”. Para Ost e de Kerchove, a noção de “rede” representa esse papel. A representação que aceita a existência de uma ordem jurídica arbitral concebe tal ordem jurídica como aquela emanada dos Estados, da mesma forma que, em uma concepção positivista de direito internacional, a ordem jurídica internacional deriva da vontade dos Estados, o que não lhe impede de ser vista como uma ordem jurídica autônoma. No domínio das relações comerciais internacionais, é a convergência das ordens jurídicas estatais que, pela aceitação manifesta do fenômeno arbitral, legitima a sua existência. Ao aceitar confiar, para as partes que o quiseram, o poder de julgar as disputas do comércio internacional aos árbitros e de reconhecer o produto do processo arbitral – que é a sentença – sem controle do mérito, a comunidade dos Estados confere à arbitragem internacional uma real autonomia. O estatuto de “juiz internacional” que certas jurisdições dentre as mais progressistas na matéria reconhecem ao árbitro constitui a melhor ilustração do fato de que o árbitro pode ser considerado atualmente como órgão de uma ordem jurídica própria. No exercício dessa função, o árbitro internacional identifica normas que, por serem resultantes da atividade normativa dos Estados, não pertencem propriamente, na qualidade de normas transnacionais, a nenhum deles. O fato de que os Estados tenham conservado o monopólio da execução forçada da sentença arbitral não retira a autonomia da atividade jurisdicional dos árbitros e da ordem na qual ela se insere. Os Estados, de fato, colocam a força pública ao serviço da execução do produto da atividade arbitral, convertida voluntariamente no modo privilegiado de resolução de disputas do comércio internacional. A melhor prova da autonomia da arbitragem resulta do fato que, quando os Estados comprometeram-se a cumprir uma convenção de arbitragem, eles mesmos, na qualidade de contratantes, submeteram-se à autoridade dos árbitros e podem ver a sentença ser executada em seu desfavor.”. GAILLARD, Op. cit. pág. 47.

corresponde àquele posicionamento que advogamos, tanto quando defendemos a convergência da ação do Estado, em cooperação com os demais atores do espaço transnacional¹²⁷; como quando defendemos a noção de direito global, neste mesmo tópico¹²⁸.

As duas visões, baseadas apenas na vontade e reconhecimento do Estado, estão nos antípodas do sistema que descrevemos na primeira parte deste tópico (e muito mais próximos do sistema falho e insuficiente que descrevemos inicialmente). Por isso não podemos aderir-lhes.

A autonomia normativa já foi por nós destacada, no estudo detalhado que fizemos acerca dos regulamentos (públicos e privados) aplicáveis à arbitragem internacional. Não temos dúvida, perfilhando o que foi dito por Gaillard que esse é um sistema independente da vontade Estatal, e vemos isso como algo positivo.

Mas esse sistema não é perfeito, devendo atender toda a sociedade e não apenas as partes que a ele recorrem diretamente. Por isso, e ainda que o apresentemos como um importante exemplo de Direito Transnacional/Global, não podemos deixar de apontar algumas das suas insuficiências. O que quer isto dizer?

Isto quer dizer que reconhecemos, naturalmente, a importância recente da doutrina e da jurisprudência arbitral, para a construção desse instituto. Essa importância é tão grande que nos permite vislumbrar, como propõe o autor, a existência de um sistema arbitral transnacional, de certa forma até desgarrado das instituições estatais e/ou elaborado em cooperação com os indivíduos; mas o sistema não estará completo se não incluir a ideia de composição de valores de tutela coletiva.

Ou seja, não estará completo enquanto não atender aos requisitos de legitimidade que apontamos para o sistema internacional como um todo.

3.3 A arbitragem como instituto fundamental do processo transnacional

A ideia de um direito transnacional aplicável à arbitragem é válida e necessária. Inclui-se no processo de governança global/transnacional que

¹²⁷ Acima, Cf 1.1.4 e 1.1.5.

¹²⁸ Acima, Cf. 3.1.

detalhamos acima. Até numa perspectiva prática essa transnacionalidade é desejável e verdadeiramente necessária, vista a impossibilidade prática de oferecer meios estatais de acesso à justiça no espaço transnacional. Talvez esteja solução, que a prática revelou, seja a melhor. Mas não sem reservas.

A legitimidade de nenhuma norma ou instituto vem da prática e/ou da emanção positiva de uma norma. Ela vem da sua conformidade com os princípios e valores do sistema, que não apenas com os formais; a legitimidade da norma advém, também, da sua conformidade material com os princípios do Direito. Vem da noção de legitimidade que relatamos inicialmente.

Pelo seu compromisso com esses princípios e valores, expressos na ideia de Direito Natural, o Direito Transnacional/Global deve ser a superação do atual estágio de Direito Internacional, que reputamos insuficiente.

É a busca por essa governança, de acordo com esses valores, que deve pautar as ações do Estado, seja enquanto dirigente desse esforço, seja enquanto fórum de discussão dos atores transnacionais. O Caso da arbitragem é um bom exemplo concreto do que se pretende para a futura regulação global.

Se reconhecemos que há uma verdadeira ordem arbitral, não podemos deixar de reconhecer, também, que essa ordem arbitral nem sempre se coaduna com alguns valores que invocamos, nomeadamente aqueles sobre que discorremos inicialmente, na introdução¹²⁹. Da mesma forma, e como apontamos acima, os Estados não tomaram, suficientemente, a direção desse esforço; e apenas acataram

¹²⁹ A esse respeito: *"Whether there should be public accountability for such private regimes (and who that "public" is) is one of the leading issues in transnational legal study at the moment. Practitioners in this elite form of transnational legal practice like to report they are successfully resolving cases more effectively than are more public and rigid state forms of justice. Critics claim that there should be more transparency and accountability to labor, environmental, and other social interests, as well as representation of more than the immediate parties. Critics also suggest that as citizens of the world, we are responsible for making sure there is "international justice"—equality of justice for all world citizens and our political responsibility to advocate for "global justice." In addition to the responsibility and accountability issues, many worry that both conventional international law and the "newer" transnational law suffer from democracy deficits—who "elects" both the private law makers of arbitration panels, the professors engaged in legal harmonization projects or even the foreign ministers or technocrats who populate the growing number of transnational networks. While Professor Anne-Marie Slaughter argues that at least domestically elected officials are now "dually" responsible for both their domestic and international agendas in domestic elections, we might still worry about both the sources of legitimacy of international law (e.g., natural law, jus cogens) when it is "made" and what democratic controls there are on its interpretation and enforcement. This remains a crucial question in the legitimacy and acceptability of all levels of transnational law and governance. ".MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study "Transnational" Law. UC Irvine Law Review. Irvine: Irvine University, Vol. 1, No. 1, p. 99-129, Mar. 2011. Pág. 118 e 119.*

a autorregulação feita pelos privados. O que temos, hoje, é uma arbitragem internacional prática e destituída de valores de tutela coletiva.

Algo muito prejudicial para um instituto que pretende garantir o acesso à justiça num espaço de não direito: espaço transnacional de Direito.

O sistema arbitral não pode estar fora das regras. O sistema arbitral transnacional/global deve operar e estar aberto a uma série de regras civilizacionais mínimas. Afinal, a ideia de um sistema arbitral transnacional não pode corresponder, factualmente, a um “clube privado” estabelecido entre as partes.

Essas regras mínimas, reconduzíveis à ideia de direito natural, são o conteúdo mínimo necessário para que possamos falar em sistema arbitral, como sugerido por Gaillard; e dessas normas gerais deverá, necessariamente, nascer um sistema de regras mais concretas, que confirmem segurança ao tráfego jurídico e aos cidadãos. Ou seja, tudo o contrário do que tem sido feito até hoje, onde as normas partem do concreto, da prática. Mais do que isso: duvidamos que aquelas normas que hoje existem e se aplicam à arbitragem internacional, atendem satisfatoriamente essa exigência coletiva, essencial para a noção de direito global no espaço transnacional de Direito.

Assim, e como vimos referindo, a arbitragem deve reconduzir-se à ideia de valores e, a partir dos princípios gerais de direito, estabelecer novas regras ou auxiliar a reforma das existentes, tornando-as mais claras e transparentes. Em suma, regras que nos permitam identificar definitivamente a existência de um sistema arbitral transnacional coerente e sistematicamente relacionado. Mais legítimo.

Em suma, e tendo em conta aquilo que temos vindo a defender, a ideia de um sistema arbitral transnacional, e a sua legitimidade, começam na sua conformidade com as regras de Democracia, Acesso à Justiça, Igualdade, Transparência, etc. E, a partir daqui, devem surgir regras que assegurem, na prática, que as soluções aplicam, proporcionalmente, estes princípios.

Isto posto, e partindo da premissa de que a arbitragem, enquanto sistema de resolução de litígios, assume um papel fundamental de tutela coletiva e administração dos litígios sociais, surge a necessidade de relembrar a questão acerca da utilidade da arbitragem que, numa perspectiva prática, e desconsiderando toda a carga axiológica que se comentou, teria como objetivo assegurar a resolução

de litígios entre, pelo menos, duas partes distintas. Uma ferramenta essencial para a concretização do Direito Global.

4 A ARBITRAGEM E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA UM ESPAÇO TRANSNACIONAL DE DIREITO DEMOCRÁTICO

É impossível compreender a importância que a arbitragem detém, na esfera internacional, sem entender, em primeiro lugar, o atual estado da regulação das atividades na esfera internacional.

Nessa análise concluiu-se que o atual estado de coisas se deve, por um lado, à insuficiência dos meios tradicionais (Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado) de regularem, com eficácia, essas novas relações e situações jurídicas. A verdade é que estes ramos ficaram presos na inércia dos seus principais agentes, os Estados, que falharam no seu dever de cooperação e coordenação, e sustentaram uma regulação insuficiente e inadequada.

Ao invés de trabalharem na conclusão de regulações normativas que tivessem como objetivo o atendimento dos interesses dos últimos utilizadores das normas, os indivíduos, os Estados ficaram presos a políticas de auto sustentação e de manutenção do *status quo ante*.

Originou-se um abismo regulatório que não travou, por sua vez, a expansão avassaladora dessas atividades econômicas. A ausência de governança motivou a ação dos jurisdicionados que, num espaço de regulação normativa incipiente, se esforçaram por garantir um mínimo de segurança jurídica nas suas atividades à escala global.

Essa regulação, tendo a óbvia qualidade de compor um conteúdo regulatório mínimo com um considerável nível de especialização, detém outros defeitos; além da sua falta de legitimidade, ela se caracteriza por, diversas vezes, corresponder a interpretações corporativistas e pouco balanceadas das relações entre privados na esfera internacional.

4.1 Insuficiências regulatórias da arbitragem internacional

Um bom exemplo do que referimos é o próprio sistema arbitral internacional. Reconhecendo a existência de um sistema transnacional de arbitragem

internacional, e as vantagens que o tornam desejável, não podemos deixar de reconhecer as suas insuficiências sistemáticas.

Como referimos essas insuficiências se referem, em primeiro lugar, à insuficiência dos instrumentos de Direito Internacional Público e de Direito Internacional Privado, na concretização do seu dever regulatório. Esses instrumentos, atualmente, fornecem apenas um conteúdo normativo mínimo que, se confere uma segurança jurídica mínima, não pode ser visto como um sistema completo.

Por outro lado, e em segundo lugar, essa regulação mínima abre espaço para que os próprios privados concretizem, com a profundidade que atende aos seus objetivos, as demais regras relacionadas com o procedimento. Reconhecendo que nas regras e instituições mais importantes há, de fato, uma preocupação mínima com a garantia do devido processo legal, não podemos deixar de notar, também, em primeiro lugar, que esse devido processo legal se prende unicamente com a perspectiva das partes; e que além desse conteúdo mínimo, a regulação é demasiado díspar e fragmentada. Essa situação é, sem dúvida, indesejada e contraditória quando se fala na existência de um sistema transnacional/global de arbitragem internacional.

Tendo essas instituições e regras uma tarefa fundamental de garantir o acesso à justiça e a administração dos litígios num espaço de não direito (de abismo), elas têm uma natureza privada (exceto as normas do ICSID e da UNCITRAL, como vimos), e as suas decisões não estão sujeitas a qualquer controle da sociedade internacional. Mais do que isso, qualquer possibilidade de controle está blindada, em virtude do caráter confidencial dos procedimentos. Essa é uma situação de falta de transparência que deveria chocar qualquer analista, quando se confronta essa situação de fato com o princípio da democracia na aplicação do Direito (Princípio democrático que é, de resto, inerente a esse conceito).

Finalmente, na arbitragem internacional, como em muitos outros setores de regulação, as normas têm um conteúdo essencialmente prático e dirigido às partes interessadas no procedimento. Isso ocorre porque essas regras foram criadas como forma de “resolver problemas”, tendo um caráter essencialmente positivista estando destituídas de visão sistemática. No seu escopo, este esforço normativo dificilmente inclui uma ponderação de conteúdo axiológico (ético-normativa). Essa natureza

prática e positivista excessiva é indesejada e não corresponde à ideia de sistema jurídico.

4.2 A construção de um espaço transnacional de Direito democrático

Em geral, é difícil fazer corresponder ao espaço transnacional a noção de Estado de Direito, e a razão é óbvia: não existe Estado. Não existe ordem normativa central que, no exercício do poder, estabeleça um determinado regramento de acordo com os ideais do Estado de Direito Democrático. Mas será essa uma situação insuperável?

Como vimos acima, existe uma alternativa teórica a isso.

A resposta a esta pergunta deve, assim, ser negativa por algumas razões. Em primeiro lugar porque a construção dessa ideia de Estado de Direito não está relacionada com o Estado apenas na questão do exercício do poder, do monopólio da força. O poder do Estado é utilizado como força ético-normativamente dirigida. Mais do que a ideia de força, é essa forma legitimada em valores que melhor caracteriza o papel do Estado de Direito.

O princípio tem, por isso, essencialmente, um determinante conteúdo axiológico. Quando falamos de Estado de Direito nós estamos, essencialmente, a falar de princípios que pautarão determinada conduta. Quando falamos do Estado, como referimos, estamos a falar dos princípios que irão determinar os parâmetros do exercício do poder e do monopólio da força.

Nada impede, por isso, que esse mesmo conteúdo axiológico continue a ser perfeitamente válido para conduzir outro género de condutas de força (que não aquelas exclusivamente movidas por Estados). Prosseguindo, e em segundo lugar, não nos parece que a vinculação dos participantes nas transações internacionais a essa ideia de Direito, melhor traduzida na expressão *rule of law*, seja obstada por qualquer motivo.

Em terceiro lugar, verificamos que esses princípios aplicáveis ao Estado de Direito Democrático correspondem, na sua essência, a uma visão jusracionalista moderada. Esse jusracionalismo, nos parece, corresponde à construção mais desenraizada de especificidades nacionais, pelo método racional do qual resultam.

Por essa razão procedimental, pode ser de muita valia num espaço de sensibilidades tão diversas, e onde os esforços de cooperação e colaboração são necessários. A doutrina comumente se refere a este conteúdo axiológico quando enumera os conhecidos “Princípios Gerais de Direito”, essenciais à construção do direito transnacional/global.

É também a eles que nos referimos, com uma ressalva. Não referimos uma visão estritamente liberal, erigida no séc. XIX, desses princípios, como classicamente eles foram construídos; entendemos que a esses princípios deverá corresponder um considerável componente de socialização, no sentido de garantir os Direitos Humanos, a transparência social e a aplicação do princípio da igualdade (não meramente formal, mas material).

Em suma, parece que à construção de um espaço de direito transnacional/global deverá, também, corresponder uma ideia de Espaço Transnacional de Direito Democrático onde, apesar da ausência de um poder central, todos os envolvidos deverão agir, de forma objetiva, no cumprimento de padrões de conteúdo normativo axiológico. Aliás, a compensação pela inexistência de um poder central forte deve ser feita, em conjunto, por todos os atores: Estados, Organizações Internacionais, indivíduos (Pessoas físicas e jurídicas) e organizações não governamentais. Todos deverão agir de forma a garantir que os padrões são cumpridos; inclusive os Estados, que atuando no exercício da sua soberania, na esfera interna, deverão incluir no seu controle a fiscalização dessa norma transnacional. É a este processo de cooperação integradora que nos referimos, acima.

Essa tarefa é essencial para a própria ideia de sistema: o conteúdo ético é o sentido da norma, e deve representar uma parte essencial da escolha jurídica. A norma jurídica não deve ser apenas o “ser”, mas também o “dever ser”; e são os princípios que nos permitem guiar o sentido do sistema, do corpo normativo. A sua função é absolutamente essencial.

Especialmente num espaço de não direito, onde o que “é” é essencialmente força. Devemos recordar que, hoje, estamos ainda a preencher os espaços regulatórios no espaço transnacional, sem qualquer referência única prévia, a não ser a construção de Direito Natural jusracionalista. É nessa base que devemos concretizar e aperfeiçoar as estruturas regulatórias nesse espaço.

Como vimos, esta deve ser a base material do Direito Global, na qual o sistema internacional de arbitragem se deve inserir; e para o qual deve ser ferramenta essencial.

4.3 Consequências para o sistema transnacional de arbitragem internacional

A arbitragem deve ser incluída nesse esforço. Afinal, como pudemos verificar, o seu arcabouço regulatório é eminentemente prático, e destinado a atender aos objetivos das partes que recorrem a esse meio de resolução de litígio.

Interpretar o fenômeno da arbitragem à luz de valores e princípios e valores, é dar-lhe sentido e objeto. Mais do que isso, é garantir que esse meio de administração de litígio obtenha a legitimidade necessária na sociedade contemporânea.

Com esse propósito e legitimidade, a arbitragem passa a ser um verdadeiro sistema coerente que, apesar de eventuais diferenças pontuais, será capaz de assegurar uma desejável uniformidade mínima, na tutela dos litigantes e da coletividade.

É necessário, para isso, compreender que princípios e valores compõem, afinal, esse conteúdo axiológico da arbitragem. Na próxima parte deste trabalho, pretendemos fazer um estudo acerca de que conteúdo poderia ser esse, complementando esta primeira parte de enquadramento geral teórico do trabalho, que agora se conclui.

5 ARBITRAGEM, SISTEMA E ACESSO À JUSTIÇA

Como referimos, na introdução e na Parte I, é impossível pensar em arbitragem sem levar a consideração as ideias de *rule of law* e acesso à justiça. Afinal de contas a arbitragem é uma forma de jurisdição que garante às partes a administração do seu litígio.

O acesso a um meio de jurisdição.

A noção de acesso à justiça é uma das mais importantes de toda a disciplina do direito. Ela é ancestral e acompanha, necessariamente, a trajetória da ciência jurídica desde a sua gênese: dizer o direito também é aplicar o direito.

Sendo um conceito predominantemente jurídico, seria redutor supor este conceito, apenas, nessa dimensão.

A ideia de acesso à justiça tem, antes de mais, um forte conteúdo político e, assim, apenas é compreensível se visto de ambas as perspectivas citadas.

Nesta parte do trabalho iremos relacionar os problemas identificados na primeira parte do trabalho (insuficiência de legitimidade do direito internacional; insuficiência do arcabouço regulatório da arbitragem internacional; existência de lacunas axiológicas e de legitimidade do sistema transnacional de arbitragem, rumo a um direito global), com os princípios axiológicos que devem ser levados em conta na construção sistemática da arbitragem transnacional (acesso à justiça, tutela coletiva, democracia) e a medida dos institutos, adjetivos e substantivos, que devem ser modificados, nesse esforço de adequação (Papel do árbitro, Confidencialidade, Deveres das Partes e Intervenção de Terceiros).

5.1 Breve histórico jurídico-político

Em primeiro lugar, desde logo, e numa perspectiva política, a ideia de acesso à justiça traduz a distribuição do poder (ainda que parcialmente) numa determinada comunidade. Ou seja, responde à questão da competência para dirimir as disputas

que venham a surgir, ou se quisermos, informa quem deverá usar o poder coercivo final do Estado.

Mas isso atualmente. A ideia de administração privada da justiça foi bastante comum na antiguidade, em que não existia uma organização comunitária¹³⁰ forte. Esses espaços de autonomia e de fragmentação/ausência de soberania deixavam um vazio em vários aspectos da vida comunitária; nomeadamente no que toca à administração da justiça.

A existência desses vácuos de poder e regulação, em conjunto com a necessidade dos privados em manter o tráfego das suas relações, levou a que se encontrassem formas privadas de composição dos litígios¹³¹.

Isto foi especialmente verdade, por exemplo, na prática comercial em que havia uma necessidade de resolução célere das disputas, como forma de manter o tráfego comercial a funcionar. Assim se tornaram comuns processos de resolução de litígios similares à arbitragem.

A construção de identidades nacionais, no período compreendido entre a alta idade média e o renascimento (com o fim do feudalismo), foi o movimento que começou a cercear esta liberdade conferida aos indivíduos na resolução de litígios¹³².

Começa aqui a ser construída uma noção centralizadora de administração do poder e, por consequência, da administração da justiça. Em contraposição à pulverização do uso da força, no período histórico anterior, o poder começa a estar concentrado na figura do príncipe¹³³, a quem é concedido o monopólio do uso da força.

¹³⁰A esse propósito é interessante destacar o papel da igreja católica onde, em vários países europeus, os seus membros participavam como árbitros e mediadores no tribunal arbitral. BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010. Pág. 60.

¹³¹Condições, de resto, bem similares àquelas que citamos para justificar o renascimento da arbitragem na esfera internacional. Cf. 2.

¹³²É interessante a descrição da Profa. Horatia Muir Watt, que utiliza esta ideia na construção de outro argumento. Ela referencia essa construção privada como um sistema de auto tutela com os seus benefícios, e caracterizadores da ideia de um direito internacional privado. Para ela, esse ramo estaria aquém do seu potencial, após ter sido internalizado pelos direitos nacionais/internos, e parte da virtuosidade desse ramo estaria na reutilização desses institutos. WATT, Horatia Muir. *Private International Law as Global Governance: Beyond the Schize, from Closet to Planet*. SelectedWorks. Out. 2011. 55 p. Disponível em: http://works.bepress.com/horatia_muir-watt/1/. Acesso em 19 dez. 2014.

¹³³Relembramos, aqui, a obra “O Príncipe”, escrita no século XVI por Maquiavel. A esse propósito: CUNHA, Paulo Ferreira da. *Repensar a política*. Coimbra: Almedina, 2005. Pág. 155 et seq.

Esta visão seria progressivamente reafirmada pelas construções do iluminismo, nomeadamente as de Hobbes e as de Rousseau: fosse o Homem um bom ou um mau selvagem, a verdade é que os seus litígios deveriam ser regulados, já não por um príncipe, mas pela organização comunitária criada pelo contrato social.

Em suma, desde o final da idade média que os meios privados de resolução de litígios têm vindo a ser cerceados pela cada vez maior ação do Estados (e a correspondente concentração de poder e força nestas entidades). As noções de igualdade (meramente formal) e legalidade, bases do liberalismo do século XIX estabeleceram definitivamente o vínculo entre a administração da justiça e a figura do Estado.

Os regimes autoritários do início do século apenas vieram confirmar esta tendência centenária: a de que, numa perspectiva da ciência política, o monopólio da força e o acesso à justiça dependem, direta ou indiretamente, da ação institucional do Estado.

A essa análise de ciência política corresponde, igualmente, uma perspectiva jurídica que, naturalmente, veio a evoluir e modificar-se de forma concomitante. Podemos comprovar uma tensão permanente entre o ser e o dever ser nesta dicotomia, entre política e direito, ao longo todos os períodos acima descritos.

Assim, se verificamos que até ao século XV havia uma dicotomia clara entre a administração do poder e a aplicação do direito, percebemos também com clareza a tendência de que, desde essa altura, o uso da força passa a estar diretamente relacionado à própria construção jurídica. A ideia de Estado de Direito nasce com Maquiavel e a sua noção de que a organização estatal dependia de uma determinada construção jurídica, emitida pela vontade soberana do príncipe. Essa figura, enquanto detentor do poder político, detinha competência para criar e aplicar as normas jurídicas no seu território, se submetendo a elas enquanto desejasse (tendo em conta a natureza soberana do seu poder).

O jusnaturalismo e, posteriormente, o jusracionalismo vieram desconstruir esta ideia. Correspondendo às visões iluministas, essas construções jurídicas se basearam na mesma ideia de Estado de Direito e soberania; mas, ao contrário da ideia de que o detentor do poder político teria a capacidade de estabelecer e determinar o Direito, esta corrente afirma que haveria uma noção prévia de justiça, conferida por uma entidade superior ou descortinada pela utilização de processos

cognitivos racionais (Jusnaturalismo e Jusracionalismo, respectivamente), que não só enformaria o Direito, como limitaria a ação do poder político.

Ambas as correntes concordam que o poder político deve estar vinculado ao Direito; discordam apenas do conteúdo dessa norma jurídica que limita a ação política.

Esta tensão reflete uma outra que a história jurídica tem vindo a experimentar. A construção jusracionalista foi novamente colocada em causa, no final do século XIX/início do século XX, pelos positivistas para quem a norma jurídica era a construção exclusiva da vontade do poder legislativo vigente. Não havendo uma base axiológica, a norma correspondia à vontade do poder político, agora não encarnado na figura de um príncipe, mas na figura de uma assembleia ou instituição (para Hegel, na noção do Estado).

Essa reabilitação da construção positivista foi definitivamente questionada após os horrores dos regimes ditatoriais, que deram origem à 2ª Guerra Mundial. Chegados à contemporaneidade, a doutrina vem reconstruindo o ordenamento jurídico como um complexo pós-positivista, em que os princípios conferem uma homogeneidade e um sentido ao sistema.

Mais do que em qualquer construção anterior, é esse conjunto de princípios que legitima o uso da força, e que faz com que a violência exercida pelo Estado seja mais do que uma mera arbitrariedade.

A norma vale, mas não apenas pela sua função ordenadora; pela sua função ordenadora, sim, no entanto construída em função de um sistema de princípios e valores axiológicos. Não é apenas a norma em si, mas a sua auto referência a esse conteúdo axiológico, que justifica a sua aplicação e que legitima o uso da força¹³⁴.

A faculdade de “dizer o Direito”, numa perspectiva declaratória (dizer o que é de Direito) e executória (a capacidade de coagir os indivíduos a agir conforme ao Direito), continua a ser uma das mais importantes faculdades do Estado. Afinal, é nesta figura que está centrado a capacidade de violência da sociedade. E relacionado a esta capacidade de “dizer o Direito”, está o direito fundamental dos jurisdicionados a ter acesso à Justiça, ao sistema de justiça.

Em suma, nos últimos séculos foi-se construindo esta ideia de acesso à justiça, de recurso a uma entidade estatal que, com imparcialidade e publicidade,

¹³⁴ Estas notas devem ser lidas em consonância com o que ficou descrito na Parte I deste trabalho. Cf. 1.1.

administra a Justiça, de acordo com normas de Direito¹³⁵. Esta nova prática altera, de forma drástica, o costume secular de administração privada da Justiça¹³⁶.

É por essa razão que a derrogação desta construção centenária, através de fenômenos como a arbitragem, deve ser bem refletida e estudada. Afinal, através da arbitragem o Estado está a delegar parte da sua soberania e poder jurisdicional às partes.

Este fato traz consequências importantes na esfera interna, em relação à noção de Estado de Direito; mas ele traz consequências ainda mais drásticas na esfera internacional, onde não existe poder central, e onde as relações entre poder e direito não estão suficientemente clarificadas, como vimos na parte I deste trabalho.

5.2 O Ressurgimento da arbitragem enquanto forma privada de resolução de litígios

Apesar do processo descrito, em que foi perdendo bastante importância, a arbitragem nunca chegou a desaparecer. Por exemplo, no Brasil, este instituto se encontrava expressamente previsto desde as primeiras codificações legislativas¹³⁷.

No entanto, não há que negar que, desde o século XIX, a sua utilização veio a ser cada vez menos importante. Como vimos, a progressiva centralização do poder de administrar os litígios na figura do Estado justifica essa queda de importância.

No início do século XX assistimos ao ápice das doutrinas positivistas e normativistas que, com o seu sistema em pirâmide, proposto por Kelsen, acabaram por enraizar a ideia de que todos os institutos tenham uma inserção lógica no sistema. O sistema, por sua vez, correspondia à figura centralizadora do Estado e suas instituições, enquanto titular único e incontestável do exercício do poder político e jurídico.

¹³⁵Para um aprofundamento desta visão histórica, sugerimos a leitura do artigo em referência: BEDIN, Gabriel de Lima. *O direito de acesso à justiça como concretização dos direitos humanos: garantias no âmbito nacional e internacional*. In: Spengler, Fabiana Marion (Org.). *Acesso à justiça, direitos humanos & mediação*. Curitiba: Multideia, 2013. E-book.

¹³⁶ WATT, Horatia Muir. *Private International Law as Global Governance: Beyond the Schize, from Closet to Planet*. SelectedWorks. Out. 2011. 55 p. Disponível em: http://works.bepress.com/horatia_muir-watt/1/. Acesso em 19 dez. 2014.

¹³⁷TIBURCIO, Carmen/BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. Pág. 564.

Ora, ao se centralizar o exercício de todo o poder social na figura do Estados está-se, concomitantemente, a esvaziar conteúdo a todos os fenômenos sócio jurídicos alternativos e/ou complementares.

Em consequência, à medida que se vai ligando a ideia de ordenamento jurídico ao poder de criar e executar normas do Estado, é natural que institutos que, por natureza, dispensam a intervenção Estatal, sejam cada vez mais desconsiderados. Ou, mesmo que não sejam completamente marginalizados, a sua ação estará sujeita a rigorosos controles desse ente centralizador, como acontecia com o já referido exemplo da arbitragem no Brasil.

Estando previsto na Lei positiva, ela não correspondia ao funcionamento pelo qual conhecemos, contemporaneamente, o instituto. Pelo contrário, a participação do Estado e o seu impulso eram decisivos para a sua operacionalização e aplicação. O que acontece é que, apesar de previsto nas diferentes legislações, os requisitos que lhe eram impostos tornavam pouco interessante o recurso a esta forma de resolução de litígios¹³⁸.

O progressivo crescimento da ideia de Estado enquanto ente central do poder político e do ordenamento jurídico, explicam, em parte, o seu progressivo desuso. Para que esta ideia fique completa temos ainda de referir que, nessa época (de 1900 a 1945), não ocorriam fenômenos que hoje concorrem, decisivamente, para a importância do instituto: não havia uma economia de massa e, com isso, um acesso massivo ao sistema jurisdicional; não havia um sistema internacional de comércio complexo e integrado como aquele que temos nos nossos dias.

Por essas razões o instituto da arbitragem tornou-se subalternizado e de pouca utilidade para os operadores de Direito. A Doutrina descreve a inversão desta tendência a partir da segunda metade do século XX. Nesse momento a arbitragem começou a ser um meio alternativo de resolução de litígios para grandes empresas, em especial nas suas transações internacionais¹³⁹.

É precisamente o surgimento desses fatos que conduzem ao renascimento da arbitragem enquanto forma de resolução de litígio. Assim, cabe referir, em primeiro lugar, o conhecido fenômeno de massificação do acesso à justiça. Na sociedade de consumo do pós-segunda guerra mundial começa a banalizar-se o acesso aos

¹³⁸TIBURCIO, Carmen/BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. Pág. 564.

¹³⁹Acima, Cf.Introdução e 2.

meios de jurisdição para tutela de posições subjetivas. Num mundo progressivamente mais complexo e interconectado os litígios aumentam e criam dificuldades ao aparelho estatal para oferecer respostas, na administração de cada uma das disputas.

A arbitragem surge como um fenômeno fundamental, ofertando uma forma de administração de litígios célere e especializada, que contrasta com uma organização judiciária estatal lenta, burocrática e pouco especializada.

Em segundo lugar, cabe referir o fenômeno da globalização e do incremento fantástico das transações internacionais, na segunda metade do século XX. Já o referimos anteriormente, neste trabalho¹⁴⁰: num espaço internacional sem poder central, e com um enorme vácuo regulatório, a arbitragem teve a função histórica fundamental de garantir a resolução das disputas mediante a aplicação de normas de direito.

O instituto garantiu a aplicação do direito nesse espaço, e ajudou a viabilizar, com a garantia de segurança jurídica e imparcialidade (valores que os Estados, normalmente, e em disputas em que estão envolvidos, não conseguem oferecer...), a existência do atual sistema de comércio internacional.

São estas as principais razões que fundamentam a crescente importância da arbitragem. E temos vindo a assistir à sua cada vez mais profunda implantação nos níveis local, regional e internacional.

Pela via arbitral, se resolvem hoje disputas sobre uma infinidade de matérias: dirimem-se disputas complexas de infraestrutura, energia, financeiras, responsabilidade civil; bem como causas simples, em matéria de consumo, trabalho, entre outros¹⁴¹.

Parece, por isso, ultrapassado o paradigma positivista acerca do papel centralizador do Estado; pelo menos no que toca à administração da justiça, onde o ressurgimento da importância da arbitragem demonstra a proporcional capacidade dos sujeitos de direito regularem (ainda que com lacunas, como dito na Parte I), também, esse aspecto de jurisdição.

Não parece exagerado incluímos a crescente importância do fenômeno arbitral no contexto maior da progressiva liberalização das relações comerciais e

¹⁴⁰Acima, Cf.1. e 2.

¹⁴¹Essa é uma prática muito comum nos EUA, onde a lei não protege o indivíduo quanto à convenção arbitral sobre estas matérias. BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010. Pág. 97-137.

civis, especialmente importante e influente a partir do período compreendido entre o final da década de 80, e o início da década de 90. A revitalização da arbitragem faz parte de um fenômeno maior de desregulação (a ocupação do abismo), em vários setores, do aparelho estatal (pela progressiva ocupação, pelos privados, dos espaços transnacionais), e de concessão de maiores poderes aos sujeitos de direito (indivíduos e empresas).

O ressurgimento da arbitragem reconduz-nos, assim, para um lugar similar aquele em que já estivemos, quando as sociedades decidiram que a melhor forma de administração da justiça seria através da centralização do poder de jurisdição na figura centralizadora do Estado. Esse aparente retrocesso deve, necessariamente, trazer-nos algumas dúvidas e inquietações, as quais referimos anteriormente.

Deve, pelo menos, colocar-nos em dúvida acerca do caminho civilizacional que trilhamos: o ressurgimento da arbitragem, sendo hoje um fato, constitui-se, afinal, em avanço ou retrocesso para os sujeitos de direito?

As evidências obrigam qualquer observador atento a levar em consideração o fenômeno da arbitragem. O seu ressurgimento já é uma realidade. Cumpre agora realizar as reflexões necessárias acerca do seu enquadramento no ordenamento jurídico contemporâneo.

5.3 Quais os limites da arbitragem?

Após este breve histórico, podemos concluir que a arbitragem, um método, privado e milenar, de resolução de litígios, voltou a ser amplamente utilizado nos nossos dias, após anos de relativo desprestígio e de centralização do poder de administração dos litígios na figura do Estado. Várias foram as causas que motivaram o ressurgimento do instituto, como vimos.

Essas causas são eminentemente práticas e, nessa racionalidade, quase que fazem supor que a resolução de problemas justifica a manutenção dessa lógica.

O que é certo é que, num movimento avassalador, verificamos que uma tarefa tão delicada como a composição de litígios restou decisivamente privatizada (ainda que parcialmente) e entregue à administração das partes. O que vemos, hoje, é a existência de um fenômeno amplamente consolidado de emissão de normas,

nacionais, internacionais e transnacionais, de fomento a esta prática jurisdicional. Documentamos isso na primeira parte deste trabalho.

Olhando para trás constatamos que, há muito pouco tempo (cerca de dois séculos), trilhávamos o caminho inverso: toda a construção filosófica colocava o Estado enquanto único administrador dos litígios, com óbvias vantagens quanto ao tratamento imparcial, igualitário e à aplicação coerente do Direito. Através desta centralização esperava-se uma mais eficaz composição dos conflitos e obtenção da tutela coletiva e de pacificação social.

A verdade é que essa ideia não parece estar correta. Em primeiro lugar, porque a total alienação do indivíduo à tutela do coletivo, inclusive quanto à administração dos litígios, parece ser uma desproporcional alienação dos indivíduos em favor de uma supremacia do ente Estatal.

Em segundo lugar porque se justificam, de fato, todas as razões práticas que abonam a reabilitação do instituto arbitral. Há, de fato, uma massificação do acesso à justiça; como há, também, uma necessidade de regular as disputas que tem lugar em espaços transnacionais¹⁴².

Fica clara a questão da necessidade da arbitragem: ela é uma ferramenta útil e desejável, das sociedades contemporâneas e dos indivíduos. O que parece não ficar bem fundamentado é o porquê de a arbitragem, com o seu caráter prático, fragmentário, exclusivamente virado para os interesses das partes e sem conteúdo ético normativo, ser, hoje, apresentada como um instituto que representa uma derrogação tão profunda de toda essa construção de transparência e democracia do Estado de Direito.

O que é difícil de compreender, na verdade, são os limites do instituto, tendo em conta a sua lógica intrínseca, por um lado, e a sua relação com o restante do valores e normas do ordenamento. O que não está claro, hoje, é, afinal, quais os limites que os princípios axiológicos de um espaço transnacional de direito impõem a esta forma privada de administração da justiça.

Para se entenderem esses limites, é fundamental começar por perceber qual a natureza jurídica dessa cláusula de arbitragem. Esse negócio jurídico se distingue pela sua natureza dupla: a cláusula de arbitragem é um contrato *sui generis*, que

¹⁴²Na introdução e na Parte I nos referimos, com relativa profundidade, ao importante papel que a arbitragem tem quanto a esse ponto.

tem uma dupla natureza contratual e jurisdicional (intimamente ligada ao princípio axiológico de acesso à justiça)¹⁴³.

A arbitragem está assim no meio caminho da convergência entre ramos: por um lado, ela tem a natureza de um instrumento privado, por ser um acordo exercido entre partes destituídas de *ius imperii*¹⁴⁴; por outro, ela corresponde a um instituto de direito público, na medida em que confere a partes privadas o exercício de uma função jurisdicional que seria do Estado, como acabamos de verificar.

Isto apenas confirma aquilo que já sabemos: a de que não existem relações de direito, públicas ou privadas, desgarradas do ordenamento jurídico (Nacional, Internacional e Transnacional), e que mesmo as relações privadas estão sujeitas a alguns deveres e padrões ético-jurídicos, normativamente estabelecidos.

Nos colocamos, assim, em relativo confronto com a visão tradicional de que a arbitragem é, afinal, um mero acordo entre as partes. Não duvidamos dessa natureza convencional da arbitragem, sendo essa uma obviedade. A vontade das partes é fundamental para a arbitragem, mas a verdade é que a natureza desse acordo vai muito além da mera vontade das partes; ele acaba por estar ligado a uma função que define a natureza e o propósito do Estado e do exercício do poder soberano e, por essa razão, não pode, em momento algum, ser considerado fora de um enquadramento mínimo axiológico-sistemático (sob pena de lhe faltar legitimidade, como vimos na Parte I).

O limite da arbitragem é, assim, antes de mais, o próprio ordenamento ético-jurídico. É certo que as partes estão vinculadas à Lei, privada e pública, que determinarem. Com certeza, essa Lei escolhida é uma grande referência para a orientação da disputa, mas ela acaba por ser insuficiente.

¹⁴³ Sobre a importância da função jurisdicional da arbitragem, na perspectiva do acesso à justiça, é interessante salientar a seguinte opinião: “O primeiro pilar do presente estudo é, portanto, representado pela afirmação da plena incidência, sobre o processo arbitral, dos princípios e garantias constitucionais inerentes à tutela constitucional do processo. Quando se pensa no acesso à justiça, que é a magna condensação de todas as garantias constitucionais do processo, hoje é imperioso incluir nesse pensamento as aberturas para a tutela jurisdicional pela via da arbitragem, como alternativa às vias estatais. Quando se pensa no contraditório e na ampla defesa, deve-se pensar na participação dos sujeitos processuais no processo estatal e no arbitral também. Quando enfim se pensa no *due process of law* como princípio tutelar da observância de todos os demais princípios, não se pode excluir o devido processo legal arbitral, como fonte de tutelas jurisdicionais justas e instrumento institucionalizado de pacificação social.”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 38-55.

¹⁴⁴ Chamamos a atenção de que esta premissa não é aplicável em todas as situações de arbitragem com entes públicos. Em alguns casos, a convenção de arbitragem poderá advir de norma de direito internacional público. A esse propósito, Cf. Parte III.

Se o limite da arbitragem é esse ordenamento ético-jurídico, ele deve ser entendido menos por essa referência à Lei escolhida que, sendo fundamental, não tem a amplitude desejada para um fenômeno de arbitragem num espaço transnacional multiconectado.

É por isso que o limite da arbitragem se encontra em referência à ideia de espaço transnacional de direito, como descrito, anteriormente, neste trabalho. É esse espaço axiológico normativo que deve representar o último limite à arbitragem.

As necessidades de transparência, igualdade, democracia, tutela coletiva jurisdicional, acesso à justiça e administração da justiça, em benefício da total pacificação social, justificaram a centralização do poder jurisdicional na figura do Estado. Estas necessidades não se encontram ultrapassadas; elas se mantêm na nossa construção coletiva e, de fato, elas se acentuam quando imaginamos uma construção coletiva cada vez mais global.

Concluindo, como fizemos, pela necessidade da arbitragem, temos de levar em conta, também, que o instituto está obrigado a corresponder a estas exigências, sob pena de ilegitimidade.

O que queremos dizer é que o conteúdo e interpretação do instituto se devem pautar pelo cumprimento dos requisitos inicialmente propostos, e que, no que toca ao seu conteúdo ético normativo, se reconduzem aos valores enumerados. E isso acarreta efeitos práticos bastante evidentes e distintos da atual prática.

Como mencionado acima¹⁴⁵, a arbitragem hoje é um instituto essencialmente prático, de pouco conteúdo axiológico, e cuja operacionalização serve, apenas, as partes que a contratam. Ou seja, na forma como é hoje entendida, a arbitragem, claramente choca com os limites que acabamos de referir.

Note-se que o que propomos não é submeter a arbitragem ao controle de qualquer ente soberano; com essa proposta não pretendemos “burocratizar” o procedimento arbitral.

O que sim, propomos, é submeter a arbitragem a um conteúdo axiológico mais condizente com as suas reais responsabilidades de administração da vida social. Mais do que isso, reconhecemos a necessidade de que sejam implementados meios práticos que operacionalizem esse conteúdo axiológico da arbitragem. Isso

¹⁴⁵ Acima, Cf. 2.

faz-se, necessariamente, conferindo poderes aos atores da arbitragem para que possam concretizar, em plenitude, esses comandos.

Em suma, o que se conclui é que, não sendo de desconsiderar os limites normativos impostos pelos privados, quando contratualmente estabelecem as normas aplicáveis ao procedimento, esta escolha contratual tem uma aplicação limitada e subordinada aos valores que correspondem à natureza jurisdicional da arbitragem.

Não sendo a arbitragem um mero meio de tutela dos interesses privado (embora também o seja), a arbitragem desempenha um importante papel de tutela do interesse público no espaço transnacional.

5.4 Arbitragem, acesso à justiça, democracia e interesse público/coletivo

O funcionamento da arbitragem está assim limitado pelas ideias de acesso à justiça, democracia e interesse público no espaço transnacional de direito.

À ideia de acesso à justiça corresponde, no Estado de Direito Democrático, à necessidade de evitar que os litígios sejam resolvidos pelo uso de qualquer força. A ideia de acesso à justiça obriga, por isso, a que todas as disputas sejam resolvidas pela força juridicamente legitimada, tendo em conta a composição prévia feita por considerações de justiça e segurança, em relação à noção de interesse público. Foi o que vimos inicialmente, no espaço estatal.

Nada obsta, pelo contrário, a que esse mesmo princípio seja aplicável no espaço transnacional. Existe, hoje, um interesse público em se assegurar que todas as disputas sejam administradas por regras de direito, e não pela mera composição de forças das partes.

Esta conclusão, que poderia parecer uma obviedade, não o é; afinal, estamos a falar de um espaço sem poder político centralizado e/ou comunidade política unitária. Por essa razão, é complicado entender que interesse público seria esse, o do espaço transnacional.

A constatação desse interesse público/coletivo direto na resolução administrada das disputas resulta, por um lado, de uma construção racional; e, por outro, da mera constatação da prática dessa mesma racionalidade.

Racionalmente podemos associar os objetivos da construção do interesse público no espaço transnacional, à construção secular do mesmo interesse na ordem interna: o afastamento absoluto das relações de força e da arbitrariedade na resolução dos litígios.

O mesmo interesse dos cidadãos, na esfera interna, podemos reconhecer nos diversos atores do espaço transnacional.

Assim, os Estados, as organizações internacionais, as organizações não-governamentais e os indivíduos (Pessoas físicas e jurídicas), todos eles têm interesse em que as suas transações estejam sujeitas a normas claras e não à arbitrariedade, ao acaso e à mera força.

Com isso os Estados e as organizações internacionais ficam com as condições para cumprir as suas funções de estabilização e fomento das atividades cívicas e, especialmente, econômicas. Ficam ainda criadas as condições para que, agindo em coordenação e cooperação, os Estados assegurem os valores meta-jurídicos a que já nos referimos anteriormente¹⁴⁶. Abre-se, com essa coordenação, a possibilidade de os Estados administrarem, pela via indireta, a resolução das disputas nesse espaço transnacional.

Por outro lado, indivíduos e organizações não governamentais encontram, nessa administração de litígios ordenada, a garantia dos créditos e obrigações assumidas entre si. Em suma, os indivíduos encontram a segurança jurídica necessária para levarem a cabo os seus empreendimentos globais, nas transações tomadas entre si. Por sua vez, as organizações não governamentais encontram o espaço ideal, leia-se, democrático e onde as relações de força estão vedadas, para exercerem a sua função de grupos de pressão e representação da sociedade civil na esfera transnacional.

É a constatação de que os diversos agentes, numa observação meramente empírica, têm implementado esta mesma racionalidade que também fundamenta a existência desse interesse público/coletivo na resolução das disputas de forma administrada. Como já referimos várias vezes ao longo deste trabalho, a arbitragem desempenhou esse importante papel de garantir, na esfera transnacional, a necessária segurança jurídica a todo o tipo de atividades realizadas à escala global.

¹⁴⁶ Acima, Cf. 1 e 3.

A todos os atores que mencionamos, acima, incumbe o dever de garantir que esse interesse é respeitado, seja através da arbitragem, seja através de outro meio alternativo de resolução de litígio.

Concluindo, podemos então afirmar que a arbitragem está limitada pelas normas de direito (as indicadas pelas partes, e aquelas correspondentes à ideia de substrato axiológico inerentes à ideia de justiça), e justifica a sua aplicação, não apenas pela existência de um interesse direto dos privados na resolução da disputa, mas pela existência de um interesse coletivo, igualmente direto, no afastamento das relações de força e pela resolução das disputas de forma administrada pelo direito.

O que fica claro é, mais uma vez, a razão que justifica a dupla natureza da arbitragem, convencional e jurisdicional: a existência de objetivos/interesses complementares na composição do litígio.

Deste interesse público/coletivo na administração da disputa decorrem outros, indiretos, como veremos mais à frente neste trabalho. É que, quando concluímos pela existência deste interesse coletivo, estamos assumindo que a resolução da disputa não afeta e não interessa apenas às partes. A todos, direta ou indiretamente, interessa a resolução do litígio.

É da proteção da própria comunidade transnacional, cujos atores já referimos, que se trata. E é a partir destas premissas que passamos a analisar as obrigações, decorrentes dessa dupla natureza, convencional e jurisdicional da arbitragem, em relação à proteção dos interesses da comunidade na resolução do litígio, confrontando-as com os princípios da democracia e da transparência.

6 COMO ENQUADRAR A ARBITRAGEM NO SISTEMA JURÍDICO?

A arbitragem é um fenômeno jurídico *sui generis*, tendo em conta a forma de organização política atualmente em vigor, o Estado de Direito Democrático. Numa sociedade onde existe um sistema institucional de resolução de litígios, regulado pelo Direito, criado com o firme propósito de garantir que o monopólio da força e da pacificação social permaneçam na esfera do Estado, a ideia de arbitragem é, aparentemente, no mínimo contraproducente.

Como justificar a criação de um aparato coercivo Estatal, com o intuito de terminar com a administração privada da justiça, e depois emanar uma lei ou, até, um sistema próprio, autorizando, ainda que de forma limitada, a administração privada de litígios?

A resposta parece ainda mais complicada pela própria história do instituto, que se caracteriza pela sua natureza casuística e extra sistemática. A arbitragem é uma forma ancestral de administração privada de litígios, largamente documentada na história do direito.

Ela corresponde à ideia de que as partes são os mais interessados em resolver a disputa em que se envolveram. E, assim, numa tentativa de obter imparcialidade na decisão, pedem a um terceiro que decida o litígio.

É difícil enquadrar a arbitragem dentro do ordenamento jurídico, dentro do sistema atualmente construído, se não compartilharmos uma visão positivista. Nesse caso a resposta seria fácil: a arbitragem seria permitida e justificada pela Lei que a autoriza. Mas isso é claramente insuficiente, quando sabemos que à norma jurídica não corresponde apenas uma vontade soberana, mas uma validade axiológica fundamental e de representatividade democrática.

Temos vindo a frisar, no entanto, que a arbitragem é uma necessidade da vida prática, nos nossos dias, especialmente quando pensamos na sua importância para a vida internacional.

Sem prejuízo disso, reafirmamos que a arbitragem não deve ser apenas um fenômeno prático; pelo contrário, o instituto deve estar limitado por um conteúdo normativo axiológico essencial.

Ou seja, a arbitragem não deve ser apenas o que é; deve ser, também, aquilo que, de acordo com os princípios gerais de direito, deveria ser.

Lembre-se que, afinal, tratamos aqui de matéria fundamental: a jurisdição é essencial para a função de tutela coletiva, especialmente num regime democrático. O ofício da administração da justiça tem de ser essencialmente público e ambivalente, como forma de assegurar a necessária paz social.

Enfim, a arbitragem, enquanto meio de acesso à justiça, corresponde, diretamente, a um interesse público coletivo, quer na esfera interna, quer na esfera transnacional.

Entendemos que a arbitragem, como instituto essencialmente prático e pragmático que é, talvez não tenha sido suficientemente questionada a respeito da sua função filosófico-jurídica. Uma constatação partilhada por Gaillard¹⁴⁷.

Numa tentativa de oferecer uma possível resposta a esta questão, esforçamo-nos por analisar duas teorias da justiça de dois autores contemporâneos bastante difundidos, Jürgen Habermas e Amartya Sen.

Partindo de perspectivas opostas (Habermas de uma perspectiva da construção social, Sen da visão do indivíduo) os autores parecem chegar a conclusões bastante complementares e que podem servir para justificar o instituto da arbitragem e a sua inserção no sistema. Afinal, também na arbitragem podemos identificar a tensão dialética entre a sua função contratual, correspondente à tutela das partes, e a sua função jurisdicional, correspondente à tutela do interesse público/coletivo

Na análise deste capítulo, pretendemos avaliar o instituto da arbitragem através da ponderação da necessidade do instituto para a vida prática contemporânea (especialmente na esfera transnacional), por um lado; e, em segundo lugar, a sua conformidade com os demais valores do ordenamento do espaço transnacional, inerentes à construção de um sistema de arbitragem internacional.

Passamos, assim, a fazer uma breve apresentação dos principais fundamentos teóricos das propostas dos autores citados para, ao final, confrontar as suas conclusões à luz do instituto da arbitragem e do sistema de arbitragem internacional.

¹⁴⁷ Acima, Cf. 3.

6.1 A importância do discurso democrático racional em Jurgen Habermas

O autor alemão Jurgen Habermas é, com certeza, um dos filósofos em cuja teoria da justiça o papel das instituições teve um papel mais relevante.

Em contraponto a John Rawls, Habermas parte do princípio de um pressuposto pós-metafísico da construção da sociedade democrática. Assim, ao contrário do indivíduo de Rawls, obrigado a fazer uma escolha abstrata e sem “amarras” (alegoria do véu da ignorância)¹⁴⁸, o indivíduo de Habermas é um sujeito historicamente localizado.

Para Habermas os direitos do indivíduo servem para que ele possa participar nas escolhas da sociedade da qual faz parte. De fato, o autor desenvolve um conceito de deliberação dialógica extremamente interessante.

É que Habermas está preocupado não só com a norma, mas com a legitimidade da norma e do direito. Para o autor a única forma de a norma ser legítima, ou seja, reconhecida pelos jurisdicionados, é se na sua construção estiveram envolvidos todos aqueles que serão afetados pela norma.

A utilidade das instituições passa por garantir que, numa sociedade plural, todos são capazes de participar no debate e na formação do conteúdo das normas. Os direitos são, assim, instrumentos para o uso público da razão, e absolutamente essenciais à criação da norma¹⁴⁹.

A conversa pública faz-se permanentemente, num processo dinâmico e historicamente localizado, onde indivíduos com diversas preferências, e de acordo com regras democráticas, vão criando um aparelho institucional.

Note-se, no entanto, que para o autor não é qualquer argumento público que poderá ser utilizado na criação da norma; requer-se que seja um argumento proferido racionalmente.

¹⁴⁸ Nas palavras de Habermas, o posicionamento de Rawls: *“Rawls conceives of the original position as a situation in which rationally choosing representatives of the citizens are subject to the specific constraints that guarantee an impartial judgment of practical questions. The concept of full autonomy is reserved for the citizens who already live under the institutions of a well ordered society.”*. HABERMAS, Jürgen, *The inclusion of the Other. Studies in Political Theory*. Edited by Ciaran Cronin and Pablo de Greif. 2ª ed. Massachusetts: The MIT Press. 1999.

¹⁴⁹ É interessante comparar, a este propósito, com a utilidade dos direitos individuais no contratualismo do século XIX, onde não tem este caráter instrumental mas, pelo contrário, tem a natureza de limite negativo da norma. Abaixo, Cf. 7.2.1.

Cumpridos estes requisitos teremos a construção jurídico política que resolve os problemas da legitimidade da norma, reconhecida por todos, na medida em que todos participaram do processo de criação da norma. Na verdade, o reconhecimento da norma acaba por implicar o reconhecimento, entre os cidadãos, da sua autonomia privada e pública.

O papel do Estado, para o autor, é assegurar os mecanismos institucionais necessários para que essa relação horizontal entre os cidadãos seja possível, numa relação verticalizada com o Estado. Em outras palavras, o Autor justifica a necessidade de uma democracia representativa em que todas as questões, mesmo as individuais, são respondidas de acordo com este processo deliberativo público.

Feita uma breve abordagem, contextualizando a doutrina do autor, passamos agora apresentar, com um pouco mais de detalhe, a sua crítica à sociedade moderna.¹⁵⁰

Na sua crítica à sociedade moderna, Habermas a descreve composta por dois mundos distintos: um mundo a que ele chama de sistema¹⁵¹, constituído pelo poder econômico e pelo Estado; o outro, aquilo que pode ser denominado como o mundo vivido, composto por três estruturas, o cultural, o social e o subsistema de personalidade. As alterações ao sistema poderiam ser denominadas por modernização societária, e as alterações ao mundo vivido poderiam ser denominadas por modernização cultural.

Para o autor, a primeira alteração, que diz respeito à economia, resultou na constituição de uma economia de mercado, tendo uma racionalidade de maximização dos ganhos (lucro) e eficiência; quanto ao Estado, significou a criação de um Estado racional legal, com burocracia, sistema jurídico, etc. A racionalização da economia e do Estado representam, para o autor, a expulsão da dialética destes

¹⁵⁰ FREITAG, Barbara. *Habermas e a Teoria da Modernidade*. in Caderno CRH n. 22. Salvador. jan/jun.1995.pág.138-163.

¹⁵¹“O segundo conceito, o de **sistema**, adota a perspectiva do observador, 'externo à sociedade. Trata-se de um conceito que não se opõe ao de "mundo vivido", mas o complementa. Com auxílio desse conceito é possível descrever aquelas estruturas societárias que asseguram a reprodução material e institucional da sociedade: a economia e o Estado. Trata-se, neste caso, de dois subsistemas da sociedade que desenvolveram certos mecanismos auto-reguladores: o **dinheiro** e o **poder** que asseguram a "integração sistêmica". No interior do sistema a linguagem é secundária, predominando a ação instrumental ou estratégica. O sistema é regido pela razão instrumental.” FREITAG, Barbara. *Habermas e a Teoria da Modernidade*. Caderno CRH. Salvador: Universidade Federal da Bahia. Nº. 22, p. 138-163. Jan/Jun, 1995. Pág. 141 e 142.

campos e, conseqüentemente, a capacidade de se alterar o sistema e o seu funcionamento.¹⁵²

A segunda alteração, a modernidade cultural, ocorre no subsistema cultura, do mundo vivido, em três esferas distintas: a científica, a ética e a estética.

As alterações mencionadas traduziram-se em processos de diferenciação, racionalização, autonomização e dissociação. Os processos de racionalização e dissociação, por afastarem o elemento dialético são vistos como processos de conotação negativa.

A racionalização representa a possibilidade de criação de processos de transformação institucional numa perspectiva meramente instrumental; ou seja, baseada em processos tendencialmente automáticos, destituídos de diálogo, e caracterizados pela necessidade/objetivo de obtenção de eficiência.

A dissociação, por sua vez, produz a desconexão entre a realidade e as relações humanas e sociais, afastando e tornando impraticáveis a dialética e o debate entre os atores da vida social. Segundo o autor, esse processo de dissociação faz com que o sistema passe a atuar segundo regras pretensiosamente imutáveis, como se da Lei da natureza se tratasse.

Conclui, assim, o autor, pela existência de duas patologias da humanidade: a primeira que ele caracteriza como o desacoplamento entre o sistema e o mundo vivido; e a segunda, como a colonização do mundo vivido pelo sistema.

Na primeira patologia, o autor afirma que, em razão do processo de racionalidade, que descrevemos acima, os homens do mundo submetem-se às regras do mercado e da burocracia, como se estas fossem regras absolutas e imutáveis. Traduz-se, essencialmente, na ideia de apatia contra esses fenômenos.

A segunda patologia decorreria da primeira, e seria representada pela ideia de que o mundo vivido estaria a perder força perante o sistema, que acaba por se impor com a sua lógica. Essa lógica teria já entrado em muitos espaços do mundo vivido, como na arte, nas universidades, etc.

¹⁵²“A racionalização da economia e do Estado resultou na hegemonia da “racionalidade instrumental”. A modernização societária significou, ao mesmo tempo, a expulsão da “racionalidade comunicativa” do mundo do sistema e sua limitação ao “mundo vivido”. A economia e o Estado asseguram a reprodução material e institucional da sociedade moderna, sem, contudo, admitir o questionamento dos princípios que regem o seu funcionamento.”. FREITAG, Barbara. Habermas e a Teoria da Modernidade. *Caderno CRH*. Salvador: Universidade Federal da Bahia. Nº. 22, p. 138-163. Jan/Jun, 1995. Pág. 142.

A consequência é óbvia: a racionalidade instrumental, própria do sistema, acaba por ocupar o espaço e substituir a lógica da razão dialética, no mundo vivido. A solução para este problema, segundo Habermas, seria reverter o desacoplamento e a colonização, e mudar a lógica do sistema de acordo com os princípios do mundo vivido. Mais do que isso, o que o autor propõe é, afinal, a subordinação da lógica instrumental do sistema à racionalidade dialética da comunidade¹⁵³.

Podemos verificar que a instituição de arbitragem se prestaria à crítica formulada pelo autor. Afinal, como vimos, este é um instituto essencialmente prático, em que as suas formulações não são testadas de acordo com nenhuma formação axiológica.

O atual sistema de arbitragem nasceu da necessidade, como temos vindo a referir e, na forma como se apresenta hoje, surge como um instituto criado no interesse de alguns atores relevantes da esfera transnacional, mas sem que a todos haja sido assegurada a possibilidade de contribuir para a criação do instituto. Como verificamos na Parte I, de resto, foi inexistente o debate alargado quanto à implantação do sistema que aí está.

Da mesma forma como, na proposta do autor, a todos os indivíduos devem ser assegurados os direitos hábeis a permitir a sua participação na discussão social, também na esfera transnacional deve ser assegurado a todos os direitos, ou seja, as ferramentas, para participar nesse meio.

A arbitragem carece desses meios. Fechado sobre a sua própria lógica, o instituto atende apenas aqueles que detêm um interesse direto na sua estrutura. Mais do que isso, na esfera transnacional os participantes não detêm qualquer direito para poderem contribuir na formação da melhor composição possível.

Em suma, o coletivo, mesmo tendo um interesse direto na administração da justiça, feita por meio de arbitragem, não tem qualquer chance de participar e influir na construção do instituto.

¹⁵³“O primeiro conceito refere-se à maneira como os atores percebem e vivenciam sua realidade social. O “mundo vivido” compõe-se da experiência comum a todos os atores, da língua, das tradições e da cultura partilhada por eles. Ele representa aquela parte da vida social cotidiana na qual se reflete “o óbvio”, aquilo que sempre foi, o inquestionado. O mundo vivido apresenta, contudo, duas facetas: a faceta da continuidade e das “certezas” intuitivas e a faceta da mudança e do questionamento dessas mesmas certezas. O que sempre foi “taken for granted” pode ser questionado graças às características intrínsecas da ação comunicativa.”. FREITAG, Barbara. Habermas e a Teoria da Modernidade. *Caderno CRH*. Salvador: Universidade Federal da Bahia. Nº. 22, p. 138-163. Jan/Jun, 1995. Pág. 141.

Isso cria um claro problema num instituto tão importante e necessário. Problema que se reconduz aos fenômenos de racionalização e dissociação propostos pelo Autor e que, pelo seu caráter patológico, justificam uma reformulação do sistema. O que parece, então, é que essa forma de participação deve ser levada em conta na construção ontológica do instituto. A medida em que essa participação se dará será, necessariamente, determinada por critérios de necessidade, como veremos em seguida.

6.2 A abordagem das capacidades de Amartya Sen

Amartya Sen é um autor do Bangladesh que traz uma nova visão filosófica da justiça e do direito à doutrina ocidental. Parece que o seu *background* incomum (por não ser um autor ocidental) determinou, de forma decisiva, a sua doutrina.

Ainda um outro aspecto relevante da biografia do autor é a sua formação em ciências econômicas. Por isso, e não por acaso, centra a sua análise no combate à pobreza e às desigualdades.

O autor baseia a sua doutrina numa visão prática e crítica da tradicional doutrina liberal e contratualista. Contrapondo-se ao representante contemporâneo dessa visão, John Rawls, o autor comenta que essa doutrina se limita a conferir uma série de direitos aos indivíduos, como uma imposição de uma escolha metafísica.

Mas a verdade é que essa doutrina contratualista, segundo o autor, se limita a conceder direitos aos cidadãos, numa perspectiva meramente formal. Exemplifica o autor com o exemplo da fome; é razoável dizer que os cidadãos têm direito a ser alimentados. Se assim não for, claro, não se perde o direito, que está legitimado no ordenamento jurídico. Mas o autor conclui que esse direito, afinal, é uma mera ficção.

Na verdade, as escolhas dos indivíduos não são livres, como os contratualistas supõem, ao estabelecer um conceito abstrato de liberdade e igualdade. A verdade é que essas abstrações apenas fazem com que se perpetue uma situação de desigualdade formal.

Com esse efeito, o autor propõe uma abordagem distinta aquela tradicional, que denomina de *capabilities approach*. A partir desse novo paradigma que propõe, o autor afirma que não há necessariamente uma coincidência formal entre a liberdade/direito/bem (*functioning*) expresso na norma, e a possibilidade do indivíduo atuar (*Agent/Agency*) de acordo com essa liberdade expressa na norma. Isso quer dizer, segundo o autor, que afinal a liberdade de uma conduta estará sempre sujeita à capacidade de agir de acordo com essa conduta (*capability*).

Assim, voltando ao exemplo colocado anteriormente, o que verificamos é que, apesar de ser concedida uma liberdade formal ao indivíduo para que se alimente, ele só irá conseguir fazê-lo se tiver dinheiro para comprar os seus alimentos¹⁵⁴.

Conclui o autor, assim, que haverá um descompasso efetivo entre o que é estatuído e a situação concreta; entre a liberdade formal que é atribuída aos indivíduos pelas teses contratualistas, e a liberdade real¹⁵⁵ que os indivíduos possuem para determinar as suas escolhas.

Por isso, para o autor, a liberdade, no sentido de direito conferido ao indivíduo, não pode ser uma mera abstração. Ela será medida e determinada de acordo com as reais capacidades que aquele indivíduo possui para gozar dessa liberdade ou direito (autonomia), e com a necessidade/valorização daquela liberdade ou direito, por aquele indivíduo socialmente contextualizado (processo).

Nesta sua construção o autor destaca a importância da igualdade mínima para parte substancial das teorias da justiça¹⁵⁶. No seu caso o autor afirma que, de fato, uma noção normativa e objetiva de igualdade é necessária, mas desde que haja espaço a um escrutínio acerca da necessidade do indivíduo por determinada

¹⁵⁴“The focus of the capability approach is thus not just on what a person actually ends up doing, but also on what she is in fact able to do, whether or not she chooses to make use of that opportunity”. SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009. Pág. 235.

¹⁵⁵ A esse propósito, é importante dar a palavra ao autor: “Freedom is valuable for at least two different reasons. First, more freedoms gives us more opportunity to pursue our objectives – those things that we value. It helps, for example, in our ability to decide to live as we would like and to promote the ends that we may want to advance. (...) Second, we may attach importance to the process of choice itself. We may, for example, want to make sure that we are not being forced into some state because of constraints imposed by others.”. SEN, op. cit. pág. 228.

¹⁵⁶“In an earlier book, (...) I commented on the fact that every normative theory of social justice that has received support and advocacy in recent times seems to demand equality of something – something that is regarded as particularly important in that theory. The theories can be entirely diverse (focusing on, say, equal liberty or equal income or equal treatment of everyone’s rights or utilities), and they may be in combat with each other, but they still have the common characteristic of wanting equality of something (some feature of significance in the respective approach.”. SEN, op. cit. pág. 291.

liberdade ou direito¹⁵⁷. A igualdade ideal, para o autor, não consiste em atribuir a cada indivíduo as capacidades (liberdade substantiva) para alcançar o resultado pretendido; essa seria uma igualdade que refletiria um excesso de autonomia¹⁵⁸.

Os procedimentos ganham, assim, uma grande importância, seja por considerações éticas e de justiça, por diferentes juízos de distribuição, pelos próprios limites da abordagem das capacidades, e pelo diálogo do valor da igualdade com outros valores considerados.

Considerada brevemente a doutrina de Sen, é importante ressaltar a sua importância para a escolha e orientação das políticas públicas.¹⁵⁹¹⁶⁰ Voltando ao nosso exemplo, esta abordagem seria essencialmente útil para auxiliar a formação da escolha pública. No nosso caso, acerca da possibilidade de o indivíduo se alimentar, pela abordagem das capacidades saberíamos se o indivíduo não tem dinheiro para comprar alimentos; se o indivíduo tem dinheiro, mas não há alimentos suficientes no mercado; se o indivíduo tem dinheiro, há alimentos suficientes no mercado, mas estão mal distribuídos; entre outras situações possíveis.

Dessa forma, conhecendo a real capacidade das pessoas, aquilo que elas realmente podem fazer, a sua liberdade substantiva, podemos construir políticas públicas que mitiguem os problemas diagnosticados, implementando soluções materialmente mais justas.

Esta ideia de liberdade substantiva é fundamental para compreendermos melhor o escopo da arbitragem. A arbitragem é um fenômeno necessário, especialmente na esfera transacional; mas ela não pode deixar de ser vista em

¹⁵⁷“The demand for seeing people as equals (in some important perspective) relates, I would argue, to the normative demand for impartiality and the related claims of objectivity. This cannot, of course be seen as a freestanding answer, complete in itself, since acceptable justifications for impartiality and objectivity have to be scrutinized (...).”. SEN, op. cit. pág. 294.

¹⁵⁸“A theory of justice – or more generally an adequate theory of normative social choice – has to be alive to both the fairness of the processes involved and to the equity and efficiency of the substantive opportunities that people can enjoy.”.SEN, op. cit. pág. 296.

¹⁵⁹“There have certainly been schools of thought based on individual thought, choice and action, detached from the society in which they exist. But the capability approach not only does not assume such detachment, its concern with people’s ability to live the kind of lives they have reason to value brings in social influences both in terms of what they value (for example, ‘taking part in the life of community’) and what influences operate on their values (for example, the relevance of public reasoning in individual assessment). It is hard, then, to envision cogently how persons in society can think, choose or act without being influenced in one way or another by the nature and working of the world around them. (...).”.SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009. Pág. 245.

¹⁶⁰ Amartya Sen oferece um interessante exemplo acerca da aplicabilidade da sua proposta em relação à escolha de políticas públicas sobre desenvolvimento sustentável e ambiente.SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

perspectiva, de acordo com as demais necessidades existentes no espaço transnacional. Sejam elas individuais e/ou coletivas.

Não há dúvida de que precisamos de arbitragem; o que temos de entender é a sua medida: até onde é que o fato de precisarmos da arbitragem nos leva à concessão de uma discriminação positiva deste instituto.

O método sugerido pelo autor é, sem dúvida, uma ferramenta valiosa na elaboração desse juízo.

6.3 Enquadramento do discurso democrático da sociedade, na medida das suas necessidades

A escolha pública nunca é uma escolha fácil. Para ser bem feita, eficaz e reconhecida é necessário que resulte de um processo representativo e abrangente que envolva todos os cidadãos.

Sem cidadãos não há sociedade e, de fato, é isso que nos parece lembrar Jürgen Habermas: a sociedade deve estar próxima do seu aparelho institucional, e as suas ações devem expressar uma resposta coordenada aos interesses e anseios dos indivíduos na coletividade.

Habermas tem, ainda, a vantagem de nos explicar a importância do funcionamento das estruturas institucionais, como meio de obter a necessária segurança jurídica para a vida coletiva.

A abordagem de Amartya Sen, por sua vez, abre novas possibilidades, e pode trazer uma importante contribuição para esses pontos tão fulcrais da estrutura de Habermas. Sen explica-nos como a construção de políticas públicas deve ser feita, tendo em conta as necessidades dos indivíduos e considerações de justiça material. Amartya Sen pode dar uma forma ao discurso dialético proposto por Habermas.

A verdade é que partindo de dois pontos de observação distintos, Habermas do coletivo, Sen do indivíduo, ambos chegam a conclusões similares acerca da necessidade de construção do bem público e da importância da comunicação racional entre os diversos atores da sociedade.

Partindo do coletivo, Habermas salienta a importância do indivíduo e dos seus direitos, na medida em que apenas essas ferramentas possibilitam a sua participação na construção da vida comunitária; partindo do indivíduo, Sen encontra a necessidade de se estabelecer um limite à expansão da autonomia do indivíduo, através da invocação do processo como elemento de proporcionalidade.

Esse processo pode ser visto, perfeitamente, como a racionalidade dialética proposta por Habermas, o que conduziria duas abordagens distintas a uma interessante complementariedade.

Feitas estas considerações, seria interessante testar esta complementariedade à luz do fenômeno da arbitragem. Sob a perspectiva de Habermas, e tendo em conta o seu princípio democrático e a utilidade das instituições na sociedade, é difícil enquadrar este meio de resolução de litígio.

Em comparação com o aparelho estatal de resolução de litígios, que se presta a restaurar a paz social de acordo com uma perspectiva abrangente da sociedade e do sistema e com padrões de transparência e publicidade (permitindo o controle das decisões), a arbitragem tem um escopo muito menos abrangente. Ele limita-se a regular litígios histórico temporalmente determinados, em exclusivo nome das partes, sem uma preocupação sistemática e independente do controlo social da aplicação da justiça.

Na verdade, a arbitragem, pela forma acrítica como, muitas vezes, é apresentada, poderia facilmente ser reconduzida aos processos patológicos de racionalização e dissociação, que o Autor descreve.

Essa perspectiva é bastante chocante, quando nos permite antever a possibilidade de existirem diferentes formas de administração da justiça. Isso chocaria diretamente com os entendimentos obtidos através do diálogo social. Afinal, na esfera interna, as constituições contemporâneas não dizem que a justiça deve ser parcial; que a justiça deve ser diferente para ricos e para pobres; que alguns indivíduos têm direito a autotutela, enquanto outros não tem acesso a esse privilégio.

Na esfera transnacional, por sua vez, o sistema foi construído sem referência expressa ou, pelo menos, pela remissão insuficiente a um corpo ético normativo pouco desenvolvido.

Nessa perspectiva, como explicar a administração privada da justiça?

A abordagem de Amartya Sen traz-nos um método interessante para respondermos a essa questão sobre a existência da arbitragem. Afinal de contas, não podemos negar que hoje existe uma massificação sem precedentes, no que toca ao acesso à justiça; que essa massificação implica uma maior morosidade nas decisões judiciais; que a qualidade das decisões pode ser afetada, e que isso é grave, na medida em que pode levar a más decisões em matérias sensíveis e de difícil compreensão¹⁶¹. No espaço transnacional essa necessidade acentua-se, ainda, pela inexistência de um poder central de administração da justiça.

Este elenco de causas permitiria ver quais as necessidades dos indivíduos e, tendo isto em conta, a plausibilidade de a comunidade construir políticas públicas que assegurem o suprimento dessas necessidades.

Sob essa perspectiva, o acesso à justiça de forma privada seria perfeitamente justificado. De resto, é isso que temos vindo a documentar e afirmar, ao longo deste trabalho.

Mas, apesar de atender ao interesse imediato das empresas e indivíduos, ela não corresponde às exigências de um sistema de administração pública da justiça e de garantia do acesso à tutela jurisdicional. É que, como refere Sen, essas liberdades, esses interesses dos indivíduos, devem ser contrapostos a considerações de justiça material, proporcionalidade, imparcialidade, tutela coletiva, pacificação social e democracia. Por outras palavras, estão limitados às suas reais necessidades, e não se expandem infinitamente (como se daria numa perspectiva formal).

Isso equivale a constatar, novamente, a dupla natureza da arbitragem (convencional e jurisdicional), e que esse meio de administração de justiça não atende, unicamente, os interesses diretos dos privados envolvidos na resolução da disputa.

Ele deve levar em consideração, também, o interesse da sociedade em que as decisões signifiquem, além dessa tutela das partes diretamente envolvidas, uma pacificação da própria sociedade, globalmente considerada, e que, por isso, sejam reconhecidas por todos os jurisdicionados, afetados ou não por aquela decisão. Nos

¹⁶¹ A esse propósito é interessante referir o caso do sistema jurisdicional americano, onde as empresas deliberadamente evitam litigar devido ao sistema de júri no processo civil. As empresas, com razão, temem colocar questões complexas e sensíveis à apreciação de um grupo de pessoas aleatoriamente selecionado. De fato, é muito provável que, nessas situações, a qualidade da decisão seja bastante afetada.

referimos, aqui, a aplicação da *rule of law* e a uma interpretação ampla do acesso à justiça.

A decisão tem um papel importante de garantir ao coletivo, por exemplo, o tratamento imparcial de todos aqueles que acabam sujeitos ao aparelho jurisdicional. O coletivo tem de se rever na decisão emitida por todos os fóruns de jurisdição, públicos ou privados, na esfera interna e/ou na esfera internacional.

E para que isso ocorra é preciso que o interesse e necessidade de uma parte dialogue de uma forma racional com os limites impostos pelos demais grupos da sociedade; não apenas na decisão, mas na própria formação do instituto.

Combinando as perspectivas dos dois autores, resulta claro que a arbitragem é um meio de resolução de litígios legítimo, por um lado, e até desejável. Mas apenas e desde que limitado por preocupações de equidade e de acesso à justiça, imparcial e democrática.

Ou seja, a conformação do instituto às suas necessidades, como propõe Sen, resulta, necessariamente, de um debate democrático e amplo, em que os interesses de todos sejam levados em conta, para a conformação do instituto.

Se isso ocorrer, estará garantido o diálogo e afastada a hipótese de a arbitragem permanecer o que é hoje: um processo de racionalização e dissociação. Uma verdade absoluta e excluída do processo dialético. Como podemos concluir de Habermas.

Sob esta ótica, somos capazes de contrapor o instituto da arbitragem, como ele é visto atualmente pela doutrina, às preocupações essenciais dos dois autores: democracia e igualdade.

A arbitragem tem sido entendida pela doutrina como um espaço de pura autonomia privada¹⁶². A sua história sugere que assim seja; a arbitragem é uma das mais antigas formas de resolução de litígios documentada, e visava suprir, mediante o acordo das partes, a inexistência de uma entidade pública, imparcial e vertical a ambas as partes, de resolver os seus conflitos.

De fato, e ainda que fosse uma forma civilizada de resolver os litígios ela não deixava de corresponder a uma visão exacerbadamente privada das disputas, e

¹⁶²“Assim, o princípio da autonomia privada é entendido, no quadro deste Direito Transnacional, como permitindo que as partes remetam para o Direito estadual para o Direito Internacional Público, para a *lex mercatória*, para “princípios gerais” ou para a equidade.”. PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado. Volume II. Direito de Conflitos. Parte Especial*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. Pág. 556.

desconsiderava a existência de qualquer preocupação com a manutenção da paz social. No seu ressurgimento, como documentamos acima, o instituto acabou por não modificar substancialmente a sua construção primitiva. Ela incorporou alguns princípios substanciais do sistema público de administração da justiça¹⁶³, como por exemplo, o respeito ao princípio do devido processo legal (na exclusiva perspectiva das partes, unicamente), mas parte dos princípios fundamentais do sistema jurídico contemporâneo, como as ideias de acesso à justiça e democracia, não foram incluídas na reconstrução pós ressurgimento.

Sendo esses princípios fundamentais, e não os considerando o instituto, cria-se um óbvio problema. Somos, então, forçados a voltar à questão inicial: como enquadrar a arbitragem num sistema de administração de litígios onde esses princípios são absolutamente essenciais?

A primeira resposta tem de ser pela necessidade. A arbitragem é, hoje, um meio absolutamente necessário de assegurar uma resposta satisfatoriamente técnica e de qualidade aos jurisdicionados. A arbitragem é um instituto capaz de corresponder às necessidades daqueles que necessitam de recorrer a um meio de composição do seu litígio, especialmente no espaço transnacional.

Em segundo lugar, e em complemento à evidente necessidade do instituto, pela maleabilidade deste meio de acesso à justiça, que permite a sua adequação aos princípios do ordenamento jurídico, sejam eles positivos, sejam eles de ordem ético-jurídica.

Afinal, a arbitragem deve ser vista como uma forma jurisdicional e vinculada ao sistema ético jurídico. A arbitragem, enquanto opção pública, deve dialogar com os outros valores do sistema, com as outras necessidades impostas pelo diálogo racional (na nomenclatura de Habermas).

Nesse sentido, e apesar de a reputarmos como necessária (na nomenclatura de Sen), a arbitragem deve estar sujeita aos deveres que decorrem do princípio democrático e das necessidades de igualdade, na esfera interna e na esfera internacional.

Esta nossa proposta está em completa desconformidade com a atual visão da maioria da doutrina acerca do tema. A verdade é que o instituto vem sendo visto

¹⁶³ Apesar de não ter sido extinta a sua previsão de muitos códigos, a sua aplicação prática diminuiu muito. Ver a esse propósito: TIBURCIO, Carmen/BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. Pág. 564.

como um modo de resolução de disputas que paira além do sistema, que é estranho à ideia de ordenamento. A arbitragem seria, assim, um reduto extremo dos interesses e dos desejos das partes.

Pelo contrário, entendemos que a arbitragem é um instituto sistemático que deve ser lido de acordo com os princípios e conteúdos ético jurídicos desse mesmo ordenamento. A arbitragem é matéria sensível relacionada com a democracia, a igualdade, a participação dos cidadãos, a imparcialidade, a transparência; em suma, com a garantia de que todos os cidadãos têm direito a ser tratados de igual forma quanto ao estabelecimento do direito. Todos têm direito a ser tratados igualmente, no acesso à justiça. Esta é a ideia que se resume da leitura deste e do último capítulo¹⁶⁴.

De outra forma estaremos a negar a democracia, a ideia de tutela coletiva e, acima de tudo, a ideia de acesso à justiça. De outra forma, e como deixa bem claro Habermas, os cidadãos não se reconhecem nesse ordenamento, nesses privilégios, nessa justiça diferenciada. E isso tende a ocorrer na esfera interna, como na esfera transnacional.

O resultado é a desigualdade, em que, apesar da afirmação formal de que a administração da justiça é igual para todos, na prática, ela não o é. Tal como problematizou Sen. E a igualdade formal da justiça não nos pode satisfazer, em pleno século XXI; especialmente quando tratamos de um espaço de ausência de poder central, como é o caso do espaço transnacional.

Concluindo, é preciso ter um especial cuidado para que, como escreveu Habermas na sua “crítica à modernidade”, não caiamos em discursos fáceis e em verdade imutáveis. É claro que os desafios da modernidade trazem novas exigências, e que essas exigências devem ser levadas em conta na construção da vida pública. Mas é preciso que mantenhamos sempre uma perspectiva crítica e de diálogo racional para que entendamos quais as reais consequências daquilo que construímos.

Especificamente sobre a arbitragem, isso significa que devemos ter cuidado para que este instituto não venha apagar a necessidade de democracia e transparência na aplicação da justiça. É importante que consigamos antever as razões de proporcionalidade que nos deem a medida certa do instituto, sob pena de

¹⁶⁴ Acima, Cf.5.

cairmos numa situação de não reconhecimento, falta de legitimidade e, mesmo, falta de tutela (individual e coletiva).

O fenômeno da arbitragem tem vindo a ser discutido numa perspectiva eminentemente prática. Mas temos de contextualizar esse instituto. Ele não pode ser uma ilha de jurisdição, um direito paralelo ao direito¹⁶⁵. Dentro da lógica defendida e apresentada por Habermas, a arbitragem, a sua necessidade e seus limites, devem estar sujeitos ao diálogo racional, como todos os aspectos da vida social.

De qualquer forma, pelo caráter privado e, muitas vezes, confidencial do instituto, trazê-lo para o sistema é uma tarefa de gigantesca dificuldade. Quando pensamos no instituto na sua perspectiva internacional, no espaço transnacional, esse objetivo fica ainda mais difícil e distante. Isso ocorre pela ausência de poder central, de que já falamos, e pela questão fática da distância física entre o local/jurisdição dos fatos, e o local/jurisdição da resolução da disputa.

A definição da lei aplicável à disputa tem um papel importante ao estabelecer, nas arbitragens domésticas, e/ou para as arbitragens internacionais com sede naquela jurisdição, uma certa conexão com a noção de ordenamento. De forma reflexa podem estender uma série de princípios e obrigações que reflitam as preocupações e os valores do ordenamento, obtidos pelo método dialético racional.

Como já dissemos, no entanto, a lei aplicável, estabelecida pelas partes, não é suficiente, sendo essencial que essa conexão ao ordenamento e aos valores do sistema seja feita pela noção de norma ética-jurídica. Essa função de “normatividade subsidiária” é fundamental, em especial quando há uma desconexão com o poder e a organização social (como no caso da arbitragem).

As partes e os árbitros desempenham um papel fundamental no cumprimento e implementação deste comando de desejável coincidência entre os princípios considerados pelo instituto e aqueles considerados pelo ordenamento. Para que essa seja a realidade. Apenas dessa forma será possível o reconhecimento da legitimidade material deste instituto, como forma de corresponder aos anseios e necessidades dos jurisdicionados por uma justiça melhor e mais adequada, dentro do sistema democrático.

¹⁶⁵A propósito deste assunto, devemos referenciar a jurisprudência francesa que adota esta posição “isolacionista”, digamos assim. CADIET, Loic. L’Arbitrage et l’évolution contemporaine des modes de reglement des conflits. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: UERJ. Vol. XII. Julho a Dezembro de 2013. 17 p. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8686/6558>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

Apenas com essa convergência a arbitragem se poderá enquadrar no sistema/ordenamento, cumprindo a sua função de garantir o acesso à justiça, a aplicação das normas de direito e a democracia.

A resposta a este tema passa, necessariamente, pela compreensão do duplo conteúdo da arbitragem, ou seja, pela clarificação da natureza convencional e jurisdicional do instituto.

7 A DUPLA NATUREZA DA ARBITRAGEM: EFEITOS JURISDICIONAIS E CONTRATUAIS

Até este momento temos apresentado o instituto da arbitragem em posição relativa. Ou seja, em relação com o ordenamento jurídico, em que toda a norma se deve, necessariamente, inserir.

Aquilo que temos vindo a concluir é que, apesar de o instituto ter uma natureza dupla, convencional e jurisdicional, as funções relacionadas com a natureza convencional da arbitragem têm vindo a ser privilegiadas, em detrimento da sua função jurisdicional. Isso ficou demonstrado pela sua desconformidade sistemática, especialmente com a forma como a ideia de acesso à justiça vem sendo construída nos últimos séculos.

O objetivo do presente capítulo é, sem prejuízo de tudo o que já temos vindo a referir, tentar clarificar melhor essa natureza jurídica da arbitragem, à luz do que de fato é atualmente (e que já descrevemos na Parte I, deste trabalho); e do que deveria ser, de acordo com a perspectiva sistemática que temos vindo a apresentar.

Tratamos, nos pontos seguintes, da arbitragem enquanto negócio jurídico celebrado entre privados, ou entre privados e o Estado, destituído, ou não, do seu poder soberano. Mas não apenas nessa condição.

Sendo certo que o litígio de que tratamos é, em regra, uma disputa entre interesses privados, pretendemos reafirmar o que temos vindo a defender e, simultaneamente, demonstrar como essa pode ser uma forma redutora de tratar o tema, de acordo com as necessidades do caso concreto.

Em suma, o objetivo é concretizar um pouco mais a generalização que temos vindo a descrever nesta Parte do trabalho.

7.1 As considerações do Poder/Dever de Acesso à Justiça e a arbitragem – Natureza jurisdicional da arbitragem

A função jurisdicional da arbitragem está intimamente conectada com as ideias de ordenamento e sistema, de que temos vindo a falar, especialmente as

ideias de acesso à justiça, tutela coletiva, administração de litígios, *rule of law* e democracia.

É através deste conteúdo da natureza da arbitragem que o instituto faz a sua conexão com os dispositivos orientadores de conteúdo ético-normativo, que temos vindo a referir ao longo deste trabalho.

Esta função jurisdicional se compõe de três ideias fundamentais, que em seguida iremos desenvolver. Em primeiro lugar, a questão do interesse direto do coletivo em que todas as disputas não se resolvam pelo recurso à força, mas pela administração do acesso à justiça, de acordo com as normas de Direito.

Em segundo lugar, veremos a questão do interesse coletivo não apenas na administração dos litígios, mas, eventualmente, também em participar na disputa. A natureza jurisdicional da arbitragem é o meio capaz de viabilizar essa legítima expectativa dos integrantes da sociedade.

Finalmente, e em terceiro lugar, a natureza jurisdicional da arbitragem implica, igualmente, uma reinterpretação do papel do árbitro e da relação da arbitragem com o instituto da confidencialidade.

7.1.1 Função social direta da convenção de arbitragem

Já falamos acerca desta questão, acima¹⁶⁶, neste mesmo trabalho, quando referimos que existe um interesse direto da coletividade na resolução da disputa. Esta conclusão é o resultado dos valores de que temos vindo a falar; este interesse na resolução da disputa justifica-se pelo interesse da coletividade (princípio da democracia) em permitir o acesso à justiça e a aplicação da regra de direito, em lugar do recurso ao uso da força.

Na esfera interna, este contrato *sui generis* cujo objeto é regular o acesso das partes à resolução de um litígio, corresponde ao dever do Estado, enquanto titular do poder político e do monopólio da força, de assegurar que todos tenham acesso à resolução jurisdicional dos seus conflitos. Assim, o interesse público do Estado na

¹⁶⁶Acima, Cf, 5.4 e 6.3.

arbitragem é direto, como exercício de uma função soberana de garantir a paz social¹⁶⁷.

Na esfera transnacional, por sua vez, a inexistência de poder central e da figura do Estado, cria alguns problemas. Mas esses problemas se devem circunscrever à questão da tutela sobre esse interesse. Também já nos referimos a essa questão anteriormente¹⁶⁸, concluindo que essa tutela é feita em cooperação entre todos os atores dessa esfera transnacional.

Afinal, esse interesse, mesmo na esfera interna, não é do Estado, mas sim da sociedade, do coletivo. Essa tutela independe, assim, da ação de um ente de poder central, ou seja, esta tutela não depende de uma pessoa jurídica. Ela depende, especialmente na esfera transnacional, da colaboração de todos os entes participantes.

O acesso à justiça e a administração jurídica dos litígios não depende da ideia do Estado, para se desenrolar nos atuais caracteres.

Isso ocorre porque não é a pessoa jurídica que confere legitimidade a essa ação, antes os valores coletivos que orientam essa pessoa jurídica, e de que cuja existência não dependem para concretizar a sua legitimidade e validade material.

Em suma, falar neste interesse direto tem o mesmo significado substancial de garantir o acesso à justiça e a aplicação da *rule of law*. Por outras palavras, o respeito deste interesse equivale à garantia de que a arbitrariedade e a solução dos litígios pelo uso da força estão completamente vedadas.

Essa é uma garantia ainda mais relevante na esfera transnacional, onde a ausência de poder político central facilita a ocorrência de abusos, e onde o reconhecimento deste aspecto da função jurisdicional equivale a uma verdadeira opção civilizacional.

As partes e todos os atores da arbitragem têm assim, o dever de, através da convenção de arbitragem, garantir a paz social e auxiliar a administração da justiça, especialmente no espaço transnacional.

7.1.2 O interesse na resolução do litígio

¹⁶⁷ Sem prejuízo do interesse indireto na arbitragem, pelos seus efeitos nas posições jurídicas dos particulares, ou mesmo nas posições jurídicas do Estado (quando atua como privado e/ou na defesa de direitos difusos), que igualmente mantém, como veremos em seguida. Acima Cf. 5.1 e 5.2.

¹⁶⁸ Acima, Cf. 3 e 4.

Como vimos, acima, não são apenas as partes que têm interesse na resolução do litígio que as divide. Esse interesse é detido por todos os membros da coletividade que, na esfera interna, como na esfera internacional, optaram pela resolução administrada, de acordo com as regras de direito, das suas disputas e para assegurar a paz social que o litígio alterou. Na esfera interna, e através da existência da pessoa jurídica Estado, que detém o poder/dever de assegurar a todos o acesso à função jurisdicional, isso fica mais claro. Na esfera transnacional, pela inexistência dessa figura de poder central, a manutenção desse interesse fica a cargo de todos os atores que, em cooperação, deverão agir para a garantia desse interesse.

A arbitragem tende a ser, hoje, um meio de exceção de administração da justiça, muitas vezes dependente (direta ou indiretamente) das disposições das ordens jurídicas internas. Podemos conferir um exemplo dessa dependência, por exemplo, na definição legal acerca dos litígios que podem ser submetidos à arbitragem (conflitos entre partes capazes, relativos a bens patrimoniais disponíveis¹⁶⁹).

Faz sentido que assim seja, tendo em conta a construção clássica das ideias de tutela jurisdicional e acesso à justiça, em que a função jurisdicional tem a responsabilidade de exercer o monopólio da força, não apenas entre as partes, mas sobre toda a sociedade.

A arbitragem, na forma como está doutrinariamente construída hoje, não está pronta para exercer, na sua máxima plenitude, essa função. Já o vimos, detalhadamente, no presente trabalho.

O instituto encontra-se alicerçado no fundamento teórico de que o tribunal arbitral deve procurar atender os interesses das partes na resolução da disputa. E isso é, claramente, insuficiente.

A ideia de acesso à justiça e de tutela coletiva implica a criação dos mecanismos necessários para que todos os participantes da sociedade (agora não

¹⁶⁹ “Art. 1º -As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”. BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1996. Seção 1, Página 18897. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>). Acesso em: 17 out. 2014.

mais sindicalizados, mas individualizados) possam exercer a tutela das suas posições, subjetivas e/ou difusas, perante o litígio submetido à arbitragem.

Em suma, além do interesse direto, geral e coletivo que a sociedade de atores tem em que se garanta a resolução das disputas mediante a aplicação de normas de direito, os atores da vida social têm, ainda, de ter o direito de tutelar individualmente as suas posições e expectativas, em relação a qualquer litígio.

Esta proposição não é nova, pelo contrário. É recorrente a referência das legislações internas, que regulam o procedimento de resolução de disputas junto ao aparelho Estatal, a esse tipo de mecanismos de intervenção de terceiros.

Além de essa ser uma exigência que resulta do dinamismo das relações contemporâneas, ela é também uma efetivação prática, ampla e completa do princípio do acesso à justiça e da *rule of law*, num espaço de direito democrático. Essas ferramentas permitem, na prática, e além da participação dos interessados, a efetiva tutela das posições e expectativas legítimas de todos. Adicionalmente, ainda, permitir um efetivo controle da coerência e qualidade das decisões dos meios de aplicação da norma jurídica.

Exemplo do que retratamos, é a função do juiz: a ele incumbe o dever de aplicar o direito, tendo em conta não apenas os interesses das partes processualmente estabelecidas, mas tendo em conta a totalidade do ordenamento jurídico, inclusive os seus objetivos, e as posições legítimas de terceiros (tutela coletiva e individual, da comunidade e de terceiros)¹⁷⁰.

A ideia de acesso à justiça deve ser entendida, sempre, da forma mais ampla possível. Acesso à justiça significa o poder/dever do Estado em assegurar que todos os que são afetados, direta ou indiretamente, por determinada situação jurídica, devem ter o direito a obter a tutela jurisdicional dos seus interesses, de acordo com o Direito¹⁷¹. Isso legitima a necessidade de que o processo judicial seja público e que o acesso à informação seja o mais amplo, irrestrito e transparente possível.

¹⁷⁰ “A ela competirá também de modo especial o juízo da responsabilidade no domínio das externalities, assim como a tutela dos interesses colectivos, difusos, etc. E é a própria sociedade que reivindica essa intervenção judicial (...).”. NEVES, Castanheira. Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” - Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Vol. LXXIV, p. 1-44, 1998. Pág. 12.

¹⁷¹ “É vocação do *judicium* exorcisar o poder só como poder e mais anda a força arbitrária impondo razões de validade e críticas à ação na interacção, e o nosso tempo, que tem feito experiências cruéis, e regressivas, desse poder e dessa força, sentre profundo e urgente o apelo contra a atávica irracionalidade.”. NEVES, op. cit. pág. 1.

Não detendo essas ferramentas, como hoje ocorre, o instituto arbitral não está sendo capaz de cumprir, na sua plenitude, a sua função no ordenamento jurídico. Tanto na esfera interna, como na transnacional.

Esta é uma preocupação recente, mas que tem vindo a ganhar cada vez mais importância; a esse propósito, recordamos a previsão do regulamento da ICC que, reconhecendo as arbitragens complexas como uma realidade, dispõe de norma expressa aplicável a essas situações¹⁷². Igual função detém o esforço de compilação de jurisprudência, por parte da UNCITRAL¹⁷³.

7.1.3 A função jurisdicional do árbitro

O foco da estruturação da arbitragem tem se mantido no interesse das partes na solução da disputa. Todos os demais atores são, assim, colocados numa posição em que “estão ao serviço” dessa solução (no sentido de deverem, passivamente, acatar e auxiliar o procedimento e a sua decisão).

Por isso a doutrina descreve o árbitro como estando temporariamente ao serviço da resolução do litígio entre as partes, e a sua jurisdição respeita, apenas, o litígio em questão. O árbitro estaria ainda vinculado às partes por deveres de confidencialidade em relação à querela.

O papel do árbitro costuma ser descrito nestes moldes, o que nos parece insuficiente, tendo em conta o que temos vindo a defender. Parece-nos necessária uma releitura do papel do árbitro, considerando a função jurisdicional da arbitragem, e gostaríamos de desafiar essa visão tradicional: até que ponto é que poderemos manter uma posição tão radicalmente autonomista em relação à arbitragem e à função do árbitro¹⁷⁴?

¹⁷² Acima, Cf. 2. e 2.3.1.1. Também, abaixo, Cf. 12.2.1.1.

¹⁷³ Acima, Cf. 2 e 2.3.2.2.

¹⁷⁴ A este respeito é interessante o posicionamento de Manuel Pereira Barrocas, que escrevendo acerca da Lei de Arbitragem Voluntária da República Portuguesa, mas enunciando a posição da maioria da doutrina a este respeito, escreveu: “O facto de o artigo 209, número 2, da Constituição, autorizar a existência de tribunais arbitrais leva alguns a admitir a sua integração na organização jurisdicional geral do Estado. Discordamos em absoluto desta concepção que não tem apoio na Lei nem na natureza, nem na história da arbitragem. A referência que aquele preceito da Constituição faz aos tribunais arbitrais não tem outro alcance que não seja resolver a questão da constitucionalidade da existência de tribunais arbitrais enquanto órgãos capazes de retirar aos

É certo que o árbitro não é juiz; não está instituído de poderes públicos, conferidos pela constituição; não cumpriu os requisitos necessários para entrar na função de juiz; não tem o dever de administrar a justiça, exercendo a tutela jurisdicional plena e constante, mas apenas administra a justiça casuisticamente e de acordo com a nomeação das partes.

Mas mesmo não sendo juiz¹⁷⁵, não há qualquer dúvida de que o árbitro deve assumir uma posição análoga¹⁷⁶. Não podemos concordar, por isso, com a posição da maioria da doutrina. O árbitro não tutela, apenas, os interesses das partes; o árbitro deveria tutelar, também, os interesses da sociedade na resolução do litígio. O árbitro não é o “capataz” que assegurará os interesses das partes, e seria redutor vê-lo dessa forma. É óbvio que o árbitro também tutela os interesses das partes, mas a sua função está longe de ser apenas essa. Isso se comprova facilmente, como se verificará em seguida.

Essa identidade de funções, ainda que se mantenham relevantes diferenças, resume-se na ideia de tutela jurisdicional, administração da justiça e acesso à justiça. Várias legislações têm reconhecido isso mesmo; cita-se, a título de exemplo, o disposto na Lei de Arbitragem da República Federativa do Brasil, que em alguns dos seus artigos estabelece, para os árbitros, deveres similares ao do juiz. Nesse sentido o §6º do art. 13, estabelece expressamente, para o árbitro, deveres aos quais os juízes também estão vinculados¹⁷⁷. O art. 14¹⁷⁸ vai mais longe, ao fazer

tribunais estaduais parte da sua competência se assim tiver sido licitamente convencionado pelas partes. Não significa mais do que isso.”. BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010. Pág. 269-270.

¹⁷⁵“Em sentido contrário, escreve Manuel Pereira Barrocas: “*Quer o árbitro quer o juiz adquirem os respectivos estatutos por um acto de investidura de poderes que caracterizam a sua jurisdição. (...) Simplesmente, para além de o juiz ser um julgador público e o árbitro não, também se distinguem, quanto ao estatuto, por outras características. O juiz é imposto por lei (...). O árbitro é escolhido pelas partes, directamente ou por uma instituição por delegação numa entidade nomeante (...). O juiz é um julgador permanente. O árbitro é nomeado caso a caso, não sendo, em regra, um profissional da arbitragem. Exerce uma função temporária. Extingue-se a sua função, e mais do que isso, o seu estatuto de árbitro com a prolação da decisão arbitral.*”. BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010. Pág. 269.

¹⁷⁶“*Si sa source est conventionnelle, l’arbitrage a un objet juridictionnel: dire le droit dans le litige soumis au tribunal arbitral. L’arbitre est un juge et la sentence est un jugement qui a d’ailleurs autorité de chose jugée dès son prononcé.*”. CADIET, Loïc. *L’Arbitrage et l’évolution contemporaine des modes de règlement des conflits*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: UERJ. Vol. XII. Julho a Dezembro de 2013. 17 p. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8686/6558>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

¹⁷⁷“Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. (...) § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.”. BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1996. Seção 1, Página 18897. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 17 out. 2014.

aplicar aos árbitros as disposições pertinentes acerca da função jurisdicional. Finalmente, e em jeito de conclusão, o art. 18¹⁷⁹ declara expressamente que, em relação aquele litígio, o árbitro exerce uma função jurisdicional plena, conhecendo e estabelecendo os fatos e o direito.

Foi vontade expressa do legislador conferir ao árbitro essa importante função jurisdicional. Mas ainda que assim não fosse, e não existissem normas expressas nesse sentido, a verdade é que poderíamos retirar do próprio sistema essa função especial do árbitro. Aliás, essa construção sistemática não passa a ser menos importante pela existência de norma legislativa expressa; pelo contrário, ela adquire importância, ao permitir dar um conteúdo aos conceitos apresentados pelo Legislador.

Assim, a função jurisdicional do árbitro é compreendida tendo em conta a natureza do ofício que esse ator vai exercer. Afinal, a ele lhe está a ser confiada uma pequena parte do monopólio da força do Estado. O que lhe está a ser pedido é que garanta o poder/dever do Estado de oferecer a todos uma solução para as disputas, conforme ao direito.

O árbitro estará a trabalhar no sentido de garantir a pacificação social, interesse de todos. E, por isso, na sua função jurisdicional, como um juiz, ele deve olhar com a maior abrangência possível para todas as situações jurídicas relacionadas com a disputa. Como juiz, o árbitro terá o dever de aplicar o direito conforme os ditames do interesse público, indo além do interesse das partes, se necessário.

7.2 O caráter contratual da cláusula de arbitragem - Natureza convencional da arbitragem

¹⁷⁸ “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.*”. BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1996. Seção 1, Página 18897. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>). Acesso em: 17 out. 2014.

¹⁷⁹ “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.*”. BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1996. Seção 1, Página 18897. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>). Acesso em: 17 out. 2014.

A natureza convencional da arbitragem consiste na constatação de que a origem da arbitragem se encontra num acordo estabelecido entre partes determinadas para a resolução de uma disputa.

Esta é a parte do instituto que melhor podemos associar à concretização prática deste meio de solução de disputas; baseando-se, não na ideia de acesso à justiça, mas na ideia de autonomia da vontade.

De fato, esta característica da arbitragem é prévia à noção atual de acesso à justiça, *rule of law*, e vedação do uso da força; de nada mais depende do que da mera vontade das partes que, de comum acordo, estabelecem um meio de resolução de litígios.

Essa autonomia da vontade tem sido interpretada num sentido muito autonomista, equivalente à construção desse princípio com o liberalismo econômico e jurídico do século XIX. É com base nesta interpretação que o instituto tem justificado o seu foco no interesse das partes contratantes, subalternizando todos os demais interesses e funções relacionados com o instituto.

Partiremos, assim, da interpretação geral atribuída ao instituto da autonomia da vontade, enquanto elemento fulcral e inicial de qualquer convergência de vontades; mas a interpretaremos à luz dos recentes desenvolvimentos do direito privado, em que se reconhece a importância da função social do contrato.

Em segundo lugar, e à luz das conclusões obtidas acerca da conexão do contrato com a sociedade e com o ordenamento jurídico envolvente, faremos uma análise acerca da tutela da posição de terceiros perante as disposições contratuais.

Finalmente, e em terceiro lugar, faremos uma análise da convenção de arbitragem enquanto instrumento contratual, colocando o instituto em perspectiva em relação à tutela de posições de terceiros relacionados e/ou afetados pelo contrato.

7.2.1 Autonomia da vontade e função social do contrato

Não há dúvida, na doutrina e na jurisprudência, acerca da natureza eminentemente privada do litígio submetido à arbitragem. A cláusula de

arbitragem¹⁸⁰ é firmada entre dois entes com capacidade civil, acerca de direitos disponíveis, acordando que, quando exista litígio, as partes resolverão a disputa através da arbitragem.

Normalmente o interesse será eminentemente comercial, privado, e os litígios levarão em conta a vontade das partes e os objetivos que elas pretendem cumprir, com a disputa.

A autonomia da vontade das partes também é fundamento ontológico da arbitragem¹⁸¹. Isso é inegável.

Esse instituto de Direito Civil corresponde à ideia que as partes, numa determinada relação contratual, têm a possibilidade de se auto ordenar¹⁸². As partes, desde que cumpram os requisitos legais de capacidade e vontade, são capazes de estabelecer os preceitos que determinarão certo resultado ou conduta desejada.

Tradicionalmente, a autonomia da vontade era o reduto das partes, a maior característica da natureza privada do Direito Civil. Sempre esteve presente, ao longo de toda a história desse ramo do direito, mas viu-se consagrada pelo liberalismo do século XIX, com uma aplicação formal e “pura” deste princípio.

¹⁸⁰Devemos excluir, aqui, a chamada arbitragem de Estados, típica de Direito Internacional Público; e a arbitragem que, correspondendo a um litígio entre um privado e uma entidade estatal, decorre de um tratado internacional e onde o Estado está vestido de seu *ius imperii*: “*Há situações nas quais a arbitragem é o único meio prático para o julgamento de uma disputa. O primeiro tipo diz respeito ao litígio contra Estados soberanos. A maioria dos governos é extremamente relutante em litigar em outros juízos que não os seus próprios. Ao mesmo tempo, muito poucas organizações privadas gostam de submeter suas contendas com um Estado soberano às cortes deste último. Haveria preocupação quanto à neutralidade dos juízes e a à possibilidade de seus oponentes modificarem, retroativamente, as Leis e os procedimentos aplicáveis à disputa. Para esta espécie de contrato, a arbitragem em um país neutro é necessária para a sua segura negociação.*”. Devemos excluir, aqui, a chamada arbitragem de Estados, típica de Direito Internacional Público; e a arbitragem que, correspondendo a um litígio entre um privado e uma entidade estatal, decorre de um tratado internacional e onde o Estado está vestido de seu *ius imperii*.”. SAMUEL, Adam. 1. Arbitragem Comercial Internacional. In MARQUES, Cláudia Lima/ARÁÚJO, Nádia. O novo direito internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme/Claudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras. - Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pág. 360.

¹⁸¹Ressaltando os efeitos obrigacionais da arbitragem: “*Pour autant, l’arbitrage n’est pas réductible à un simple mode de règlement juridictionnel des conflits. Chacun sait bien qu’en raison de sa source conventionnelle, l’arbitrage est tout entier dominé par l’accord des parties, qui lui confère un caractère amiable (à défaut d’être toujours aimable, tant s’en faut), dont le procès judiciaire n’est pas spontanément pourvu. Cette contractualité essentielle fait de l’arbitrage un mode alternatif de règlement des conflits dont l’évolution contemporaine doit être également articulée à celle des autres modes alternatifs de règlement des conflits.*”. CADIET, Loïc. L’Arbitrage et l’évolution contemporaine des modes de règlement des conflits. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: UERJ. Vol. XII. Julho a Dezembro de 2013. 17 p. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8686/6558>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

¹⁸²ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Teoria Geral. Ações e factos jurídicos*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Vol. II. Pág. 87.

O contrato tinha uma natureza obrigacional, e vinculava as partes. Os efeitos do contrato, perante terceiros, apenas se poderiam produzir indiretamente, através do beneplácito das partes.

Este entendimento é um reflexo da noção de igualdade formal, de que falamos acima. A partir do momento em que duas partes iguais, capazes e sem coação ou erro, formulam determinada declaração de vontade, nasce um instrumento com conteúdo jurídico ao qual o ordenamento¹⁸³ não só reconhece validade, como o interpreta enquanto coercitivamente exigível.

Desde a sua consagração¹⁸⁴, o próprio entendimento acerca da autonomia da vontade se vem alterando. A aplicação “pura e dura” do instituto foi sendo substituída com o objetivo de garantir uma maior igualdade material entre as partes.

Ao chocar as mais elementares noções de justiça¹⁸⁵, ficou justificada a necessidade de o legislador intervir para equilibrar a desproporção entre as partes.

Essa ideia não surge de forma desgarrada; ela pode ser associada à construção feita ao longo dos últimos dois séculos, em que a complexificação das estruturas e relações sociais levaram, de forma correspondente, ao aprofundamento da intervenção coletiva e dos sistemas jurídicos na autonomia privada. Saímos da ideia do Estado liberal, do Estado de Polícia, estabelecido no século XIX, para o novo Estado de bem-estar, estabelecido e aprofundado ao longo do século XX. Esse é um Estado que não fica com as mãos atrás das costas, observando enquanto os agentes operam as situações jurídicas de acordo com os limites mínimos oferecidos pelo ordenamento; pelo contrário, esse é um Estado que aprofunda a natureza das suas disposições e que não só estabelece limites, mas também, através dos atos legislativos, é capaz de determinar as direções da vida comunitária.

Esse mesmo Estado necessita reinventar o seu papel e as suas ações de tutela, tendo em conta o novo nível de complexificação das relações jurídicas contemporâneas. A tutela social e coletiva é especialmente necessária, tendo em conta as novas relações estabelecidas num espaço jurídico transnacional marcado

¹⁸³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Teoria Geral. Ações e factos jurídicos*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Vol. II. Pág. 90.

¹⁸⁴Esta afirmação é mais verídica nos sistemas civilistas, em que a aplicação sistemática dos princípios, por exemplo o da boa-fé, tem desempenhado um importante papel na hermenêutica da autonomia da vontade. Distintamente, nos sistemas de *common law* este instituto continua a ser aplicado de acordo com uma interpretação literal.

¹⁸⁵Nunca é demais lembrar a lição de Batista Machado, que nos ensina que o direito reflete uma constante tensão dialética entre os valores de justiça e democracia, por um lado, e da segurança, por outro. Acima, Cf. 1.1.

pela ausência de poder central ordenador (normalmente concentrado na figura do Estado).

O processo aqui descrito é um processo lento que, na verdade, continua a persistir, nos nossos dias. Conforme a doutrina tem vindo a destacar, através deste processo, os fundamentos do Direito Civil saem do Código Civil, e vão para a Constituição¹⁸⁶. De igual forma, no espaço transnacional, o Direito Civil deve ser conformado pelo conteúdo jurídico-ético que rege esse espaço.

Trata-se de ir além dos limites de ordem pública, eventualmente já consagrados da possibilidade de dirigir, através da intervenção legislativa, na relação material das partes e de conformar, no espaço transnacional, essa situação aos demais princípios ali tutelados.

Voltando à gênese da mudança de entendimento acerca da questão da autonomia do Direito Civil, a interferência legislativa na autonomia da vontade acabou por se refletir, então, nas relações contratuais. Os melhores exemplos para demonstrar essa intervenção seriam as relações de natureza trabalhista e as relações de consumo. A verdade é que, nesse tipo de situações, as partes mantêm, em parte, a capacidade de se auto determinar, mas apenas dentro dos limites e tendo em conta os parâmetros mínimos estabelecidos pelo legislador¹⁸⁷.

O contrato deixa de ser um mero instrumento resolvido entre as partes. Essa relação entre sujeitos determinados passa a ter um determinado valor para o ordenamento e para a sociedade como um todo.

O contrato passa a ter uma função social¹⁸⁸. A relação privada passa a ter importância para o indivíduo, a sua contraparte e para a sociedade como um todo. O

¹⁸⁶GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar 2006. Pág. 167.

¹⁸⁷ Especialmente nestes exemplos, trabalhista e relações de consumo, não é uma mera vontade positiva do legislador o principal elemento; é, antes, a enorme carga ética normativa que ambas as regulamentações detêm.

¹⁸⁸ Este princípio veio expressamente consagrado no Código Civil de 2002, no seu artigo 421: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”. BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, Página 1. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 17 out. 2014. No entanto, o real alcance deste artigo só será alcançado se interpretado em concomitância com o art. 170 da Constituição Federal, que estabelece os princípios básicos da ordem econômica: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e

contrato está, necessariamente, vinculado a uma determinada teleologia, a um determinado fim.

A natureza deste princípio de utilidade social do contrato não justifica a ideia de que o Estado deve intervir em todos os aspectos das relações privadas. Pelo contrário, o texto constitucional, ao referir a livre iniciativa, esforça-se por deixar clara a importância da ação individual. O que esta norma pretende é que essa iniciativa não seja vista de forma absolutamente autossuficiente, mas que, pelo contrário, se encontre coordenada com os demais valores da ordem jurídica e da sociedade. A ação do Estado e da sociedade está, assim, legitimada para intervir em defesa desses valores¹⁸⁹.

Também no espaço transnacional, a intervenção dos Estados, nos mesmos moldes, deve ser feita em cooperação com os demais intervenientes desse espaço, e de acordo com os princípios ético-jurídicos, a que já nos referimos.

Se essa intervenção do Estado, na esfera interna, e atuando na qualidade de representante da coletividade, é essencial, no espaço transnacional é ainda mais importante. Afinal, a garantia da manutenção da função social do contrato é essencial para que, nesse espaço, as relações sejam juridicamente ordenadas, ao invés de arbitrárias e decididas pelas forças e recursos das partes.

Mais do que isso, ela é essencial para garantir que os interesses de poucos, ainda que legítimos, não prejudiquem de forma determinante as posições subjetivas

prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, DF: Senado, 1988.. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2014.

¹⁸⁹Acerca da do princípio da função social da propriedade, do qual decorre o princípio da função social do contrato: “No Brasil, esse princípio adquiriu cidadania constitucional com a já referida carta política de 1934, cujo art. 113, item 17, na linha da nossa tradição jurídica, continuou a assegurar o direito de propriedade, com a ressalva – e nisso constitui a novidade – de que doravante, ele não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo. A partir de então, salvo o silêncio de 1937, o valor da função social da propriedade, incorporou-se de vez à nossa experiência constitucional, figurando em pelo menos quatro dispositivos da Constituição de 1988 – art. 5º, XXIII; art. 170, III; art. 182 § 2º; e no caput do art. 186 -, evidenciando, assim, a nossa preocupação em construir um Estado de Direito verdadeiramente democrático, no qual, sem preferências expressas ou camufladas, possuem a mesma dignidade constitucional tanto os valores sociais do trabalho quanto os da livre iniciativa, erigidos que foram em fundamentos da República Federativa do Brasil no primeiro artigo da Constituição.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*/Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 3ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 1358.

de outros. É essencial que assim seja, para que possamos ver o crescimento de um espaço transnacional sustentável e sadio.

Esta ideia é fundamental. Como temos verificado, pela crise dos últimos anos, a ausência dessa consciência pode criar consequências graves para quem não tem a chance de participar ou intervir nesses acordos ou regulações, celebrados naquele espaço. O que é inaceitável, em tempos em que o objetivo de reduzir as desigualdades, de todos os tipos, está tão presente.

Mais uma vez fica claro que o Estado é um fator importante para garantir o equilíbrio entre as diferentes posições; mas, também já destacamos a importância da participação dos demais atores, desse espaço, para o sucesso deste esforço.

7.2.2 O contrato e seus efeitos sobre terceiros

Em suma, o contrato passa a ser um instrumento jurídico relevante para as partes e para terceiros, entes públicos e/ou privados, passando a estar consagrada a evidência de que o contrato é um acerto jurídico importante para a coletividade.

Sabemos, por isso, que o contrato afeta a esfera das pessoas privadas e das pessoas públicas, conflitando com os seus direitos, interesses e, até, com as suas prerrogativas.

Assim, o contrato pode afetar a posição jurídica subjetiva de um indivíduo; ou afetar o seu interesse baseado em legítima expectativa. Da mesma forma, pode afetar de forma determinante direitos difusos constituídos na sociedade; ou pode, até, representar uma violação de prerrogativas de entes de direito público.

Em qualquer uma das situações descritas há, desde logo, um interesse da sociedade em intervir na execução desse contrato, através do aparelho jurídico. Esse interesse corresponde à vontade e prerrogativa coletiva de regular e dirimir os litígios que ocorram na sociedade. Como veremos com mais detalhe em seguida, esse é um interesse geral da coletividade em estabelecer as formas de acesso à justiça e de, compondo os casos de conflito e colisão através da norma jurídica (estando vedado o uso da força), coagir os jurisdicionados a agir de acordo com o ordenamento jurídico em vigor (na esfera interna e internacional). Esse esforço é

concretizado através da ação do Estado, na esfera interna, e pela ação conjunta dos sujeitos na esfera transnacional.

Acerca do momento da intervenção de terceiros, é interessante clarificar que momento seria esse. E a esse propósito é fundamental deixar claro que o princípio da Função Social do Contrato permite que a intervenção de terceiros no contrato se faça em qualquer momento da relação entre as partes. Isso oferece um grande poder aos terceiros que, assim, tem a faculdade de, a qualquer momento, de forma fundamentada, exigir que as obrigações estabelecidas entre as partes se adequem aos objetivos sociais e ao ordenamento jurídico como um todo.

O contrato não choca com o interesse público apenas acerca de aspectos relacionados com o acesso à justiça de privados. A verdade é que as partes (ainda que sendo entes de natureza exclusivamente privada) podem pactuar determinadas obrigações que, ao final, atentem contra normas regulatórias; ou, situação mais grave, contra qualquer direito difuso consagrado no ordenamento.

Não há qualquer dúvida de que, à luz do ordenamento jurídico, cabe às partes agir em conformidade com as disposições legais e com o respeito às posições jurídicas dos demais. As partes têm o dever de agir ativamente para garantir que terceiros, de qualquer natureza, não são prejudicados pela execução do contrato.

Em conclusão, o contrato não pode mais ser encarado como um documento entre partes. Se é certo que as partes podem pactuar a confidencialidade dos seus acertos, elas também deverão ter a consciência de que o contrato, eventualmente, irá entrar na esfera de terceiros; e que, mesmo antes de entrar nessa esfera de terceiros, as partes têm o dever jurídico de adequar o seu acordo, na negociação, na execução, e após o término, aos ditames da função social à qual o contrato está necessariamente ligado¹⁹⁰.

7.2.3 A cláusula de arbitragem e a função social do contrato

¹⁹⁰ Esta ideia encontra paralelo na Lei Inglesa, representando uma importante derrogação do entendimento tradicional do direito anglo-saxônico: *“The Rights of Third Parties Act was seen as an important change in English jurisprudence as it created a major exception to the privacy of contract rule. The privacy of contract rule had been subjected to more criticism than any other rule in English law. In summary, the rule was that a contract did not confer or impose obligations arising under it on any persons except those parties to the contract.”* TWEEDDALE, Andrew. *Arbitration under the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 and Enforcement of an award*. Arbitration International – The Journal of the London Court of International Arbitration – Vol. 27 No. 4. 2011.

Na esfera interna, a natureza convencional/contratual da arbitragem é notória e está consagrada pela Lei¹⁹¹ e pela doutrina.

Utilizando o exemplo da República Federativa do Brasil, o conteúdo deste contrato está parcialmente estabelecido por uma Lei especial, a Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307, de 23 de Setembro de 1996), que estabelece, além das condições formais mínimas para o procedimento (admissibilidade, requisitos, procedimentos obrigatórios, etc.), qual o conteúdo mínimo exigível material que deve constar da cláusula de arbitragem.

Em geral esta mesma natureza vem expressamente retratada na esmagadora maioria das Leis de arbitragem, sendo ainda expressa na Lei Modelo da UNCITRAL¹⁹².

A arbitragem é, afinal, e em parte, um contrato dentro de outro contrato, ao qual está ligado apenas porque é da relação material deste segundo acordo que resulta, normalmente, o seu objeto: a resolução de qualquer disputa que, eventualmente, venha a surgir da relação material entre as partes.

A mesma premissa se aplica, também, na esfera transnacional e na atual proposta de sistema internacional de arbitragem.

Como vimos anteriormente, não apenas na esfera interna a construção do instituto se baseia, essencialmente, nessa sua natureza convencional. Também as construções de sistema de arbitragem transnacional se baseiam nesta sua natureza contratual¹⁹³.

¹⁹¹ Normalmente, as Leis de arbitragem dos diferentes dispõem expressamente neste sentido. A título de exemplo, podemos apresentar as disposições da Lei brasileira, que expressamente dispõe dessa forma: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (...) 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.” BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1996. Seção 1, Página 18897. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 17 out. 2014.

¹⁹² UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985. With amendments as adopted in 2006.* Nova Iorque: Nações Unidas. 2008. 56 p. Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>. Acesso em: 30 out. 2014.

¹⁹³ Acima, Cf. 2 e 7.2.

Em termos hermenêuticos, e quanto ao enquadramento jurídico deste contrato no sistema estabelecido pelo ordenamento, deve ser dito que, em primeiro lugar, e na ordem interna, a arbitragem será regulada pela legislação especial que se lhe aplica. Na esfera transnacional, por sua vez, a arbitragem também será regulada por essa legislação interna que as partes admitam como aplicável, por um lado; mas a principal fonte normativa será esse corpo de normas ético-jurídicas, de caráter transnacional, que se deverão aplicar e ser referência de legitimidade para as normas internas aplicáveis.

Essa conclusão decorre da própria noção de sistema e suas implicações, em que as normas específicas da arbitragem estarão vinculadas ao enquadramento geral estabelecido pelo legislador, na esfera interna, e pelos sujeitos de direito transnacional, na esfera internacional. A hermenêutica jurídica nos conduz à conclusão de que é a norma inferior que se deve adaptar aos princípios, e não o contrário.

No caso da arbitragem isso significa dizer que, na esfera interna, a legislação específica acerca da arbitragem se deve submeter aos princípios constitucionais e transnacionais; e na esfera internacional, pelas normas ético-jurídicas aplicáveis a esse espaço.

Esta conclusão traz sérias implicações na forma como se tem vindo a entender a arbitragem. Aquilo que estamos a concluir é que a arbitragem não pode ser um reduto absoluto da autonomia da vontade das partes. Como se a arbitragem fosse um sinónimo irredutível de autonomia privada.

Como temos vindo a verificar, essa noção é, hoje, inaceitável, por duas razões: em primeiro lugar, pela natureza jurisdicional do instituto, a que já nos referimos. Mas também, e em segundo lugar, pela própria natureza convencional da arbitragem, e pela progressiva relativização da autonomia das partes, nesses acordos.

A arbitragem, enquanto forma de resolução de litígios firmado entre privados, sugere a ocorrência de um processo controlado pelas partes, e é assim que vem sendo entendido pela doutrina. No entanto, as construções do direito civil acerca do princípio da autonomia da vontade concluem por uma progressiva relativização

desse instituto, e a arbitragem, na medida em que dele decorre, (ainda que parcialmente) não pode ficar imune a este fenômeno¹⁹⁴.

O instituto, enquanto contrato, não mais corresponde, apenas, à capacidade de autodeterminação das partes celebrantes, de acordo com a sua autonomia. Pelo contrário, ela tem implicações reais na esfera de terceiros e, por isso, está necessariamente ligada à sua função social. De alguma forma, a arbitragem terá de levar em conta as suas consequências, e, acima de tudo, a relação deste contrato com as posições subjetivas daqueles que serão afetados pelo laudo arbitral.

Esta é uma tarefa gigantesca, ainda mais quando pensamos que a arbitragem não é apenas um fenômeno doméstico, mas internacional. Se é relativamente mais fácil encontrar e definir esses terceiros afetados pela relação contratual, nas arbitragens domésticas, na esfera internacional essa dificuldade é imensamente maior.

No entanto, por muito difícil que seja a tarefa, a conclusão não pode ser outra que não a afirmação de que as arbitragens (com total certeza, no caso daqueles procedimentos vinculados ao ordenamento jurídico brasileiro¹⁹⁵) são ordenadas pelo princípio da Função Social do contrato.

Em consequência, fica claro que, aos terceiros afetados pela execução da arbitragem, tem o direito de agir para defender a sua posição jurídica. Mais do que isso, as partes devem alterar o seu padrão de conduta, agindo de acordo com a sua vontade, é certo, mas dentro dos parâmetros de convivência do ordenamento jurídico e da sociedade. Na verdade, esse princípio implica a subalternização, proporcional e limitada, do interesse das partes em favor do interesse da sociedade.

Em favor, do conteúdo ético normativo a que nos temos vindo a referir¹⁹⁶.

¹⁹⁴ A este propósito documenta Lauro Gama Jr.: *“Grau alerta para o fato de que o contrato não é um instituto único, mas um feixe de institutos, como a propriedade, havendo tantos paradigmas quantas as espécies contratuais existentes. (v.g., contratos de internacionais, contratos de trabalho e contratos celebrados com consumidores). Na sua visão, a “crise do contrato” e a “necessidade de um novo paradigma” derivam do discurso desenvolvido a partir da teoria clássica do contrato, cujo esgotamento, segundo autores como o italiano Guido Alpa, resultou na “morte do contrato” e na emergência da necessidade de proceder à análise dos interesses concretos expressos no acordo entre as partes, conduzida não segundo o método formal, mas através do exame dos interesses substanciais envolvidos (...)”*. GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pág. 170.

¹⁹⁵ Sem prejuízo de conclusões similares em outros ordenamentos jurídicos estrangeiros.

¹⁹⁶ *“As ideias expostas neste capítulo exprimem algumas das mutações específicas experimentadas pela teoria geral do direito internacional privado e do direito civil – em particular, a dos contratos -, num mundo cujo horizonte jurídico despega-se progressivamente do positivismo normativo. As concepções jurídicas aqui apresentadas acham-se em sintonia com as ideias pós-positivistas que, atacando a lógica (e a justiça) formal características do positivismo jurídico, pregam,*

7.3 Arbitragem, dupla função e consequências sociais

A resolução dos litígios corresponde ao interesse imediato das partes, e é por isso que, desde sempre, as partes encontraram formas privadas de administração da justiça.

A construção de instituições mais fortes e reguladas pelo Direito, começada com o movimento iluminista, e que dura até os dias de hoje, foi enfraquecendo o papel de autodeterminação dos privados na composição dos seus litígios. O Estado passa a ser, definitivamente, a entidade depositária do monopólio da força.

Desde esse momento podemos atribuir ao Estado, exclusivamente, o poder/dever de assegurar a todos os jurisdicionados o acesso à justiça. É ao Estado, com exclusividade, quem cabe a tarefa de administrar a justiça, estando os privados desautorizados, em princípio, a administrar os litígios entre si; pelo menos pretendendo que essa resolução, de natureza convencional, tenha efeitos no mundo jurídico¹⁹⁷. Essa ainda é a regra, como vimos acima¹⁹⁸.

Podemos afirmar que existe, reconhecidamente, um interesse do Estado em administrar a justiça; em especial no ordenamento jurídico contemporâneo em que valores como o da igualdade e da justiça social são tão importantes.

A verdade é que essa evolução, dos ordenamentos jurídicos liberais do séc. XIX, para os ordenamentos jurídicos contemporâneos, representou uma desejável complexificação do sistema. Apenas dessa forma o ordenamento foi capaz de oferecer respostas mais sofisticadas aos problemas e questionamentos apresentados pela sociedade.

entre outros, “o retorno aos sentimentos”, a inclusão moral e da teoria da argumentação base da razão e valoração jurídica, como meio de alcançar uma justiça material mais adequada ao caso concreto.”. GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar 2006. Pág. 174-175.

¹⁹⁷A esse propósito, parece ser interessante referenciar a reflexão de Oliveira Ascensão acerca da diferença entre os acordos com efeitos jurídicos, e aquelas convenções estabelecidas sem que se pretendam esses efeitos, que o Autor denomina como “acordos de cavalheiros. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Teoria Geral. Ações e factos jurídicos*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Vol. II. Pág.90.

¹⁹⁸Acima, Cf. 6. e 7.1.1.

No que toca à questão do acesso à justiça, essa complexificação representou a noção de que o acesso à justiça teria de ser assegurado a todos os cidadãos, não apenas através da criação de estruturas físicas e institucionais a que os jurisdicionados pudessem recorrer; mas através de um sistema que assegurasse, em concreto, os valores de imparcialidade e igualdade no tratamento dos cidadãos pelo Estado.

A premissa básica da ideia de igualdade é a de que todos devem ser sujeitos à mesma administração da justiça, aplicada de forma igual. Essa é a única forma de conseguirmos alcançar a igualdade material entre os cidadãos e, conseqüentemente, é a única forma de almejar a pretendida justiça e pacificação social pela resolução do conflito.

Antes, como já dissemos, essa tarefa estava confiada aos privados; não podemos afirmar que assim fosse, mas a verdade é que existe um risco, além do que seria aceitável, de que a parte mais forte saísse beneficiada. O risco justifica a chamada do Estado, enquanto entidade terceira, à resolução do litígio. É o fim da força bruta, substituída pela força reguladora do Direito.

O Estado, enquanto representante da comunidade jurídica, tem, por isso, um interesse direto em participar de qualquer forma de administração da justiça; essa função é umas das mais importantes prerrogativas da noção de soberania do Estado.

Mas é claro que há benefícios em que as partes sejam capazes de se autorregular, de se auto determinar. Isso é interessante e benéfico, especialmente em dias em que a massificação do acesso à justiça traz um sério risco de alterar a qualidade das decisões emanadas pelo sistema estatal.

Este é um fenômeno global que explica, por exemplo, o medo, nos EUA, em que um litígio multibilionário seja submetido, num tribunal estadual, a um júri constituído por determinado número de pessoas aleatoriamente selecionadas. Ou explica também, no Brasil, o pavor das empresas à morosidade do sistema judicial.

A verdade é que, nesse sentido, a arbitragem e outros meios alternativos de resolução de litígio são definitivamente úteis para dar segurança às partes e aumentar a qualidade da administração da justiça. Parece que esse ponto pode ser visto como uma unanimidade, tendo em conta a proliferação de leis, em vários Estados, que autorizam a arbitragem como meio legítimo de resolução de litígios.

A existência de um mundo de relações jurídicas cada vez mais globalizadas traz novos desafios à ideia de Regra de Direito, por um lado, e ao papel dos Estados enquanto entidades centralizadoras do monopólio do uso da força. Nesse sentido, a arbitragem vem desempenhando um papel importante nos espaços de não poder, ou seja, no espaço transnacional.

Através da sua ação é possível assegurar que as relações nessa esfera não se definem pela aplicação de regras de força, mas pela aplicação de normas jurídicas; e por permitirem aos Estados cumprir a sua função de prover o acesso à justiça, através deste eficaz meio de resolução de litígios.

Com os problemas, no entanto, que temos vindo a apontar.

Essa preponderância da natureza convencional da arbitragem, e o tratamento sectária conferido ao instituto (visto como um reduto absoluto de direito privado e da autonomia dos seus participantes) choca, numa época em que se reconhece a interpenetração constante entre os variados ramos de Direito¹⁹⁹.

Não há dúvida de que, no direito contemporâneo, é cada vez mais difícil destringir os interesses envolvidos em cada situação jurídica. O Estado, especialmente, viu muito ampliado o seu feixe de relações e interesses, mas não foi apenas ele; cada vez mais se reconhece que as diferentes situações jurídicas, públicas e privadas, individuais e coletivas, determinadas e difusas, são cada vez menos bilaterais. A emergência de novos ramos de Direito, como os Direitos Humanos ou o Direito Ambiental, entre outros, são exemplo disso mesmo que referimos.

Mais do que isso: é muito difícil conseguir afirmar, claramente, qual o interesse que prepondera nas mais diferentes situações. A verdade é que nos encontramos numa zona cinzenta, em que é muito difícil determinar claramente os lados, os interesses.

A administração da justiça e a garantia de acesso à resolução administrada dos litígios precisa de ser vista, cada vez mais, como uma atividade de tutela coletiva democrática.

Na arbitragem essa insuficiência fica muito evidente, pela pouca preponderância atribuída à sua função jurisdicional.

¹⁹⁹Acima, Cf. 1.1.4.

Não há dúvida de que uma parte fundamental dos interesses presentes na resolução do litígio diz respeito às partes. Isso é inegável, e a doutrina vem apontando esse fato com bastante mestria.

De fato, na maior parte das arbitragens estaremos a falar apenas disso: tutela direta dos interesses das partes. No entanto, a ideia de Acesso à Justiça e Tutela Jurisdicional obrigam a que se abranjam, igualmente, aquelas situações marginais em que a necessidade de tutela coletiva se acentua com mais clareza.

Esses casos marginais são a tal zona cinzenta em que convivem os interesses diretos e indiretos da sociedade (das partes, dos Estados e dos terceiros em relação ao litígio), a que nos referimos.

Reconhecer a importância da natureza jurisdicional da arbitragem é, afinal, reconhecer a necessidade que a arbitragem seja um meio de jurisdição completo, apto a dar uma resposta à comunidade, nacional e transnacional, à qual deve servir. Aquilo que, de forma mais genérica, referimos quando relatamos a natureza jurídico-política do princípio do acesso à justiça, e da sua relação com a ideia de força qualificada; e quando nos esforçamos por enquadrar a arbitragem, nas instituições e na medida da sua necessidade: enquanto ferramenta essencial da construção do Direito Global.

No fundo, exercer com a maior amplitude possível a sua função de instrumento de acesso à justiça e ao Direito, de acordo com o princípio democrático.

7.3.1 Arbitragem e democracia

O que devemos concluir é que a arbitragem deverá estar sempre relacionada com o princípio democrático, pela sua função de instituto destinado a efetivar a tutela jurisdicional coletiva e a composição de litígios.

O princípio democrático decorre da ideia de que a titularidade do poder político reside no povo, ou seja, na comunidade jurídico-política. Mais do que isso: toda a ação da entidade política onde se concentra esse poder, em regra os Estados, devem direcionar a sua ação ao atendimento dos interesses da comunidade que representam. Isso ocorre, também, no que toca às formas de administração da justiça e de acesso à justiça.

No caso da arbitragem, ambas as suas funções, convencionais e jurisdicionais, devem estar ao serviço da comunidade jurídica, interna e transnacional.

No que toca à função jurisdicional, e apesar da natureza eminentemente privada do litígio, não há dúvida de que os Estados, seja na esfera interna, seja na esfera transnacional, têm um interesse direto, desde logo, em assegurar que o acesso à justiça se faça de uma forma que garanta a pacificação social.

Relacionado a este tema, o papel do árbitro ganha uma especial importância²⁰⁰. Sendo certo que o árbitro não é juiz, e que tem a jurisdição limitada ao estabelecido na cláusula compromissória/compromisso arbitral, o árbitro está ao serviço da justiça e da pacificação social, pelo que é sua função assegurar o cumprimento e respeito ao ordenamento jurídico da sociedade.

Quanto à sua natureza convencional, enquanto contrato *sui generis* pelo seu objeto absolutamente distinto, o princípio da democracia se reflete na obrigação de enquadramento social do contrato de arbitragem.

As normas (ético-jurídicas) de hoje refletem, com clareza, a função instrumental do contrato em relação aos interesses da sociedade. Não são apenas os interesses das partes que definem o contrato; deve ser tida em conta a função social pretendida com esse instrumento, e a convenção de arbitragem não pode fugir a essa regra

O princípio da democracia, ao estabelecer uma obrigação correlacionada de tutela coletiva, acesso à justiça, administração dos litígios e pacificação social obriga que sejam levados em conta os interesses de privados que, sendo terceiros em relação à arbitragem, sejam por ela afetados; devem ser, também, levados em conta os interesses do Estado²⁰¹, seja atuando na defesa e prossecução de políticas públicas, seja atuando na defesa de direitos difusos.

²⁰⁰“*Para se assumir e realizar esse direito, vimo como é indispensável o juiz. Por isso mesmo é eminente a sua tarefa e nobre o papel que dele se espera. E a sua uma responsabilidade ética de projecção comunitária.*”. NEVES, Castanheira. Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” - Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Vol. LXXIV, p. 1-44, 1998.

²⁰¹Optamos por denominar estes interesses do Estado como indiretos, em contraposição com o interesse direto que caracterizamos acerca da garantia do acesso à justiça.

O princípio da democracia é, assim, um valor essencial para compreendermos melhor a definição das funções que decorrem da dupla natureza da arbitragem, especialmente nas “zonas cinzentas” a que nos referimos.

7.3.2 Composição do conflito de valores e interesses

Essa “zona cinzenta”, a que nos temos vindo a referir, nada mais é do que uma expressão que retrata a existência de um conflito entre direitos e bens juridicamente protegidos.

Estamos perante uma situação típica de colisão entre o bem jurídico da autonomia da vontade e da confidencialidade nas relações privadas, por um lado, e por outro lado o bem da democracia, da transparência e igualdade na administração da justiça, da tutela das posições jurídicas da totalidade dos jurisdicionados e da garantia da paz social. E essa não é uma equação de fácil resolução.

Isso porque, de fato, como enuncia a maioria da doutrina, a arbitragem é, historicamente um instituto de autonomia privada e de autotutela. Esse é o traço genético que melhor a caracteriza. Isso ficou demonstrado na Parte I deste trabalho, onde pudemos constatar que o instituto é, hoje, tratado essencialmente como um reduto da autonomia da vontade das partes²⁰².

O que sugerimos não se deve confundir, de todo, com uma ideia de dirigismo estatal exacerbado, e muito menos de negação da arbitragem. Compreendemos os riscos de que, ao se propor a “democratização da arbitragem”, estejamos a cingir uma parte importante do seu conteúdo, que a prática tem valorizado muito: a capacidade de as partes privadas se auto determinarem, na composição dos seus litígios. Não é isso que propomos, de todo.

Mas, igualmente, não podemos aceitar a atual visão majoritária que trata a arbitragem como uma ilha fora do ordenamento. Em democracia a ideia de uma justiça privada deve ser liminarmente rejeitada; e a atual construção do instituto arbitral, ao desvalorizar uma parte importante do seu conteúdo, a sua função

²⁰² Acima, Cf. 2, 5.2 e 7.1.2.

jurisdicional, corre o risco de acabar sendo, ao invés de um meio de jurisdição, um mero meio de composição privada.

O risco social desta última alternativa é inaceitável, e deve ser rejeitado.

Nos remetemos ao que temos vindo a referir: se a arbitragem é um instituto necessário para a vida social, especialmente na esfera transnacional, devemos entender qual a medida dessa necessidade (na lição de Amartya Sen); sem esquecer, simultaneamente, que as instituições estão, antes de mais, ao serviço da sociedade (como nos ensina Habermas).

O que queremos dizer é que a arbitragem, sendo necessária, deve se adequar ao seu propósito social. Apenas dessa forma seremos capazes de atenuar eventuais distorções que o instituto pode criar, como desigualdade, falta de transparência ou corrupção.

Sendo a arbitragem, além de um contrato, um meio de acesso à justiça, a preocupação com estas questões de igualdade, transparência e combate à corrupção, enquanto valores diretamente decorrentes do princípio da democracia, deve ser onipresente.

Especificamente sobre a questão da desigualdade, as estatísticas de diferentes organizações internacionais demonstram que este índice se tem vindo a acentuar. A desigualdade é, assim, uma evidência que se vem revelando em diferentes aspectos da vida social.

Na esfera da administração da justiça esse avanço da desigualdade vem significando a perda de importância da função jurisdicional estatal, em favor da arbitragem. Em virtude dos muitos benefícios inerentes ao instituto, e que já apontamos anteriormente, o recurso à arbitragem é muito mais frequente. Mas o que não podemos deixar de ressaltar é que um dos critérios mais importantes para essa substituição é a relevância econômica da causa ou, alternativamente, o poder econômico dos interessados.

Uma análise conjugada da atual construção do instituto arbitragem, por um lado, e das estatísticas acerca da crescente desigualdade econômica, nos levam à terrível conclusão de que a arbitragem está servindo, não como um meio amplo e legítimo de acesso à justiça, como deve acontecer numa democracia; mas antes para uma administração injustificadamente segregada da justiça, e esse resultado é, a nosso ver, inaceitável.

Estes pensamentos concluem a nossa leitura do sistema contemporâneo, iniciada na Parte I deste trabalho.

Especialmente na arbitragem internacional, onde as ideias de democracia, comunidade e acesso amplo à função jurisdicional estão mais distantes, esse é um resultado que se tem obtido com frequência, com prejuízo para toda a comunidade internacional.

Apesar de entendermos que a arbitragem é um instituto fundamental para o mundo contemporâneo, pensamos, também, que as sociedades não podem perder o controle do processo jurisdicional. Afinal, como também vimos acima²⁰³, o acesso à justiça é um mecanismo fundamental para garantir uma sociedade mais isonômica e justa.

Ocorre que, de fato, é isso que está acontecendo com a arbitragem. E não podemos deixar de contextualizar, nesta oportunidade, a ideia da confidencialidade da arbitragem à ideia de acesso à justiça numa democracia. Em suma, nos estamos a referir à ideia de transparência na aplicação do Direito, fundamental, por sua vez, para um efetivo Estado de Direito.

Na forma como vem sendo entendida, a ideia de transparência na arbitragem perde-se, em prejuízo da confidencialidade do procedimento. A confidencialidade vem sendo entendida como um procedimento autenticamente envolto num “pano preto”, que sujeita qualquer controle social à exclusiva vontade das partes.

Repare-se que, muitas das vezes, a confidencialidade obsta a que sequer se conheça o início do procedimento. E isso prejudica, sem qualquer dúvida, o papel conciliador e restaurador da paz social do meio de resolução do litígio, da garantia do acesso à justiça.

O que se propõe é dotar a arbitragem de mecanismos que a tornem um instituto ainda mais útil, quanto à sua função social (na perspectiva jurisdicional e contratual). Ou seja, que racionalizem a sua natureza convencional, por um lado; e que confira uma relevância mais apropriada à natureza jurisdicional do instituto.

É preciso que a arbitragem se torne uma parte do sistema global e que deixe de ser uma ilha de individualismo das partes. Elas têm o dever de cumprir as suas obrigações enquanto membros da comunidade, inclusive sacrificando a confidencialidade do processo.

²⁰³ Acima, Cf. 3, 4 e 5.4.

As decisões têm de estar sujeitas ao controlo da sociedade, interna e transnacional/internacional, não sendo suficiente o mero cumprimento da decisão. Se esse controlo é mais fácil, na esfera interna, na esfera internacional ele se torna significativamente mais difícil, como já referimos neste trabalho.

O que deve ser feito é tornar possível tanto o controlo, como a participação da coletividade no processamento da arbitragem. Assim se permitirá que, tanto o procedimento como a decisão prolatada, estejam conformes às exigências de tutela coletiva, interna e internacional. Nesse quesito os árbitros têm o dever fundamental de agir como se juízes fossem; assegurando que esse controlo e participação respeitem, por outro lado, certos limites que possibilitem a salvaguarda simultânea da tutela jurisdicional coletiva e dos interesses e posições jurídicas legítimas das partes.

Sabemos que o que propomos é difícil. Isso é indiscutível. Mas, em nome do sistema democrático, é nossa convicção profunda de que a arbitragem deverá passar por esse processo de redefinição democrática. Na esfera interna esse processo é mais fácil, pela presença mais próxima da comunidade e das suas instituições; mas, na esfera transnacional/internacional essa busca pela integração de funções representa um desafio ainda maior²⁰⁴.

Talvez por ser um desafio maior, dada a distância enorme entre a comunidade e o meio de resolução de litígio, essa necessidade se torne ainda mais evidente. E isso mesmo vem sendo reconhecido pelos próprios operadores, no espaço transnacional. Apresentamos, a título de exemplo, o esforço internacional de compilação de decisões da UNCITRAL²⁰⁵.

²⁰⁴“Apesar disso, também na esfera internacional existem preocupações sobre a garantia do acesso à justiça: A preocupação com o acesso à justiça, entretanto, não é exclusiva do Brasil e da Constituição de 1988, uma vez que há legislação internacional sobre a temática. Isso é verificado, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948, pela Organização das Nações Unidas. O seu artigo X afirma que “toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”. BEDIN, Gabriel de Lima. *O direito de acesso à justiça como concretização dos direitos humanos: garantias no âmbito nacional e internacional*. In: Spengler, Fabiana Marion (Org.). *Acesso à justiça, direitos humanos & mediação*. Curitiba: Multideia, 2013. E-book.

²⁰⁵O prof. Stefan Kroll proferiu uma palestra na faculdade de direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ em 10/09/2013, acerca deste trabalho. No seguinte link pode ser encontrado o trabalho de compilação relativo ao ano de 2012: UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*. Nova Iorque: Nações Unidas. 2012. 242 p. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014.

Um grupo de especialistas em arbitragem decidiu, sob a égide da Organização das Nações Unidas, organizar as decisões proferidas em arbitragens de matéria comercial, de forma a criar segurança na utilização do instituto na esfera transnacional.

Essa compilação de jurisprudência das decisões arbitrais surge como um meio de oferecer maior segurança jurídica ao sistema transnacional de arbitragem. Mas ela faz mais do que isso, ela permite um efetivo controle das decisões proferidas nos diferentes procedimentos, permitindo um ténue controlo social póstumo à decisão.

Esse esforço de compilação é um grão de areia, perante a imensidão daquilo que é necessário fazer; mas não deixa de ser um bom exemplo de onde começar oferecendo uma influência fundamental para as demais instituições de arbitragem internacionais. Afinal, como pudemos verificar, as principais instituições privadas, nos seus regulamentos, negligenciam este aspecto da arbitragem: a sua função jurisdicional e os deveres de publicidade.

O importante é garantir o carácter democrático de todas as formas de administração da justiça, e assegurar que não sofremos um retrocesso civilizacional, em que a racionalidade é substituída pela força física ou econômica, na resolução de disputas. Novamente.

Tendo em conta a função jurisdicional de tutela coletiva e acesso à justiça; bem como a sua função social, enquanto instrumento contratual, fica claro que a defesa da arbitragem é interesse das partes, dos árbitros e da coletividade; e que, consequentemente, todos esses atores devem atuar em conformidade, realizando os objetivos que lhe são impostos pelos seus deveres sociais.

Em termos práticos, nos parece que a concretização dos princípios ordenadores a que nos temos vindo a referir, e que nada mais são do que a concretização axiológica do sistema transnacional/global de arbitragem que mencionamos inicialmente²⁰⁶, se operam, essencialmente, através da interpretação dada ao papel do árbitro e das partes na arbitragem, por um lado; e pelo conteúdo atribuído à ideia de confidencialidade no procedimento arbitral.

Como vimos, no estudo do regime existente de arbitragem internacional, estes valores são, em regra, desconsiderados. A atual concepção dos referidos

²⁰⁶ Acima, Cf. 3. e 4.

instrumentos não abarca, de todo, a referida consideração axiológica. Uma racionalização destes dois instrumentos parece ser uma forma de conseguir uma melhor ponderação entre os valores coletivos e privados, entre as funções convencional e jurisdicional do instituto.

Ao atingir este objetivo estaremos mais próximos de uma melhor administração da justiça e de pacificação social nas esferas interna e transnacional/global.

É com esse intuito que procedemos à análise dos referidos instrumentos, na tentativa de concretizar o sistema de arbitragem transnacional, de acordo com as diretivas de tutela coletiva, democracia e igualdade a que nos vimos referindo.

8 O PAPEL DO ÁRBITRO E O MANDATO DAS PARTES

O papel do árbitro é, no mínimo, *sui generis*; ao mesmo tempo que ele exerce uma tutela jurisdicional comparável à do juiz, ele encontra a limitação do mandato estabelecido pelas partes.

Como é sabido, são as partes que, ao contratar a convenção arbitral e/ou ao estabelecer a cláusula compromissória, deverão definir algumas regras de condução do procedimento.

Assim, as partes estabelecem a Lei aplicável; a língua de direção do procedimento; o número de árbitros; entre tantos outros itens. O próprio poder de nomeação do(s) árbitro(s) encontra-se no arbítrio das partes, que deverão indicar, de entre as pessoas a quem virem melhor capacidade, aquela que servirá de árbitro no caso concreto.

Esta é uma diferença fundamental entre a função de árbitro e de juiz. O juiz é um magistrado público que tem a incumbência de administrar a justiça e resolver as disputas entre as partes. O juiz aplica a lei nacional²⁰⁷, e os seus atos são realizados de acordo com os procedimentos estabelecidos nas leis de processo civil dessa jurisdição.

O juiz é, por isso, a representação física da ideia de tutela coletiva, já anteriormente referida. O juiz tutela o litígio na perspectiva do interesse das partes, que são quem tem um interesse direto²⁰⁸ na sua resolução. Mas o seu mandato não se reduz a isso. O juiz deverá, ainda, atender à necessidade de pacificação social, *latu sensu*. Ou seja, a sua tutela inclui as relações de terceiros que, apesar de estranhos à demanda, tenham interesse indireto na sua resolução. Esse mandato decorre do conteúdo axiológico da ideia de acesso amplo e irrestrito à justiça e à administração da Justiça feita pelo Estado, como vimos.

²⁰⁷ Mesmo a possibilidade de aplicação da lei estrangeira obedece a um comando das normas de conexão estabelecidas pelo legislador.

²⁰⁸ Em conjunto com o Estado que, como também dissemos acima, tem o interesse público direto de administrar todos os litígios e coibir a ação direta dos privados, como é sua obrigação num Estado de Direito.

Nesse sentido, por exemplo, o Código de Processo Civil Brasileiro, como a esmagadora maioria das leis processuais civis ao redor do globo, prevê uma série de hipóteses típicas em que os terceiros são chamados a intervir na demanda²⁰⁹.

Não há o que estranhar. O juiz procura atender aos interesses e às necessidades da justiça. Essa é a sua função principal. Ao contar com a intervenção de terceiros o juiz estará (pelo menos em teoria) se aproximando de uma sentença mais justa, tendo em conta as necessidades, tanto dos interesses das partes, como da mencionada tutela coletiva.

Por isso se conclui que é diferente o papel e a função do árbitro. Como se disse, acima, e de acordo com a doutrina clássica, o árbitro é alguém não instituído em função pública, indicado e sujeito aos regramentos das partes, para compor um litígio circunstancialmente estabelecido entre esses contratantes.

Este último aspecto é absolutamente fundamental. Afinal, na arbitragem, são as partes que decidem aquilo que estará sujeito à análise dos árbitros. Em princípio, e de acordo com a doutrina clássica, os árbitros não podem ir além do que ficou estabelecido pelos litigantes.

Ora, se para o juiz, pelas características e natureza das suas funções, é evidente que tem de haver forma de intervenção de terceiros, para o árbitro, pelo contrário, e de acordo com a doutrina clássica, esses institutos seriam perfeitamente dispensáveis.

A arbitragem se apresenta, assim, como uma construção falha. Como poderemos falar num sistema de acesso à justiça no espaço transnacional/global, onde todas as formas de tutela coletiva da administração da justiça estão vedadas?

8.1 A necessidade de uma nova visão do papel do árbitro

²⁰⁹Vide os artigos 46 a 80 do Código de Processo Civil. A referida norma prevê várias hipóteses de intervenção de terceiros, seja estabelecendo que um terceiro deverá ou poderá ser parte de uma demanda (litisconsórcio facultativo ou necessário); a lei prevê, ainda, de forma expressa, a possibilidade de um terceiro interessado constituir-se assistente, intervindo no processo para que a sentença lhe seja favorável (art. 50). BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Seção 1 - Suplemento, Página 1. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 17 out. 2014.

Feitas estas considerações acerca do papel do árbitro, em comparação a uma posição jurisdicional de funções similares (administração da justiça pelo juiz), é essencial colocar as conclusões obtidas em posição relativa, em confronto com outros valores que também devem ser considerados.

Como já propusemos, acima, a arbitragem não tem uma mera natureza contratual. O papel jurisdicional que os árbitros desempenham vetam, em absoluto, essa visão que não abrange toda a complexidade da análise.

O árbitro não pode ser uma figura prática e sujeita à vontade das partes. O árbitro (e, por consequência, a arbitragem) precisa de ser uma figura enquadrada num contexto de valores e de princípios. O princípio que deve enquadrar a função arbitral é a de Estado de Direito Democrático/Espaço transnacional de Direito Democrático²¹⁰.

Ao “contextualizarmos”, dessa forma, a função jurisdicional do árbitro estamos a dizer que o árbitro não tutela apenas as partes. Estamos a atribuir-lhe um mandato maior, mais complexo e mais profundo.

Não precisamos, sequer, de pensar que deva existir uma norma que o diga expressamente; a mera evocação, na esfera interna e/ou internacional, da ideia de princípios gerais de Direito, enquanto normas ordenadoras básicas da ideia de Direito, já implicam de forma perceptiva o cumprimento de uma série de normas decorrentes desses princípios.

Como ficou claro, especialmente na Parte I, entendemos que o papel do árbitro tem sido concebido de outra forma. Mas entendemos que as exigências do mundo atual, que descrevemos no início deste trabalho, obrigam a que a arbitragem perca um pouco desse seu substrato prático original, e que se adeque um pouco mais ao corpo axiológico e teórico proposto.

Isso implica, sim, numa ampliação das funções e do papel do árbitro. As razões de princípio para isso já foram referidas anteriormente.

O árbitro é alguém instituído numa função jurisdicional, e que deve tutelar não apenas as partes, mas toda a sociedade que deseja a pacificação social oferecida pela composição do litígio. A primeira preocupação do árbitro, como a do juiz, deve ser, por isso, a tutela da justiça do caso concreto; e a segunda, aí sim, a tutela dos interesses das partes no caso concreto.

²¹⁰ Acima, Cf. 3 e 4.

Esta frase, que parece uma mera declaração sem grandes consequências, altera profundamente a natureza da relação arbitral. Essa mudança deve ser encarada com cautela e administrada com cuidado; mas é uma mudança necessária para atender aos valores de democracia, transparência e igualdade no acesso à justiça²¹¹.

8.2 Conteúdo do novo papel do árbitro

O árbitro não é, e nem pode ser, igual ao juiz. Ao falarmos sobre o conteúdo do novo papel que propomos para o árbitro, queremos deixar claro que essa é uma premissa básica do estudo.

A função processual e burocrática do juiz está nos antípodas da função arbitral. O árbitro deve seguir um rito mínimo estabelecido pelo princípio do devido processo legal, mas atendendo à natureza da arbitragem e às suas especificidades de celeridade, informalidade e especialização. Nisso, reiteramos sem reservas o entendimento contemporâneo da doutrina e dos instrumentos já existentes (estudados na Parte I).

O novo papel do árbitro passa, sobretudo, pela concessão de ferramentas que lhe permitam realizar um trabalho mais completo e mais justo. A concessão dessas ferramentas implica, por isso, a extrapolação do mero interesse das partes e, conseqüentemente, a flexibilização do entendimento acerca da natureza do mandato por elas estabelecido.

Talvez seja necessária, no atual momento, uma nova ponderação de valores entre o papel que é tradicionalmente dado ao árbitro, limitado às escolhas e ao mandato outorgado pelas partes; e aquele que corresponde à ideia de um árbitro

²¹¹ É interessante referir, a este propósito norma da Lei de Arbitragem brasileira onde refere, expressamente, que o árbitro deverá ter um estatuto de deveres e responsabilidades análogas ao do juiz: “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.*”. BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1996. Seção 1, Página 18897. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>). Acesso em: 17 out. 2014.

que, sendo diferente do juiz no exercício da sua jurisdição, e preservados os valores inerentes à arbitragem, os relativiza para atender à necessidade de tutela coletiva e de justiça para o caso concreto.

Assim, entendemos que o árbitro passe a ser, como é o juiz, um representante do interesse coletivo no processo arbitral. Para que ocorra essa situação, o mandato decisório estabelecido pelas partes deverá ser relativizado. A nossa opinião é a de que um árbitro mais ativo na procura da composição mais próxima da ideia de justiça material da complexidade de situações jurídicas relacionadas com o caso, é elemento útil e necessário para valorizar o instituto arbitral enquanto forma de resolução de litígios. Como meio de garantia do princípio do acesso à justiça. Ao árbitro, como foi oferecido ao juiz, deve ser dado um papel de atuação oficiosa mais ativa de procura da verdade material dos fatos e de aplicação da melhor solução de direito no caso concreto, tendo em conta não apenas o interesse direto das partes, mas de toda a coletividade.

Por isso acreditamos que seria útil a flexibilização da regra do mandato arbitral, permitindo que, em situações fundamentadas, os árbitros aumentem o mandato conferido pelas partes.

Esta solução poderá parecer chocante, num primeiro momento, em virtude da natureza contratual do instituto; mas, como vimos, por um lado, o conteúdo dos contratos e a autonomia da vontade têm vindo a ser flexibilizados e, por outro, esse lado contratual não esgota a natureza do instituto. E é por essa razão que, na nossa opinião, o árbitro deve ter um poder mais interventivo na condução da demanda, no sentido de possibilitar a oferta de uma solução mais justa e completa para o caso concreto.

Na verdade, a arbitragem não pode ser uma justiça para privilegiados que, sob expressa autorização legal vão requerer, a um privado por si nomeado e que deverá obedecer às regras por si estabelecidas, que componha o caso concreto, levando apenas em consideração os interesses dessas partes. O perigo de lesão ao Estado de Direito, à necessária transparência na administração de justiça e aos terceiros potencialmente relacionados com o litígio é demasiado grande, e não justifica uma concessão tão desproporcional de vantagens a quem pode recorrer ao instituto.

O árbitro deve, por isso, manter uma preocupação com a tutela da sociedade, devendo estar no seu rol de deveres a atuação ativa na cabal efetivação prática

dessa tutela. Desde que, claro, haja um interesse justificado no caso concreto, e que essa decisão seja feita de uma forma fundamentada e, de preferência, tomada de acordo e apelando à adesão das partes diretamente interessadas (quando e se possível, claro).

Parece-nos que este papel do árbitro é complementado pelo dever de boa-fé que as partes devem ter durante o trâmite arbitral. De acordo com esse dever de colaboração com o painel, que decorre do princípio geral da boa-fé, as partes devem, também, mostrar abertura e colaborar para que com o procedimento se obtenha a melhor decisão: a mais justa e que melhor tutele todos os interesses relacionados com a situação jurídica em apreciação.

As partes não estão afastadas da sociedade; nela se inserem. E, por isso, tem o dever objetivo de colaborar na administração da justiça e na obtenção de uma solução justa, ampla e abrangente para o caso concreto. Neste contexto, isso significa permitir que o árbitro desempenhe as funções aqui descritas.

Nas conclusões deste trabalho pretendemos aprofundar essa questão, mas cabe referir, desde já, que hipóteses exemplificativas de ampliação desses deveres dos árbitros seriam, em primeiro lugar, a possibilidade de os árbitros tutelarem o interesse público, através da aplicação de norma de direito público ou de consideração de interesse público quando o Estado atue como parte na arbitragem; e, em segundo lugar, a tutela de interesse de terceiros, direta ou indiretamente interessados na tutela jurisdicional arbitral.

8.3 Novo papel do árbitro e confidencialidade na arbitragem

Esse novo papel do árbitro implica, por outro lado, uma gestão mais ativa da demanda e, também uma maior comunicação com o mundo exterior à relação arbitral.

Ao comunicar com essa massa estranha à relação de partes, o árbitro poderá expor detalhes da situação jurídica em litígio, indo contra o interesse das partes. É por isso que esta solução implica, novamente, uma ponderação de bens jurídicos distinta daquela feita atualmente. Justifica-se que o árbitro, no cumprimento do seu dever de tutelar as situações jurídicas de acordo com os ditames do Direito, no caso

concreto, tenha o poder de abrir o sigilo do caso. Essa é a única forma de comunicar com terceiros ligados ao litígio e, conseqüentemente, de concretizar a proposta apresentada.

Isso é possível, uma vez que o prejuízo desse bem jurídico será compensado pelo ganho de outro que, neste caso tem uma importância mais significativa: a completude do exercício da função jurisdicional da arbitragem. A garantia de aplicação democrática do princípio de acesso à justiça.

Este ponto será desenvolvido no tópico seguinte deste trabalho.

9 A CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM

A confidencialidade do procedimento arbitral tem sido tratada como se fosse mais do que um princípio absoluto; ela quase pode ser comparada a um dogma da doutrina arbitral²¹².

A confidencialidade dos procedimentos está eminentemente ligada a duas características principais da arbitragem: em primeiro lugar, a natureza contratual do instituto.

Já nos referimos várias vezes, acima, a esta característica da arbitragem. De fato, historicamente a arbitragem é caracterizada como um ato de natureza contratual e privada e, assim, estaria protegida pela vontade das partes em manter o procedimento confidencial.

Como é sabido, os atos privados, em regra, terão a publicidade que as partes lhes quiserem outorgar; e assim seria, também, na arbitragem, cujo procedimento teria a publicidade que as partes permitirem.

Em segundo lugar, a confidencialidade da arbitragem se justificaria pela característica de especialidade comercial do tribunal. A especialidade está, normalmente, relacionada com a apresentação de informações sensíveis e segredos comerciais que as partes pretendem salvaguardar, dada a sua vantagem competitiva.

A confidencialidade seria, assim, uma característica distintiva do procedimento, ao permitir às partes, no trâmite arbitral, e ao contrário do que acontece no processo judicial, revelar informações essenciais sem que haja publicidade desses fatos.

Essa faculdade teria, assim, o objetivo de oferecer às partes uma certa segurança de salvaguarda dos seus segredos. Afinal, na arbitragem não é necessário manter o dever de transparência e publicidade exigidos no processo

²¹² No mesmo sentido, *"The concepts of privacy and confidentiality in arbitration are linked. Privacy involves arbitration proceedings being private to the disputing parties and to the tribunal. English law has for a long time accepted and supported the privacy of arbitrations. Thus, in the absence of the agreement of all parties, a common tribunal in linked English arbitrations cannot order the two arbitrations to be heard together, however close the links between the issues and the parties to the two arbitrations. The privacy of arbitration proceedings is generally recognized internationally."*.. CROOKENDEN, Simon. "Who should decide Arbitration confidentiality issues?". *Arbitration International*. Oxford: Oxford University Press. Vol. 25, No. 4, p. 603-614, dez. 2009.

judicial onde, por princípio, os procedimentos e as decisões estão submetidas ao controle das partes e da sociedade.

No entanto, esta confidencialidade do procedimento não deixa de ser relativa. Isto porque as partes, para executarem a decisão arbitral, necessitam da intervenção de um tribunal estatal.

Nesse momento haverá, ainda que parcialmente, uma brecha na confidencialidade do procedimento, uma vez que esse processo de execução de sentença estará sujeito aos mesmos critérios de transparência e de controle social, que já referimos.

Mas e se as partes cumprirem voluntariamente a sentença arbitral? Isso significa que haverá uma resolução de disputa absolutamente secreta, e sem o mínimo controle social?²¹³

Como tutelar, perante atos juridicamente válidos (o pacto de confidencialidade e a sentença arbitral), a sociedade e eventuais terceiros direta ou indiretamente relacionados com a causa?

Afinal, já o mencionamos acima²¹⁴: a arbitragem não pode ser entendida como um procedimento meramente contratual e de natureza privada. Há uma função jurisdicional inerente que, também sobre este aspecto, não poderá ser ignorada.

Em resumo, a pergunta é: será que estamos a fazer a ponderação de bens jurídicos correta, ao valorizarmos como absoluto a confidencialidade do procedimento arbitral, em detrimento do bem jurídico de tutela social que os meios jurisdicionais de resolução de litígios e administração de justiça têm?

9.1 A relativização da confidencialidade do procedimento arbitral tendo em conta a sua natureza contratual

Acerca deste tópico nos remetemos, no essencial, a tudo que já foi dito em tópico anterior²¹⁵, acerca da relativização do princípio da autonomia da vontade.

²¹³ Na hora de cumprir, ou não, a sentença arbitral, é claro que as partes vão sopesar as vantagens e desvantagens de cada uma das hipóteses. Assim, nem essa relativização traz a necessária transparência.

²¹⁴ Acima, Cf.3, 3.1 e seus sub tópicos.

²¹⁵ Acima, Cf. 7.2.1, 7.2.2 e 7.2.3.

Como referimos, a tendência é a de que os institutos da autonomia da vontade e do contrato sejam relativizados. Isto significa dizer que estes institutos não podem mais ser encarados como princípios absolutos, em que os bens jurídicos que representam são fins em si mesmos. Não é, mais, esse o caso.

E se assim é para a cláusula arbitral, o resultado deverá ser equivalente para a questão da confidencialidade do procedimento. Não há razão para que este princípio seja interpretado de forma absoluta e em benefício exclusivo das partes envolvidas²¹⁶.

Tendo em conta que a cláusula de confidencialidade estabelecida entre as partes e entre as partes e os árbitros, também deverá atender à função social de todo o contrato.

Nesse sentido, gostaríamos de reafirmar, novamente, a noção de que, da mesma forma que há um objetivo dever das partes (decorrente do princípio da boa-fé) de colaborar com a função arbitral (como referido acima), também há um dever objetivo das partes de cooperar para a flexibilização da confidencialidade do procedimento.

9.2 A relativização da confidencialidade do procedimento arbitral tendo em conta a especialização do procedimento

Uma questão mais delicada se relaciona com a confidencialidade como forma de proteger a especialização comercial dos procedimentos arbitrais.

A arbitragem é um procedimento caro para as partes e, por isso, é necessário que mantenha alguns atrativos para a sua utilização. De outra forma, naturalmente, é um instituto que acabará em desuso.

²¹⁶ “The question of how to balance the demands for transparency against the need for confidentiality touches on a core issue of arbitral proceedings. It is not easy to determine to what extent the arbitral process should be transparent and where confidentiality, which is generally considered to be one of the basic characteristics of arbitration should prevail.”. KNAHR, Christina/REINISCH, August.. Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration - The Biwater Gauff Compromise. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. Leiden: Koninklijke Brill. Vol. 6, No. 1, p. 97-118, 2007.

Uma das vantagens do procedimento é a sua especialização, ou seja, a possibilidade de oferecer a resolução de uma demanda a pessoas com um determinado nível de conhecimento da indústria em que essas partes participem.

Essa especialização é, por sua vez, potencializada pela possibilidade oferecida às partes de manter o procedimento em sigilo, sob compromisso de confidencialidade.

A confidencialidade dá, assim, segurança às partes para revelarem segredos comerciais, técnicas de produção, enfim, oferece às partes a garantia de que tudo aquilo que for revelado no procedimento não será do conhecimento público. Mantendo-se as suas vantagens competitivas, ou sendo salvaguardada a sua imagem pública.

Estamos, por isso, a tratar de uma diferença fundamental para o processo judicial; estamos a tratar de uma característica da arbitragem que influi, diretamente, na decisão das partes em contratar este meio de resolução de litígios, abrindo mão da possibilidade de recorrer aos meios estatais de composição de disputas.

É compreensível a opção das partes por um procedimento sigiloso; sabemos como o mercado é cada vez mais competitivo, e como o lançamento de um produto ou técnica inovadora pode representar uma vantagem gigantesca para aquele que dela beneficia. A existência de meios de defesa dos segredos comerciais não só é boa, como necessária e, de fato, o processo civil comum não atende suficientemente a esta necessidade²¹⁷.

Sendo esta uma proteção a bens válidos, não pode ser, no entanto, entendida como algo absoluto. No sistema que descrevemos na Parte I, deste trabalho, é assim que ela é entendida.

Pelo contrário, este é um instituto que deve ser utilizado com uma certa parcimónia e gradação. Afinal de contas, deve este instituto proteger, por exemplo, ilegalidades cometidas pelas partes? O propósito das partes em prejudicar um terceiro com interesse na demanda? O propósito das partes para prejudicar algum

²¹⁷Em pesquisas acerca da arbitragem na Noruega (de 1979 e de 2013), foram questionadas empresas do ramo da indústria marítima acerca das razões mais importantes para a escolha da arbitragem, em lugar de outros meios de resolução de litígios. A confidencialidade (*“avoid publicity”*) foi um dos aspetos considerados. Não sendo o aspeto mais importante (a *“legal competence”*, ou seja, a especialização foi considerado o mais importante (1,77)), é um dos mais importantes. Na verdade, comparando os dois estudos, os autores demonstram que a importância da confidencialidade aumentou, para os agentes (passado de 4,64 para 3,54 (numa escala de 1 a 6, em que 1 é a razão mais importante e 6 a menos importante). WIKBORG. *Wikborg Rein Update Shipping Offshore*. Dez/2014. Pág. 28-29.

interesse coletivo, por exemplo, de natureza ambiental, concorrencial, financeiro ou, até mesmo, a própria dignidade da pessoa humana?

Poder-se-á dizer, sobre isso, que talvez haja algum exagero; que se está a sugerir que todos os procedimentos arbitrais seriam uma proteção de eventuais ilegalidades ou irregularidades jurídicas.

Cumprido, então, fazer o necessário esclarecimento: não é de todo disso que se trata no caso concreto. Como já tivemos oportunidade de esclarecer, ao longo deste trabalho, a arbitragem é um meio de resolução de litígio válido e até necessário. Ele responde, especialmente na esfera internacional, a uma demanda de acesso à justiça que não encontra resposta adequada nas estruturas estatais de resolução de litígios.

Não é nossa intenção tratar a arbitragem como se as partes, permanentemente, procurassem o instituto para praticar as suas “maldades”. Não é de todo a nossa intenção.

O nosso objetivo é meramente sistemático. É o de compreender como os valores se devem coordenar e completar, coerentemente; ao contrário do acontece no atual *status quo*, onde esses valores estão insuficiente e desproporcionalmente ponderados. O que negamos é a ideia de um sistema de acesso à justiça que negue o mais elementar controle democrático de administração da justiça. A verdade é que, devido à confidencialidade dos procedimentos, não conhecemos a decisão da esmagadora maioria dos casos de arbitragem. Aqueles que chegam a ter alguma publicidade decorrem da expressa concessão das partes ou da necessidade de execução da sentença. Também é verdade que, infelizmente, nem todos os agentes atuam de boa-fé e utilizam bons institutos para fins lícitos e/ou regulares.

O risco existe, e é concreto, ainda que se limite a um número mínimo de casos. Essa eventualidade, ainda que mínima, é inoportuna, tendo em conta a função da arbitragem enquanto meio de resolução de litígios e de tutela social democrática.

É verdade que em muitas situações o caso se restringe, unicamente, à esfera das partes. Nessa hipótese, toda esta discussão é impertinente; mas não é sobre esses casos que pretendemos falar. Falamos, pelo contrário, dos casos em que essa relativização da confidencialidade seria necessária em virtude de lesão ao interesse público, à legalidade e/ou a interesses de terceiros.

9.3 Um novo entendimento operacional do instituto da confidencialidade na arbitragem

A tarefa reside, então, em encontrar um compromisso sustentável entre o bem da confidencialidade e o bem da tutela social. Reiteramos: como se viu, na primeira parte deste trabalho, esta ponderação inexistente no atual sistema de arbitragem transnacional, e representa uma grave lacuna.

Parece excessivo, tendo em conta o princípio do acesso à justiça e da administração democrática da justiça, erigir a confidencialidade da arbitragem como princípio absoluto. A classificação de documentos, de informações e/ou de segredos comerciais já seria uma forma suficiente de tutelar o razoável interesse das partes em que não se conheçam determinadas informações sensíveis.

Mais uma vez, parece fundamental e crescente o papel do árbitro nesta tarefa. O árbitro deverá ter um papel preponderante a este respeito, desde logo, acerca da classificação dos documentos, devendo, no entanto, tentar obter um acordo mínimo com as partes contratantes.

Pela natureza do instituto, com forte caráter convencional, as partes têm um dever de cooperação com o procedimento e de descoberta da verdade material do litígio. Esse é um dever que decorre do princípio geral da boa-fé. O árbitro deve, assim, e em primeiro lugar, procurar as partes para que, cumprindo o seu dever de cooperação entre si, com o procedimento e com a sociedade, elas cheguem a um acordo acerca das informações que deverão ser abrangidas pelo acordo de confidencialidade.

Ainda assim, pela natureza da função arbitral, os árbitros deverão ter uma opinião acerca do consenso e/ou divergências existentes entre as partes quanto à questão de confidencialidade. Eles deverão, por isso mesmo, e em certas circunstâncias, agir como se juízes fossem, como fiscais da sociedade e da Lei. Isso implica, se necessário, comunicar às autoridades alguma ilegalidade/irregularidade; e/ou notificar terceiros para que auxiliem o tribunal arbitral na tutela da situação jurídica e na obtenção da necessária paz social.

De resto, aqui nos remetemos ao que ficou dito²¹⁸, acima, acerca desse novo papel dos árbitros na arbitragem.

Assim, o árbitro, enquanto terceiro elemento de confiança eleito pelas partes, deverá agir para a integral resolução do litígio, nomeadamente pela execução da tarefa complementar de tutelar a confidencialidade do procedimento, das informações, segredos e outros fatos sensíveis em relação aos interesses de terceiros (privados e/ou públicos). Enquanto aplica a justiça no caso concreto.

Mais do que isso; ao conferir esse instrumento aos árbitros, estaríamos a estruturar um instituto mais ágil e menos dependente da necessidade de ser auxiliado pelo juiz estatal. Conferindo-lhe um papel verdadeiramente jurisdicional, seria possível oferecer à sua apreciação e decisão as questões da confidencialidade do procedimento, criando um relacionamento apropriado com a realidade jurídica relacionada. A vantagem é óbvia, e atende um dos objetivos básicos da arbitragem: conferir uma maior celeridade ao procedimento arbitral, afastando-o de uma noção de processo “kafkiano”.²¹⁹

Como já havíamos antecipado, esse novo papel do árbitro e da construção do instituto da confidencialidade imporiam uma grande renovação à doutrina clássica da arbitragem. E foi isso mesmo que ocorreu, com a regulação positiva sobre este tema da transparência na arbitragem, pela UNCITRAL.

9.3.1 As regras da UNCITRAL para a transparência das arbitragens de investimento

Esta preocupação com a ponderação entre a confidencialidade da arbitragem e a tutela de outros valores (especialmente aqueles de ordem pública e coletiva) já começa, também, a ter os seus reflexos positivos.

²¹⁸ Acima, Cf. 4.

²¹⁹ A esse propósito reconhecemos o mérito da proposta de Crookenden, quando sugere a intervenção dos tribunais estatais, mas apenas como último recurso e em caso de incumprimento de decisão do árbitro determinando que uma parte revele um documento. Aqui, a complexificação do procedimento não é uma opção doutrinária, mas antes uma necessidade prática, de *última ratio*. Parece-nos, assim, que o essencial é manter um procedimento ágil que, ao mesmo tempo, assegure a total função jurisdicional de administração da justiça. CROOKENDEN, Simon. “Who should decide Arbitration confidentiality issues?”. *Arbitration International*. Oxford: Oxford University Press. Vol. 25, No. 4, p. 603-614, dez. 2009.

Este exercício já levou a uma adequação do sistema pela ação voluntária dos Estados. Uma demonstração disso é a recente regulação internacional da UNCITRAL para a transparência das arbitragens de investimento²²⁰.

Essas regras foram aprovadas em julho de 2013, e entraram em vigor em 1 de abril de 2014. Elas pretendem conferir uma maior transparência às arbitragens que envolvam investidores e Estados. O primeiro ponto a referir, sobre este regramento, é o seu objeto limitado. Ela apenas se aplica à arbitragem de investimento (que envolvam Estados) (Article 1).

Este conjunto de regras não deixa de ser interessante por constituir uma primeira alteração relevante à forma como, tradicionalmente, a arbitragem está pensada. Especialmente a arbitragem de investimento que, como veremos, foi construída com base na estrutura da arbitragem tradicional²²¹.

Podemos comparar as adições e/ou modificações propostas, pelo estudo realizado na Parte I deste trabalho²²². Desde logo, o Article 2 e 8, que estabelecem uma obrigação de anúncio público sobre o início do procedimento, logo que haja a notificação da parte ré.

²²⁰ Sobre a importância desta regulação, para as arbitragens de investimento: “*This system has made UNCITRAL’s aim of “ensuring transparency in investor–State arbitration” complex. The reasons for this are twofold. First, because an investor can choose among different sets of arbitration rules, even if one set of rules provided for disclosure of information relating to the proceedings, the investor would be free to choose another alternative proposed in the treaty. The second issue is that, even if the applicable set of rules were to call for or permit transparency, disputing parties generally have the power to modify them or apply them in a way that restricts disclosure. As a consequence, there are only three approaches through which transparency of investor-State disputes can be “ensured.” The first is for States to include provisions directly in their investment treaties, making transparency obligatory. A small but diverse and growing number of countries from around the world use this first approach.⁷ The second is for States to only offer to arbitrate disputes under arbitration rules that require transparency. Until the adoption of the Rules on Transparency, that approach was only a theoretical option, as no set of arbitration rules mandated transparency throughout the arbitration proceedings. The third option is for States to conclude a new treaty to supplement or supplant existing investment treaties and require arbitration pursuant to rules requiring transparency. Now that it has concluded its work on the text of the Rules on Transparency, UNCITRAL is beginning work on that convention.*”. JOHNSON, Lise. *New UNCITRAL Arbitration rules on Transparency: Application, Content and Next Steps*. Nova Iorque: Vale Columbia Center on Sustainable International Investment. Agosto, 2013. 26 p. Disponível em: <http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/UNCITRAL_Rules_on_Transparency_commentary_FINAL1.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2015.

²²¹ Veremos esse ponto, com mais fundamento, abaixo Cf. Parte III. Mas, adiantando, e a esse propósito, vejamos o seguinte trecho: “*The ICSID Arbitration Rules are the only arbitration rules established exclusively for disputes arising between investors and States and in recognition of the fact that resolution of these disputes implicates matters of international law relating to the treatment of investments.¹⁰ Even though their Arbitration Rules rely heavily on arbitral rules established for commercial disputes, the ICSID system nevertheless distinguishes itself in various ways from other mechanisms, including in relation to its approach to transparency.*” JOHNSON, op. cit. pág. 6.

²²² Acima, Cf. 2.3.2.2.

Além do anúncio público, o Article 3 e 7 estabelecem uma série de documentos que deveriam estar disponíveis para consulta do público. O que vai de encontro ao que referimos, acima, sobre a proporcionalidade e papel dos árbitros na disponibilização dos documentos da arbitragem²²³.

O Article 4 traz a possibilidade de que terceiros interessados possam participar no procedimento. Esse terceiro poderá realizar uma petição escrita, manifestando-se acerca do escopo da arbitragem. Não é qualquer terceiro que poderá participar, trazendo a relação de sujeitos que, eventualmente, o possam fazer²²⁴. Sobre esse tema trataremos, com mais rigor, no próximo tópico e na próxima Parte.

O Article 6, por sua vez, traz a obrigação de que as audiências sejam públicas. Esse princípio deverá levar em consideração, também, a salvaguarda das informações sensíveis.

Como fica demonstrado, e como já referimos, comparando com o procedimento inicial as diferenças são enormes. E positivas. Elas descrevem as mudanças e ponderações axiológicas que vimos defendendo ao longo do trabalho.

Essa regulação, no entanto, se demonstra insuficiente. Sendo positiva, o que reafirmamos, ela é insuficiente por limitar o seu escopo à arbitragem de investimento. Tendo em conta tudo o que referimos, nada deveria obstar a que essa (necessária) regulação se estendesse, também, às empresas e à arbitragem comercial.

Sendo interessante, a regulação peca por defeito. Erra ao não reconhecer a complexidade e convergência de atividades; erra ao não reconhecer que uma

²²³ A esse propósito: “Article 3 provides for disclosure of documents submitted to or issued by the tribunal. It establishes three categories of documents: (1) documents that are to be mandatorily and automatically disclosed, (2) documents that are to be mandatorily disclosed once any person requests their disclosure from the tribunal and (3) documents for which the tribunal has discretion regarding whether or not to order disclosure.”. JOHNSON, Lise. *New UNCITRAL Arbitration rules on Transparency: Application, Content and Next Steps*. Nova Iorque: Vale Columbia Center on Sustainable International Investment. . Agosto, 2013. 26 p. Disponível em: < http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/UNCITRAL_Rules_on_Transparency_commentary_FINAL1.pdf >. Acesso em: 01 jun. 2015.

²²⁴ Deverão, ainda, fazer uma expressa manifestação de interesses: “The remainder of Article 4 governs the procedures and considerations relevant to the tribunal’s decision regarding whether or not to permit the amicus submission and how to manage the proceedings in relation to that submission. In contrast to the approach taken in some treaties to be vague on the standards and procedures for making and accepting submissions, the transparency provisions incorporate detailed rules and guidelines. Article 4(2)(c), for instance, provides that potential submitters must disclose information regarding their significant sources of support irrespective of whether such support comes directly or indirectly from a disputing party or whether it was specifically given for preparation of the submission.”. JOHNSON, op. cit. pág. 18.

arbitragem entre privados pode ter mais relevância pública do que uma arbitragem entre um privado e um Estado.

De qualquer forma é uma inovação positiva, um avanço. Um elemento positivo que reforça a construção teórico prática que vimos elaborando, nesta pesquisa.

Reputamos essa mudança de extremamente necessária tendo em conta a evidente necessidade de conciliação da tutela de valores distintos do ordenamento jurídico. Mas, no entanto, subsiste um último tópico a ser reconsiderado: como admitir a participação de terceiros na arbitragem, sendo este um procedimento (na forma como é entendido hoje) de tutela exclusiva das partes?

Aproveitando o regulamento estudado, passamos a aprofundar o tema.

10 A ARBITRAGEM E A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS – OS DEVERES DAS PARTES E A QUESTÃO DA ADESÃO À CLAUSULA COMPROMISSÓRIA/CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Um último ponto a ser visto trata, então, da modificação da forma como deve ser entendida a convenção, *latu sensu*, entre partes definidas, determinando que um litígio ou potenciais litígios venham a ser dirimidos com recurso à arbitragem.

Essa convenção tem uma evidente natureza contratual e, assim, está sujeito às normas gerais de Direito que são aplicáveis a este instituto e que não tenham sido afastadas por disposição especial de eventual Lei de arbitragem aplicável.

O contrato é o instrumento jurídico celebrando entre duas ou mais pessoas, atendidos certos requisitos da vontade, capacidade e outras formalidades que a Lei estabeleça.

O contrato, tendo óbvios efeitos no mundo jurídico, expressos na valoração positiva do princípio da autonomia da vontade, vincula as partes que celebram o pacto às obrigações que, em conjunto e com liberdade, acordaram. Visto nesta perspectiva, a convenção de arbitragem seria um negócio que diria apenas respeito às partes que contrataram essa cláusula.

Como temos vindo a ressaltar, no entanto, a arbitragem tem uma dupla natureza contratual e jurisdicional, o que torna necessário que não atentemos para a relação arbitral como uma mera relação contratual. Essa é uma forma redutora de ver o instituto e limita as soluções e vantagens práticas que ele pode oferecer.

Reiteramos que a arbitragem não se confunde com o processo civil; mas pode, e deve retirar da atividade jurisdicional alguns exemplos e soluções essenciais para que se garanta uma boa administração da justiça.

O alcance do litígio é um desses aspectos em que a relação arbitral guarda notáveis semelhanças com a relação processual, e pode beneficiar da sua experiência e dos seus institutos. Um exemplo óbvio é a possibilidade, oferecida no processo civil, de participação de terceiros no processo civil.

Também é certo, no entanto, que a relação arbitral tem especificidades que, da forma como têm sido entendidas, criam óbvias dificuldades à participação de terceiros. Podemos destacar:

- a) A natureza contratual da relação arbitral, onde as partes do processo são, afinal, as partes que se obrigaram por instrumento específico, a essa tutela jurisdicional.
- b) A determinação do mandato dos árbitros, que na doutrina clássica é aquele estabelecido pelas partes. A participação de terceiros poderá implicar uma apreciação além do estabelecido pelas partes.

Como já adiantamos, acima, entendemos que a presente análise deverá ser enquadrada pelos princípios da função social do contrato, por um lado, e pela necessária tutela coletiva inerente à função arbitral.

Sob essa perspectiva, e tendo em conta o que ficou dito acima acerca do papel do árbitro e da confidencialidade do litígio, parece-nos que, mais uma vez, deve haver um novo entendimento acerca da participação e dos deveres das partes para com o procedimento arbitral, e para com a sociedade.

10.1 A natureza contratual da relação arbitral e os deveres das partes

Da natureza contratual da arbitragem advém uma série de normas gerais aplicáveis aos negócios jurídicos.

Da mesma forma que o instituto é afetado pelas normas gerais de capacidade, erro, coação, ele é afetado pelo dever geral de boa-fé imposto às partes nos seus negócios jurídicos.

Este princípio geral de direito, quando aplicado a contratos, atribui às partes o dever de cooperarem, entre si, para que as obrigações estabelecidas sejam integralmente cumpridas, de acordo com a vontade expressada.

No caso da arbitragem, isso significa que as partes detêm um dever objetivo de cooperação, entre si e para auxiliarem os árbitros na sua função. As partes detêm o dever de cooperar para que haja uma composição do litígio.

Como ficou claro, até aqui, trabalhamos com base num conceito amplo de composição de litígio, abrangendo não apenas o interesse das partes, mas também a necessária tutela coletiva que ele acarreta. Levando isso em conta, como encarar

a questão da boa-fé e o decorrente dever de cooperação entre as partes: ele deve se limitar uma questão procedimental/formalista; ou, pelo contrário, deve se estender ao ponto de que as partes devem cooperar, na mesma perspectiva ampla de que demos conta?

Atualmente, e na forma da doutrina clássica, no entanto, este princípio da boa-fé deve estar limitado ao estabelecimento do mandato conferido aos árbitros e aos procedimentos entre as partes. Os deveres de cooperação das partes se restringem ao mandato arbitral.

Apesar de compreendermos o posicionamento da doutrina clássica, como já informamos, entendemos que a tutela arbitral é, também, uma tutela coletiva e com função social própria. Assim, pensamos que esse dever de boa-fé deve ter duas dimensões, na esfera arbitral: em primeiro lugar, nos deveres de lealdade e cooperação entre as partes, e das partes com os árbitros. Em segundo lugar, a boa-fé se reflete na necessidade de as partes oferecerem soluções e cooperarem para que a sentença tutele, se necessário, todas aquelas situações que, satisfazendo o interesse direto das partes, satisfaçam também a legalidade, a tutela coletiva e a necessidade de paz social.

A boa-fé pode, assim, ser um instrumento interessante para que a arbitragem perca um pouco da sua natureza “egoísta”. Ele pode ser uma excelente forma de caracterizar, ainda que em conteúdo mínimo, os deveres das partes para com a sociedade.

10.2 A determinação do mandato dos árbitros e os deveres das partes

O mandato dos árbitros é estabelecido pelas partes, na própria convenção arbitral. Isso equivale a dizer que são as partes quem irão escolher os fatos que irão ser decididos pelos árbitros.

Isso cria uma situação difícil para os árbitros e para o entendimento da arbitragem enquanto elemento de tutela coletiva e pacificação social. Afinal, se as partes assim não desejarem, o árbitro não poderá apreciar determinados fatos.

Isso dá um poder enorme às partes que afastam, assim, uma justiça material mais adequada ao caso concreto. Elas podem com essa atitude provocar eventuais

terceiros diretamente interessados na resolução do litígio. Lembremos, ainda, que tudo isto é feito confidencialmente, destruindo qualquer esperança de transparência e de controle social e democrático.

A forma de mitigar esta situação seria através da criação de norma imperativa acerca dos poderes das partes que, sem prejuízo de estabelecer o mandato inicial da arbitragem, deveriam agir ativamente para identificar as extensões ao mandato e os terceiros que ajudariam a, no caso concreto, obter uma composição do litígio mais conforme ao ideal de justiça material.

Esse dever não existe, diretamente, na legislação atual sobre o tema, podendo ser inferido, na linha do que temos vindo a fazer, como decorrência dos princípios da Boa-fé e do Acesso à Justiça. A elaboração dessa norma, repetimos, inexistente na regulação atual (com a exceção das normas da ICC, como veremos²²⁵) deveria ser pensada, especialmente para permitir um melhor enquadramento e segurança jurídica na atuação dos terceiros no procedimento arbitral.

Reiteramos a ideia de que esta proposta não só é possível como é desejável, tendo em conta que é inaceitável, num regime democrático, a ideia de uma justiça privada destinada a tutelar as situações jurídicas de partes determinadas, de acordo com as suas regras e com os limites por si estabelecidos. Uma negação da ideia de acesso à justiça e de inserção da arbitragem no sistema, como temos vindo a retratar.

As partes podem gozar desse benefício desde que, em troca, se comprometam a colaborar com a tutela coletiva e com o mais cabal esclarecimento dos fatos. Em suma, desde que se comprometam a trabalhar para obter a melhor solução possível.

Elas deverão, por isso, agir muito além dos seus deveres de boa-fé. Devem aceitar a colaboração do árbitro, num papel de poderes mais aprofundados; e aceitar, igualmente, o dever de colaborar com os interesses coletivos na resolução do litígio, conferindo ao árbitro os necessários poderes para, querendo, aumentar a abrangência do litígio, estendendo-o a terceiros.

²²⁵Acima, Cf. 2.3.1.1. Também, abaixo, Cf. 12.2.1.1.

11 ARBITRAGEM E LEGITIMIDADE

Na primeira parte deste trabalho, identificamos os problemas relacionados com a atual construção sistemática da arbitragem internacional, no atual contexto de vida cada vez mais transnacionalizada.

Ali verificamos que a arbitragem, enquanto meio de governança global é, simultaneamente, tanto exemplo da falência do atual modelo regulatório, pela insuficiência dos seus meios; como exemplo de potencialidade regulatória do Direito Transnacional/Global, sistema capaz de atender às necessidades da vida contemporânea.

Nesse momento destacamos, como sendo o seu principal defeito, que o atual sistema carecia de uma integração axiológica mais profunda. Com isto queríamos dizer que os valores aplicáveis na atual concepção, deveriam ser ponderados com outros, de tutela coletiva, relacionados com a Democracia, o Acesso à Justiça e à administração da justiça em razões de igualdade material entre cidadãos.

O objetivo dessa integração é evidente: uma maior legitimidade do instituto, por um lado; e o seu enquadramento num movimento maior de integração e participação de todos os atores do espaço transnacional de Direito.

11.1 Acesso à justiça e tutela coletiva

Nesta parte do trabalho fizemos o estudo desse conteúdo axiológico, em primeiro lugar. Assim, começamos por elaborar um estudo acerca do princípio no qual a arbitragem está inserida: Acesso à justiça e administração dos litígios.

Esse valor, no entanto, não vem só, sendo parte com as ideias de tutela coletiva, democracia e igualdade (entre outros).

Ali concluímos que, a arbitragem é um elemento estranho e paradoxal à construção do conceito de acesso à justiça: centrada na ideia de monopólio Estatal da jurisdição. Tanto numa perspectiva política, como de uma perspectiva jurídica, o caminho civilizacional coletivo tem sido o da centralização da força coerciva na figura do Estado.

Se é um elemento paradoxal, ele também detém, como vimos os seus méritos. Méritos esses que voltamos a destacar (ponto apresentado na parte I deste trabalho). A arbitragem é um fato, e um fato necessário, perante as exigências do mundo contemporâneo.

Existindo, o instituto deverá, no entanto, se adaptar às exigências do conceito aprofundado. O de acesso à justiça e de negação do uso arbitrário da força. Surge, em suma, a necessidade de enquadrar a arbitragem no sistema.

11.2 A inserção da arbitragem no sistema

Esse exercício, elaborado em segundo lugar, é raro nos estudos acerca da arbitragem. Usualmente, se reconhece apenas a sua praticidade, exaltando-se a sua possibilidade de ser um “sistema fora do sistema”.

Essa questão é brilhantemente enfrentada por Habermas. De fato, a arbitragem é hoje um elemento afastado de qualquer discussão dialética e de controlo social. O que em democracia não é aceitável. Enquadrar a arbitragem no sistema nada mais é do que concretizar a sua inserção numa compreensão sistemática do princípio do acesso à justiça.

A medida dessa inserção é nos dada pelo processo de avaliação de necessidade material, oferecido por Amartya Sen, Utilizando as ferramentas por si sugeridas, seremos capazes de dosar a medida certa entre o direito de autonomia das partes, por um lado; e o enquadramento sistemático no princípio do acesso à justiça determinado por Habermas.

11.3 A dupla natureza da arbitragem: convencional e jurisdicional

Por outras palavras, e em terceiro lugar, trata-se de compreender e sopesar os elementos contratuais e jurisdicionais inerentes ao instituto da arbitragem. Naquela oportunidade destacamos que, ao contrário do que a prática descrita na Parte I sugere, a arbitragem não é um reduto absoluto de autonomia das vontades.

Ainda que esse seja um aspecto fundamental (e óbvio) do instituto, ele não se esgota aí. A arbitragem, pela sua relação com a função de acesso e administração da justiça, é completada pela sua natureza jurisdicional.

Esmiuçando o conteúdo de ambas as vertentes desse instituto complexo, chegamos à conclusão de que nos dois estão presentes os elementos de tutela coletiva que reputamos (nas Partes I e II) como necessários a uma construção completa da arbitragem.

Vimos que isso era natural no aspecto jurisdicional do instituto, onde a inerente ideia de acesso à justiça nos remetia para o estudo geral feito, a esse propósito. Em concreto, esse elemento trouxe a evidência de que, com vista a assegurar a tutela integral do acesso à justiça, os árbitros devem ter uma função de verdadeiro líder do processo. Em todas as suas valências: não apenas na perspectiva das partes (como já ocorre hoje), mas também numa perspectiva do interesse coletivo (em posição similar àquela que o juiz detém, no processo jurisdicional Estatal).

Por outro lado, se constatou, igualmente, que a visão convencional da arbitragem nasceu historicamente ligada à construção formal de autonomia privada. Esse estado de coisas se mantém, fortemente, até hoje, e arbitragem acaba por não ser vista na sua completude. É, antes, entendida pela doutrina como um reduto das partes.

Ainda numa perspectiva convencional, essa conclusão não pode ser aceite. Afinal, foi a própria ideia de autonomia da vontade que evolui, não sendo mais vista dessa forma absoluta. Pelo contrário, hoje se aceita a ideia de que o contrato tem uma função e adequação social. Não são apenas os terceiros que se devem adaptar aos efeitos jurídicos emanados do contrato; também as partes devem agir, objetivamente, para garantir que o objeto e o cumprimento daquele contrato não representam uma lesão à esfera de terceiros (individual ou coletivamente considerados).

Sendo a arbitragem (também) um contrato, não há nenhuma razão para que fique fora desta concepção de autonomia da vontade. E, por essa razão, devem as partes observar deveres objetivos (por exemplo, aqueles decorrentes do princípio da boa-fé) na execução do contrato. Não apenas em defesa mútua; mas na defesa e salvaguarda dos direitos, situações jurídicas e expectativas legítimas de terceiros à relação contratual.

No caso da arbitragem isso significa, por exemplo, que as partes em litígio devem agir objetivamente para defender os terceiros (individual ou coletivamente considerados) daquela disputa. Isso implica, na prática, e a título de exemplo, relaxar a confidencialidade do procedimento.

A concretização destas perspectivas visa assegurar que a arbitragem seja, em suma, um procedimento democrático e que concretiza os valores inicialmente descritos (quando relatamos a natureza jurídico-política da ideia de acesso à justiça).

11.4 Novas ferramentas da arbitragem

Finalmente, passamos a operacionalizar as mudanças propostas. Ou seja, indo ainda mais ao concreto, já propondo modificações ao funcionamento do instituto.

Assim, analisamos três pontos fundamentais: uma nova proposta do papel dos árbitros; uma nova proposta acerca da questão da confidencialidade no procedimento arbitral; e, finalmente, a questão da participação de terceiros.

Pudemos verificar, ainda, a existência de uma regulação importante (Normas de transparência da UNCITRAL) que retrata, positivamente, o legado teórico que desenvolvemos nesta parte. O que demonstra, simultaneamente, a sua factibilidade, por um lado; e a sua pertinência por outro.

No entanto, e como ali referimos, vimos que a limitação, auto imposta, dessa regulação torna o seu objeto insuficiente. E nos diferencia do seu propósito: o nosso objetivo, com estas considerações, é o de estender esta concepção teórica, não apenas à arbitragem de investimento, mas também à arbitragem comercial.

11.5 Uma visão diferente

Afinal, o dever de tutela coletiva, que demonstramos, estende-se pela sua relevância geral. Pela concretização do acesso à justiça, da democracia e da função jurisdicional da arbitragem no espaço transnacional.

Em suma, buscamos oferecer, para os problemas apresentados na Parte I, um conteúdo distinto daquele oferecido pela doutrina clássica.

No esforço de concretizar, ainda mais, o conteúdo dessa perspectiva do direito, passamos a analisar o caso específico da intervenção de terceiros na arbitragem, à luz, tanto do problema que apresentamos, como dos valores e ponderações axiológicas que elaboramos.

Isto posto, na próxima parte do trabalho será analisadas, concretamente, as relações da arbitragem com a tutela das situações jurídicas que lhe são conexas.

Concretizaremos, no fundo, a relação da arbitragem com o acesso à justiça, tutela coletiva e a democracia, com as ferramentas apresentadas, e na perspectiva da participação de terceiros.

12 A QUESTÃO DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NA ARBITRAGEM - A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS E DE SITUAÇÕES JURÍDICAS DE TERCEIROS

Ao longo deste trabalho (Partes I e II) contextualizamos o problema da governança internacional, em geral, e da arbitragem internacional, em particular (expondo e analisando o contexto em que se desenvolve a arbitragem internacional, no mundo contemporâneo); e oferecemos uma alternativa sobre os fundamentos axiológicos essenciais para a compreensão da arbitragem como um sistema de direito transnacional/global.

Mais do que isso: após a análise elaborada acerca da relação entre o instituto da arbitragem e o princípio do acesso à justiça (num contexto de Estado de Direito Democrático), propusemos novos conteúdos práticos do instituto.

Ambas as proposições expostas na Parte II são a concretização, por outro lado, do que concluímos necessário e essencial, para um sistema de arbitragem completo e digno desse nome: um conteúdo axiológico que lhe desse legitimidade. Assim, verificamos em primeiro lugar a inserção sistemática do instituto; e, em seguida, o seu conteúdo operacional alterado.

Como verificamos, isso passa pela modificação do papel dos árbitros; do caráter confidencial da arbitragem, dando-lhe maior transparência; e, finalmente pela extensão da arbitragem à participação de terceiros interessados.

Essas considerações foram fundamentais para que possamos, agora, analisar, sob essa perspectiva, este último ponto.

A escolha deste tema não é, de todo imotivada. De fato, escolhemos aprofundar este aspecto por algumas razões. Em primeiro lugar, pelo seu parco (excepcionalmente) ou total ausência (em regra) de tratamento, na atual regulação.

Como vimos, na Parte I deste trabalho, a atual construção do sistema internacional de arbitragem nada prevê de profundo, a este respeito (com exceção, e de forma insuficiente, do corpo de normas conhecido como *complex arbitrations*, nos termos que veremos abaixo). Esta é uma importante lacuna que deixa a arbitragem absolutamente sujeita à tutela dos interesses das partes.

De fato, todo o instituto está construído nessa premissa: a de que se tutelam apenas os interesses das partes.

Como ali referimos, também, essa é uma inaceitável demonstração de autorregulação dos agentes econômicos que seria apenas desejável se respeitar e representar, simultaneamente, os valores defendidos por toda a sociedade internacional.

Em segundo lugar, selecionamos este tema porque é aquele que guarda uma mais estreita relação com os valores que se associam à ideia de administração e acesso à justiça.

No que toca ao caso específico da arbitragem internacional, enunciamos alguns desses princípios e valores na Parte II deste trabalho, dando ênfase aos pontos mais relevantes para o integral cumprimento dos mandatos da democracia: administração pública da justiça, devido processo legal, aplicação da regra de Direito e igualdade na aplicação das normas jurídicas.

Para a arbitragem, enquanto meio de resolução de litígios e, por isso, meio de administração da justiça, esses valores são absolutamente cruciais e têm de ser observados. A questão da tutela coletiva é essencial num meio de administração de justiça que se desenvolva em ambiente democrático. É ele que permite o controle social da decisão material do caso concreto, por um lado; e que permite, por outro lado, que os terceiros interessados possam tutelar a sua posição que esteja, de alguma forma, relacionada com o litígio.

Na prática, é esta ferramenta da participação de terceiros na arbitragem que nos permite tornar operacional, no sistema de arbitragem transnacional/global/internacional, as ideias de democracia, participação, de tutela coletiva e individual que mencionamos na Parte I e II²²⁶ deste trabalho. Esta ferramenta de participação concretiza, no que toca à arbitragem, uma forma de intervenção de todos os atores do espaço transnacional na vida e na governança deste novo espaço de ausência de poder central.

Ela é, por isso, e além de uma ferramenta de participação, uma ferramenta hábil a assegurar os valores (que deveriam ser) constituintes do sistema de arbitragem transnacional, que vimos na parte II. Com esta ferramenta a arbitragem passa a ser um efetivo e menos fragmentário instrumento de acesso à justiça transnacional. Com este instrumento, a arbitragem passa a desenvolver plenamente

²²⁶Acima, Cf. 3, 4 e 7.3.

as suas funções: aquela que já detém, de tutela das partes; e, ainda, aquela que(defendemos) deve acentuar, a de tutela do coletivo.

Mais do que isso: a participação de terceiros na arbitragem é um efetivo meio de proteção da sociedade contra os males da corrupção, e em favor do aumento da transparência na administração e acesso à justiça. No fundo, e lembrando o que ficou dito na Parte I, deste trabalho: estamos neste momento em condições de reafirmar que, se existe um sistema de arbitragem transnacional, ele carece de legitimidade. A mera existência de regras formais, anteriormente analisadas, não é suficiente. Como também não chega o reconhecimento da decisão, por aqueles que utilizam diretamente o sistema. A legitimidade do instituto vem, especialmente, da sua conformidade axiológica com os princípios inerentes à ideia de Direito e o reconhecimento social da norma.

A participação de terceiros é um instrumento essencial para operacionalizar esse conteúdo e, assim, conferir verdadeira legitimidade ao instituto.

A participação de terceiros é a modificação operacional que dá sentido às outras duas (confidencialidade e participação dos árbitros). Este meio passa a ser inerente e necessário à construção ontológica do instituto.

Vista a importância, prática e axiológica, desta ferramenta, passamos ao seu estudo. A menção da prática, da doutrina e da jurisprudência a este instituto é bastante rara. De fato, como já referimos ao longo deste trabalho, a menção a essa participação apenas ocorre em algumas instituições, e em termos restritos (subordinação à vontade das partes).

No entanto, e ainda que não seja tão extensa como em outros temas do instituto, a doutrina não é omissa acerca deste tema. E é partindo dessa análise doutrinária que prosseguiremos o estudo acerca das formas de participação de terceiros na arbitragem.

Faremos, em primeiro lugar, um estudo detalhado dos posicionamentos doutrinários atualmente existentes. Em segundo lugar, passaremos a estudar a regulamentação específica já estabelecida.

Em seguida, tendo em conta o exposto nas Partes I e II deste trabalho, passaremos a apresentar o nosso entendimento acerca da operacionalização, importância e construção da participação de terceiros na arbitragem transnacional/global/internacional.

Essa análise será feita tendo em conta a natureza da arbitragem em curso, ou seja, se se trata de uma arbitragem comercial, de uma arbitragem comercial em que esteja envolvido um ente estatal ou de uma arbitragem de investimento. Em cada um dos tipos de arbitragem detalharemos uma forma e profundidade distintas da participação de terceiros.

A participação na arbitragem, tendo em conta o género de procedimento em causa, influirá decisivamente na composição e operacionalização da participação dos árbitros, das partes e da questão da confidencialidade no procedimento.

Passamos à referida análise.

12.1 A intervenção de terceiros na arbitragem vista pela doutrina existente

A questão da intervenção e terceiros na arbitragem, como temos vindo a comentar, não é um tópico comum no estudo tradicional do instituto. Como destacamos, nas Partes I e II, a arbitragem vem sendo maioritariamente entendida como um instituto de tutela das partes que nela acordaram.

É a maturação do instituto e do próprio Direito, bem como a riqueza das situações fáticas que a arbitragem vem enfrentando (cada vez mais diversas e cheias de vicissitudes), que tem motivado o alargamento e superação das análises e estudos tradicionalmente feitos.

Quando se alargam as “amostras” (casos), também nascem novos “problemas”, distintos dos anteriores, e que exigem novas soluções. Recordando a lição de Amartya Sen, citada na parte II²²⁷, o que os novos problemas obrigam é a adequar os direitos às necessidades dos atores dessa nova situação jurídica (partes, árbitros e terceiros), submetida à arbitragem.

Naturalmente que, sendo esta uma questão cada vez mais importante, a doutrina já a tenha documentado e analisado. A análise vem sendo feita sob uma ótica tradicional e como exceção à lógica do sistema.

A participação de terceiros na arbitragem surge, assim, como uma “nova fronteira” no estudo desta matéria, surgida, especialmente de duas situações. Em

²²⁷Acima, Cf.6.2 e 6.3.

primeiro lugar na arbitragem comercial, relacionada com a legitimidade da participação de sociedades do mesmo grupo econômico no procedimento arbitral, ainda que não tenham sido partes na convenção de arbitragem.

Surge, também, e em segundo lugar, na arbitragem de investimento a questão da participação de terceiros, tendo em conta eventuais consequências na esfera dos jurisdicionados. Neste caso, e ao contrário da arbitragem comercial, esta participação tem sido encarada como uma necessidade mais premente, para o desenvolvimento do instituto.

Passamos a detalhar cada um dos casos mencionados e a forma como vêm sendo entendidos: à luz do conceito de *complex arbitrations*.

12.1.1 O conceito de *Complex Arbitrations*

A questão de intervenção de terceiros na arbitragem comercial tem sido colocada dentro de um conceito mais abrangente referido: as *Complex Arbitrations*.

Este conceito abrange, além da participação de terceiros, e principalmente, o tratamento de situações de disputas múltiplas entre as mesmas partes, arbitragens paralelas e consolidação de disputas numa única arbitragem (ainda que surgidas a partir de contratos distintos²²⁸).

Note-se como o conceito pode variar, de acordo com o ponto de análise. Neste trabalho o estudo acerca das *complex arbitration* focará na forma de

²²⁸ Acerca do conceito: “Where a dispute arises that involves more than two parties, a series of contract and multiple issues, it may happen that the plaintiffs or potential plaintiffs are not in a position to bring the various desired defendants to one single proceeding. The same problem is encountered when a claimant or defendant wishes to add to the proceedings another party to the economic transaction. Such will be the case for example, if out of the three contracts forming a contractual chain, one includes an arbitration clause and the two others include clauses giving jurisdiction to different courts; or alternatively, if the three contracts contain different clauses (different institutions or different seats); or if a plaintiff wishes to join as an additional defendant or claimant in the arbitration a subsidiary of the defendant’s or claimant’s group that has not formally signed the contract containing the arbitration clause but has played a leading role in the conclusion and performance of the disputed project.”. HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*. Google. Pág. 163 e 164. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=MoimJW-szczC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

participação de terceiros na arbitragem. Uma mudança em relação à formulação tradicional do instituto.

Isso porque, como é sabido, e na perspectiva da doutrina tradicional, a cláusula de arbitragem é construída sobre termos muito estritos. A competência do tribunal diz respeito a um certo objeto; e a determinadas partes. Não é sequer uma questão de esgotamento de competência nestes caracteres: trata-se de estar proibido de ir além disso²²⁹.

O estudo das *complex arbitrations* são, assim, uma grande inovação. A sua sugestão é a de que se opere uma extensão efetiva dos sujeitos e/ou do objeto da arbitragem. Repetimos: e isso é uma derrogação da visão tradicional²³⁰.

Mas, claro, essa derrogação não é completa. Pelo contrário. Ela é propositadamente reduzida a alguns temas e sujeitos que tenham conexão estreita com a arbitragem.

Veja-se que não estamos, sequer, a falar acerca dos mesmos terceiros deste estudo. No caso das *complex arbitrations*, os terceiros não são todo e qualquer interessado. Pelo contrário: estamos falando, em primeiro lugar, de partes de contratos relacionados com aquele em que se originou a disputa original; e, em segundo lugar, os terceiros são as subsidiárias e ou afiliadas de uma das partes em disputa.

Reconhecemos, e reafirmamos, que esta construção significa um grande avanço, e permite a emissão de melhores soluções, na arbitragem. Mas é, também e apenas, o mínimo, quando confrontados com o princípio do acesso à justiça, democracia e de uma tutela jurisdicional efetiva (como exposto na Parte II do trabalho)²³¹.

²²⁹“Apenas importa aqui quem pode ser parte de um contrato ou deva ser considerado parte de um contrato, por forma a poder ser admitido ou chamado a intervir como parte própria. O ponto de partida, dada a natureza contratualista da arbitragem, é pois o consentimento da arbitragem. Em princípio não deve ser admitido a intervir num processo arbitral um terceiro que não tenha consentido na arbitragem ou que, razoavelmente, se possa ou deva presumir que não deu o seu consentimento.” BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010. Pág. 195.

²³⁰ Reiterando este ponto, e em comparação com o processo judicial: “A intervenção de terceiros não é nada de novo no processo judicial cível. Mas no processo arbitral conflitua com a natureza contratual da arbitragem. A regra é a de só poder ser parte de uma arbitragem quem a subscreveu”. BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010. Pág. 182.

²³¹Esclarecendo um pouco mais a necessidade de que a arbitragem trate este tema: “Este carácter contratual da arbitragem defronta-se, porém, com as situações em que se trona conveniente resolver definitivamente o litígio, admitindo ou mesmo fazendo intervir terceiros no processo arbitral. Se assim não for, o processo arbitral não se demonstra tão eficaz como o processo judicial civil em

Esta questão, para essa doutrina, pode se reconduzir a cinco questões²³² que, não esgotando o tema, têm grande importância: pode alguém que não é parte intervir no procedimento? Pode alguém que não é parte juntar-se à demanda? Podem as partes apresentar contra demandas, no procedimento? Em que medida é possível consolidar duas disputas relacionadas? Em último lugar, até que ponto existe uma obrigação de trazer todas as partes de um contrato para a disputa?

12.1.1.1 Intervenção de terceiros

Sentimos a necessidade de fazer, aqui, uma diferenciação entre a participação de terceiros para figurar como parte na arbitragem; e a participação de terceiros para tutela de posições jurídicas próprias, naturalmente relacionadas com o procedimento. Esta última questão reconduz-se à primeira pergunta formulada; a primeira diz respeito às demais.

A resposta a estas perguntas passa, essencialmente, por três premissas básicas. Em primeiro lugar, verificar se as partes previram essa situação no acordo de arbitragem formulado. Sendo esta uma questão marginal, é muito duvidoso que tenha acontecido. Por outro lado, em regra, as partes são “alérgicas” à complexificação dos procedimentos; é natural que assim seja, pois uma situação de litígio é normalmente desconfortável.

No entanto, essa participação de terceiros dependerá sempre da autorização das partes: seja previamente, na convenção que estabelece a arbitragem; seja no curso do procedimento, como veremos mais abaixo.

que a intervenção de terceiros é admitida, dentro de certas condições, por disposição legal.”. BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra:Almedina, 2010.Pág. 182.

²³² Enumerando as referidas questões: “*The issue of joinder of parties and claims is na arbitration proceeding is a very broad, multifaceted one. I will focus on five specific aspects: whether a non-party to the arbitration may intervene in the arbitration proceedings (claimant on the one hand, respondent on the other hand) may join a non-party during the arbitration; whether a respondent to the arbitration procedure may file a cross-claim against another respondent in the same arbitration; to what extent it is possible to consolidate two related arbitration proceedings; and finally, whether there is a duty to bring into arbitration proceedings all the parties to the disputed agreement.*” HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*. Google. Pág. 163 e 164. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=MoimJW-sczcC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

Em segundo lugar, cumpre verificar o que dispõe a lei selecionada pelas partes. Verificando essa norma, o tribunal saberá se existe o substrato normativo para a aplicação dessa hipótese.

Finalmente, e em terceiro lugar, a participação dependerá das condições sistemáticas do instituto. Isso significa, na prática, a concretização das suas premissas básicas.

Do que falamos? Em primeiro lugar que as partes são as “donas” do procedimento. Já discorremos largamente sobre esse mesmo tópico; e, também, sobre uma das suas principais consequências, a confidencialidade do procedimento. Essa segunda premissa, que atua em conjunto e decorre da primeira, tornam virtualmente impossível a participação (espontânea e/ou provocada) de um terceiro na arbitragem.

Afinal, porque haveria de consentir na participação de um terceiro com posição contrária à minha, que pode prejudicar a minha demanda e/ou a minha defesa?

Já nos manifestamos, aliás, sobre esse ponto; o problema não é a parte não querer que um terceiro, com posição que lhe é desfavorável, participe no procedimento; o problema é ser essa parte quem tem o poder de decisão sobre isso! Referimos acima que, na nossa opinião, esse é um poder que deve estar na esfera dos árbitros, ainda que em concomitância e colaboração com as partes²³³.

Essa mesma conclusão se pode retirar da explicação doutrinária sobre um caso concreto. Ali, apesar da previsão legal expressa da Lei Suíça (aplicável ao caso, por escolha entre as partes) pela possibilidade da participação de terceiros (uma previsão, de resto, comum, nas leis de processo civil nacionais...), o autor constata que ela não é possível se não tiver o consentimento das partes. Isso porque a inclusão apenas se poderá dar se motivada pelas partes; ou pela impossível vontade espontânea do terceiro. Algo impossível, quando o procedimento é confidencial!²³⁴

²³³ Acima, Cf. 8.

²³⁴ “*Since the arbitration took place in Zurich, Switzerland, reference had to be made to the general procedural rules applicable to court procedure in Switzerland, and more specifically Zurich, but which could be eventually adapted to the nature of the arbitral proceedings, if necessary. In this respect, the tribunal pointed out that in Zurich, there are in principal two procedural ways in which a third person may join a court procedure in general: either upon notice to a third person or by an intervention. With respect to the latter, a distinction is made under Swiss procedural law between a main intervention and a collateral intervention. As a main intervener, the third person obtains a*

De resto, a própria doutrina vem admitindo esta dificuldade. E, se por um lado verifica a existência da figura do *amicus curiae*, como instituto de Direito Norte Americano que ali vem sendo, relativamente, aplicado à arbitragem; por outro lado, admite que na Europa tem havido maior restrição à recepção da figura²³⁵; E isso, repetimos, não nos deve surpreender: decorre da natureza do instituto arbitral e do seu caráter confidencial.

12.1.1.2 As demais situações

A resposta às demais perguntas, sendo importantes para a boa administração da justiça, não corresponde perfeitamente ao objeto do presente trabalho.

Isso porque, como se vê, e sendo formalmente uma forma de intervenção de terceiros, não corresponde a situação similar. Aqui, trata-se de uma hipótese muito mais restrita: a possibilidade de terceiros formais em relação às partes, poderem ou não participar no procedimento.

Nestes casos, na nossa opinião, fica mais clara a necessidade de uma resposta positiva aquelas questões. Seria difícil de conceber que partes em

position of formal party to the procedure with the right to file new claims. As a side intervener, the third person is mainly interested in assisting one of the parties because it has an interest in the outcome of the dispute. The third person notice is the counterpart to a collateral intervention. The difference from the collateral intervention is only that it is not based on the initiative of the third person but on the initiative of the parties on the pending procedure. Therefore, it has procedural effects only if it is accepted by the third person. The party concerned calls upon a third person for assistance in the procedure. As a consequence, and by definition, such third person does not make the third person a formal party to the proceedings. As a further consequence, it is not necessary that such third person be a party to the arbitration agreement. But, on the other hand, the conclusion of an arbitration agreement reflects the intentions of the parties to be subject to private and confidential proceedings that exclude third persons. Therefore, third persons can only be admitted to the arbitration proceedings if all the parties to the proceeding are agreed to this. The arbitral tribunal concluded that no such consent had been given in this case.” . HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*. Google. Pág. 163 e 164. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=MoimJW-sczcC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

²³⁵“*Amicus Curiae constitui uma instituição processual típica do direito norte-americano. (...) A sua intervenção em processos arbitrais tem sido, igualmente, admitida dentro de certas condições nos Estados Unidos da América. Na Europa, porém, esta figura não existe com os contornos e as características do direito norte-americano. Nem tão pouco as ações denominadas nos Estados Unidos, class actions têm a divulgação que possuem neste país, apesar de nalguns países europeus surgirem passos tímidos em direção à sua adopção. Em arbitragem, a aceitação do amicus curiae é, ainda mais difícil nos países do continente europeu, ou seja, nos sistemas romano germânicos, dado o caráter fechado da convenção de arbitragem que é relativa às partes e, em princípio, não a terceiros.*”BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra:Almedina, 2010. Pág. 213.

contratos relacionados não pudessem participar de uma discussão na qual têm interesse direto; ou que alguém que é terceiro, quando deveria ser parte, não possa adquirir esse estatuto no procedimento; ou, finalmente, que contratos e/ou pedidos diretamente relacionados não pudessem ser consolidados numa mesma arbitragem.

A resposta a estas questões só pode ser positiva. De outra forma a arbitragem estaria negando uma das suas principais vantagens: a eficiência do procedimento.

No entanto, vem ressaltando a doutrina que a regra do consentimento continua a ser fundamental²³⁶.

Assim, e antes de mais, a questão do consentimento deve ser analisada para verificar, no caso concreto, se a parte consentiu, expressa ou tacitamente, na contratação do procedimento. Sendo o consentimento expresso não há problema, passando os grandes questionamentos pela natureza das contribuições do terceiro para a celebração do contrato. São, assim, valorizados, por exemplo, o nível de participação do terceiro na elaboração do contrato, ou a ligação econômica do terceiro à relação material²³⁷. É relevante, ainda, o fato de um terceiro integrar o grupo econômico de uma das partes²³⁸.

Ainda sobre a questão do grupo de sociedades, a doutrina²³⁹ identificou alguns elementos que permitam entender, no caso concreto, a vinculação do grupo de empresas à filial que celebrou a arbitragem.

²³⁶“A regra continua a ser: sem o consentimento para a arbitragem, manifestado de forma expressa ou tácita, ela não pode ter lugar. O árbitro não tem outro poder senão o que lhe advém da vontade das partes.”. BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra:Almedina, 2010. Pág. 195.

²³⁷“Uma distinção essencial, como sublinha François-Xavier Train, in *Les contractliés devant le´arbitre du commerce international*, *Bibliothèque de Droit Privé*, LGDJ, 2003, Paris, em saber se os contratos estão ou não unidos entre si numa relação econômica e funcional de dependência.”. BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra:Almedina, 2010. Pág. 196 e 197.

²³⁸ “Somente, caso a caso, é por conseguinte possível concluir se uma parte não signatária pode ou deve ser considerada parte num processo arbitral, examinando detidamente todos os fatos e circunstâncias da sua intervenção no contrato, seja porque participou na negociação, celebração ou execução e, eventualmente, na sua cessação, seja porque o efeito econômico do contrato e da sua execução lhe interessa, e ainda assim, em que medida efetivamente lhe interessa. O fato de o terceiro integrar, como uma das partes signatárias, um grupo de sociedades pode ser importante, sem bem que não seja um elemento essencial ou decisivo. Poderá existir um grupo de sociedades e nem por isso todas ou algumas das sociedades do grupo devam ser consideradas partes num processo arbitral, tal como pode suceder que um terceiro não signatário possa ou deva ser considerado parte, apesar de não integrar qualquer grupo de sociedades.”. BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra:Almedina, 2010. Pág. 196.

²³⁹ “Alguma jurisprudência tem presumido, obviamente susceptível de ilusão, que a assinatura da sociedade mãe vincula, em regra, uma sua filial, mas tem requerido, complementarmente, que a filial tenha participado na negociação ou execução do contrato sob arbitragem. Bernard Hanotiau, na

Se parte da jurisprudência e doutrina identifica imediata ligação, pela existência de grupo econômico, outra parte entende pela necessidade de que se verifiquem no caso concreto, alguns elementos: a parte ter sido razoavelmente convencida de que tratava com o grupo econômico; e o fato de que todas as sociedades envolvidas sejam titulares de direitos e obrigações do contrato.

Para as entidades estatais, por sua vez, a doutrina chega a solução similar. De novo, a doutrina entende que se deverá verificar, no caso concreto, o nível de relação e dependência da instituição (que participa na arbitragem) em relação aos comandos dos Estados²⁴⁰. No entanto, e apesar desta conclusão, um outro fator mais evidente deve ser utilizado: a constatação de que o ente estatal detém personalidade jurídica própria, distinta do Estado²⁴¹.

Uma outra possibilidade de intervenção de terceiros como parte principal da arbitragem, relacionada com as relatadas anteriormente, seria a desconsideração da personalidade jurídica para inclusão do sócio. Tanto a doutrina como a jurisprudência se têm posicionado favoravelmente a essa possibilidade. Ainda assim, para que se verifique no caso concreto, deverá o caso representar um exemplo

obra citada, indica outros elementos que, igualmente, são relevantes na decisão de alargar a convenção de arbitragem a partes não signatárias, tais como: - O facto de a contraparte ter sido razoavelmente convencida, pela actuação da parte contrária e de outras sociedades do grupo, que celebrou o contrato com o grupo de sociedades como um todo sem ter em conta que sociedades estariam, efetivamente, envolvidas na sua execução; ou - O facto de todas as sociedades envolvidas serem titulares dos direitos e obrigações da relação contratual.”. BARROCAS, Manuel Pereira. Manual de Arbitragem. Coimbra:Almedina, 2010. Pág. 198.

²⁴⁰ “Os casos jurisprudenciais, na arbitragem internacional, paradigmáticos apontam, contudo, para os seguintes fatores indiciários de vinculação do Estado pelos atos praticados por entidades do sector público estatal que podem determinar que o Estado possa ou deva ser parte em processos arbitrais, quer como demandado (hipótese mais corrente), que como demandante, apesar de não ter subscrito qualquer convenção de arbitragem: (i) Natureza meramente instrumental das políticas do Estado (não signatário) executadas pela entidade do sector público signatárias da convenção de arbitragem; (ii) dependência funcional do Estado por parte da entidade signatária, no que respeita à tomada de decisões, designadamente necessidade de obtenção de autorização prévia dada pelos órgãos do Estado para que pudesse ser celebrado o contrato; (iii) grau de importância da intervenção dos órgãos do Estado na negociação e na execução do contrato principal celebrado; (iv) razoável representação na formação da vontade da contraparte sobre o papel do Estado, motivada pelo modo de intervenção deste no processo negocial, na sua execução e/ou na cessação do contrato; (v) importância para o Estado, no domínio da sua política geral ou setorial, dos interesses que o contrato sob arbitragem visa prosseguir. Trata-se de fatores indiciários, certamente, entre outros, que puderem ser cumulativamente utilizados para uma possível conclusão sobre a legitimidade de intervenção do Estado no processo arbitral como co-parte da entidade signatária do sector público. ”. BARROCAS, Manuel Pereira. Manual de Arbitragem. Coimbra:Almedina, 2010. Pág. 209 e 210.

²⁴¹ “Efetivamente, tem se entendido que se aceita em certos casos, que o Estado e a entidade do sector público possam ser, efetivamente, consideradas como parte única. Mas, isso não será o caso se a lei reguladora da entidade do sector público em questão lhe confere o estatuto de uma sociedade nacional com personalidade jurídica própria. Esta conclusão, conjugada com outras disposições que demonstram a autonomia da sociedade, assinala a sua independência jurídica e justifica o facto de a convenção de arbitragem não ter sido assinada pelo Estado.”. BARROCAS, Manuel Pereira. Manual de Arbitragem. Coimbra:Almedina, 2010. Pág. 211.

concreto de negação de justiça material²⁴², continuando ambas as fontes a ser bastante conservadoras e cautelosas, na análise desses casos.

Finalmente, a questão da consolidação de várias relações contratuais numa única arbitragem já não diz respeito a uma hipótese de intervenção de terceiros, sendo relevante, apenas, por se inserir no escopo do conceito de *complex arbitration*. Por essa razão deixaremos de nos aprofundar sobre o tema, referindo apenas que a doutrina vem aceitando essa possibilidade.²⁴³

12.2 As regras já existentes sobre participação de terceiros

Como mencionado, na Parte I deste trabalho, é flagrante a omissão, nos mais importantes regulamentos de arbitragem, de disposições acerca da participação de terceiros no procedimento.

12.2.1 As regras de arbitragem

Na Parte I elaboramos um estudo acerca das disposições dos principais regulamentos de arbitragem da esfera transnacional.

Em seguida voltaremos a falar de alguns desses regulamentos, mas apenas brevemente, e para especifica as suas disposições relevantes acerca deste tema das *complex arbitrations*.

²⁴² “Para além das referências feitas supra sobre esta doutrina, a desconsideração da personalidade jurídica só tem, pratica, sido julgada relevante nos casos de negócios fraudulentos, abuso de direitos ou de violação das normas próprias do mandato. Nesses casos, segundo Bernard Hanotiau, na obra citada, as ações arbitrais devem ser movidas contra os acionistas sócios e não contra a sociedade, pois é nisso, em essência, que consiste a desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade. Essa conclusão não invalida, porém, em nossa opinião, a possibilidade de a ação ser, simultaneamente, intentada contra a sociedade e os seus acionistas.”. BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra:Almedina, 2010. Pág. 204.

²⁴³ “O interesse público da extensão da cláusula arbitral nestes casos funda-se, assim, numa razão de conveniência em julgar em processo arbitral o que as partes acordaram noutro contrato perante a inexistência de razões para decidir de outro modo. Caberá sempre, porém, ao árbitro a decisão sobre a matéria, ouvidas as partes.”. BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra:Almedina, 2010. Pág. 214.

12.2.1.1 ICC

As normas relativas a este tema constam dos artigos 7º a 10º, do regulamento. Elas tratam sobre a integração das partes adicionais (art. 7º), as demandas entre as partes múltiplas (art. 8º), múltiplos contratos (art. 9º) e, finalmente, a consolidação das arbitragens (art. 10º). Aquele que se aplica diretamente à participação de terceiros é o art. 7º; todos os demais artigos tratam de situações que conferem maior complexidade à arbitragem e que poderão, indiretamente, implicar na participação de terceiros no procedimento. Não é, no entanto, uma ocorrência natural.

O art. 7º ²⁴⁴ trata acerca dos requisitos para a integração das partes adicionais à demanda. O primeiro passo é a elaboração de requerimento à Secretaria do ICC. A data de entrega desse requerimento será considerada como a data de início da arbitragem para a parte adicional, ou seja, apenas a partir desse requerimento a parte se submeterá aos procedimentos da arbitragem.

O requerimento referido deverá atender a todos os requisitos gerais aplicáveis ao requerimento de arbitragem (artigos 4º e 6º). Além desses, o requerimento deverá ainda informar a arbitragem existente e o nome de todas as partes (originais e adicional). Neste momento, a parte adicional poderá juntar qualquer documento que julgue apropriado para a resolução da demanda.

²⁴⁴“Artigo 7º *Integração de partes adicionais*. 1 - A parte que desejar integrar uma parte adicional a arbitragem deverá apresentar a Secretaria requerimento de arbitragem contra a parte adicional (“Requerimento de Integração”). A data na qual o Requerimento de Integração for recebido pela Secretaria deverá, para todos os fins, ser considerada como a data de início da arbitragem em relação a parte adicional. Qualquer integração estará sujeita ao disposto nos artigos 6º(3) – 6º(7) e 9º. Nenhuma parte adicional será integrada após a confirmação ou nomeação de qualquer árbitro, a menos que todas as partes, inclusive a parte adicional, estejam de acordo. A Secretaria poderá fixar prazo para a submissão do Requerimento de Integração. 2 - O Requerimento de Integração deverá conter as seguintes informações: a) a referência da arbitragem existente; b) nome ou designação completo, qualificação, endereço e qualquer outro dado para contato de todas as partes, inclusive da parte adicional; e c) a informação especificada no artigo 4º(3) subitens c), d), e) e f). A parte que apresentar um Requerimento de Integração poderá submeter qualquer documento ou informação que considere apropriados ou que possa contribuir para a resolução do litígio de maneira eficiente. 3 - O disposto nos artigos 4º(4) e 4º(5) se aplica, *mutatis mutandis*, ao Requerimento de Integração. 4 - A parte adicional deverá apresentar uma Resposta de acordo, *mutatis mutandis*, com o disposto nos artigos 5º(1) – 5º(4). A parte adicional poderá apresentar demandas contra qualquer outra parte de acordo com o disposto no artigo 8º.”. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Regulamento de arbitragem. Paris: ICC. 2013. 95 p. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution-Services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-PORTUGUESE-version/>>. Acesso em: 30 out. 2014.

Deverá, ainda, se apresentar uma resposta à demanda e observar os requisitos previstos no art. 5º, do Regulamento.

Finalmente, acerca do art. 7º, é fundamental observar que ele estabelece um limite temporal para a formulação do requerimento de parte adicional. Assim, ele apenas poderá ser formulado até à nomeação ou confirmação de qualquer árbitro. Este requerimento apenas volta a ser possível com o acordo expresso de todas as partes (a original e a parte adicional). Prazo especial, e distinto daquele agora enunciado, poderá ser fixado pela Secretaria.

A partir desse momento, e com exceção do disposto no art. 10º, a arbitragem se consolida, e não será mais possível a participação de terceiros no procedimento.

O artigo 8º²⁴⁵ é importante para esclarecer a natureza da participação dos terceiros no procedimento arbitral. Assim, pelo disposto nessa norma sabemos que os terceiros apenas poderão participar no procedimento na qualidade de litigantes, tendo a faculdade de, até à assinatura ou aprovação da Ata de Missão pela Corte, apresentar qualquer demanda contra os demais litigantes.

Assim fica clara a forma de participação prevista no art. 7: a participação do terceiro apenas poderá ocorrer para litigar, e não para auxiliar uma das partes, o próprio tribunal arbitral e/ou exercer a tutela de um direito coletivo e/ou difuso.

Para apresentação da referida demanda, a parte deverá cumprir os requisitos específicos estabelecidos nos artigos 4º, 5º e 6º, do regulamento.

O art. 9º²⁴⁶, por sua vez, muda o seu foco: deixa de tratar das hipóteses de multiplicidade de partes, para passar a tratar da possibilidade multiplicidade de contratos.

²⁴⁵ “Artigo 8º Demandas entre partes múltiplas. 1 - Em uma arbitragem com multiplicidade de partes, qualquer parte poderá formular uma demanda contra qualquer outra parte, sujeita as disposições dos artigos 6º(3) – 6º(7) e 9º, sendo que nenhuma nova demanda poderá ser formulada depois da assinatura ou aprovação da Ata de Missão pela Corte, a menos que tenha autorização do tribunal arbitral, de acordo com o artigo 23(4). 2 - Qualquer parte que desejar formular demanda de acordo com o artigo 8º(1) deverá fornecer todas as informações previstas no artigo 4º(3) subitens c), d), e) e f). 3 - Antes da transmissão dos autos pela Secretaria ao tribunal arbitral, de acordo com o artigo 16, as seguintes disposições aplicar-se-ão, *mutatis mutandis*, a qualquer demanda introduzida: artigos 4º(4) subitem a); artigo 4º(5); artigo 5º(1), exceto subitens a), b), e) e f); artigo 5º(2); artigo 5º(3) e artigo 5º(4). A partir de então, caberá ao tribunal arbitral determinar o procedimento para a introdução de demandas.”. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Regulamento de arbitragem. Paris: ICC. 2013. 95 p. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution-Services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-PORTUGUESE-version/>>. Acesso em: 30 out. 2014.

²⁴⁶ “Artigo 9º Multiplos contratos. Sujeitas as disposicoes dos artigos 6º(3) – 6º(7) e 23(4), demandas oriundas de ou relacionadas a mais de um contrato poderao ser formuladas em uma mesma arbitragem, independentemente de estarem fundadas em uma ou mais de uma convencao de

Esta mudança de “foco”, da regulação, corresponde ao enquadramento como *Complex Arbitration*, que antes referimos. Ela dispõe que, numa mesma arbitragem, poderão estar relacionados vários contratos mantidos entre as partes da arbitragem (seja ela bilateral ou múltipla).

Finalmente, o art. 10^{o247}, estabelece que a Corte poderá consolidar várias arbitragens que estejam em curso. Esse expediente poderá ocorrer quando ocorra uma das seguintes situações: expressa concordância das partes sobre a consolidação; ou todas as demandas formuladas tenham por base a mesma convenção de arbitragem; ou, se as demandas se basearem em diferentes convenções de arbitragem, envolvam as mesmas partes e/ou as arbitragens se baseiem na mesma relação jurídica, e a Corte entenda serem compatíveis.

A consolidação, salvo disposição distinta das partes, deve ser feita no procedimento arbitral requerido em primeiro lugar. O artigo dispõe, ainda, que a Corte, ao decidir a unificação de procedimentos, deverá levar em conta todas as circunstâncias que considerar relevantes, inclusive os árbitros nomeados em cada procedimento.

As normas relatadas estão condizentes com o escopo principal do conceito de *Complex Arbitration*, como vimos.

No entanto, elas negligenciam a intervenção de terceiros no procedimento. Recorde-se que, aqui, o procedimento continua a ser confidencial, dificultando muito a intervenção dos terceiros.

arbitragem de acordo com o Regulamento.”. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Regulamento de arbitragem*. Paris: ICC. 2013. 95 p. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution-services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-PORTUGUESE-version/>>. Acesso em: 30 out. 2014.

²⁴⁷ “Artigo 10º Consolidação de arbitragens. A Corte poderá, diante do requerimento de uma parte, consolidar duas ou mais arbitragens pendentes, submetidas ao Regulamento, em uma única arbitragem, quando: a) as partes tenham concordado com a consolidação; ou b) todas as demandas sejam formuladas com base na mesma convenção de arbitragem; ou c) caso as demandas sejam formuladas com base em mais de uma convenção de arbitragem, as arbitragens envolvam as mesmas partes, as disputas nas arbitragens sejam relacionadas a mesma relação jurídica, e a Corte entenda que as convenções de arbitragem são compatíveis. Ao decidir sobre a consolidação, a Corte deverá levar em conta quaisquer circunstâncias que considerar relevantes, inclusive se um ou mais árbitros tenham sido confirmados ou nomeados em mais de uma das arbitragens e, neste caso, se foram confirmadas ou nomeadas as mesmas pessoas ou pessoas diferentes. Quando arbitragens forem consolidadas, estas devem sê-lo na arbitragem que foi iniciada em primeiro lugar, salvo acordo das partes em sentido contrário.”. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Regulamento de arbitragem*. Paris: ICC. 2013. 95 p. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution-Services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-PORTUGUESE-version/>>. Acesso em: 30 out. 2014.

12.2.1.2 LCIA

Como também relatado, na Parte I²⁴⁸, as normas desta instituição de arbitragem também preveem as hipóteses de *complex arbitrations*. Elas estão relatadas no Article 22, alíneas VIII, IX e X²⁴⁹.

Ao contrário da ICC, onde essa competência é de um órgão institucional (a Corte), aqui é o próprio tribunal que analisa o requerimento formulado pela parte. Por ressalva expressa da norma, não existe uma competência de ofício para referida avaliação e decisão.

Mais uma vez, se verificam as mesmas dificuldades relatadas para a ICC: a confidencialidade do procedimento e a sujeição dessa intervenção às partes.

12.2.1.3 AAA

As regras desta instituição não preveem a hipótese de *complex arbitrations*. Assim, haveria a dificuldade de enquadramento destas questões, nessa instituição.

Se a Lei aplicável for, no entanto, a Lei dos Estados Unidos da América (como é bem normal que o seja), a doutrina vem resolvendo estas questões

²⁴⁸ Acima, Cf. 2.3.

²⁴⁹ "Article 22 Additional Powers. 22.1 The Arbitral Tribunal shall have the power, upon the application of any party or (save for sub-paragraphs (viii), (ix) and (x) below) upon its own initiative, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views and upon such terms (as to costs and otherwise) as the Arbitral Tribunal may decide: (...) (viii) to allow one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided any such third person and the applicant party have consented to such joinder in writing following the Commencement Date or (if earlier) in the Arbitration Agreement; and thereafter to make a single final award, or separate awards, in respect of all parties so implicated in the arbitration; (ix) to order, with the approval of the LCIA Court, the consolidation of the arbitration with one or more other arbitrations into a single arbitration subject to the LCIA Rules where all the parties to the arbitrations to be consolidated so agree in writing; (x) to order, with the approval of the LCIA Court, the consolidation of the arbitration with one or more other arbitrations subject to the LCIA Rules commenced under the same arbitration agreement or any compatible arbitration agreement(s) between the same disputing parties, provided that no arbitral tribunal has yet been formed by the LCIA Court for such other arbitration(s) or, if already formed, that such tribunal(s) is(are) composed of the same arbitrators; and (...)." LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION. LCIA Arbitration Rules. Effective 1 October 2014. Londres: LCIA. 2014. 29 p. Disponível em: <[http://www.lcia.org/Dispute Resolution Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx](http://www.lcia.org/Dispute%20Resolution%20Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx)>. Acesso em: 30 out. 2014.

aplicando as normas da lei de procedimento civil, federal e estadual. Para as *class arbitrations*, a instituição criou um conjunto de normas específicas²⁵⁰.

Em virtude da cultura jurídica daquele país voltamos a reiterar, no entanto, que a participação de terceiros é relativamente comum (conforme relatado em doutrina acima citada).

12.2.1.4 UNCITRAL

As regras de arbitragem ad hoc da UNCITRAL, por sua vez, não trazem qualquer disposição a esse respeito.

Fica clara a omissão e sua gravidade, tendo em conta tudo o que vimos expondo, ao longo deste trabalho.

12.2.1.5 ICSID

Nas regras do ICSID não se faz menção a esta realidade das *complex arbitrations*.

Essa lacuna não tem impedido, por outro lado, a discussão da doutrina acerca da questão da participação democrática no procedimento arbitral. Essa discussão se faz com base na participação de um Estado no litígio.

Essa seria a justificação, de acordo com a doutrina, para que essa intervenção se faça: a defesa do interesse público coletivo; e a defesa dos Direitos Humanos. Especialmente a defesa destes últimos²⁵¹.

²⁵⁰ “1. The federal and state rules of civil procedure cover joinder (rules 19 (mandatory) and 20 (permissive)) and consolidation (rule 42(a)), but no arbitral rule directly addresses either question. The American Arbitration Association has adopted Supplementary Rules for Class Arbitration (eff. October 8, 2003) under which the AAA has agreed to administer demands for class arbitration where “(1) the underlying agreement specifies that disputes arising out of the parties’ agreement shall be resolved by arbitration in accordance with any of the Associations’ rules, and (2) the agreement is silent with respect to class claims, consolidation or joinder of claims.” (<http://www.adr.org>, Supplementary Rules for Class Arbitration, (<http://www.adr.org/sp.asp?id=21936>). Those rules address class arbitrations rather than a request for consolidation or joinder. Still, the considerations and mechanism outlined in Rules 4, 5, and 6 provide one framework for resolution.” AIKEN, Shawn. *Consolidation of Separate Arbitrations Proceedings*. Aikem Schenk Hawkins & Ricciardi P.C. 8 mai. 2009. 13 p. Disponível em: <<http://www.ashrlaw.com/dox/SKA-arb-consolidation.pdf>> Acesso em: 01/07/2015.

²⁵¹ Documentando esta tendência, a entrevista do acadêmico britânico Toby Landau. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=bJaoADpICjs>. Acesso em: 30/10/2014.

Sem dúvida, tendemos a não apenas aderir a esses argumentos, mas a ir mais longe, como veremos neste trabalho²⁵².

12.2.2 Leis nacionais

Reconhecendo a importância destas questões, os Estados têm adequado o seu sistema (pela legislação ou pela jurisprudência), à questão da participação de terceiros.

Deve ser feita a ressalva de que, também aqui, estamos falando apenas da questão mais ampla das *complex arbitrations*; e não apenas da questão específica da participação de terceiros.

12.2.2.1 França

Assim, em França não existe referência legal expressa à participação de terceiros na arbitragem. No entanto, tanto a jurisprudência como a doutrina têm acolhido essa questão com muita abertura²⁵³.

Destaca-se, nesses estudos, a necessidade de integração funcional e econômica como critério para habilitar essa participação. Nas hipóteses tem sido incluída a questão da desconsideração da personalidade jurídica.

12.2.2.2 Holanda e Bélgica

²⁵² Abaixo, Cf. Conclusão.

²⁵³ “A jurisprudência francesa, apesar de a legislação sobre arbitragem nada dizer a este respeito, tem acolhido de forma muito liberal a doutrina da extensão da aplicação de convenções de arbitragem a sociedades delas não signatárias que sejam membros de grupos de sociedades, não tanto pelo simples facto em si da sua integração num grupo de sociedades, mas se se provar ter sido essa ou deve entender-se ter sido essa a intenção geral das partes.”. BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010. Pág. 189.

As Leis holandesa e belga, por sua vez, acolhem expressamente essa possibilidade nas suas regulações. Ela está formulada, em ambos os casos, da forma mais ampla possível: seja para figurar como parte, seja para participar no procedimento como interessado.

Essa intervenção, em ambos os casos, pode ser espontânea ou provocada, e deve ter em conta o litígio em causa.

Ambas as regulamentações são igualmente unânimes em fazer depender a participação da manifestação das partes. Por isso, recebido o requerimento pelo tribunal, e tenha ele sido formulado pelo terceiro ou por outra parte, deverá o árbitro requerer a posição da(s) parte(s).

Finalmente, o ponto em que parecem divergir as regulações, é no que toca a quem cabe autorizar a referida participação: assim, se a Lei Belga parece fazer depender a autorização das partes, a Lei holandesa parece atribuir essa competência aos árbitros²⁵⁴.

12.2.2.3 Suíça

A Lei suíça tem sido interpretada no sentido de permitir a extensão a terceiros de uma obrigação contratual (como, na doutrina tradicional, se configura a arbitragem).

Perante essa extensão não há dificuldade para aceitar a extensão a terceiros do procedimento arbitral²⁵⁵.

Já quanto à Lei processual, cumpre lembrar o caso relatado acima, em nota de rodapé, onde fica expresso que a Lei processual suíça prevê, expressamente, as formas de participação de terceiros no processo.

²⁵⁴“Ao contrário da lei belga, a lei holandesa parece deferir aos árbitros o poder de aceitar ou recusar a intervenção de terceiros.”. BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010. Pág. 191.

²⁵⁵“O Código Suíço das Obrigações tem sido interpretado deste modo: o que importa não é tanto a vontade real do declarante, mas sim o que a sua vontade real, rodeada rodeada e outros factos e circunstâncias do seu comportamento e/ou de terceiros que consigo cooperam ou axilam na negociação e/ou execução contratual, nas relações institucionais ou orgânicas entre elas e outros factos, criaram razoavelmente na vontade negocial do declaratório. Por essa via é, assim, mais fácil admitir que terceiros possam ser chamados e vinculados, contra a sua vontade ou não, a um processo arbitral, quer como demandantes, quer como demandados.”. BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010. Pág. 187.

12.2.2.4 Portugal

Em Portugal, antigamente, era relevante o artigo 406º, n.º 2 do Código Civil. Ali ficava expresso que os efeitos dos contratos sobre terceiros apenas se aplicavam em duas hipóteses: expressa autorização das partes; e /ou expressão previsão legal.

Por essa razão seria difícil compreender a intervenção de terceiros na arbitragem.

Ocorre que, em 2011, foi aprovada nova Lei de arbitragem²⁵⁶ que trouxe, expressamente, esta possibilidade, no seu artigo 36º. Pela leitura dessa disposição, parece que o legislador quis incluir dois requisitos cumulativos: em primeiro lugar, o consentimento expresso das partes; e, em segundo lugar, o juízo, pelo tribunal arbitral, de que essa intervenção não irá atrapalhar o desenrolar do procedimento.

12.2.2.5 Inglaterra

Na Inglaterra existe legislação específica acerca da existência do tratamento e extensão das obrigações dos contratos (em geral), para a esfera de terceiros. Essa regulamentação é denominada de *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*.

Esse ato legislativo representou um importante avanço do sistema inglês. No entanto, e apesar de ser uma regulamentação desejada pelos operadores de direito daquela jurisdição, não deixou de ser uma surpresa a inclusão da arbitragem no escopo da norma²⁵⁷.

²⁵⁶Disponível em: http://www.centroarbitragemsectorauto.pt/site/docs/docs/Lei_63_2011.pdf. Acesso em: 24/06/2015.

²⁵⁷ Foi, até, uma surpresa: *"The Rights of Third Parties Act was seen as an important change in English jurisprudence as it created a major exception to the privity of contract rule. The privity of contract rule had been subjected to more criticism than any other rule in English law. In summary, the rule was that a contract did not confer rights or impose obligations arising under it on any persons except those parties to the contract. (...) The Law Commission, for example considered and rejected the idea that arbitration agreements should be included as part of the Rights of Third Parties Act. (...) The right to arbitrate under the Rights of Third Party Act is a statutory right and does not arise from an agreement between the third party and a party to the contract."* TWEEDALE, Andrew. Arbitration

Este direito de participar e intervir na arbitragem reconduz-se à ideia de inclusão principal nos litígios e não de mera intervenção como terceiro interessado: seja numa arbitragem já por si iniciada, seja pela promoção de um procedimento inédito²⁵⁸. A condição para isso é que se vincule à convenção de arbitragem firmada entre as partes.

12.2.2.6 EUA

Nos EUA há uma clara tendência à aceitação da participação de terceiros, na arbitragem. Como referimos, acima, nesta jurisdição é comum a participação da figura do *amicus curiae*.

Ali, a questão da participação de terceiros na arbitragem é menos entendida como um assunto dessa esfera, e mais como algo relacionado com a ideia de confidencialidade do procedimento.

Sobre a questão da confidencialidade, e o tratamento que lhe é dado na jurisdição Federal e na jurisdição estadual.

Na jurisdição Federal²⁵⁹ a tendência é a da publicização do procedimento, sendo que proteção das informações ali vertidas é mais ténue. Pelo contrário, na

under the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 and Enforcement of an Award. *Arbitration International*. Oxford: Oxford University Press, Vol. 27, No. 4., p. 653-662, dez. 2011. pág. 654.

²⁵⁸“While this has little impact where a dispute is purely domestic, it does have an impact where a dispute has an international character. It may surprise many foreign parties to contracts that are subject to the law of England and Wales that they have, by including reference to English Law, potentially given rights to a third party. The third parties who have obtained those rights will, however, find themselves having an up-hill struggle to enforce any award they might obtain”. TWEEDALE, op. cit. pág. 661.

²⁵⁹ A esse propósito, veja-se o seguinte trecho: “Federal courts will enforce arbitration confidentiality between parties to an arbitration confidentiality agreement or arbitral order,⁸ but the availability of protections for materials other than attorney-client privileged information, trade secrets or confidential financial, health or otherwise protected or privileged information as provided in the Federal Rules of Civil Procedure, is much more tenuous. The analytical problem facing parties seeking to protect their information against third-parties was carefully described by Judge Easterbrook in rejecting a plea to protect arbitral information from disclosure in *Gotham Holdings*. 9 In one of few Appellate Court rulings on this issue, the court specified that contracts bind only the parties: No one can “agree” with someone else that a stranger’s resort to discovery under the Federal Rules of Civil Procedure will be cut off.... Indeed, we have stated more broadly that a person’s desire for confidentiality is not honored in litigation. Trade secrets, privileges, and statutes or rules requiring confidentiality must be respected, see Fed.R.Civ.P. 45(c)(3)(A)(iii), but litigants’ preference for secrecy does not create a legal bar to disclosure... [The parties] were entitled to agree that they would not voluntarily disclose any information related to the arbitration.... Disclosure would be authorized only when a third party had a legal right of access. (...).In another opinion by Judge Easterbrook, the

jurisdição estadual²⁶⁰, parece haver uma tendência para que a confidencialidade dos casos seja protegida com mais abrangência.

Recorde-se, no entanto, que aqui falamos, apenas, de tendências. Conhecendo-se um pouco do funcionamento do sistema norte americano sabemos da dificuldade de, muitas vezes, encontrar uma prática uniforme. Essa é a regra, também, neste caso.

12.2.2.7 Brasil

No Brasil, cabe referir a existência de várias previsões, na Lei de Processo Civil, à participação de terceiros na arbitragem. Isso faz supor que não deveriam existir demasiados impedimentos de ordem pública, quanto a essa participação.

Isso sem prejuízo, no entanto, da expressa omissão da Lei de arbitragem a propósito deste tema.

Se acerca da questão da intervenção de terceiros não parece ser chocante a hipótese, ao alargar a análise às demais possibilidades das *complex arbitrations*, aí sim, por representarem uma derrogação à letra da Lei (que constrói o instituto da arbitragem nos seus termos tradicionais) talvez viessem a enfrentar dificuldades para ter os seus efeitos reconhecidos no Brasil²⁶¹.

Perante a expressa previsão do Código de Processo Civil Brasileiro de, no procedimento judicial, permitir a intervenção e participação de terceiros, não deve ser estranha, também na arbitragem, a intervenção de terceiros.

Seventh Circuit addressed and rejected the notion that parties to an arbitration confidentiality agreement could prevent the Court from disclosing information when it was integral to its decision-making function. KASTER, Laura. Confidentiality in US Arbitration. *New York Dispute Resolution Lawyer*. Nova Iorque: NYSBA. Vol. 5, No. 1, p. 23-27, mai. 2012.

²⁶⁰ "If the parties clearly specify their election to be governed by state arbitration procedural and substantive law, that law will control.²¹ There are some state courts that appear to be more favorably disposed to confidentiality than their federal counterparts, which apply federal statutory law and look toward the federal rules of evidence and civil procedure. There are at least four states that have general (although varied) statutory protections for arbitration communications: Arkansas,²² California,²³ Missouri,²⁴ and Texas.²⁵ The Revised Uniform Arbitration Act provides that arbitrators and arbitral organizations are not competent to testify to matters that have come before them.²⁶ Several states also have selective statutory provisions and rules that govern arbitration confidentiality in specific types of cases." KASTER, op. cit. p. 23-27.

²⁶¹ ROSA, Pérsio Thomaz. *O reconhecimento de sentenças estrangeiras, a ordem pública, e os terceiros: em foco, a sentença arbitral*. In *Arbitragem nacional e internacional*/Ana Luiza Pinto e Karin Skitnevsky, coordenadoras. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. pp. 145-174.

12.3 Conceito demasiado abrangente

Ao longo deste trabalho vimos relatando a existência de uma complexificação progressiva dos casos submetidos à arbitragem. É natural que assim seja, correspondendo, igualmente, à complexificação da vida coletiva (nacional e internacional/transnacional).

Observando esse movimento²⁶², a doutrina vem tratando desse tema sobre um grande “guarda-chuva”, que constatamos ser o conceito de *complex arbitrations*. De acordo com esse desafio, tanto as instituições de arbitragem como os Estados têm tentado desenvolver soluções para resolver essa situação.

Como referimos, e reafirmamos agora, não podemos deixar de reconhecer essa solução e de o endossar. Mas agora, com mais propriedade, podemos também identificar os seus defeitos.

Desde logo, a complexidade do conceito: a tentativa de concentrar numa única figura realidades práticas tão distintas e dispares. Não nos parecer ser a melhor forma de encontrar um regime que favoreça cada um destes aspectos específicos da arbitragem.

Especificamente no que toca à participação de terceiros na arbitragem, esse tratamento do tema é, indubitavelmente, uma forma de o reduzir.

Por outro lado, e em segundo lugar, este conceito pretende ser um avanço sem quebrar alguma das premissas do sistema em vigência. E isso torna, no mínimo, complicado o desenvolvimento da questão da intervenção de terceiros. Mencionamos isso por diversas vezes, quando referimos que a intervenção de terceiros fica impossibilitada pela confidencialidade do instituto.

Não tendo ciência do procedimento, os terceiros vão participar do quê?

Essa solicitação de participação, momento em que o terceiro passa a ter ciência do procedimento, parte sempre da iniciativa das partes.

²⁶² Confirmando-o, veja-se o seguinte trecho: “*Ilustrativamente, em Maio de 2007, encontravam-se pendentes na CCI cerca de mil e cem processos, um terço dos quais eram processos de arbitragem multipartes. Dez anos antes, não excediam um por cento os processos pendentes daquela natureza.*”. BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra:Almedina, 2010. Pág. 194.

E mesmo que, hipoteticamente, venha a ter conhecimento da demanda sem concurso das partes, recorde-se que a arbitragem é o reduto da autonomia e das partes; então, mesmo sabendo, como vai participar sem que haja uma autorização dos participantes do procedimento?

Note-se, finalmente, que esta construção diz respeito, apenas, à arbitragem comercial, não se adequando a outras formas de arbitragem (as quais veremos em seguida). Essa incapacidade de oferecer soluções para todos os tipos de situações do sistema são mais uma demonstração cabal da insuficiência desse instituto.

Instituto que em suma, não surge com as ferramentas hábeis a permitir um efetivo acesso à justiça e à democracia no espaço transnacional; mas antes como uma forma de viabilizar uma gestão eficiente do caso concreto, de acordo com as premissas tradicionais.

12.3.1 Avanço insuficiente

Já destacamos, ao longo deste texto, a importância e vanguarda da regulação que estudamos, ao fazer uma referência, pouco usual, a um problema cada vez mais importante.

A complexificação dos procedimentos a isso obriga, com a sua cada vez mais intersubjetividade.

Mas não podemos deixar de referir o grande equívoco em tratar problemas tão distintos dessa forma unívoca, ignorando as especificidades de cada um. A verdade é que cada um dos temas ali relacionados é rico o suficiente para justificar uma reflexão e tratamento mais profundos.

A participação de terceiros, sendo um dos temas abarcados, é demasiado complexo para ser tratado de uma forma simplista. Afinal, como temos vindo a demonstrar, essa participação é uma forma de garantir o acesso à justiça pleno, em condições de igualdade democrática, no espaço transnacional/internacional/global. É ferramenta essencial para a tutela completa, individual e coletiva, que defendemos para esse espaço.

Por essa razão registamos que a participação de terceiros foi tratada em integral acordo com o entendimento doutrinário tradicional. Por outras palavras, foi

tratada numa perspectiva exclusivamente contratual da arbitragem, excluindo, em absoluto, a sua dimensão jurisdicional.

É nessa perspectiva que a participação do terceiro se admite, na condição de que aceite perder essa sua condição de terceiro: ele pode requerer a sua participação como parte. Ora, isso é extremamente pobre; não reflete, minimamente, toda a riqueza desta possibilidade.

E mesmo esse requerimento é temporalmente limitado, como vimos...

O que referimos é reiterado pelas demais normas estudadas, que reconduzem a participação do terceiro a uma participação de parte. Elas estão nos antípodas das conclusões do estudo elaborado na parte II, deste trabalho.

Ali referimos que a participação de terceiros era uma decorrência da ideia de tutela jurisdicional da arbitragem, e que a concretização plena dessa dimensão da arbitragem implicava uma revisão do papel dos árbitros, das partes, dos terceiros e da confidencialidade do procedimento.

Todos estes elementos são insignificantes na atual regulação.

Assim, verificamos que o terceiro não pode participar do procedimento enquanto parte adicional, ou seja, enquanto litigante. É conflagrador verificar que a regulamentação veda, em regra, a participação de um terceiro noutra condição, que não nessa (de terceiro transformado em parte). Ou que, por outro lado, mesmo que não negue, não ofereça um tratamento para conciliar essa participação com a tutela das partes e a defesa da confidencialidade do procedimento.

Destacamos que a regulação é perfeitamente omissa acerca da possibilidade de participação do terceiro na tutela de interesse próprio, de interesse coletivo e/ou difuso, ou até mesmo agindo como auxiliar do tribunal arbitral.

Além do papel limitado conferido a terceiros, vemos que o árbitro continua sujeito às partes e seu mandato. Nesta regulação o árbitro é apenas relevante para estabelecer o termo temporal em que o terceiro poderá requerer a sua contabilização enquanto parte adicional (e, ainda assim, sem que em nada dependa da sua vontade...).

Está, por isso, vedada a sua atuação de tutela coletiva, auxiliado por terceiros interessados na demanda.

Vemos, ainda, que às partes não são opostos quaisquer deveres relativos aos deveres de boa-fé, para permitir a participação de terceiros. A esse propósito

destacamos que a participação do terceiro (até como parte) apenas ocorrerá com o acordo das partes.

Ou seja, as partes agem como “senhores absolutos” da demanda, sendo que a administração da justiça é função da coletividade... A lei holandesa parece ser, como vimos uma exceção a esse paradigma.

Finalmente, destacamos aqui o que já foi referido relativamente à confidencialidade do procedimento. As normas estudadas em nada afetam essa regra: a confidencialidade continua a ser um bem livremente disponível pelas partes. Apenas.

Os problemas relacionados com esta falta de transparência, já os destacamos. Reiteramos os argumentos ali apresentados, e perguntamos: como é suposto o terceiro exercer a tutela das suas posições jurídicas (individuais e/ou coletivas), se o procedimento continua a ser confidencial? Está esta norma (fazendo referência às *Complex Arbitrations*, ou a normas nacionais aplicáveis) destinada a ser inócua? Ou, pior ainda, estará esta norma destinada a ser utilizada como ferramenta processual pela parte, como forma de obter vantagem adjetiva na disputa?

Feitas estas considerações, concluímos que o avanço obtido, se significativo, por olhar para um problema atual do instituto e lhe dar um tratamento, é também insuficiente, por não atender a toda a complexidade do assunto.

Parece-nos que o primeiro passo, rumo a uma regulamentação mais completa do tema, passa por conferir um tratamento específico à participação de terceiros no procedimento arbitral. Uma melhor regulamentação passa, sistematicamente, por retirar esta temática do “guarda-chuva” das *Complex Arbitrations*, e passar a tratá-lo com toda a sua complexidade e especificidade.

Dar-lhe um verdadeiro estatuto de ferramenta democrática e tutela coletiva.

Um segundo passo é o de avaliar e elaborar um regime específico que leve em conta o conteúdo axiológico (que, como vimos na Parte I, é essencial), e mudanças operacionais, referidas na Parte II.

É essa nova construção que passamos, agora, a analisar.

A tutela de situações jurídicas de terceiros na arbitragem é relevante e merece um tratamento específico. Se a discussão é importante, por exemplo na arbitragem comercial, ela é também importante (sob diferentes aspetos) na arbitragem de investimento e nas arbitragens que envolvam o Estado. Afinal, como

veremos, é neste tipo de arbitragens que a coletividade, representada pelo Estado, está diretamente presente na disputa.

As questões de tutela coletiva e direitos humanos acabam por se tornar uma evidência para a doutrina, nas suas construções acadêmicas. Apesar de, como já vimos²⁶³, a regulação aplicável e a prática não preverem essa hipótese, a jurisprudência, caso a caso, vem avaliando essa possibilidade.

Como é evidente, apoiamos o posicionamento favorável à participação de terceiros, que detalharemos mais à frente; mas podemos adiantar que a razão pela qual deve ser permitida a intervenção de terceiros nesse tipo de disputa é, desde logo, a tutela dos direitos humanos e das posições jurídicas que não estarão, necessariamente, salvaguardadas pela atuação(*a posteriori*, na eventual execução do laudo arbitral) do Estado. Lembramos que a decisão na arbitragem de investimento afetará, em regra, a esmagadora maioria da população daquele Estado, o que torna a intervenção necessária e conforme ao princípio geral da justiça e da tutela jurisdicional/acesso à justiça do Estado (de acordo com o que ficou exposto nas Partes I e II).

Esta é uma questão que, como não poderia deixar de ser, surgiu da prática. Relembramos, o instituto é uma construção, na essência, casuística. Mas nem por isso a doutrina (ainda que escassa) deixou de se pronunciar acerca desta problemática.

No Brasil as referências ao tema são poucas. Isso ocorre porque a doutrina se mantém atenta aos assuntos que, tradicionalmente, fazem parte do escopo do instituto. Esta, por outro lado, é uma questão deverá ter uma importância crescente para o instituto.

Na doutrina internacional, por sua vez, o tema também vem sendo estudado, referindo-se a ele, não apenas sob a perspectiva da participação de terceiros na arbitragem. Por suas soluções serem, na nossa opinião, e como relatado, insuficientes, nos parece que é urgente a concepção de uma regulação mais específica e eticamente determinada.

²⁶³Acima, Cf. 12.

13 A PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS COMO REGRA

Todo o tratamento oferecido à participação de terceiros é, hoje, uma construção redutora de um tema extremamente rico.

Como vimos, a atual concepção da participação de terceiros é algo pobre; no entanto, está indubitavelmente inserido nas premissas básicas da forma como o instituto é, atualmente, compreendido.

Na Parte II fizemos a crítica a esse sistema e, agora, estamos a detalhar uma ferramenta operacional essencial para, na nossa opinião, permitir a concretização prática daquelas premissas teóricas.

Até agora, nesta Parte III, falamos do que é; a partir de agora, falamos de como, na nossa opinião, e dentro das premissas apresentadas, deveria ser. Recordando, sempre, que tudo o que aqui se expõe se reconduz à premissa teleológica de aplicação da regra de direito e do acesso à justiça no espaço transnacional.

Uma delas consiste na ideia de que, na arbitragem, a possibilidade participação de terceiros deveria ser uma regra, e não a exceção. Note-se que nos referimos, apenas, à possibilidade de participação, e não à sua efetiva participação; essa última, sendo de crescente importância (como a atual doutrina já identificou), continuará a ser a exceção e não a regra.

Mas um sistema completo deverá prever todos os meios necessários à garantia do acesso à justiça.

13.1 As possíveis posições de terceiros

Que posição poderão os terceiros ocupar, em relação à arbitragem?

Para responder a essa questão, nos valem das conclusões de Pécros Rosa²⁶⁴, e verificamos que, de acordo com esse autor, usualmente se identificam

²⁶⁴ ROSA, Pécros Thomaz. *O reconhecimento de sentenças estrangeiras, a ordem pública, e os terceiros: em foco, a sentença arbitral*. In *Arbitragem nacional e internacional*/Ana Luiza Pinto e Karin Skitnevsky, coordenadoras. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. pp. 145-174.

quatro categorias de terceiros em relação ao contrato (e da arbitragem, enquanto contrato, aqui, e para já, exclusivamente nesse sentido²⁶⁵).

Em primeiro lugar, o Autor identifica a possibilidade de o terceiro ser absolutamente indiferente ao contrato. Na qualidade de “terceiro puro”, deverá respeitar a arbitragem, abstendo-se de qualquer ação que possa prejudicar o regular prosseguimento do feito²⁶⁶.

Na análise a esta hipótese, nos remetemos às conclusões da Parte II. Apenas podemos referir que esta hipótese de “terceiro puro” somente existe quando pensamos na existência de um interesse direto no contrato de arbitragem.

Como verificamos, naquele momento, a arbitragem detém uma natureza *sui generis*, de contrato jurisdicional, contrato de administração de justiça e contrato de acesso à justiça. Assim, toda a sociedade detém um interesse indireto na resolução dos litígios, não havendo, em qualquer hipótese, a existência de um “terceiro puro”, em relação à arbitragem (na sua dupla natureza contratual e jurisdicional).

Complementando o que ficou escrito na Parte II, relembremos que o interesse do Estado na resolução do litígio é sempre direto (enquanto ente soberano e de tutela do interesse da coletividade), e que o interesse individual do terceiro é, no mínimo, indireto, pela sua qualidade de membro dessa coletividade²⁶⁷.

Assim, negamos esta possibilidade.

Uma segunda hipótese, na perspectiva contratual, é a de o terceiro ser afetado, de forma indireta, pela relação entre as partes²⁶⁸. Como na primeira hipótese, o interessado deve respeitar os termos contrato. A esse propósito nos remetemos ao formulado, acima.

Como se constata, pelo que acabamos de referir, essa não é uma situação específica e destacável. Pelo contrário, essa é a regra da arbitragem, em virtude da sua natureza jurisdicional. Como ali concluímos, todos são afetados por esta função de administração e acesso à justiça.

²⁶⁵ Acima, Cf. 7.

²⁶⁶ “Neste momento, é possível divisar quatro situações incidíveis: o terceiro é estranho ao contrato e dele não colhe frutos, devendo respeitá-lo para fins de não prejudicar a relação jurídica que dele deriva, em obediência à boa-fé (eticidade e sociabilidade). É o terceiro puro ou indiferente.”. ROSA, op. cit., pág. 147.

²⁶⁷ Acima, 7.1.1 e 7.1.2.

²⁶⁸ “A segunda situação é aquela em que o terceiro é afetado de forma indireta pelo contrato. Novamente, deve respeitar o contratado, mas não está vinculado a ele, muito menos pode suportar ônus contratuais.”. ROSA, Pêrsio Thomaz. *O reconhecimento de sentenças estrangeiras, a ordem pública, e os terceiros: em foco, a sentença arbitral*. In *Arbitragem nacional e internacional*/Ana Luiza Pinto e Karin Skitnevsky, coordenadoras. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Pág. 147.

O relevante não é o contrato, mas a arbitragem no seu duplo efeito.

Distinguindo, assim, a duas hipóteses, devemos salientar que, aqui, não se trata apenas de uma questão de tutela e acesso à justiça, mas também de um verdadeiro interesse contratual indireto, que é adicionado ao interesse geral existente. Esta hipótese deve ser, assim, distinguida da sua perspectiva contratual, onde o terceiro é indiretamente afetado pela relação contratual (e exclusivamente por esta).

Esta seria a hipótese de existência de concorrência de interesses indiretos na arbitragem: uma, que decorre do interesse indireto na relação contratual, e outra, que decorre da participação democrática e do interesse indireto na boa administração da justiça.

Uma terceira hipótese é a da participação direta do terceiro na relação contratual, por exemplo, como auxiliar do cumprimento de obrigações da(s) parte(s)²⁶⁹. Parece claro, nesse cenário, o interesse do terceiro em participar na resolução do litígio. Nesta terceira hipótese o terceiro pode chegar a confundir-se com a parte, reconduzindo-se à ideia de *Complex Arbitrations*.

As suas possibilidades de participação não se podem resumir, no entanto, à autuação enquanto parte. Registramos, novamente, a atual omissão existente, sobre esse tema, e a necessidade de se preverem novas formas de participação do terceiro como tutela desse interesse direto, que continua sujeita ao interesse das partes na confidencialidade do procedimento. A tutela desse interesse não será sinônimo, necessariamente, de demanda contra alguma das partes. Veremos isso mesmo, mais adiante.

Finalmente, o autor identifica uma quarta possibilidade de participação do terceiro, enquanto titular de um interesse indireto, econômico e/ou jurídico, na relação contratual arbitral²⁷⁰.

Esta hipótese, que se pode reconduzir ao previsto no conceito de *Complex Arbitration*, também se revela pobre. Nos mesmos termos expostos quando detalhado neste trabalho: por ser insuficiente para abarcar toda a complexidade desta situação.

²⁶⁹“Na terceira situação, que nos interessa mais de perto, o terceiro participa da relação contratual. Embora seja terceiro, (num dado momento) passa a ser considerado parte contratual.”. ROSA, op. cit. pág. 147.

²⁷⁰“Na quarta, ele possui um interesse indireto, econômico ou jurídico, na relação jurídica.”. ROSA, Pécio Thomaz. *O reconhecimento de sentenças estrangeiras, a ordem pública, e os terceiros: em foco, a sentença arbitral*. In *Arbitragem nacional e internacional*/Ana Luíza Pinto e Karin Skitnevsky, coordenadoras. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Pág. 147.

Já numa perspectiva, não apenas contratual, mas de arbitragem, o autor apresenta uma nova classificação. Ao fazer uma remissão às relações descritas, identifica, em primeiro lugar os terceiros que não perderão essa qualidade, e identifica-os como os assistentes e os *amicus curiae*. Sobre esta forma de participação de terceiros, destacamos que ela não se encontra prevista nos regulamentos aplicáveis.

Não estando prevista nos regulamentos, a possibilidade de intervenção depende exclusivamente das partes. Se no caso do *amicus curiae* é possível antever, tendo em conta o princípio da boa-fé, que as possibilidades de negação dessa participação são pequenas. Mas nem por isso de desconsiderar.

Já a assistência é um instituto destinado à inaplicabilidade prática, dada a ausência de referência regulatória desse tipo de participação. A verdade é que, ficando a assistência sujeita à vontade das partes, ela nunca será utilizada. A razão é simples: nenhuma das partes irá admitir a participação de um terceiro que o possa prejudicar.

Em segundo lugar, o autor vê aqueles que são, apenas, “relativamente” ou formalmente, terceiros. Seja por relações contratuais e ou societárias, eles são verdadeiras partes, e não terceiros. O seu interesse na causa se confunde com o interesse da parte.

Em terceiro lugar, os terceiros que, ao se sub-rogarem na posição das partes, perdem essa qualidade. Passam a ser as partes. Das hipóteses apresentadas pelo autor, a segunda e a terceira parecem ser aquelas que melhor se reconduzem à hipótese do art. 7º do regulamento da ICC.

Em quarto lugar, o autor volta a referir os “terceiros puros”, em relação à arbitragem. Como justificamos, acima, não admitimos a existência desta hipótese²⁷¹.

²⁷¹“Nesse sentido, podem-se divisar algumas espécies de terceiros. Em primeiro lugar, há aqueles que são terceiros e não perderão essa qualidade (“assistente” e *amicus curiae*); em segundo lugar, há aqueles que são terceiros apenas relativamente (grupos de contratos, grupos de sociedades); em terceiro lugar, há aqueles que aparentam ser terceiros, mas não o são, devendo ser considerados como parte em vista de terem assumido essa condição por ato de vontade (sucessão *alter ego*, cessão de posição contratual e estipulação em favor de terceiro). Finalmente, e em quarto lugar há o terceiro puro, indiferente à lide e à relação jurídica subjacente”. ROSA, Pêrsio Thomaz. O reconhecimento de sentenças estrangeiras, a ordem pública, e os terceiros: em foco, a sentença arbitral. In *Arbitragem nacional e internacional*/Ana Luíza Pinto e Karin Skitnevsky, coordenadoras. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Pág. 151.

13.2 Uma visão alternativa

Entendemos que, se a classificação do autor é corretíssima, na perspectiva do direito privado e da natureza contratual (leia-se, tradicional) da arbitragem; ela é insuficiente, numa perspectiva de convergência de ramos de direito e de tutela jurisdicional do instituto. Como verificamos, na Parte I deste trabalho, o espaço transnacional é, por definição, um espaço de participação de vários atores (Estados, cidadãos (pessoas físicas e jurídicas), Organizações Governamentais, ONG's), de naturezas distintas. A regulamentação deste espaço deverá ser, por isso, o mais abrangente possível.

É por compreendermos a complexidade das relações existentes nesse espaço, que propomos uma classificação que abarque a totalidade das situações possíveis.

Assim, e aproveitando parte da classificação do autor citado, identificamos, inicialmente, três categorias de classificação de situações jurídicas de terceiros, partindo da sua perspectiva: em primeiro lugar, o terceiro que é absolutamente estranho à relação contratual, e que mantém um interesse indireto na resolução do litígio, enquanto membro da coletividade; em segundo lugar, o terceiro que é afetado pelo contrato, não estando vinculado a ele; em terceiro lugar, aquela entidade que, sendo inicialmente um terceiro que não participa na relação contratual, em dado momento é nela incluído.

Reafirmamos que não reconhecemos a existência de terceiros puros, tendo em conta as necessidades jurisdicionais da arbitragem e os valores daí decorrentes: acesso à justiça, democracia e tutela coletiva.

Adicionalmente, e de acordo com o referido acerca das especificidades do espaço transnacional de direito²⁷², identificamos ainda duas possibilidades de atuação por entidades que, sendo terceiros em relação ao contrato, não são, necessariamente, figuras de direito privado. Assim, haveria ainda a possibilidade de terceiros agirem em duas outras situações: o Estado, movido por razões de interesse público e na tutela e de direitos difusos; o Estado e/ou privados, atuando na defesa dos Direitos Humanos.

²⁷²Acima, Cf. 4.

Entendemos, ainda, que a resposta à forma de participação de terceiros na arbitragem não pode ser dada na exclusiva perspectiva do terceiro. A própria natureza do procedimento deverá determinar como essa participação se deve dar. Ela será mais ou menos profunda, consoante as necessidades de cada tipo de arbitragem.

Por isso, a participação de terceiros na arbitragem deve ser uma regra, um princípio, como referimos nas Partes I e II, deste trabalho.

Mas essa participação se deve reconduzir aos fundamentos de justiça material expostos nas lições de Habermas e Sen²⁷³: em primeiro lugar, essa participação deve se enquadrar num contexto democrático, e de serviço da transparência e tutela coletiva; mas, em segundo lugar, essa participação deve levar em conta as especificidades do procedimento em causa, como forma de adequar a dose do “remédio” às necessidades do “paciente”.

Uma fronteira para que se evite ir do “oito ao oitenta”. Ou, por outras palavras, de um extremo ao outro.

Apenas atendendo a esta necessidade do caso concreto se conseguirá obter um equilíbrio, apropriado em democracia, de tutela simultânea das partes, do indivíduo e da sociedade democrática.

Para cumprir esta exigência teremos de verificar a natureza de cada um dos géneros de arbitragem existente, como referimos. Apenas dessa forma poderemos compreender a medida: as exigências de transparência e participação em cada género de procedimento.

Feitas estas considerações, passamos então a distinguir a *investment arbitration*, a *commercial arbitration*, e arbitragens de natureza mista²⁷⁴, pois sem esse esclarecimento não seremos capazes de caracterizar, com minúcia, a participação de terceiros na arbitragem. Estabelecidas as especificidades de cada género, trataremos, em seguida, das formas de participação de terceiros em cada tipo de arbitragem.

²⁷³ Acima, Cf. 6.

²⁷⁴ Estas considerações complementam o estudo realizado na parte I, acerca da natureza do atual sistema de arbitragem. Acima, Cf. 2 e 4.

13.2.1 Diferença entre *Investment Arbitration*, *Commercial Arbitration* e a “Terceira via”

A arbitragem não é, mais, um fenômeno unívoco. Se historicamente ela se resumia a um instituto de direito privado, e estabelecido entre entes privados, após o seu ressurgimento, na segunda metade do séc. XX, ela foi evoluindo e abarcando, cada vez mais, regimes de direito público.

A isso foi obrigada, dada a maior participação de entes públicos (inclusive no exercício de funções de soberania) nos procedimentos. A consequência prática é similar àquela que relatamos na Parte I: a convergência dos regimes privados e públicos, numa regulação intersubjetiva e interdisciplinar únicas.

Por essa razão, devemos reconhecer que, se a arbitragem, antes, se resumia à composição de litígios comerciais entre partes privadas, hoje o seu campo prático de aplicação é infinitamente maior. Essa exigência levou a formas distintas de arbitragem, cuja mais reconhecida é a diferenciação entre a arbitragem comercial e a *investment arbitration*.

A arbitragem comercial consiste nessa forma privada de tutela jurisdicional, em que dois ou mais privados acordam, através de instrumento contratual, a resolução de litígio ou litígios determinados no próprio instrumento. A arbitragem comercial corresponde, como veremos, à utilização tradicional da arbitragem.

A *investment arbitration*, arbitragem de investimento, foge a esse escopo tradicional. Ele trata de um meio de resolução de litígios entre indivíduos (pessoas físicas e jurídicas) que realizam investimentos em determinado Estado, e esse mesmo Estado receptor, atuando enquanto ente soberano.

Adicionalmente, e em complemento a estas duas categorias de arbitragem já reconhecidas pela doutrina, gostaríamos de propor uma terceira hipótese de arbitragem: quando o Estado atua numa arbitragem comercial, excutando atos de gestão.

A razão dessa diferenciação passa pela construção axiológica que elaboramos na Parte II. De fato, e como fundamentaremos em seguida, não pode ser negado, em qualquer hipótese, a função permanente do Estado na tutela coletiva

(direta e indireta). Por essa razão, sujeitar o Estado a essa “vala comum” parece ser simplificar em demasia o problema.

Sendo formas de arbitragem decalcadas da arbitragem comercial, elas têm especificidades (de matéria, de sujeitos, entre outros) que tornam essa similitude ficcional.

Este estudo complementa as conclusões formuladas na Parte I, deste trabalho, como naquele momento destacado²⁷⁵.

13.2.1.1 *Investment Arbitration*

Sobre a arbitragem de investimento, já nos referimos, na Parte I, quando falamos das regras do ICSID²⁷⁶. Ela não é um instrumento de resolução de litígios entre dois privados, como na arbitragem comercial, mas entre um privado e um Estado soberano.

Esta arbitragem está ligada, como vimos, ao tratado de Washington, que estabeleceu o ICSID (*International Center for the Settlement of Investment Disputes*). O maior objetivo deste tratado foi conferir segurança aos investimentos de estrangeiros em outros Estados.

De acordo com o princípio da soberania, também os estrangeiros, pessoas físicas e jurídicas, estão sujeitos à jurisdição da entidade soberana estadual daquele território. Isso implica que os investidores estrangeiros se encontravam numa posição bastante frágil em relação ao poder soberano dos Estados hospedeiros, nomeadamente em relação a regulamentação discriminatória, alterações legislativas que afetassem a rentabilidade do investimento, falta de imparcialidade das decisões do judiciário, expropriação de ativos, etc.

Temporalmente, esta regulamentação surge numa altura em que várias companhias, especialmente companhias de petróleo, foram sendo prejudicadas por nacionalizações; a revolução do Irão talvez seja um bom exemplo desse género de ocorrências.

²⁷⁵ Acima, Cf. 2, 3 e 4.

²⁷⁶ Acima, Cf.2.3.1.4.

O que se pretendeu com esse tratado, e com a criação de um meio jurisdicional próprio, foi assegurar um tratamento mínimo aos privados que, apesar do seu poderio econômico, se encontravam à mercê da vontade soberana dos Estados.

O objetivo desse centro de disputas era a relativização da soberania em nome da imparcialidade e da justiça material do caso concreto; por outras palavras, assegurar que, ao privado, quando em litígio com um Estado, e ainda que em matérias soberanas, fosse possível apresentar o litígio perante um terceiro imparcial²⁷⁷.

Esta solução é, desde logo, interessante ao permitir que, assegurando os princípios da soberania, da autodeterminação dos povos e da soberania sobre os recursos naturais, se certifique que houve uma solução imparcial para aquela disputa.

Mais do que isso: este sistema confere uma imprescindível segurança jurídica nos investimentos internacionais. Essa segurança é obtida através da garantia de que o privado poderá litigar com o Estado em igualdade de recursos processuais²⁷⁸.

A implementação deste sistema tem tido a sua fonte em instrumentos de Direito Internacional Público, normalmente através de Tratados Bilaterais de

²⁷⁷ “*Importa analisar nesta secção e nas duas seguintes este tipo de arbitragem internacional que se distingue da arbitragem comercial internacional, não tanto sobre os princípios fundamentais de natureza processual que são genericamente comuns, mas pelo facto de tratar de litígios entre um Estado (ou certas entidades por ele controladas) e entidades privadas que são investidoras no Estado litigante, desde que elas sejam consideradas nacionais de um outro Estado que com o Estado litigante tenha firmado um tratado bilateral ou uma convenção multilateral destinada a promover e proteger os investimentos ou certas transações equivalentes efectuados pelos nacionais respectivos.*”. BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010. Pág. 725.

²⁷⁸ Acerca da história da arbitragem de investimento e a sua necessidade: “*The level of protection ensured by customary international law to the economic rights of foreigners, including foreign (direct) investment has been one of the most contentious and political hot areas in the last hundred years. Against the standards of a minimum international treatment, national treatment, full, prompt and effective compensation advocated by capital exporting countries; practice of widespread nationalisations by the Soviet Union and by countries such as Mexico after World War I stood the contrary, rendering international legal protection elusive. Following post-World War II decolonisation, newly independent countries took the view that the admission, treatment, and compensation of foreign investment was a matter of purely domestic law and jurisdiction. They questioned the existence and content of customary rules on the subject matter and advocated that international obligations would only exist where treaties governing the subject matter had been freely entered into with foreign States. Serious doubts were raised as to the existence of generally accepted principles governing the treatment of the economic property of aliens except in the most blatant instances of discriminatory and unfair measures.*”. SACERDOTI, Giorgio/RECANATI, Matilde. *Alternative investors - State dispute settlement systems: diplomatic protection and State to State Arbitration*. Social Science Research Network. 11 fev. 2015. 35 p. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2562782>. Acesso em: 01 mai. 2015. Pág. 2.

Investimento (na sigla, em inglês, de *BIT*, *Bilateral Investment Agreement*)²⁷⁹. Estes instrumentos proliferaram largamente na década de 90, tendo sido apresentados como uma forma de fomentar o comércio internacional. Como vimos, na Parte I, outros litígios, noutros contextos, podem ser submetidos ao ICSID.

Estes tratados, que representam, normalmente, o substrato contratual deste tipo de arbitragem, não eram muito completos; pelo contrário, apresentavam importantes lacunas, nomeadamente acerca da tutela coletiva e dos Direitos Humanos.

Da mesma forma, como vimos na Parte I, as regras também são omissas ou lacunosas em relação a esse tipo de conteúdo axiológico do procedimento arbitral.

Além do mais, o procedimento destas arbitragens nasceu calcado nos moldes tradicionais da arbitragem comercial. E esse *modus operandi* não é, de todo, conveniente para aquilo a que se propõe esta forma de resolução de litígios.

Afinal, a lógica da *commercial arbitration* serve, primordialmente os interesses das partes privadas na resolução do conflito que as divide²⁸⁰. As relações públicas, naturalmente implicadas pela presença e natureza do Estado, parte do litígio, são necessariamente mais complexas. O próprio objeto dos litígios, frequentemente, envolve, direta ou indiretamente, os interesses das populações, e atualmente, no atual estado de construção institucional desse sistema, o princípio democrático não está bem protegido. Abaixo, neste trabalho, aprofundaremos um pouco mais este tópico.

²⁷⁹ Um defeito que a doutrina aponta, a estes instrumentos, é a ausência de referência aos Direitos Humanos. Algo que, veremos adiante, seria uma referência essencial: “*BITs, in their current form, simply do not address human rights violation issues. There are several features, typically found in the vast majority of BITs, that clearly bar host countries from initiating arbitration proceedings to claim reparation for human rights violations committed by a foreign investor in their territory. Thus, under the vast majority of BITs, arbitral tribunals only have jurisdiction to adjudicate claims brought by investors, and not those submitted by the host country. Even in rare situations where a BIT expressly allows a host country to institute arbitral proceedings, an arbitral tribunal will normally only have jurisdiction to adjudicate disputes originating from alleged breaches of a treaty provision. In their present form, BITs are asymmetrical insofar as investors are being accorded substantive rights (without being subject to any specific obligations) while countries only have obligations. In other words, an investor simply cannot breach any rights of the host country under these treaties since no such rights exist.*”. DUMBERRY, Patrick/DUMAS, Gabrielle. *A Few Pragmatic Observations on How BITs should be Modified to Incorporate Human Rights Obligations*. Social Science Research Network, 28 nov. 2014. 20 p. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2531084>. Acesso em: 25 jun. 2015. Pág. 2.

²⁸⁰ Esta é, pelo menos, o propósito com que a doutrina clássica acerca da arbitragem a tem visto; como já antecipamos acima, e concretizaremos neste trabalho, a questão deve ser colocada sob uma perspectiva mais complexa. Acima, Cf. 3, 4 e 7.

A verdade é que essas normas representam muito bem essa nova realidade transnacional de que falávamos; ao mesmo tempo que representam, com igual suficiência, as lacunas que apontamos a este sistema²⁸¹. Assim, a ausência de conteúdo axiológico é o maior defeito que podemos apontar-lhe.

Se é uma excelente forma de aprofundar a regulação global, no espaço transnacional, ainda não é, hoje, um sistema de tutela coletiva completo e com as ferramentas hábeis a encontrar uma solução global.

13.2.1.2 *Commercial Arbitration*

A arbitragem comercial, por sua vez, encontra a sua fundamentação no princípio da autonomia dos privados e no expreso reconhecimento da Lei²⁸². Através de uma cláusula compromissória ou de uma convenção de arbitragem, e dentro dos limites da Lei que define a arbitrabilidade do litígio, as partes têm a possibilidade de estabelecer uma forma privada de resolução da disputa.

Esta é a gênese e reduto ontológico do instituto. A base histórica, mantida até hoje, sobre a qual todos os outros subsistemas assentaram.

É óbvio que os interesses, aqui, são eminentemente privados, e que aquilo que se quer tutelar, segundo a doutrina clássica, são os interesses das partes. Sobre isso já falamos, anteriormente, neste trabalho²⁸³.

É certo, também, que neste género de arbitragem a tutela dos interesses públicos e dos direitos humanos não são uma necessidade tão óbvia. O que não quer dizer que não exista essa necessidade. Foi essa conclusão, obtida nas Partes I e II, que nos trouxeram até aqui.

Corremos o risco de ser demasiado simplistas se pensarmos na atividade económica como algo meramente e exclusivamente privado. São cada vez maiores os campos de intersecção e complementariedade entre as atividades públicas e privadas.

²⁸¹ Acima, Cf. 2, 3 e 4.

²⁸² Sobre a questão da autonomia das partes, acima, Cf. 7.2.

²⁸³ Acima, Cf. 2.

No entanto, na arbitragem ainda não é conhecida essa interseção. A arbitragem comercial é vista, hoje, exclusivamente nessa perspectiva: comercial. Preocupada com a tutela, exclusiva, das partes em litígio, o instituto desconsidera ostensivamente a sua natureza jurisdicional; vimos isso quando tratamos, especificamente, sobre os principais regulamentos de arbitragem²⁸⁴.

O que é profundamente errado, na nossa perspectiva. A arbitragem é, antes de mais nada, e acima de tudo, uma atividade jurisdicional, e é assim que tem de ser encarada. O risco que se corre, com a atitude contrária é, sem dúvida, a de um retrocesso civilizacional acerca da necessidade de administração equitativa e igualitária da justiça.

Um retrocesso em relação ao que se conquistou sobre o acesso amplo à justiça, e a participação e tutela coletiva/democrática na sua administração.

Como atividade jurisdicional, a arbitragem exerce as funções de pacificação social que já descrevemos acima e, por isso, tendemos a antever uma certa convergência entre a arbitragem comercial e a arbitragem de investimento, quanto à necessidade de que nelas sejam incluídas algum conteúdo de tutela coletiva²⁸⁵.

Essa necessidade é grande, tratando-se de arbitragem comercial na esfera interna ou na esfera internacional. Ainda assim, e apesar do que acabamos de dizer, essa tutela deve ser maior na esfera internacional do que na esfera interna.

Isso ocorre porque, na esfera internacional, sente-se a falta de uma regulação mais profunda sobre o tema. A convenção de Nova Iorque de 1958 tem a sua importância, mas, perante a crescente importância da arbitragem internacional e as novas necessidades que daí advêm, não é mais suficiente.

Na esfera interna, por sua vez, a existência de diplomas legislativos mais aprofundados e a própria noção de sistema, com os seus sistemas e valores próprios, trazem uma outra segurança às partes e à tutela coletiva.

13.2.1.3 Arbitragem comercial de Estado – “Terceira via”

²⁸⁴ Acima, Cf. 2.

²⁸⁵ Como referimos acima, essa necessidade surge, simultaneamente, da sua natureza contratual e da sua natureza jurisdicional. Acima, Cf. 7.

Existe, ainda, uma terceira via arbitral menos referida porque erroneamente vem sendo inserida na categoria de arbitragem comercial. Como vimos, a arbitragem de investimento seria aquela em que o Estado, no exercício do seu *ius imperii*, litiga com um privado numa instância por si admitida, a título de mera liberalidade. A arbitragem comercial, por sua vez, é um meio de tutela jurisdicional em que dois privados, por via convencional, acordam no estabelecimento de uma estrutura para a resolução da sua disputa.

Tradicionalmente se tem incluído na arbitragem comercial a atuação do Estado, destituído de *ius imperii*, enquanto parte contratante de convenção de arbitragem. Embora compreendamos as razões que levam a que esse tipo de arbitragem seja incluído na arbitragem comercial, não podemos concordar²⁸⁶.

Isso porque, em nome do princípio da unidade da ação do Estado e da indivisibilidade de suas funções, mesmo atuando como privado, não deixa de ser um ente de personalidade e função jurídica *sui generis*. Atuando em qualquer uma das situações, o Estado é sempre o representante da coletividade e dos cidadãos²⁸⁷.

Concordamos que, atuando aqui como um privado, não poderá ter o mesmo nível de proteção que tem, necessariamente, de ter na arbitragem de investimento (onde atua como soberano). Mas nem por isso haverá de ser tratado como se um privado fosse, porque não o é; tratar o Estado como um privado é negar a sua natureza.

Por isso o Estado não pode, nunca, ser visto como um privado. Ele terá, sempre, de ter uma proteção mínima pela importância das suas funções. E, por isso, qualquer arbitragem em que esteja envolvido o Estado, com ou sem *ius imperii*, terá de ser sempre uma atividade jurisdicional diferenciada em nome da proteção da coletividade e do objeto do Estado.

²⁸⁶ Esse entendimento é expressamente corroborado pela doutrina, embora se destaque que essa questão é controversa. No Brasil, a doutrina vem aceitando a possibilidade de a Administração Pública se vincular à arbitragem, tendo sido a lei recentemente alterada para que se preveja isso de forma expressa: “Os dois grandes ramos da arbitragem internacional são a arbitragem comercial e a arbitragem de investimentos internacionais... Trata-se de uma inovação da Lei portuguesa [a arbitragem em matérias de Direito Administrativo], claramente avançada relativamente às leis administrativas de outros países..” . BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010. Pág. 93 a 96.

²⁸⁷ “A expressão administração pública, como já vimos, admite mais de um sentido. No sentido objetivo, exprime a ideia de atividade, tarefa, ação, enfim a própria função administrativa, constituindo-se como o alvo que o governo quer alcançar. No sentido subjetivo, ao contrário, a expressão indica o universo de órgãos e pessoas que desempenham a mesma função.”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*/José dos Santos Carvalho Filho. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31/12/2013. São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 457.

Essa minudência advém, na arbitragem, não do seu carácter contratual, mas antes da sua função jurisdicional. Tendo em conta a natureza da pessoa jurídica Estado, a obrigação de tutela coletiva se deverá impor com maior acuidade do que seria normal, na arbitragem comercial.

Isso não significa, por outro lado, que essa proteção tenha de ser sempre garantida. Por vezes, como é óbvio, isso não será necessário. Aquilo que se defende, aqui, com esta categorização distintiva, é que isso seja sempre, no mínimo avaliado pelos responsáveis indigitados para o exercício de pacificação social.

Dois critérios podem ser utilizados para melhor clarificar como se daria essa proteção. Em primeiro lugar, um critério subjetivo. Essa proteção deve ser dada aos entes públicos “puros”, digamos assim; deve ser dada aquelas entidades administrativas que estão ligadas à personalidade jurídica do Estado. Isso porque não seria razoável conferir o mesmo grau de proteção ao setor comercial do Estado (por exemplo, empresas públicas ou sociedades de economia mista). As entidades desse setor estão, em geral, inseridas num ambiente de mercado e concorrência. Nesse caso, claramente, seria dar-lhes uma vantagem irregular.

Pelas razões apresentadas, a natureza jurídica do ente estatal em causa é, sem dúvida, relevante.

Por outro lado, o critério subjetivo seria insuficiente, se não fosse complementado por um critério material. Isso porque não são apenas as pessoas jurídicas ligadas à personalidade jurídica Estado, quem representa o interesse público. Outras entidades da administração pública indireta, indubitavelmente, devem também receber um tratamento diferenciado pelo exercício de competências de interesse público.

Por exemplo, uma entidade reguladora que, por razões funcionais e de independência, tem personalidade jurídica distinta do Estado; mas que exerce uma função de natureza pública²⁸⁸.

²⁸⁸“Relevante função do Estado moderno, a função administrativa é dentre todas amais ampla, uma vez que é através dela que o Estado cuida da gestão de todos os seus interesses e os de toda a coletividade. Por isso, tem sido vista como residual. Na verdade, excluída a função legislativa, pela qual se criam as normas jurídicas, e a jurisdicional, que se volta especificamente para a solução de conflitos de interesses, todo o universo restante espelha o exercício da função administrativa. Só por aí j á é fácil verificar a amplitude da função.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*/José dos Santos Carvalho Filho. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31/12/2013. São Paulo:Atlas, 2014. Pág. 456 e 457.

O critério material é ainda relevante para os entes do setor comercial Estado. Isso porque o critério subjetivo, por si só, não é suficiente.

Referimos, acima, que a ação do Estado é única. E essa afirmação é transversal: abrange todos os entes da administração pública, inclusive aqueles de natureza comercial.

Num mercado desenvolvido não há necessidade da presença do Estado para suprir as necessidades dessa natureza. A atuação do Estado, nesse setor, corresponde a um esforço de coesão social e de correção de disparidades.

Por essa razão aquele critério subjetivo, de entidades que atuam num mercado concorrencial deverá ser a regra; mas essa norma será excepcionada pela defesa da atuação do Estado no mercado, como forma de corrigir as suas disparidades. Nesse caso a arbitragem também não deverá ser puramente comercial e, pelo contrário, deverá levar em conta a natureza pública e coletiva dos entes em relação.

Uma arbitragem em que se encontre o Estado deve prever meios específicos para uma tutela do litígio adequada à sua natureza. Não se defendem privilégios e, ainda assim, é essencial que a arbitragem não perca a sua natureza de instrumento apropriado para conferir segurança jurídica à parte privada que litiga com o Estado.

Mas reconduzir tudo “à vala comum” da arbitragem, como se faz hoje, parece uma construção abusiva que devemos negar, na forma acima exposta.

13.3 A participação de terceiros de acordo com o tipo de arbitragem

Feita esta distinção acerca da existência de diversos tipos de arbitragem, fica claro que a cada um destes géneros corresponde um grau distinto de necessidade de participação de terceiros, nomeadamente no que toca à proteção da coletividade, da proteção dos Direitos Humanos (aplicado de uma forma mais transversal), e das situações jurídicas de terceiros (privadas).

Passamos a especificar, de acordo com o estudo, até aqui empreendido, a forma de tutela de terceiros para tutela dos bens jurídicos que acabamos de especificar.

13.3.1 A tutela de situações jurídicas, reconhecidas pelo sistema e relacionadas com a questão em litígio

Como vimos, esta é uma hipótese que não é frequente e simples na arbitragem. Para que a participação de terceiros ocorra, ela dependerá sempre da vontade e ação unânime das partes em disputa: concordando que o terceiro participe, e abrindo-lhe a confidencialidade do procedimento.

Como verificamos acima, esse modelo se espalhou a todos os tipos de arbitragem, o que não reflete a complexidade de cada um dos procedimentos. Tampouco auxilia para a concretização dos objetivos de cada tipo de procedimento.

Como ficou claro, até ao momento, não nos parece que a arbitragem fique imune ao todo e, assim, que seja uma “bolha” independente do restante sistema. Pelo contrário, é necessário que ela seja incluída no sistema e, se necessário, que se relacione com as demais situações jurídicas que possam estar, direta ou indiretamente, conectadas com os fatos sujeitos à arbitragem.

Esta intervenção terá, necessariamente, uma razão distinta da intervenção sobre temas relacionados com a tutela dos Direitos Humanos e a participação das populações, de que trataremos em seguida.

Isso porque esse tipo de intervenção tem uma natureza pública direta. Na verdade, estamos a tratar de normas mandatórias de tutela de bens jurídicos essenciais à coletividade. A natureza dessa intervenção é, assim, a de concretização, não de uma mera política pública, mas mais do que isso, a realização de um fundamento concreto e ontológico da própria coletividade.

Neste caso, pelo contrário, queremos referir-nos apenas à tutela de situações jurídicas de terceiros, num sentido exclusivamente de direito privado. De certa forma já antecipamos o nosso posicionamento em relação a este tema, quando admitimos, acima²⁸⁹, que essa intervenção é possível pela natureza contratual da arbitragem, por um lado, e pela sua natureza jurisdicional, por outro.

Parece que, aqui, e em fidelidade às posições que temos vindo a advogar nesse trabalho, não há lugar a fazer uma distinção entre os diversos tipos de

²⁸⁹Acima, Cf. 7.3 e 10.

arbitragem, acerca da participação de natureza privada. Mais uma vez recordamos que, quando o legislador confere legitimidade jurisdicional ao tribunal arbitral, ele está a formular uma declaração em dois sentidos.

Primeiro excluindo a apreciação de outros tribunais, inclusive dos estatais, da questão. Em segundo lugar, conferindo ao árbitro um poder jurisdicional de pacificação social, inerente às necessidades de acesso à justiça e de tutela coletiva.

E é este segundo aspecto, o da pacificação social, que é fundamental para este tema.

Parece equivocado, pela sua função teleológica e enquanto instituto enquadrado nas formas de resolução de litígio, que a arbitragem deva ser vista como um mero e simples negócio privado entre as partes. Sobre isso, já nos pronunciamos acima²⁹⁰.

Mas ainda assim, ainda que fosse um mero arranjo privado, como é frequentemente referido pela doutrina tradicional sobre arbitragem, dificilmente, no atual estado da doutrina, conseguimos antever uma dimensão tão abrangente da autonomia privada. Ela era comum no século XIX mas, exatamente pelos excessos que essa autonomia, entendida de forma absoluta, supõe, ela foi sendo mitigada pelos variados ordenamentos.

Isso aconteceu, também, no Direito Brasileiro, onde a função social do contrato e a orientação social da economia e dos negócios jurídicos são, hoje, princípios incontestavelmente aceites. De resto, como já reportamos neste trabalho.²⁹¹

Esses princípios ordenadores são especialmente necessários no espaço transnacional em que, pela ausência de poder central, há uma maior distância entre a solução do litígio e a coletividade. Permitindo, em suma a ocorrência de abusos.

Reconhecemos que isso cria uma evidente tensão com alguns dos princípios tradicionais do instituto. Reconhecemos, também, que em nenhum momento o atual estado da legislação supõe este tipo de participação, a não ser pela via indireta (após a aprovação das partes e via legislação aplicável²⁹²).

²⁹⁰Acima, Cf. 7, 7.3 e 7.3.1.

²⁹¹Acima, Cf. 7.1, 7.1.1, 7.2 e 7.2.1, 7.2.2 e 7.2.3.

²⁹² Assim, se as partes determinarem a aplicabilidade da Lei brasileira, por exemplo, serão indiretamente aplicáveis as normas do Código de Processo Civil acerca da intervenção de terceiros no processo. BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Seção 1 - Suplemento, Página 1. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 17 out. 2014.

Mas advogamos, apenas, que essa tutela talvez deva ser feita, não de forma indireta, mas de forma direta; inclusive, prevendo normas de intervenção mais adequadas à natureza da arbitragem. Como vimos, as hoje existentes não servem os propósitos abrangentes que defendemos.

A inclusão deste tipo de efeitos na arbitragem, e a consequente outorga de poder aos árbitros que isso obriga, pode trazer alguns problemas à concretização de um instituto que se entende, hoje, eminentemente prático e voltado para as partes. A isso o obriga, a mudança de paradigma; por outro lado, significará um aumento da legitimidade nesse tipo de resolução de litígio: por outras palavras, além da segurança de procedimento, o instituto terá um maior conteúdo ético e uma maior proximidade com o coletivo.

Estamos certos que a previsão de participação de terceiros tornará o processo arbitral um espaço mais democrático e, conseqüentemente, mais transparente. Toda a comunidade transnacional beneficiará, assim, de um acesso à justiça mais completo: a todos será dada a oportunidade de tutelar os seus interesses, na resolução de litígios no espaço transnacional.

E isso é, em suma, um benefício transversal a todos os tipos de arbitragens.

13.3.1.1 Na arbitragem comercial

A importância dessa participação na arbitragem comercial assume contornos absolutamente relevantes. Este mecanismo é a forma de conferir meios de tutela aos afetados (de natureza privada) por uma relação de natureza privada e/ou comercial.

É, em suma, através de este meio que conseguimos concretizar o princípio da boa-fé no exercício dos direitos privados. E, a partir daí os seus correlatos: por exemplo, garantir que as partes da arbitragem não agem no exercício abusivo do seu direito; ou, por outro lado, que se cumpre a função social destas relações entre privados.

No fundo, trata-se de concretizar a ideia que referimos na Parte II deste trabalho. Fazer com que a tutela jurisdicional realizada através da arbitragem seja

completa: não trate apenas a situação jurídica das partes, mas o complexo de situações jurídicas com ela relacionadas.

Esta participação de terceiros, por outro lado, deve ser um imperativo civilizacional, sistemático, relacionada com a ideia de garantia de acesso à justiça.

Para que assim seja, deverá haver uma modificação da relação entre confidencialidade e arbitragem²⁹³. Como vimos, esse é o maior impeditivo, na construção atual, para que essa participação se dê. No mais, nos remetemos ao que foi dito na Parte II, para fundamentar a participação de terceiros como regra, e não exceção.

13.3.1.2 Na arbitragem de investimento

Na arbitragem de investimento essa tutela de terceiros é ainda mais relevante do que na arbitragem comercial.

Isso porque, como vimos, nestas arbitragens os Estados agem como entes soberanos (*ius imperii*) que, em nome da imparcialidade e proteção do investidor, se submetem a um tribunal arbitral, em prejuízo dos seus tribunais.

Ora, a esse respeito, o prejuízo não é do ente jurídico Estado; o prejuízo é da comunidade jurídica que ele representa. Do povo e dos seus nacionais.

Em nome da proteção do investidor, os privados perdem, em primeiro lugar, a possibilidade de acompanhar “de perto” a resolução da disputa. Com óbvio prejuízo para a tutela coletiva e para a democracia.

Ainda, e em segundo lugar, o nacional perde a possibilidade de se manifestar como terceiro interessado, acerca do litígio. Isso é inaceitável.

Mas é o que decorre, como vimos, do sistema vigente; e de uma forma de arbitragem que não está convenientemente formatada para lidar com este gênero de demandas.

Por essa razão, a participação de terceiros se torna mais importante. Ela torna factível uma verdadeira aplicação da regra de Direito, em que qualquer

²⁹³ Acima, Cf. 9.

cidadão tem o direito de defender a sua posição jurídica. Em qualquer instância, e em face de quaisquer indivíduos.

Sobre a proteção do investidor, neste caso concreto, afirmamos que a proteção de eventuais informações deve ser mínima. Isso em nome do princípio da democracia. Nos parece, no entanto, que também são aplicáveis a este caso as modulações que sugerimos anteriormente, neste trabalho, acerca da questão da confidencialidade na arbitragem²⁹⁴.

Fazemos, apenas, a ressalva de que, neste caso, o critério deve ser mais lato. Isso equivale a dizer que a proteção à parte privada, pelos seus segredos, estando em confronto com o princípio democrático e da administração da justiça em condições de igualdade (princípios não apenas do Estado, mas do espaço transnacional de Direito), deverá estar sujeito a uma maior flexibilidade, no caso concreto.

13.3.1.3 Na arbitragem comercial com Estado

Por razões óbvias (identidade do sujeito responsável pela tutela do interesse público e coletivo), aqui nos remetemos aos fundamentos apresentados para legitimar a participação de terceiros na arbitragem de investimento.

Mencionamos, acima, que esta arbitragem não pode ser confundida com a arbitragem comercial, por seus caracteres especiais. E são as mesmas razões que nos levaram a essa conclusão, que nos levam a supor como apropriado um tratamento de confidencialidade similar aquele oferecido à arbitragem de investimento.

Poderíamos, até, pensar numa solução entre as duas: que não fossem aplicados os termos de confidencialidade mais rígidos que foram sugeridos para a arbitragem comercial; que também não fosse tão lata a confidencialidade, como é o no caso da arbitragem de investimento.

A justificação para essa solução salomônica seria o reconhecimento de que, nestes procedimentos o Estado agiria na sua condição de *jus gestionis*, similar a um

²⁹⁴Acima, Cf. 7.

privado. Mas essa assumpção não é verdadeira para esta questão da confidencialidade e da participação de terceiros.

Tudo o que é público, está no seio da pessoa coletiva pública Estado, deve estar sujeito ao controlo da coletividade. E é por isso, pelo princípio da unidade da ação do Estado, que também aqui se deve aplicar um critério mais lato na defesa da confidencialidade do procedimento.

13.3.1.4 Intervenção de terceiros: interesse indireto (ONG's)

Finalmente, trataremos da intervenção de terceiros com interesse indireto no litígio. O nosso principal objetivo, neste tópico, é retratar a intervenção das ONG's, no exercício de tutela coletiva do espaço transnacional.

De fato, estas organizações tem uma importante função de organização coletiva, num espaço tão distante para a maior parte dos indivíduos pessoas físicas. Elas têm a importante função de “generalizar a representação”, e sintetizar a opinião de aproximadamente 7 bilhões de pessoas (a atual população mundial)²⁹⁵.

A sua atuação tende a permitir a participação das pessoas e, conseqüentemente, a criar as condições para um espaço transnacional mais democrático e transparente. De fato, organizações como a Cruz Vermelha, o *GreenPeace*, e outros, desempenham um papel similar e, muitas vezes, mais profundo que os Estados, na tutela de direitos difusos da sociedade internacional.

Sendo a arbitragem, por excelência, o meio de tutela jurisdicional e acesso à justiça do espaço transnacional, deve prever, nos seus procedimentos, formas de participação espontânea da proteção de direitos difusos. Deve permitir a participação dessas entidades nos vários procedimentos.

A atuação destas e de outras entidades de sindicalização deve estar inserida nesta construção da intervenção de terceiros.

E isso é claro, evidente, quando tratamos da arbitragem de investimento e da arbitragem comercial em que participe o Estado. A possibilidade de atuação destas

²⁹⁵ Jornal O GLOBO, edição de 19/09/2014/Atualizado 19/09/2014. Disponível em:<http://oglobo.globo.com/sociedade/sustentabilidade/populacao-mundial-pode-chegar-12-bilhoes-de-pessoas-em-2100-13981294>. Acesso em 24/06/2015.

entidades, auxiliando as partes, o tribunal arbitral e tutelando os direitos difusos transnacionais e o interesse coletivo do espaço transnacional, tem de ser a regra.

Na arbitragem comercial, por sua vez, esta participação não resulta tão evidente. Afinal, trata-se de uma demanda entre privados.

No entanto, e reiterando os argumentos já apresentados, existem muitas situações privadas que interferem diretamente com a tutela da coletividade. É para esses casos excepcionais, em que a tutela do interesse indireto se justifique, que os regulamentos devem prever os mecanismos para que essa participação se faça.

No mais, nos remetemos a tudo o que ficou dito, a esse propósito.

Não rejeitamos, com esta referência, a participação individual nos procedimentos. Pelo contrário.

No entanto, é nossa convicção de que a atuação destas organizações (e de outras formas de reunião coletiva de interesses no espaço transnacional) podem ser formas mais eficazes de viabilizar essa participação e tutela coletiva democrática.

Em suma, e concluindo este tema, destacamos que, em virtude da sua importante função, e na medida em que completa e operacionaliza a democratização do espaço transnacional, garantindo um amplo e irrestrito acesso à justiça, a intervenção de terceiros deve ser aplicada como regra.

No mais,²⁹⁶ nos remetemos ao que foi escrito a propósito da confidencialidade e do papel dos árbitros, motivos essenciais para o enquadramento desta participação.

13.3.2 A intervenção do Estado, na qualidade de terceiro, na defesa do interesse público e/ou de normas imperativas

Este tipo de intervenção de terceiros já não diz respeito à participação de privados, mas antes do Estado, na qualidade de representante da tutela coletiva. Essa participação dirige-se, como é óbvio, à arbitragem comercial, na perspectiva de permitir que um Estado possa intervir num procedimento entre duas partes privadas, para defesa do interesse público e/ou da aplicação de normas imperativas.

²⁹⁶Acima, Cf. 8 e 9.

Em qualquer uma das outras hipóteses (*Investment Arbitration* e Arbitragem Comercial de Estado) a ideia de intervenção de um Estado num litígio em que outro esteja envolvido escapa ao escopo do Direito Internacional Privado, passando a ser um caso de relações diplomáticas e, assim, a reger-se pelas normas de Direito Internacional Público²⁹⁷.

Não é o nosso caso; nesta hipótese estamos a falar, exclusivamente, da hipótese de intervenção estatal, na qualidade de terceiro, de uma arbitragem comercial entre duas partes privadas; e, mesmo assim, não deixa de ser uma situação bastante estranha, apenas justificável pela dimensão jurisdicional da arbitragem e, simultaneamente, de tutela coletiva do Estado.

No entanto, e apesar deste último comentário, a verdade é que não podem existir dúvidas acerca da possibilidade e legitimidade do Estado para atuar dessa forma, uma vez que não existem, também, dúvidas acerca da possibilidade de os Estados atuarem como partes nos procedimentos arbitrais, inclusive comerciais.

A vantagem desta atuação dos Estados diz respeito à tutela de justiça material que ela possibilita; ao inerente cumprimento total do mandato arbitral que permite; por viabilizar a defesa da tutela coletiva, enquanto entidade abstrata não concretizada numa comunidade ou indivíduo específicos; e, finalmente, por permitir enormes ganhos de eficiência na tutela jurisdicional, e auxiliar a ação do tribunal arbitral. Vejamos cada um destes pontos com mais detalhe.

Em primeiro lugar, ao se permitir a ação direta do Estado, estaremos a assegurar ou, pelo menos, a aproximar-nos de uma melhor decisão. O Estado, ao intervir, proferindo um posicionamento, estará a ajudar a esclarecer a situação material em causa, em toda a sua plenitude.

Esta primeira ideia está intrinsecamente ligada à segunda, acerca da necessária tutela jurisdicional completa da arbitragem, que temos vindo a advogar. Ao permitir que o Estado intervenha em defesa do interesse público está-se, também, a garantir a necessária transparência e tutela coletivas que todo o procedimento jurisdicional deve ter. Com essa intervenção estaremos mais próximos

²⁹⁷ Apesar de concluirmos dessa forma, tendo em conta a construção normativa atual, não podemos deixar de referir, novamente, as ideias de convergência e de participação no espaço transnacional, podemos antever a possibilidade, teórica, de admitir a participação de outro Estado, enquanto terceiro. Essa é uma hipótese que deverá ser analisada com cuidado. Acima, Cf. 1, 1.1.4, 3 e 4.

de uma verdadeira pacificação social, cumprindo-se a totalidade do mandato jurisdicional da arbitragem.

O fundamento destas duas ideias se reconduz à argumentação favorável à participação de terceiros.

Em terceiro lugar, ao intervir, o Estado está a cumprir a sua função de último protetor do interesse público. O Estado é, em última análise, o ente concreto de defesa de todos os interesses coletivos abstratos. Esta especificação é fundamental para diferenciar esta hipótese daquela em que há defesa de uma situação jurídica relacionada e/ou defesa de Direitos Humanos. Afinal, nestas duas hipóteses há uma concretização dos indivíduos, podendo estes agir em nome próprio e, correlatamente, em nome do interesse público.

Pelo contrário, nesta hipótese tratamos da intervenção em tutela de todos os interesses públicos que não tem essa concretização mínima e que, atualmente, se aplicada uma visão radical da teoria sobre arbitragem, deverão ser desconsiderados pelos árbitros, incumbidos de cumprir o mandato no interesse das partes.

Finalmente, e em quarto lugar, esta possibilidade poderá trazer enormes ganhos de eficiência ao procedimento. Pensamos aqui, especialmente, na definição preliminar da competência do tribunal; nos esclarecimentos acerca da interpretação de determinadas normas públicas e regulatórias; e, finalmente, no auxílio direto ao tribunal para a tomada de uma melhor decisão, mais compreensiva de todos os aspectos envolvidos, nomeadamente aqueles relacionadas com o interesse público.

Tudo o que dissemos se resume numa ideia: é inaceitável a ideia de uma forma de composição de litígios onde todos os meios de controlo possam estar vedados. A arbitragem, repetimos, não é um meio de conferir tratamento especial às partes; é um meio de oferecer justiça à coletividade.

É essa a principal razão que sustenta esta intervenção do Estado, que advogamos.

13.3.2.1 A Participação de ente do Estado presente na arbitragem de investimento

Excluímos, inicialmente, do escopo desta análise a intervenção de outro Estado na arbitragem de investimento ou em que participe um Estado.

Devemos, no entanto, fazer a ressalva em relação à hipótese de um ente do próprio Estado presente à arbitragem (de investimento ou comercial com Estado) atuar na defesa da tutela coletiva pública.

Nos mesmos moldes que acabamos de advogar, para justificar a intervenção justificada dos Estados na arbitragem comercial.

Essa hipótese não nos deve soar estranha. Ela é, mais uma vez, inerente à ideia de Estado de Direito: a negação de uma ideia de força arbitrária, substituída pela força ética juridicamente determinada. A força autorizada pelo sistema.

São comuns, nos atuais Estados de Direito Democrático, esses órgãos, e as suas funções são bem específicas: usualmente, se reconduzem a uma defesa do Estado (única força legítima da coletividade) contra o próprio Estado (nas hipóteses em que o uso da força seja ilegítima, por contrária ao Direito).

Sendo-nos, apenas, possível ressaltar a tendência de existência desses órgãos (uma vez que é impossível ver o estatuto de cada um destes entes, em cada jurisdição), passamos a verificar o exemplo brasileiro e do Ministério Público, na sua função legal de defesa coletiva e de tutela dos direitos difusos.

13.3.2.2 A participação de entes específicos dos Estados. O exemplo do Brasil: a figura do Ministério Público na defesa de direitos difusos

No caso do Brasil, que se pode estender a muitas outras jurisdições, o Ministério Público tem uma clara função de defesa da legalidade e de tutela coletiva. É o que expressamente dispõe a Lei²⁹⁸, e confirma a doutrina²⁹⁹.

²⁹⁸ “Art. 1º O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”. BRASIL. Lei n.º 8.625 de 12 de Fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 fev. 1993. Seção 1, Página 1997. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em: 17 out. 2014.

²⁹⁹ “Como quer que seja, não há dúvida quanto à vinculação essencial e indissociável entre o Ministério Público e o primado da Lei. O Ministério Público é o fiscal da Lei e da sua execução. Como essa fiscalização se exerce, inclusive, no plano constitucional, dado que compete ao Ministério Público velar pelo respeito à Lei fundamental, o MP assume a condição de órgão essencial do Estado, porque as tarefas a seu cargo são daquelas essenciais à própria conceituação do Estado enquanto nação politicamente organizada.”. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito

Pela sua função essencial, na garantia da ordem jurídica, ele seria esse ente Estatal com legitimidade para atuar, em nome do Estado e contra o Estado (seja na arbitragem comercial; seja na arbitragem de investimento ou comercial em que o Estado participe).

Isto não constitui qualquer novidade: equivale, apenas, a reafirmar o papel que o Ministério Público já exerce na jurisdição estatal.

Trata-se de dar mais uma garantia à comunidade jurídico política em que reside a soberania; e, assim, o poder de administrar litígios e de garantir o acesso à justiça.

Esta reflexão, no entanto, não pretende ser uma resposta definitiva; antes uma simples sugestão para melhor análise, em outro espaço.

Esta é uma questão que não foi enfrentada, até hoje, pela doutrina que estuda a arbitragem.

Mas sem dúvida que, tendo em conta a natureza *sui generis* da figura do Estado, essa é uma lacuna que deve ser preenchida com urgência. Numa interpretação expansiva do atual conceito de *complex arbitration* poderíamos, eventualmente, encarar a participação do Estado enquanto *amicus curiae*.

Nessa solução, no entanto, constatamos a mesma insuficiência que aqui relatamos. Daí a necessidade de propor a presente modificação.

13.3.3 A questão dos direitos humanos nos diferentes tipos de arbitragem

Uma outra hipótese de intervenção de terceiros deve ser aquela formulada par a tutela dos Direitos Humanos. A razão desta tutela reside na sua importância axiológica, na ciência jurídica contemporânea.

A necessidade à sua menção pretende ser a de contrapor uma construção mais humanizada e de justiça material à construção positivista e autonomista do instituto.

O renascimento contemporâneo deste tema corresponde, assim, a um ressurgimento de preocupações inerentes à antiga corrente naturalista e jusracionalista. Surgiu na esfera internacional, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e, posteriormente com os Pactos de Direitos Cíveis e políticos e de Direitos Econômicos e Sociais³⁰⁰. Pela sua importância, acabaram por se expandir para as esferas regionais e nacionais, estando atualmente incluídos no conceito de Estado de Direito Democrático.³⁰¹

O significado deste tema é, assim, da maior relevância; diríamos, até, estruturante de qualquer sistema. E é por isso, também, que a sua aplicação deverá ser, igualmente, transversal a todos os tipos de arbitragem.

Ainda assim, e sem prejuízo do que acabamos de referir, a sua aplicação deverá ser moldada pelas características de cada tipo de arbitragem.

Queremos deixar claro que a premissa básica é a de que a questão dos Direitos Humanos é preponderante em todos os géneros. Se fazemos alguma diferenciação, não é por ser menos importante e, muito menos irrelevante. É o contrário: é sempre fundamental, mas a sua observação pode assumir contornos ainda mais graves, de acordo com a arbitragem em causa.

Por essa razão ganha um especial significado na arbitragem de investimento ou na arbitragem comercial envolvendo um Estado. Sendo fundamental, na arbitragem comercial, não tem um estatuto similar.

A razão para essa distinção é a natureza do Estado, e a razão imperativa dos Direitos Humanos na jurisdição e na política do Estado.

13.3.3.1 Na arbitragem de investimento

³⁰⁰MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional/Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 3ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág 253 e 254.

³⁰¹"Mas ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos cíveis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos." MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional/Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 3ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 149.

Por essa razão mencionamos, anteriormente, a importância da necessidade de se incluir e concretizar o princípio democrático na arbitragem de investimento.

Por princípio democrático queremos significar a necessidade contemporânea de que as populações afetadas sejam ouvidas e levada em conta a sua posição no processo de tomada de decisão; seja essa decisão proferida na esfera administrativa, judicial e/ou legislativa³⁰².

E esse princípio não está defendido, neste tipo de arbitragem, pelos privados. Não é essa a sua função, de resto, e nem isso lhe poderá ser exigido.... Ainda que sejam relevantes os fenômenos de construção e aprofundamento das práticas de governança corporativa, e que nessas práticas sejam levadas em conta as necessidades das populações afetadas e de proteção dos Direitos Humanos, sabemos que, na prática, tem sido a lógica dos lucros e dos negócios a prevalecer. E nem devemos, sequer, ficar surpreendidos ou ofendidos com isso: é a lógica de funcionamento de uma empresa privada.

Mas o princípio também não está bem defendido pela atuação do Estado. Como temos vindo a mencionar³⁰³, o aumento da relevância do papel do indivíduo na esfera internacional corresponde, proporcionalmente, à evidência de que a proteção dos Estados aos seus nacionais e comunidades também é incrivelmente falho, suscitando a necessidade de que sejam conferidas outro género de ferramentas para a sua proteção.

Como referimos anteriormente, é necessário que a decisão arbitral seja tomada levando em conta a necessidade de pacificação, não apenas da relação entre as partes, mas de toda a sociedade. E é por essa razão que é necessário que o sistema da arbitragem de investimentos inclua uma série de mecanismos que permitam que a resolução de um litígio não prejudique populações e/ou não crie um novo problema e distúrbio à paz social.

Não por acaso, a discussão acerca da intervenção começou e detém importância crescente neste tipo de arbitragem³⁰⁴³⁰⁵.

³⁰²Em todas as esferas, internas e internacionais, esse princípio está presente. Referindo a importância de ouvir as populações, e os seus reflexos na esfera internacional, é interessante mencionar a Convenção de Aarhus, que estabelece os deveres dos Estados escutarem as suas populações acerca de decisões tomadas na esfera ambiental. Acima, Cf. 1.1.5.

³⁰³ Acima, Cf. 1.1.4, 3, 4, 7 e 10.

³⁰⁴ "There is a different level of transparency and availability of documents in the three most widely used arbitration procedures for the settlement of investment disputes. There are very restrictive rules of UNCITRAL arbitration where it is often impossible to gain access to documents and where

É certo que essa proteção não pode ser entendida de forma reflexa, através da escolha de uma Lei, leia-se, um sistema de direito nacional para resolver o litígio. Essa solução acaba por ser falha.

Entendemos, como referido (Partes I e II), que os Direitos Humanos fazem parte do substrato axiológico do espaço transnacional de direito. Os Direitos Humanos vinculam, assim, tanto as relações verticais, como as horizontais, nesse espaço. Por isso, são as partes que estão vinculadas à prossecução e respeito destes direitos.

Os árbitros, igualmente, estão vinculados ao cumprimento dos Direitos Humanos, seja indiretamente, pelo compromisso das partes, seja diretamente, pelo cumprimento da tutela jurisdicional da arbitragem. É por isso que lhe devem ser, simultaneamente, conferidos poderes aos árbitros para serem interventivos quando a estes temas³⁰⁶ e, ainda, seja permitido à coletividade participar nesse esforço de pacificação social, especialmente em matéria de tutela de Direitos Humanos (e esta é uma premissa básica para todos os tipos de arbitragem).

13.3.3.2 Na arbitragem comercial em que participe um Estado

O tema da proteção de Direitos Humanos coloca-se de maneira similar na arbitragem comercial em que participe o Estado destituído de seu *ius imperii*. O

awards and other arbitration related documents are rarely made public at all. ICSID arbitration also handles confidentiality issues rather restrictively. Access to documents is easier in the context of NAFTA Chapter 11 proceedings.” KNAHR, Christina/REINISCH, August.. Transparency versus Confidentiality in International Investment arbitration - The Biwater Gauff Compromise. The Law and Practice of International Courts and Tribunals. Leiden: Koninklijke Brill. Vol. 6, No. 1, p. 97-118, 2007. Esta é uma situação que se tem vindo a alterar.

³⁰⁵“*Transparency has become one of the central aspects of good governance claims directed against states. Transparency is also increasingly demanded from private parties as an important aspect of corporate social responsibility. According to traditional transparency demands, all branches of government should avoid secrecy in their dealings with citizens. (...). While the traditional transparency demands may be primarily addressed towards the administrative and the legislative branch, they also have implications for the judiciary, requiring it to abolish secret courts, to conduct its proceedings publicly and to publish its decisions. Arbitration could be regarded simply as an alternative to judicial dispute settlement where such transparency considerations do not arise as a result of the presumed confidential nature of arbitration. The better approach is to look at the underlying functions fulfilled and values protected by transparency which to dispute settlement methods in general and to arbitration in particular.*” KNAHR, op. cit. pág. 97-118.

³⁰⁶ Não esquecer que os árbitros terão um certo mandato conferido pelas partes. O que sugerimos é que este tipo de matérias, sendo de natureza imperativa/de ordem pública, não deixem nunca de poder ser apreciadas pelos juízes. Acima, Cf. 8.

fundamento ontológico para que assim seja é bastante óbvio: a natureza e finalidade do Estado a isso o obrigam. E nenhuma arbitragem será suficientemente imparcial se não levar em conta essa natureza especial do Estado e as suas obrigações. Especialmente aquelas relacionadas com a perpetuação, efetivação e garantia dos Direitos Humanos.

Dir-se-á, em objeção a esta preposição, que o Estado, neste tipo de arbitragem atuaria na condição de privado. Por essa razão não haveria motivo para que gozasse de um grau de proteção mais elevado.

É certo que esse argumento procede, mas, na nossa opinião, não procede totalmente, na medida em que o Estado não deixa de ser Estado. A sua finalidade permanece constante: servir o coletivo. Para aceitarmos a perspectiva de um Estado atuando como um privado teríamos de imaginar que a ação do Estado, direta ou indiretamente, não se dirige sempre à função coletiva. O que não é verdade: se fosse, seria a sua negação ontológica.

A nossa opinião é a de que, quando o Estado age com a própria finalidade (ao invés de agir para a defesa da coletividade), ele não estará a servir a sua função. Mas esses atos não seriam o nosso objeto; esses atos devem ser tratados pela seara criminal...

Neste trabalho partimos do princípio de que esses atos servem, direta ou indiretamente, uma função do Estado direcionada à coletividade. E é nesse sentido que devem levar em conta os comandos dos Direitos Humanos e a proteção das populações afetadas pelo caso, merecendo uma proteção intermediária: se não têm o mesmo grau de proteção da arbitragem de investimento, também não podem ser reduzidos à arbitragem comercial.

Assim, é nosso entendimento que na arbitragem de investimento a apreciação das questões relacionadas com Direitos Humanos e a audição das populações afetadas/grupos afetados pela arbitragem deve constituir a regra. Deve ser um pré-questionamento rotineiro e mandatário, feito pelos árbitros ou, até, pela própria instituição do Tratado. Diferentemente, na arbitragem comercial que inclua o Estado, estas questões devem ser, em primeiro lugar, suscitadas pelas partes (de acordo com os seus deveres de boa fé). Mas uma solução alternativa interessante seria, por exemplo, que o árbitro requeresse o auxílio do Ministério Público da jurisdição do Estado envolvido, enquanto entidade incumbida, em regra, de fazer o controlo da legalidade de Direitos Humanos (nos remetemos ao que foi dito acima).

Obviamente que estas soluções seriam realizadas por expressa previsão nos tratados que instituem esse tipo de arbitragem de investimento, por um lado, e por alteração legislativa dos próprios Estados, por outro.

13.3.3.3 Na arbitragem comercial

Finalmente, na arbitragem comercial, a questão da tutela dos Direitos Humanos é fundamental, mas não é premente, pela não participação de ente Estatal.

Mas, nem por isso, deve ser descurada, pois muitas vezes caso entre privados podem ter um importante significado que deve ser levado em conta pelos árbitros³⁰⁷. Recorde-se, a este propósito, a teoria da aplicação horizontal dos Direitos de natureza fundamental³⁰⁸; premissa igualmente válida para os Direitos Humanos e a sua vinculação por todos os atores do espaço transnacional de Direito³⁰⁹ (públicos e privados).

A tutela arbitral acaba por absorver a competência do juízo, e sem dúvida que, a partir do momento em que a resolução do litígio se inicia, os árbitros são as entidades mais habilitadas à tutela coletiva dos efeitos do caso.

Isso é hoje uma evidência para todas as formas de tutela entre as partes, inclusive os casos de tutela antecipada. Será que podemos estender este conceito a outras situações imperativas?

³⁰⁷Imaginemos um pequeno exemplo acerca daquilo que pretendemos referir: imaginemos o caso de uma indústria pesada, privada, que tem um litígio com outra entidade, também privada, acerca de um contrato de manutenção de um mecanismo de controlo de emissões da planta industrial. Esse litígio inicia uma arbitragem, mas a produção da planta industrial não é interrompida; por sua vez, a manutenção também não é feita, sendo que as missões representam uma grande ameaça à saúde das populações vizinhas da fábrica. Será que seria o caso de essas populações, com fundamento na proteção dos Direitos Humanos, requererem a intervenção dos árbitros para determinar a tutela dos interesses das populações? Abaixo, Cf. Conclusão.

³⁰⁸“ Tudo isso contribui para que se assentasse a doutrina de que também as pessoas privadas podem estar submetidas aos direitos fundamentais. A incidência das normas de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas passou a ser conhecida, sobretudo a partir dos anos cinquenta, como o efeito externo, ou a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (a *drittwirkung* do Direito alemão).”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional/Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 3ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 276.

³⁰⁹ De resto, um elemento fundamental desse espaço, como relatamos inicialmente. Acima, Cf. 3 e 4.

Não podemos esquecer que, legalmente e por construção doutrinária, o mandato do árbitro é, tendencialmente, limitado pela definição das partes. Pela sua inerência à ideia de Direito, como demonstramos, esse não parece ser um entrave à tutela de Direitos Humanos na arbitragem comercial.

Essa ordem arbitral deverá, necessariamente, ser lida em conjunto com outros princípios do próprio sistema. É o que vimos defendendo. Assim, não podemos esquecer que os árbitros estarão a aplicar um sistema, e não apenas um corpo dispositivo especificado. E que esse sistema, por exemplo, no caso brasileiro, inclui por mandato constitucional a tutela dos Direitos Humanos.

Por outro lado, por expressa previsão do sistema, a tutela jurisdicional se faz tendo em conta os interesses das partes, claro, mas também os interesses do coletivo.

Assim, e de acordo com o atual sistema legal, parece que podemos já antever esse dever dos árbitros de proteção sistemática e de tutela dos Direitos Humanos, encontrando como principal limite a questão do mandato jurisdicional estabelecido pelas partes para a causa arbitral. A nossa posição, em conclusão, é que esse princípio não pode ser lido de uma forma absoluta e que, pelo contrário, deverá ser sempre lido em ponderação com o interesse da coletividade, *lato sensu*, na resolução da disputa.

Esta ideia ganha especial importância no caso dos Direitos Humanos, indubitavelmente.

Em suma, reiteramos o que já dissemos, acima: os Direitos Humanos são parte integrante do espaço transnacional de direito. Mais do que isso, são elemento essencial na compreensão axiológica desse espaço de direito, vinculando todos os seus atores, nas suas relações horizontais e verticais.

E isso inclui os privados que detêm o dever objetivo de participar na tutela integral destes direitos.

13.3.3.4 Considerações finais

Finalizando, nada mais cabe do que reiterar a importância deste tema.

Apesar de ser ignorado, na construção tradicional da arbitragem, o assunto vem ganhando importância nos últimos anos. Especialmente quando se fala em arbitragem de investimento, onde essas situações de tensão dialética ficam mais evidentes.

O conceito de *complex arbitrations* desconhece, por completo, qualquer preocupação desta natureza. É por essa razão que destacamos o quanto este tema é essencial, para uma aplicação da regra de direito, no espaço transnacional, mais próxima da noção de justiça material e da tutela dos indivíduos.

Não apenas para a arbitragem de investimento, mas para os demais gêneros também.

13.4 Ferramenta para o preenchimento de uma lacuna

Em suma, o que se conclui é que existe, hoje, uma enorme lacuna nos diferentes regulamentos de arbitragem. Como já havíamos visto, a sua maioria não prevê qualquer forma de intervenção de terceiros no procedimento, e aquelas que o fazem reconduziram a intervenção de terceiros ao conceito de *Complex Arbitrations*. Essa noção, além de ser demasiado abrangente e abarcar uma série de situações atípicas e desconexas (ou seja, que representam problemas distintos), não trata com o devido cuidado a questão da intervenção de terceiros.

Cria-se, assim, uma lacuna no sistema transnacional de arbitragem.

Esta é uma lacuna importante, não apenas do sistema transnacional de arbitragem, mas do próprio espaço transnacional de direito. O resultado obtido assegura de forma insuficiente a concretização plena do princípio do acesso à justiça, tutela jurisdicional coletiva e pacificação social insuficientes nesse espaço.

Equivale, na prática, a podermos afirmar que o acesso à justiça, nesse espaço, se garante apenas às partes que firmaram a arbitragem. E que, eventuais terceiros, jamais conseguiram tutelar a sua posição jurídica naqueles litígios.

Se na parte II, deste trabalho, estudamos os princípios, o conteúdo axiológico do instituto, e chegamos a uma reformulação do papel dos árbitros, das partes, da confidencialidade e dos terceiros no procedimento, neste capítulo vimos a

operacionalização desses meios de tutela coletiva da arbitragem, com especial foco na intervenção de terceiros.

Afinal, a intervenção de terceiros é a ferramenta que concretiza a tutela da coletividade (direitos individuais ou de direitos difusos), que não estão protegidos pelo atual sistema de arbitragem. Neste capítulo concretizamos, através desta ferramenta, cada um daqueles tópicos. Tendo já visto, com propriedade a medida de confidencialidade da arbitragem e o papel dos árbitros no procedimento, vimos, agora, a sua medida, detalhando a questão da intervenção de terceiros de acordo com o tipo de arbitragem em causa. É importante destaca-la de outras questões do instituto, para que melhor o possamos entender.

Neste exercício de ponderação negamos a ideia de uma arbitragem exclusivamente das partes, e a estendemos à intervenção justificada de terceiros. Dessa forma se atinge o objetivo de permitir um espaço transnacional mais democrático e de tutela coletiva plena, de que falávamos na Parte I.

E isso significa, em suma, dar uma voz ativa aos indivíduos (pessoa física, jurídica e ONG's), aos Estados (por exemplo, através da figura do Ministério Público), habilitando-os a uma tutela efetiva, e de qualquer natureza (direitos e situações jurídicas individuais, tutela coletiva difusa, defesa do interesse público e defesa dos Direitos Humanos).

Com esta ferramenta se operacionaliza uma arbitragem de conteúdo ético, e verdadeiramente sistemática e transnacional. Com este instrumento somos capazes de oferecer um verdadeiro sistema transnacional de arbitragem que garanta o completo acesso à justiça de todos, no espaço transnacional; e uma administração da justiça que esteja de acordo com os princípios da igualdade e da democracia.

CONCLUSÃO

Para melhor entender as conclusões deste trabalho, devemos recordar o problema inicial.

O problema inicial, que motivou todo o estudo, parte da constatação da existência de um espaço de não direito, na esfera internacional, presa nas insuficiências das suas estruturas tradicionais. Estruturas essas cada vez menos apropriadas à vida contemporânea.

Perante essas insuficiências, os próprios agentes que atuam nesse espaço foram criando regulações autônomas, encontrando-se as relações transnacionais contemporâneas sujeitas, quase, a um estado primitivo hobbesiano.

Ainda que relativamente meritória, por trazer ordem à vida nesse espaço, essa não deixa de ser uma situação inaceitável. Se urge reconhecer, por isso, o mérito das tentativas de auto regulação existentes, não podemos deixar de reconhecer, igualmente, a ausência de conteúdo sistemático (jurídico e social) e axiológico dessas formas de governança. É essa ausência de referência que a torna, sem dúvida, inoportuna.

O objetivo dessa governança deve ser, não o tratamento especial de indivíduos privilegiados; mas, pelo contrário, o de possibilitar um desenvolvimento profundo das relações nesse espaço, permitindo a todos os seus atores a participação que desejem.

A arbitragem é uma dessas formas de governança internacional. Ela, tendo o mérito de conferir alguma segurança jurídica aos atores transnacionais, permitindo um efetivo acesso à justiça nesse espaço sem poder central, detém um evidente déficit axiológico. Especialmente tratando-se de um meio de resolução de litígios, essencial para a garantia de um valor essencial, intrínseco e inerente à ideia de Estado de Direito: a do acesso à justiça.

Antes de mais, parece não haver dúvidas de que existe, hoje, um corpo de normas minimamente coerente aplicável à arbitragem transnacional. Não o deixamos de reconhecer e, conseqüentemente, de nos filiar na parcela da doutrina que corrobora esse posicionamento.

Mas, no entanto, e após fazer um estudo profundo desse corpo de normas, não podemos deixar de constatar, da mesma forma, a sua incompletude. As suas lacunas, especialmente aquelas de cunho axiológico, são profundas e não nos permitem caracterizá-lo como um sistema completo.

Mais do que isso: esse corpo de normas deve ser a garantia de acesso à justiça e de administração de justiça num espaço democrático. Ou seja, deveria estar vedado, ao sistema transnacional de arbitragem, ser um privilégio para poucos.

Surge, assim, a necessidade de completar o sistema transnacional de arbitragem e vinculá-lo, definitivamente, ao propósito democrático jurisdicional que pretende concretizar.

Como referimos acima, a tutela jurisdicional é um dos aspectos mais importantes do Estado de Direito. Afinal, e em última instância, é esse meio que vai permitir saber qual o Direito aplicável a determinada situação jurídica, e se esse direito foi observado no caso concreto.

A tutela jurisdicional é, em suma, uma garantia de que a força não se sobrepõe à racionalidade previamente ponderada pelo legislador, surgindo com a dupla função: de defesa dos interesses diretos das partes em litígio; e, de tutela de eventuais terceiros direta ou indiretamente interessados na resolução do caso concreto.

Ela é, ainda, uma garantia de que o princípio da igualdade está sendo assegurado, e que o tratamento oferecido a todos assegura a isonomia normal num Estado de Direito Democrático. Não é possível, afinal, a existência injustificada de uma justiça privada que ofereça uma tutela jurisdicional distinta às entidades que tem interesse e/ou recursos para iniciar um destes procedimentos.

A aplicação do princípio democrático é muito sensível, quanto à tutela jurisdicional: afinal, não é admissível, em geral, qualquer tratamento minimamente desigual entre cidadãos. E isso é especialmente verdade em relação aquele ramo que tem, como exclusiva competência e função, dizer o Direito.

O princípio da igualdade, no entanto, desde há muito tempo não é entendido de uma forma absoluta; pelo contrário, a sua aplicação foi relativizada e hoje atende à ideia de que é necessário tratar igual o que é igual, e diferente o que é diferente.

Esta construção do princípio da igualdade tem como condão permitir a existência de institutos com construção diferenciada da regra geral, nomeadamente

quanto às formas de tutela jurisdicional. No entanto, essa distinção apenas será possível se cabalmente demonstrada a sua razoabilidade e justificação.

É, sem dúvida, o caso da arbitragem. A justificação da existência da arbitragem reside na especialidade que confere à resolução da causa, bem como à sua maior celeridade. Como dissemos ao longo do trabalho, estas são as duas principais características que justificam a sua existência.

Na esfera internacional, por outro lado, a arbitragem também se justifica pelo seu carácter residual; afinal, nesta esfera, não existe outro meio tão hábil e eficaz de resolução dos litígios. A arbitragem, nesta esfera, é parte fundamental da viabilização da existência de um comércio de bens e serviços à escala global.

A arbitragem é mais um instituto necessário do que desejado pelo sistema jurídico. Ela não deixa de ser um objeto estranho no sistema, apenas justificável pela existência de necessidades práticas que melhorem as formas jurisdicionais de tutela do Direito. Este instituto pretende ser uma correção a algumas ineficiências detectadas na tutela jurisdicional comum.³¹⁰

O que temos de ter cuidado é em não confundir a necessidade de um tratamento diferenciado, juridicamente justificado e aceite (tratar diferente o que é diferente), com a outorga de um tratamento privilegiado de resolução de litígios.

Mais uma vez, esta última questão, em conjunto com as ideias de igualdade, transparência e tutela coletiva, levam a que tomemos alguns cuidados ao construir o instituto. É importante, neste ponto, nos remetermos para as conclusões de Habermas e Sen, apresentadas neste trabalho: a arbitragem é necessária, mas o seu limite é integral garantia de acesso à justiça num contexto democrático.

Afinal, quando falamos em tutela jurisdicional, nos referimos à tutela de um bem público. A composição do litígio e a administração da justiça, ambas são feitas no interesse direto das partes, no interesse direto do ente público na administração pública da justiça e, finalmente, no interesse indireto na tutela coletiva e pacificação social, ao administrar todas as disputas que nascem na sua jurisdição.

O mesmo princípio deve ser aplicável naquele espaço transnacional, determinado pelas ideias de tutela integral do indivíduo, considerado tanto na sua singularidade, como enquanto membro da coletividade.

³¹⁰ Veja-se, por exemplo, o caso da Alemanha, em que a arbitragem é um instituto “marginal”, dada a eficiência do seu sistema jurisdicional.

Para melhor compreendermos a arbitragem, neste contexto, deveremos levar em conta a dupla natureza do instituto.

A arbitragem, tendo uma dupla natureza contratual e jurisdicional, deve se comprometer e sujeitar a essa dicotomia. Isso equivale a dizer que, se por um lado, ela deve corresponder a algumas das especificidades que a caracterizam (celeridade, especialidade, etc.), atendendo, primordialmente, aos interesses das partes; por outro, não é possível que não se inclua na análise a natureza jurisdicional deste instituto, e a necessária tutela coletiva que este, e todos os outros meios de resolução de litígios, têm.

As especificidades da arbitragem não podem ser confundidas com privilégios, como dissemos. A vantagem da arbitragem não é permitir que as partes fujam do controle social das decisões, ou da fiscalização de órgãos públicos e/ou do controle de terceiros diretamente interessados.

A vantagem da arbitragem consiste na possibilidade de oferecer um nível de especialidade de decisões e celeridade de procedimentos, que garanta a outorga da melhor decisão possível para a resolução da disputa. Essa é a razão de ser para a outorga de autonomia às partes, em derrogação parcial do mandato constitucional do Estado de administrar a justiça.

Mas, para assegurar essas especialidades, não é necessária uma interpretação absoluta das características privadas do procedimento. Muito menos quando esse benefício é concedido numa ponderação desigual com as suas características jurisdicionais.

Sem dúvida de que uma nova interpretação da arbitragem, e a superação da atual construção autonomista, implica uma reinterpretação acerca da função jurisdicional do instituto.

É essa função que lhe confere legitimidade, enquanto meio de administração de justiça, ao aproximá-lo, simultaneamente, de uma conformidade axiológica sistemática, e dos indivíduos que fazem parte da comunidade jurídica. É ela que possibilita a comunicação direta do instituto com a coletividade; ainda, e sem prejuízo de que também a sua natureza contratual permite essa comunicação de forma indireta, em virtude da função social inerente a cada contrato.

A função jurisdicional, diretamente, e a função social do contrato, indiretamente, levam-nos à conclusão de que a arbitragem não é, unicamente, um procedimento realizado no interesse das partes. As partes, é certo, mantém um

interesse direto no procedimento, mas que deverá ser complementado com a necessária tutela coletiva e busca pela pacificação social que todos os meios jurisdicionais acarretam.

A questão da tutela coletiva traz consigo algumas consequências. Destacamos, neste trabalho, por nos parecerem mais importantes, as seguintes: em primeiro lugar, a modificação e alargamento do papel dos árbitros na arbitragem. Em segundo lugar, a alteração da relação entre arbitragem e confidencialidade. Em terceiro lugar, e finalmente, a legitimação da participação de terceiros, públicos e privados, no procedimento, permitindo, diretamente, que estes tutelem a suas situações jurídicas relacionadas com o litígio; garantam a defesa das normas imperativas e regulatórias; e a tutela dos direitos humanos.

Por entendermos especialmente relevante este último tópico, o desenvolvemos na Parte III do trabalho.

Entendemos que através dessa participação se poderá falar em pacificação social, através da administração da justiça pela via arbitral. Afinal, a administração da justiça na tutela exclusiva do interesse das partes, como é vista a arbitragem hoje, não irá nunca atender a esse requisito básico de tutela jurisdicional num Espaço de Direito Democrático.

É necessário, por isso, que, seguindo o exemplo do processo civil (ainda que mantendo, a arbitragem, contudo, as suas características específicas), este instituto crie mecanismos expeditos e hábeis a permitir a participação de terceiros no procedimento. A verdade é que, hoje, não é possível que isso ocorra a não ser que seja permitido pelas partes, por seu mútuo consentimento.

Constatamos isso mesmo em dois momentos: quando detalhamos o atual arcabouço regulatório do instituto, na Parte I; e quando detalhamos o conceito de *Complex Arbitration*, na Parte III.

Atualmente nem sequer o árbitro pode permitir essa intervenção (limitação do mandato arbitral). Além disso, essa possibilidade depende de a Lei escolhida pelas Partes prever, ou não, essa possibilidade. Finalmente, necessita ainda respeitara vontade dasPartes em dar publicidade à arbitragem (Confidencialidade do procedimento).

Ou seja, a participação de terceiros, para qualquer efeito, sendo possível, depende unicamente da vontade das partes. É assim que a doutrina tradicional o vem configurando. Isso equivale a dizer, na nossa opinião, que a função jurisdicional

da arbitragem fica, por isso, sujeita à vontade das partes. A possibilidade de controle social e de terceiros da arbitragem fica dependente, também, do desejo dos litigantes em submeter a execução de eventual laudo arbitral ao judiciário, de alguma jurisdição.

Como conceber um sistema de arbitragem transnacional exclusivamente dependente da vontade das partes?

Já referimos, ao longo do trabalho, que não acreditamos que esta seja uma situação comum (a necessidade de, em regra, estender a arbitragem à intervenção de terceiros). A esmagadora maioria dos litígios estará, com certeza, limitada aos interesses das partes envolvidas na arbitragem. Mas a verdade é que este argumento de maioria não nos satisfaz, e por isso sugerimos a importância da necessidade de que existam meios de tutela jurisdicional na arbitragem, como forma de evitar uma administração da justiça... injusta.

É a própria noção de sistema que implica a ideia de completude. E assim, um sistema só será completo se prever mecanismos para a efetiva tutela de todas as situações que se apresentarem aos seus operadores. Assim, ainda que essa seja uma situação rara, nenhum sistema transnacional de arbitragem estará acabado se não for o mais completo possível.

Essa necessidade de tutela coletiva, que identificamos no instituto, e que é premente no contexto de insuficiência das estruturas tradicionais do espaço internacional, por um lado; e do papel desempenhado pela arbitragem de garantia de acesso à justiça no espaço transnacional, por outro, leva a que reinterpretemos algumas das construções feitas pela doutrina clássica, nomeadamente o papel dos árbitros, das partes e dos terceiros no procedimento; a confidencialidade da arbitragem; e a questão do mandato dos árbitros.

De fato, de acordo com as diretivas de interpretação atualmente aceites, não há espaço para a inovação que propomos. Vimos isso na Parte I. A recepção desta proposta estaria condicionada ao reconhecimento de um papel mais ativo dos árbitros na condução do procedimento, na tutela do interesse das partes e da sociedade/coletividade; a relativização da confidencialidade da arbitragem, como forma de permitir a terceiros o conhecimento do litígio e, eventualmente, a sua manifestação nos mesmos; e, finalmente, a relativização da ideia do mandato conferido pelas partes aos árbitros, estabelecendo, em primeiro lugar, o dever das partes, para com a sociedade, a agir de boa-fé e a colaborar ativamente para o

cumprimento da função jurisdicional da arbitragem, com o objetivo de obter a justiça material do caso concreto; e, em segundo lugar, o dever das partes de auxiliarem os árbitros na busca por um objeto adequado do mandato arbitral, tendo em conta o objetivo de integral administração da justiça.

Não defendemos que este entendimento distinto seja utilizado como regra, e muito menos que represente uma ruptura total em relação ao atual sistema. Com isto queremos dizer o óbvio: a de que a possibilidade de intervenção de terceiros deverá ser fundada em razões fortes. Não poderia ser de outra maneira, na medida em que essa intervenção de terceiros significa uma alteração importante no rumo regular do procedimento. As suas hipóteses, quando espontâneas, deverão ser contadas (da mesma forma que o são em outros meios jurisdicionais, por exemplo, no processo civil).

A ideia de sistema de arbitragem transnacional necessita desta construção, para que possa ser vista como algo coerente, como uma construção axiológico-jurídica de efetiva tutela jurisdicional, e não uma mera coleção de decisões casuísticas.

Não há dúvida de que para se falar numa ordem jurídica arbitral transnacional é necessária, além de uma jurisprudência forte (essa já em construção), uma maior certeza jurídica, normativa e axiológica. Essa regulação não deve ser básica, mas suficientemente profunda para conferir um mecanismo apropriado e legítimo aos interesses e posições jurídicas das partes e terceiros interessados.

A arbitragem internacional é um instrumento fundamental para a manutenção do tráfego jurídico global; como referimos neste trabalho, na ausência de uma instituição jurisdicional planetária, é a arbitragem que cumpre esse papel.

E é exatamente aqui que as maiores preocupações regulatórias deverão estar. A situação que vivemos atualmente é insustentável, tendo em conta o desejo de que o espaço internacional se torne cada vez mais transparente e democrático; que a esfera internacional possa ser um lugar de regulação suficiente, justa e transparente, permitindo o tráfego jurídico consciente e de acordo com os princípios gerais de Direito e do Estado de Direito democrático. A regulação que sugerimos, enfim, deve incluir a tutela dos bens coletivos, e deve trazer para a esfera internacional a total função jurisdicional da arbitragem.

Isso equivale a dizer, na prática, que devemos completar o atual sistema existente com o que lhe falta, legitimidade. E essa advém da sua conformidade

axiológica, em primeiro lugar; ou seja, de se conferir uma carga de valores às regulações já existentes. Advém, em segundo lugar, da sua proximidade com todos os jurisdicionados; não apenas as partes, mas todos aqueles que, direta ou indiretamente, são afetados pelo procedimento.

Sabemos da dificuldade gigantesca que é a formação da norma na esfera internacional. A esse propósito reconhecemos a importância da Convenção de Nova Iorque de 1958, em matéria de arbitragem. Optando pela via da regulação indireta (lembremos que a convenção trata da questão do reconhecimento das sentenças arbitrais, e não do procedimento de arbitragem) foi possível estabelecer alguns conteúdos normativos mínimos acerca do procedimento.

Essa regulação é claramente insuficiente, pelas razões que expusemos; mas, tendo em conta a época em que foi elaborada e a sua importância para o estabelecimento da arbitragem internacional, não podemos deixar de reconhecer que desempenhou um papel fundamental. Esse papel foi complementado pela ação das diversas instituições de arbitragem que, ao estabelecerem regras complementares de procedimento, conferem mais segurança jurídica às partes.

O que se ganha em segurança, pela auto regulação, perde-se em legitimidade axiológica e proximidade com os jurisdicionados.

Ora, isso não é sustentável. Os Estados, nas esferas interna e internacional, devem agir cooperando para criar essa regulação mínima, não delegando totalmente essa função a instituições privadas e/ou às partes. A participação desses entes na regulação do procedimento é desejável, desde que, previamente, os Estados tenham feito a sua parte normativa, estabelecendo o conteúdo mínimo do procedimento arbitral.

Desde que os Estados tenham assegurado os valores mínimos do princípio democrático; algo que, como vimos pelo confronto entre o exemplo da Lei Modelo da UNCITRAL, e o conteúdo exposto na Parte II, não é o que os Estados fazem frequentemente. A julgar por aquela Lei Modelo, a ação dos Estados se limitaria a chancelar a atual construção da arbitragem.

Esse novo e necessário entendimento da regulação, mais legítimo, deve levar em conta a tutela do interesse público, nomeadamente pela alteração das construções daqueles elementos mencionados: papel dos árbitros, confidencialidade e participação de terceiros. Com especial ênfase para este último aspecto.

O objetivo é o de conseguirmos uma administração da justiça, a nível internacional, que esteja preocupada não apenas com os interesses das partes, mas também com os interesses coletivos eventualmente relacionados com a demanda. Nos parece que, hoje, essa preocupação é estranha ao atual sistema de arbitragem transnacional.

Acreditamos que ninguém deseje um sistema transnacional de arbitragem desprovido de valores: pelo contrário, usualmente se concorda que esses valores tem uma função teleológica e ontológica na criação dos sistemas de Direito. De outra forma, nada mais serão do que normas desgarradas, força sem legitimidade, pois a sua coordenação só é possível quando ordenadas por princípios orientadores do sistema.

Pelo contrário, a formação de um sistema arbitral transnacional deve partir de uma visão de arbitragem axiologicamente enraizada e sistematizada. E, sem dúvida, devemos remeter-nos ao que dissemos no início deste trabalho e destas conclusões, onde referimos a importância de que os sistemas jurisdicionais sejam transparentes, democráticos e assegurem igualdade de tratamento a todos os cidadãos.

Nos remetemos às conclusões acerca, tanto dos problemas do atual sistema de direito internacional; quanto às modificações que reputamos necessárias para um sistema de Direito Internacional mais efetivo e preocupado com a tutela do indivíduo.

Na esfera internacional, pela sua distância para com a maioria dos cidadãos, os mecanismos de controle e participação devem ser assegurados com ainda mais eficiência e transparência. A preocupação com estes aspectos deve ser ainda maior do que na esfera interna: não basta ser transparente, tem de demonstrar e criar os mecanismos que demonstrem e concretizem faticamente essa transparência. E isso é verdade, também, no caso da arbitragem. Provavelmente isso é até mais importante no caso da arbitragem, uma vez que este instituto é o meio pelo qual é primordialmente assegurado o primado do Direito e o acesso à justiça, nesta esfera.

Daí a importância destes valores para arbitragem: pelo seu caráter verdadeiramente fundador de qualquer sistema transnacional que venha a ser estabelecido sobre este instituto.

Como concluído, a arbitragem não é um mero contrato e, por isso, não está na absoluta disposição das partes. E ainda que o fosse (um mero contrato), os seus efeitos coletivos não podem ser ignorados ou desconsiderados. Ele exerce uma

função importante que não pode ser desconsiderada; mais do que isso, qualquer regulação deve partir desse ponto de partida.

O instituto, no tráfico internacional, não pode, por isso, tutelar apenas as partes³¹¹, mas deve também tutelar o coletivo, a democracia, a função social do acordo das partes, a necessária transparência do processo e da decisão. E a regulação hoje existente não é suficiente para esse fim.

Por isso referimos no início: se gostamos da ideia de sistema de arbitragem transnacional, entendemos que, hoje, dificilmente poderemos admitir a existência de um sistema completo. Sem dúvida que reconhecemos algumas regras coordenadas, a um nível mínimo, sobre arbitragem; mas sem qualquer referência a valores e conceitos ordenadores.

A ideia de sistema deve, por isso, executar a necessária tarefa de ponderação entre os valores defendidos pela norma, tentando encontrar um ponto razoável em que confidencialidade, autonomia das partes, celeridade e especialidade sejam valores defendidos em concomitância com valores como os de democracia, acesso à justiça, transparência, participação, tutela coletiva e paz social. Acreditamos, inclusive, que um sistema jurisdicional deve, necessariamente, partir destes últimos valores para encontrar o *quantum* adequado dos primeiros; e nunca o contrário.

Trata-se de um dever dos Estados encontrar, em coordenação e cooperação, uma plataforma regulatória mínima que ofereçam confiança nas decisões emitidas pelos tribunais arbitrais constituídos ao redor do mundo³¹². Mais do que isso: é

³¹¹“Confidentiality is frequently regarded as one of the hallmarks of (commercial) arbitration, and usually ranks high among the perceived main advantages of arbitration over other forms of dispute settlement. It is usually assumed that many firms appreciate the privacy and confidentiality of arbitral proceedings because it protects business secrets and may help to protect the public image of companies when even the mere fact of litigation released to the public might cause harm to its reputation. (...)”. KNAHR, Christina/REINISCH, August.. Transparency versus Confidentiality in International Investment arbitration - The Biwater Gauff Compromise. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. Leiden: Koninklijke Brill. Vol. 6, No. 1, p. 97-118, 2007.

³¹²“International law is the product and legal reflection of the state and business practice in the international community. But its rule of law also provides the much needed framework for peaceful cooperation between states, for the effective functioning of the international marketplace, and the security needed to promote international investment. In turn, international arbitration reflects the international community as its political and economical environment, and international law as its legal environment. Their development and progress as well as their challenges have and should have an impact on the development and progress of the codification and practice of international arbitration. Good arbitration practice will have to take that into account. On the other hand, the growing codification and implementation of international dispute settlement, and particularly of international arbitration, present an important contribution and guidance, if not for a solution, at least for a peaceful and civilized processing of many challenges to today's world community and international law.”. BOCKSTIEGEL, Karl- Heinz. The role of arbitration within today's challenges to the world community

necessário que as pessoas possam realizar o controle desses atos, procedimentos e decisões, da mesma forma que lhes é possível fazer isso nos tribunais estaduais de um Estado de Direito Democrático.

Como dissemos, a arbitragem é um instituto bom e desejável, que confere enormes vantagens ao sistema. Aquilo que devemos fazer, coletivamente, é torna-la um instituto mais eficiente e apto a garantir os valores jurídico-sociais mais elementares. A tutela da posição jurídica de terceiros pelas normas de regulação já é, sem qualquer dúvida, uma excelente forma de garantir a necessária conformidade à democracia dessas decisões.

Após o presente estudo, e a obtenção das conclusões descritas, retornamos agora ao início, à introdução deste trabalho: para comentar, à luz do que aqui foi apresentado, as hipóteses práticas que ali colocamos.

Recordamos que o problema inicial apresentado era o da governança global: qual ou quais o(s) próximo(s) passo(s), para adaptar a regra de direito às mudanças decorrentes da globalização da vida internacional, e do esgotamento das estruturas tradicionais.

Até ao presente, a arbitragem, e outras formas de governança, foram úteis para conferir o mínimo, uma segurança jurídica mínima. Tiveram esse mérito. Mas o seu papel não dispensa a condução político, jurídica e axiológica dos Estados e da coletividade no aperfeiçoamento dessa governança global.

Mas esse espaço, como referimos, é um espaço de múltiplos atores, valores e interesses. E a única forma de tornar a governança global completa é através da introdução de um conteúdo axiológico, ponderado entre esses vários sujeitos e seus interesses, correspondente aos valores inerentes à ideia de Estado de Direito. Requer-se, assim, um Espaço Transnacional de Direito Democrático.

Nesse espaço democrático, os atores deverão ter ferramentas para participar da vida transnacional. Na arbitragem, enquanto meio de acesso à justiça e garantia da aplicação da norma de Direito nesse espaço, isso significa aperfeiçoar as regulamentações existentes com o referido conteúdo axiológico e, em consequência, com os meios de participação democrática na administração da justiça.

Sem prejuízo de outras relacionadas, defendemos que as formas de participação de terceiros seriam, sem dúvida, e por excelência essa ferramenta. Ela

confere a possibilidade de que os demais atores, os terceiros, participem e tenham meios de tutelar as suas situações jurídicas, interesses e direitos (privados, coletivos e/ou difusos), numa garantia de transparência e acesso à justiça.

Concretizando as conclusões, passaremos a elaborar considerações acerca dos casos hipotéticos apresentados na introdução, de acordo com as diretrizes aqui apresentadas.

A nossa solução pretende ser uma superação do conceito da doutrina atual: as *complex arbitrations*. Esta ferramenta padece do mesmo mal que vimos salientando na arbitragem; se por um lado representa um avanço concreto, por outro é uma negação

HIPÓTESE A

Como se conclui, por tudo o que foi apresentado na primeira parte deste trabalho, o atual sistema de arbitragem transnacional não oferece qualquer medida para tutelar a posição legítima de C, em relação à demanda entre A e B.

A cláusula compromissória vem sendo compreendida pela doutrina e pela jurisprudência arbitral como a base de todo o sistema. Sem dúvida de que a autonomia da vontade, como vimos, desempenha um papel fundamental na compreensão do instituto.

Se é verdade que, à luz do conceito de *Complex Arbitration*, essa intervenção é possível (ainda mais sendo um contrato/situação jurídica diretamente relacionada), ela dependeria da vontade das partes. Primeiro em aceitar a quebra do sigilo do procedimento; em segundo, em permitir que C participe no procedimento. Os árbitros, por sua vez, nada teriam a prover sobre essa questão.

Mas sendo verdade que o instituto arbitral também depende da vontade das partes, ela não depende apenas desse fator.

A arbitragem desempenha um papel jurisdicional fundamental na resolução das disputas, de tutela coletiva de pacificação social. E isso ocorre, quer na esfera interna, onde atua sob o beneplácito do Estado (único titular monopólio do uso da força) e dos seus princípios comunitários fundamentais (expressos na constituição); quer no espaço transnacional, em que atua de acordo com as normas ético-jurídicas

aplicáveis a esse espaço, e pela legitimidade conferida pelos diversos atores da transnacionalidade (Estados, organizações internacionais, ONG's, empresas e indivíduos).

A atual construção se baseando, com exclusividade, na natureza convencional da arbitragem acaba por tutelar apenas a vontade das partes que acordaram nesse meio de resolução de disputas, ignorando a sua função de tutela coletiva. Esse espaço, que se deseja um espaço de aplicação da norma de Direito, e não da norma de força, acaba por revelar uma enorme insuficiência nessa sua missão histórica de regular um espaço de não Direito/Poder Central.

Reflexo disso é a ausência de ferramentas, no atual sistema de arbitragem internacional, para que as partes no sistema de resolução de disputas possam realizar essa missão de tutela jurisdicional.

Como verificamos, também na primeira parte deste trabalho, ao estudar os regulamentos das instituições de arbitragem mais relevantes na esfera internacional, vemos que a previsão de ocorrência de arbitragens complexas não é uma regra, nesses regulamentos.

Especificamente quanto a esse ponto, a arbitragem deve procurar o exemplo dos meios Estatais de resolução de litígios, onde a prática de administração de litígios já fez incluir alguns instrumentos de inclusão de terceiros nos códigos de processo civil. A procura deste exemplo deve, no entanto, não ser uma mera cópia, mas estar limitado a ser uma fonte de inspiração para a construção de instrumentos apropriados à natureza, função e objetivos das partes com a arbitragem.

De acordo com as nossas propostas, entendemos que esses instrumentos passam, necessariamente, pela estipulação de deveres que comprometam as partes com a natureza coletiva da sua disputa privada; relativização da confidencialidade do procedimento; e oferta de poderes aos árbitros para atuarem, de forma limitada, na tutela da coletividade.

Na hipótese estudada isso significa, em primeiro lugar, que as partes deveriam ser as primeiras a reconhecer a importância que a resolução da sua disputa teria para C. Dessa forma, e agindo de acordo com os deveres do princípio da Boa-Fé subjetiva, as partes deveriam notificar C da importância da sua intervenção no procedimento arbitral, para a tutela da sua posição jurídica.

Essa obrigação não resulta apenas de um dever geral de boa-fé, das partes em relação a terceiros; mas de uma verdadeira função social do contrato.

Mas mais do que isso: não cumprindo as partes essa função, e entendendo os árbitros, de forma fundamentada, que é importante, para uma completa e correta tutela global da disputa, a participação de C, os árbitros devem notificar este para que participe na tutela da sua posição jurídica (de acordo com a nossa proposta).

A relativização da confidencialidade do procedimento está, necessariamente, ligada com as outras duas ferramentas apresentadas. Assim, seja voluntariamente, quando sejam as partes a agir no sentido de notificar C da disputa; seja pela atuação dos árbitros, a verdade é que ao permitir a intervenção do terceiro, e o seu conhecimento da disputa, está a ser relativizada essa premissa do procedimento.

Esta relativização, na esfera da resolução de disputas internacionais é ainda mais importante, pela distância entre a resolução do litígio, e o mercado ou espaço jurisdicional em que a relação e/ou litígio se gerou, ou em que os atores (A, B, C e /ou outros) estão estabelecidos e mantém as suas relações.

Duas considerações adicionais devem ser feitas, aplicando a essa relativização os termos estritos do princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação e proibição do excesso): em primeiro lugar, que apenas deverão ser abertos aqueles aspectos da disputa diretamente relacionados com a tutela da posição de C. Em segundo lugar, que a relativização da confidencialidade, neste caso, se dá exclusivamente em relação a C, e que ao acessar ao procedimento C também está vinculado pelo pacto de confidencialidade estabelecido.

Quanto à intervenção de C, ela será, à partida, na qualidade de interessado na demanda. Mas a verdade é que não parecem haver razões para, no caso de se justificar, seja inclusive permitida a sua inclusão em algum dos polos da relação.

HIPÓTESE B

O caso B se relaciona diretamente com o caso descrito na hipótese A; tudo o que ali foi descrito, indubitavelmente, se aplica também a este caso. Mas com uma diferença substancial que torna ainda mais relevante tudo o que ali foi retratado.

Ocorre que, nesta hipótese, se questiona se o terceiro, que é uma entidade pública, deve, ou não, ser informado, da resolução de um litígio com o qual está diretamente relacionado.

A resposta deve ser positiva ratificando os termos anteriormente apresentados; mas reforçando-os com a natureza da função exercida pelo ente público em questão. Vejamos.

O tratamento oferecido a um ente público deve ser sempre diferenciado, tendo em conta a tutela coletiva do interesse público de determinada comunidade, que esse ente exerce. Repare-se, ainda, que na hipótese concreta, o litígio está diretamente relacionado a uma relação contratual feita com um ente público; no entanto, na nossa opinião, a participação dos entes públicos deve ser possível em situações em que esse ente intervenha, ou possa intervir, direta e indiretamente, na relação litigiosa.

Afinal o Estado é a entidade responsável pela tutela, em determinado território, das premissas jurídico-políticas estabelecidas, na constituição, por uma determinada comunidade política e cultural. Sendo que os direitos humanos e os direitos fundamentais são os limites mais relevantes à ação dos Estados sobre os indivíduos (pessoas físicas e jurídicas), e que estes devem ser interpretados da forma mais ampla possível, eles devem ser limitados na medida da necessidade da tutela coletiva, em caso de colisão com bens jurídicos coletivos.

É exatamente o que ocorre no caso estudado. Deve ser dada a oportunidade à entidade que tutela a coletividade de se manifestar num caso em que, a resolução da disputa, possa colocar em causa ou interferir com a gestão de algum bem coletivo. Esta premissa é especialmente verdadeira no caso dos mercados regulados, em que não parece, à partida, que pode haver uma boa decisão sobre a disputa, que não inclua a entidade que, na jurisdição com que se relaciona a disputa, está responsável pela tutela constitucional do bem coletivo.

O que acabamos de referir é especialmente importante para os mercados de capitais e financeiros; para o mercado de energia; de telecomunicações; de exploração de óleo e gás; entre tantos outros, onde o interesse público da exploração é evidente.

Sendo sempre válida a participação das partes no sentido de tornar a resolução da disputa o mais completa possível, parece de ressaltar, aqui, a necessária participação ativa dos árbitros em requerer a participação do Estado nessa disputa. Afinal, não podemos esquecer a obrigação dos árbitros de resolver de forma completa e efetiva, a disputa.

Assim, a intervenção do Estado, enquanto *amicus curiae*, ou na tutela do interesse público e da legalidade, é fundamental para que a decisão final da arbitragem seja o mais efetiva possível, e adequada às disposições das normas aplicáveis nessa comunidade jurídica com a qual a disputa se relaciona.

Mais uma vez, também a confidencialidade da arbitragem deve ser relativizada. Neste caso, pela participação do Estado na disputa, a relativização deve ser maior do que aquela disputa que apenas tem a intervenção de entes privados.

A atuação do ente público deve ser a mais transparente possível, pela inerência da função do Estado na comunidade, e necessárias prerrogativas de transparência, justiça material, segurança jurídica e igualdade no tratamento dos cidadãos. Por essa razão, o Estado não pode ficar, como um privado, estritamente ligado ao compromisso de confidencialidade estabelecido entre as partes. Há, aqui, um elemento público que não pode ser ignorado.

Essa atuação deve ser feita pelos entes que, constitucionalmente, tenham competência para essa intervenção. Mas, ainda assim, não pode ser negada uma “competência residual”, por exemplo, de entes de natureza semelhante ao Ministério Público.

Por outro lado, não podemos esquecer que um dos objetivos da arbitragem é a defesa de segredos comerciais, conforto que as partes encontram na confidencialidade da arbitragem. Por isso, e apesar da participação do Estado, e da necessária transparência que se relaciona com essa participação, o Estado não pode estar completamente desvinculado com a defesa de alguns dos interesses legítimos das partes, na arbitragem.

Assim, o Estado se deve comprometer com a salvaguarda dos aspectos do litígio que não se relacionem diretamente com a necessidade de sua atuação transparente.

No mais, esta relativização da confidencialidade é, ainda, importante pela mesma razão que apontamos na hipótese A: pela distância que existe entre a esfera transnacional e a esfera jurisdicional em que atua o ente público. A relativização da confidencialidade, pela ação das partes e/ou dos árbitros, cria condições para que o interesse daquela comunidade seja respeitado e tutelado, apesar da distância entre a jurisdição e o local de decisão.

Em suma, é a garantia de que o interesse de muitos não é colocado em questão pelo interesse de poucos (que aceitaram contratar já conhecendo que o faziam, não apenas no seu interesse, mas também no da coletividade representada pelo Estado). Ao mesmo tempo se garante uma efetiva integração e proteção entre o espaço jurisdicional dos Estados e da esfera transnacional.

HIPÓTESE C

O caso C difere do caso B na medida em que o Estado, no primeiro, não é, apenas um mero terceiro interessado na resolução da demanda. Pelo contrário, o Estado é parte na resolução da disputa, atuando como se fosse um mero privado.

Esta evolução, em que a norma de direito se impõe à ideia de soberania e coloca, em determinadas situações, os entes estatais na mesma posição de entes privados, é sem dúvida benéfica para as ideias de justiça material, imparcialidade e segurança jurídica. No entanto, como referimos, esta norma deve ter limites.

Afinal, é ilusória a ideia de que o Estado poderá ser tratado, integralmente, como se um privado fosse; e o privado deve compreender essa limitação. Isto porque o Estado representa a condensação dos valores de uma determinada comunidade jurídica, e deverá pautar a sua ação, permanentemente, pela prossecução dos objetivos da comunidade, pela manutenção constante do princípio da democracia e por uma ação o mais transparente possível.

Aliás, o privado conhece, desde o início, a condição da entidade com quem contrata.

É por essa razão que os Estados, nas arbitragens comerciais, jamais devem estar obrigados aos mesmos padrões de confidencialidade com que os privados, numa arbitragem comercial entre entes dessa natureza, se poderiam comprometer. Isso porque, há luz do princípio da democracia, e consequentes deveres de transparência, a ação de um Estado de Direito deve ser o mais transparente possível.

Esta é a principal razão pela qual este tipo de arbitragem, não sendo uma arbitragem de investimento, não pode, também, ser tratada como se fosse uma

arbitragem comercial. A sua natureza está mais para uma “terceira via”, como defendemos no corpo do trabalho.

É por isso que todos os cidadãos do Estado B devem ter acesso e controle democrático da arbitragem em curso, inclusive do seu conteúdo e procedimentos. Esse acesso deve ser feito através das instituições do próprio Estado em demanda, de forma a que o procedimento arbitral não seja definitivamente tumultuado. A eventual atuação coletiva, através de grupos, associações e comunidades, essa sim, deverá ser permitida³¹³.

Também nesta situação, e com mais razões do que pela atuação da própria comunidade (que nunca deve ser rejeitada), defendemos que a atuação de entidades de defesa da legalidade (Ministério Público ou entidades com natureza similar) deve ser encorajada, na defesa da legalidade.

De outra forma, a arbitragem poderá representar não uma boa solução, mas antes a possibilidade de que ocorra alguma situação de corrupção, ou em que a defesa do Estado não seja feita corretamente. É importante que todas as ações dos Estados sejam escrutinadas e avaliadas pelas comunidades que representam. Afinal, não é o mesmo que fazem os representantes das sociedades em relação aos seus quotistas e/ou acionistas?

O que se conclui é que esse dever de informação, por um lado, e de audição das comunidades diretamente envolvidas, por outro, deve ser cumprido, de forma concorrente, pelo Estado parte e, ainda, pelos próprios árbitros indicados. Aquilo que se presume é que, com mais informação e com um melhor conhecimento da situação, os árbitros poderão proferir uma melhor e mais completa decisão, capaz de alcançar uma verdadeira tutela jurisdicional e paz social.

Essa abertura à comunidade, da disputa em causa deve, no entanto, estar limitada a uma proteção mínima da posição da contraparte. Assim, o acesso à demanda, e seu procedimento, devem salvaguardar aqueles segredos comerciais que o privado tenha interesse em manter confidenciais. O que se pretende, neste caso, não é permitir um *voyeurismo* indiscriminado em relação aos posicionamentos

³¹³ Exemplos interessantes, a este propósito, e que pode servir de parâmetro para a atuação comunitária, podem ser encontrados, quer nas legislações internas, no instituto da ação popular; que na esfera interna, por exemplo, na Convenção de Aarhus, que estabelece uma série de princípios para a audição de comunidades em matéria ambiental. Ver a esse propósito: <http://www.unece.org/env/pp/introduction.html>. Acesso em: 30/06/2015. Ainda: <http://www.apambiente.pt/index.php?ref=16&subref=142&sub2ref=726&sub3ref=727>. Acesso em 30/06/2015.

das partes, mas antes o mais efetivo controle possível da arbitragem. Os árbitros e o Estado devem agir, de acordo com os padrões de boa-fé objetiva, para defender a confidencialidade desses segredos.

HIPÓTESE D

O acesso ao procedimento, permitindo um efetivo controle democrático e a necessária transparência do mesmo, que referimos no caso C, é ainda mais importante na presente hipótese.

Note-se que a hipótese aqui descrita trata de uma situação de arbitragem de investimento, em que existe um litígio entre um privado investidor, por um lado; e em entre um Estado que atua, agora, no exercício pleno de suas prerrogativas de ente soberano.

Dessa forma, nesta situação, os limites de confidencialidade devem ser ainda menores, e a participação e controle das comunidades afetadas pelo procedimento deve ser ainda mais efetivo e presente. Recorde-se que, neste caso, não estamos a falar de uma relação privada entre um ente público e um ente privado; estamos a falar de uma relação pública entre esses entes o que, para efeitos de aplicação do princípio da democracia e da transparência, acarreta maiores responsabilidade.

O dever de inclusão e de permissão de participação das comunidades afetadas pela disputa deve, sem qualquer dúvida, ser cumprido com extremo zelo pelo Estado envolvido na demanda, por um lado, e pelos árbitros, por outro.

É por isso que, na hipótese, a participação da Comunidade C não só deve ser possível como, mais do que isso, é desejável para uma resolução completa da disputa, e efetiva tutela coletiva pelo tribunal arbitral.

A confidencialidade da disputa deve, em princípio, salvaguardar a confidencialidade das informações relacionadas com a entidade privada envolvida no litígio, como ocorria no caso C. A diferença em relação a esse outro caso relatado é que, ali, a confidencialidade desses segredos era o limite ao controle da coletividade. Esse não é, de todo, o caso, na presente hipótese; aqui, em virtude da natureza do caso, e da qualidade na qual o Estado atua, ou seja, no exercício de prerrogativas públicas, a coletividade deve estar primeiro.

Assim, em conclusão, em princípio devem ser salvaguardados os segredos dos privados, conquanto que essa confidencialidade não obste a um eficaz controle social e coletivo do caso; ou à intervenção eficaz das participações comunitárias.

HIPÓTESE E

A premissa básica da análise à hipótese E, diz respeito à tutela de Direitos Humanos por parte do tribunal arbitral, e é aí que deve ser mantido o foco. Apesar desta hipótese especifica se referir a uma arbitragem comercial, o mesmo princípio ser deverá aplicar às demais hipóteses de arbitragem (Investimento e Comercial com Estado envolvido). Aliás, nestas últimas, este princípio deve se evidenciar com maior veemência, em virtude da presença do Estado. Esta conclusão serve, aliás para os três casos (B, C e D) já estudados.

Num sistema de arbitragem internacional que esteja efetivamente inserido num contexto democrático, transparente, e voltado para a tutela jurisdicional da coletividade, a sua ação deverá se caracterizar por uma ação humanista e de tutela dos indivíduos (aqui, estritamente no sentido de pessoa física). Concluímos isso mesmo, nos capítulos 1, 3 e 4, da Parte I.

A tutela dos Direitos Humanos merece, por essa razão, esta referência especial acerca da função jurisdicional da arbitragem. A sua salvaguarda é, e deve ser, uma matéria mais grave do que a tutela das posições de terceiros e das comunidades políticas (isto, claro, sem prejuízo do que ficou dito). A sua aplicação e respeito deve, assim, ser onnipresente e o mais horizontal possível.

Isto posto, nos referimos, agora, à questão da tutela de Direitos Humanos no caso específico de cada um dos tipos de arbitragem. Assim, na arbitragem de investimento é bem mais simples justificar a necessidade dessa intervenção. Afinal, nessas hipóteses, estamos a falar da participação do Estado no exercício de interesse público. A possibilidade de participação de terceiros, coletivamente ou de forma individualizada, para tutela dos Direitos Humanos deve, por isso, ser da mais importante necessidade.

Essa ação, de caráter preventivo, ajuda a afastar a hipótese de o tribunal arbitral ou o Estado envolvido, praticarem atos de violação dos Direitos Humanos.

Da mesma forma, na hipótese de arbitragem comercial em que uma das partes seja um ente público, a tutela dos Direitos Humanos deve estar presente nos mesmos termos: enquanto princípio geral, para o qual as partes devem colaborar ativamente; e em virtude da participação, no litígio, de um ente que exerce poderes públicos e que está vinculado à prossecução desses direitos.

Na arbitragem comercial, exclusivamente entre entidades privadas (a situação da hipótese em apreço), essa questão seria mais dúbia, tendo em conta a natureza eminentemente privada do litígio. Ocorre que, como se conclui desse trabalho, tendo em conta a dupla natureza da arbitragem e a sua função jurisdicional, a arbitragem não deve oferecer, apenas, uma resposta para as partes. Essa conclusão é especialmente verdadeira e importante em matéria de Direitos Humanos.

Na hipótese apreciada, a Comunidade C deve, em primeiro lugar, ter conhecimento da disputa, relativizando-se a confidencialidade do procedimento, com limite nas informações desnecessárias para a tutela do posicionamento da Comunidade C; em segundo lugar, deve-lhe ser garantida a participação no procedimento para ajudar o tribunal arbitral a incluir, na sua decisão, considerações acerca da salvaguarda de Direitos Humanos.

Essa participação será uma demonstração e concretização práticas da natureza jurisdicional da arbitragem que temos vindo a referir.

A regulação da arbitragem desempenha um importante papel no espaço transnacional. Esse é um fato que não é, nunca, demais de registrar.

Ela assegura um acesso à justiça mínimo, num espaço novo e que ainda estamos a explorar: o espaço transnacional.

A construção feita à volta do instituto é de admirar. Ela foi capaz de galgar as naturais barreiras que advém de diferentes culturas jurídicas, e a adesão que o instituto merece é um termómetro do seu sucesso.

Ainda assim, não devemos querer “qualquer coisa”. Isso seria, na verdade, dispensar o potencial gigantesco deste instituto. Se hoje, como está constituído, é insuficiente num contexto democrático, a sua adequação axiológica parece algo, não apenas necessário, mas possível.

As ferramentas e adequações propostas nada mais são do que sugestões para que o instituto adquira verdadeira legitimidade: continuando a oferecer segurança jurídica, é certo, mas que, além disso, tutele integralmente a coletividade

(as partes e todos os que detenham situações jurídicas relevantes e relacionadas), e não seja pura força, ao estar ligado a um conteúdo axiológico democrático.

Entendemos que a participação de terceiros, em conjunto com a mudança no papel dos árbitros e da confidencialidade do procedimento, são ferramentas essenciais para a continua evolução e legitimidade do instituto (nos moldes acima expostos).

Essa ferramenta é o meio certo de obter, através da arbitragem, uma governança global mais completa, aberta a todos e, acima de tudo, mais justa. Parece ser essa, aliás, a consequência prática dessa evolução: um espaço transnacional de verdadeira justiça material e tutela coletiva.

Por outras palavras: um espaço transnacional de Direito de efetivo acesso à justiça e democracia.

O presente trabalho nada mais pretende ser do que uma singela contribuição para a melhor compreensão do instituto, seu conteúdo e sua função.

Acima de tudo, e finalizando este trabalho, gostaria de agradecer todo o apoio prestado à minha orientadora, aos membros da banca, e aos professores do programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, onde tive a oportunidade de, nos últimos dois anos e meio, privar com pessoas de alta craveira, pessoal e acadêmica.

Obrigado pela oportunidade.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

AIKEN, Shawn. *Consolidation of Separate Arbitrations Proceedings*. Aikem Schenk Hawkins & Ricciardi P.C. 8 mai. 2009. 13 p. Disponível em: <<http://www.ashrlaw.com/dox/SKA-arb-consolidation.pdf>> Acesso em: 01 jul. 2015.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. *International Dispute Resolution Procedures. Including Mediation and Arbitration Rules*. International Centre for Dispute Resolution, 2010. 48 p. Disponível em: <https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG_002037>. Acesso em: 30 out. 2014.

ARROYO, Diego P. Fernandez. El derecho internacional privado en el inicio del Siglo XXI. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jaime*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.89-109.

ARROYO, Diego P. Fernandez. *Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días*. Bogotá: Universidad de la Sabana, 2012. p. 15-59.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Teoria Geral. Ações e factos jurídicos*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. V. II.

BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves, (Coord.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 185-208.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Globalização, direito cosmopolítico e direitos humanos. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves, coord. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 941-960.

BATIFFOL, Henri. The objectives of private international law. *The American journal of comparative law*, Berkeley, CA, v.15, n.1-2, p.159-163, 1966-1967.

BEDIN, Gabriel de Lima. O direito de acesso à justiça como concretização dos direitos humanos: garantias no âmbito nacional e internacional. In: Spengler, Fabiana Marion (Org.). *Acesso à justiça, direitos humanos & mediação*. Curitiba: Multideia, 2013. E-book.

BENDA-BECKMANN, Franz von; BENDA-BECKMANN, Keebet von; GRIFFITHS, Anne. Mobile People, Mobile Law: An Introduction. In: MOBILE People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World. Surrey, U.K.: Ashgate, 2005. p.1-25.

BERGER, Klaus Peter. The International Arbitrator's Dilemma: Transnational Procedure versus Home Jurisdiction – A German Perspective. *Arbitration International*, Oxford, v. 25, n. 2, p. 217-238, jun. 2009.

BETHLEHEM, Daniel. The End of Geography: The Changing Nature of the International System and the Challenge to International Law. *The European Journal of International Law*, Oxford, v. 25, n. 1, p. 9-24, 2014.

BOCKSTIEGEL, Karl- Heinz. Past, Present and Future Perspectives of Arbitration. *Arbitration International*. Oxford, v. 25, n. 3, p. 293-302, set. 2009.

BOCKSTIEGEL, Karl- Heinz. Perspectives of Future development in International Arbitration. In: NEWMAN, Lawrence W.; HILL, Richard D. (Org.). *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*. 2. ed. Nova Iorque: Juris Publishing. p. 821 seq. Chapter 22.

BOCKSTIEGEL, Karl- Heinz. Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement. *IBA Journal of Dispute resolution*. Londres, v. 2, n. 1, p. 123 seq, maio 2008.

BOCKSTIEGEL, Karl- Heinz. The role of arbitration within today's challenges to the world community and to International Law. *Arbitration International*, Oxford, v. 22, n. 2, p. 165-178, jun. 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2014.

BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Seção 1 - Suplemento, Página 1. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 17 out. 2014.

BRASIL. Lei n.º 8.625 de 12 de Fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 fev. 1993. Seção 1, Página 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em: 17 out. 2014.

BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 set. 1996. Seção 1, Página 18897. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 17 out. 2014.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, Página 1. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 17 out. 2014.

CADIET, Loic. L'Arbitrage et l'évolution contemporaine des modes de règlement des conflits. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: UERJ. Vol. XII. Julho a Dezembro de 2013. 17 p. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8686/6558>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

CAMERON, Peter D. *International energy investment law: the pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010. Parte I item C Legal protection of the parties 1.53 a 1.54

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A pessoa humana como sujeito de Direito Internacional: A experiência da corte interamericana de Direitos Humanos. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE CANÇADO, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs.) *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque de Melo*. Rio de Janeiro: Renovar 2008. p. 495-532.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo/José dos Santos Carvalho Filho*. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31/12/2013. São Paulo: Atlas, 2014.

CASELLA, Paulo Borba e outros. *Direito Internacional, humanismo e globalidade: Guido Fernando Silva Soares (Amicorum Discipulorum Liber)/ Guido Grando Silva Soares/Paulo Borba Casella*. [et al.], (organizadores) – São Paulo: Atlas, 2008.

COLLINS, David A. *Towards a Grand Unified Theory of International Economic Law*. Social Science Research Network, 03 out. 2014. 28 p. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2504501>. Acesso em: 20 nov. 2014.

COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. *Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional*. 1985. Com as alterações adotadas em 2006. Tradução não oficial. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2008. 43 p. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/leis_intern_arquivos/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada-versao_final.pdf>. Acesso em: 30 out. 2014.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Econômico/José Cretella Neto*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CROOKENDEN, Simon. "Who should decide Arbitration confidentiality issues?". *Arbitration International*. Oxford: Oxford University Press. Vol. 25, No. 4, p. 603-614, dez. 2009.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Política Mínima*. 2.ed. revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2005.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Repensar a política*. Coimbra: Almedina, 2005.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo/René David; tradução Herminio A. Carvalho*. 4. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIHN, Quoc Dinh e outros. *Direito Internacional Público*. 2ª edição. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 38-55.

DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado. Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*. 9ª ed. Atualizada. São Paulo/ Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DUMBERRY, Patrick/DUMAS, Gabrielle. *A Few Pragmatic Observations on How BITs should be Modified to Incorporate Human Rights Obligations*. Social Science Research Network, 28 nov. 2014. 20 p. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2531084>. Acesso em: 25 jun. 2015.

ELLINGTON, Sarah/SAUNDERS, Mathew. Drawing the line on arbitrator impartiality. *Lexology*, 30 mar. 2015. 4 p. Disponível em: <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0758230f-6ccb-45f4-b4ba-4887a42defb2>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

FRASER, Nancy, *Social Justice in the Age of Identity Politics: redistribution, recognition and participation*, in FRASER, Nancy/HONNETH, Axel, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Londres: Verso, 2003. pp.07-88.

FREITAG, Barbara. Habermas e a Teoria da Modernidade. *Caderno CRH*. Salvador: Universidade Federal da Bahia. Nº. 22, p. 138-163. Jan/Jun, 1995.

GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional/Emmanuel Gaillard; tradução Natália Mizhari Lamas*. São Paulo: Atlas. 2014. E-book.

GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar 2006.

GILLILAND, Ryder L. /SHAPIRO, Max. *Outside the private arbitration box. Ontario arbitrator orders public hearing*. Lexology, 30 mar. 2015. 3 p. Disponível em: <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=aa79dd92-19aa-4791-a06b-a918565ae5c4>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

HABERMAS, Jürgen, *The inclusion of the Other. Studies in Political Theory*. Edited by Ciaran Cronin and Pablo de Greif. 2. ed. Massachussets: The MIT Press. 1999.

HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*. Google. Pág. 163 e 164. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=MoimJW-szczC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

HEPBURN, Jarrod. *The role of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Investment Treaty Arbitration*. Social Science Research Network, 29 mar. 2015. 34 p. Acesso em: <<http://ssrn.com/abstract=2586453>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

HONNETH, Axel. *A Luta por Reconhecimento – A gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Regulamento de arbitragem*. Paris: ICC. 2013. 95 p. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution-Services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-PORTUGUESE-version/>>. Acesso em: 30 out. 2014.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *ICSID Convention, regulations and rules*. Washington: ICSID. Abr. 2005. 128 p. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>. Acesso em: 30 out. 2014.

JAYME, Erik. *O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização*. In MARQUES, Claudia Lima. *O novo Direito Internacional – Estudos em Homenagem a Erik Jayme*/Claudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pág. 3-20.

JOHNSON, Lise. *New UNCITRAL Arbitration rules on Transparency: Application, Content and Next Steps*. Nova Iorque: Vale Columbia Center on Sustainable International Investment. . Agosto, 2013. 26 p. Disponível em: <http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/UNCITRAL_Rules_on_Transparency_commentary_FINAL1.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2015.

KANT, Emmanuel. *A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico*. Coleção Textos Clássicos da Filosofia. Trad. Artur Mourão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Ícone Editora Ltda., 1993.

KARTON, Joshua. A Conflict of Interests: Seeking a Way Forward on Publication of International Arbitral Awards. *Arbitration International*, Oxford: Oxford University Press. Vol. 28, No. 3, p. 447-486, set. 2012.

KASTER, Laura. Confidentiality in US Arbitration. *New York Dispute Resolution Lawyer*. Nova Iorque: NYSBA. Vol. 5, No. 1, p. 23-27, mai. 2012.

KELSEN, Hans. *Lês Rapports de Système entre droit interne et le droit international public*. RCADI, v.14, 1926.

KERSCH, Ken I. The New Legal Transnationalism, the Globalized Judiciary, and the Rule of Law. *Washington University Global Studies Law Review*. St. Louis: Washington University in St. Louis. Vol. 4, No. 2, p.345-387, 2005.

KNAHR, Christina/REINISCH, August.. Transparency versus Confidentiality in International Investment arbitration - The Biwater Gauff Compromise. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. Leiden: Koninklijke Brill. Vol. 6, No. 1, p. 97-118, 2007.

KOH, Harold Hongiu. Transnational Public Law Litigation. *Faculty Scholarship Series*. Yale: Yale Law School University. Paper 2076. 1991. 57 p. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2076>. Acesso em: 20 jan. 2015.

KOH, Harold Hongiu. Why Transnational Law Matters. *Faculty Scholarship Series*. Yale: Yale Law School University. Paper 1793. 2006. 10 p. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793>. Acesso em: 20 jan. 2015.

KOSKENNIEMI, Martti. *O destino do Direito Internacional Público: entre a técnica e a política*. In FRANKENBERG, Günter e MOREIRA, Luiz (orgs.) *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 239-278.

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION. *LCIA Arbitration Rules. Effective 1 October 2014*. Londres: LCIA. 2014. 29 p. Disponível em: <http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx>. Acesso em: 30 out. 2014.

LOWENFELD, Andreas F. *Public law in the international arena: conflict of laws, international law, and some suggestions for their interaction*. Recueil des Cours, Paris, t.163, 1979, pp.315-345.

MACHADO, João Batista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. 14ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Ensaio para uma introdução ao direito internacional privado*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (coord). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp.319-350.

MARTIN, Gonzalo Ortiz. *Puntos de contacto entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público: soberania y orden público*. In: Cursos de derecho internacional: série temática. Washington, DC: Organización de los Estados Americanos, 2000, v.1, pt.1, Cap.6, pp.635-645.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional/Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES, Wagner. *O direito internacional contemporâneo e a Teoria da transnormatividade*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pág. 961-1001.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study "Transnational" Law. *UC Irvine Law Review*. Irvine: Irvine University, Vol. 1, No. 1, p. 99-129, Mar. 2011.

MERRY, Sally E. *Human rights and global legal pluralism: reciprocity and disjuncture*. In: BENDA-BECKMAN, Franz von et al. *Mobile people, mobile law*. Surrey: Ashgate, 2005. P. 215-233

MESHEL, Tamar. *Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond*. Social Science Research Network, 25 jan. 2015. 33 p. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2554086>. Acesso em: 08 abr. 2015.

MOLOO, Rahim/KING, Brian. *International Arbitrators as Lawmakers*. Social Science Research Network, 25 jan. 2015. 36 p. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2504628>. Acesso em: 20 nov. 2014.

MOROSINI, Fábio. *Globalização e novas tendências em filosofia do direito internacional: a dicotomia entre público e privado da cláusula de estabilização*. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima, org. *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jaime*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp.549-572.

MOSES, Margaret L. *Inherent and Implied Powers of Arbitrators*. Social Science Research Network, 26 set. 2014. 14 p. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2501046> Acesso em: 20 nov. 2014.

MOSES, Margaret L. *Inherent Powers of Arbitrators to Deal with Ethical Issues*. Social Science Research Network, 01 out. 2014. 20 p. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2503028> Acesso em: 20 nov. 2014.

NEVES, Castanheira. Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” - Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Vol. LXXIV, p. 1-44, 1998.

NUSSBAUM, Martha. *Frontiers of Justice – Disability, Nationality, Species Membership*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Hearings. Arbitration and Competition*. Paris: OECD. 2010. 87 p. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

OLIVEIRA COSTA, Homero. *Alienação eleitoral no Brasil: uma análise dos votos brancos, nulos e abstenções nas eleições presidenciais (1982-2002)*. 244 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Faculdade de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

PAPARINSKIS, Martins. *Good Faith and Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*. Social Science Research Network, 22 out. 2014. 35 p. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2512664>. Acesso em: 20 out. 2014.

PEREIRA, André Gonçalves/QUADROS, Canuto Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, Coimbra, 1993.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo. *Direito Institucional e Material do Mercosul*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PETERSON, Courtland H. Private international law at the end of Twentieth Century: progress or regress?. *The American journal of comparative law*. Berkely, CA: The American Society of Comparative Law. Vol.46, pp.197-228, 1998.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional – O direito privado da globalização económica*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – suplemento – Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado. Volume II. Direito de Conflitos. Parte Especial*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

PREUB, Ulrich K. *A norma como orientação nas relações internacionais*. In FRANKENBERG, Günter e MOREIRA, LUIZ (Orgs.). *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 56-86.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. 1ª ed. revised edition, 1999. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional*. In; DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves, coord. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp.455-492.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno. Do conflito aparente de normas no espaço à cinemática jurídica global: conteúdo do direito internacional privado contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro: UERJ, Vol.1, No. 20, 2011.

RIVKIN, David W. *The Impact of International Arbitration on the Rule of Law. Transcript of the 2012 International Arbitration Lecture presented by David W. Rivkin*. Clayton UTZ. 20 nov. 2012. 24 p. Disponível em: <https://www.claytonutz.com/ialecture/2012/speech_2012.html>. Acesso em: 08 abr. 2015.

ROSA, Pérsio Thomaz. *O reconhecimento de sentenças estrangeiras, a ordem pública, e os terceiros: em foco, a sentença arbitral*. In *Arbitragem nacional e internacional*/Ana Luiza Pinto e Karin Skitnevsky, coordenadoras. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. pp. 145-174.

SACERDOTI, Giorgio/RECANATI, Matilde. *Alternative investors - State dispute settlement systems: diplomatic protection and State to State Arbitration*. Social Science Research Network. 11 fev. 2015. 35 p. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2562782>. Acesso em: 01 mai. 2015.

SAMUEL, Adam. *Arbitragem Comercial Internacional*. In *O novo direito internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*/Claudia Lima Marques, Nádia de Araújo, organizadoras. - Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 357-402.

SANDERS, Pieter. *“The making of the Convention”. Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention. Experience and Prospects*. United Nations Publication. New York, 1999.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Trad. Laura Teixeira Mota; rev. Ricardo Doninelli Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SEN, Amartya. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*/Amartya Sen e Bernardo Kliksberg. Trad. Bernardo Azaemberg, Carlos Eduardo Lima da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

SCOTT, Craig. Transnational Law as Proto-Concept: Three conceptions. *German Law Journal*. Lexington: Washington & Lee University School of Law, Vol. 10, No. 7, p. 868 et seq., 2009.

SHIRLOW, Esme. *A Step toward greater transparency: The UN Transparency Convention*. Kluwer Arbitration Blog. 30 mar. 2015. 4 p. Disponível em: <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/03/30/a-step-toward-greater-transparency-the-un-transparency-convention/>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

TWEEDALE, Andrew. Arbitration under the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 and Enforcement of an Award. *Arbitration International*. Oxford: Oxford University Press, Vol. 27, No. 4., p. 653-662, dez. 2011.

TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional. Parte I*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TIBURCIO, Carmen/BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *A afirmação do direito cosmopolita*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves, coord. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp.919-939.

TRIEPEL, Carl Heinrich. *Les Rapports entre le droit interne et le droit international*. RCADI. v.1, 1923

UNITED NATIONS ORGANIZATION. *The New York Convention*. Nova Iorque: Nações Unidas. 1958. 7 p. Disponível em: <<http://www.newyorkconvention.org/texts>>. Acesso em: 30 out. 2014.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*. Nova Iorque: Nações Unidas. 2012. 242 p. Disponível em:<<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010)*. Nova Iorque: Nações Unidas. 2011. 40 p. Disponível em:<<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985. With amendments as adopted in 2006.*. Nova Iorque: Nações Unidas. 2008. 56 p. Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>. Acesso em: 30 out. 2014.

VEGA, Juan Carlos. Derechos Humanos. *Legalidad y jurisdicción supranacional*//Juan Carlos Vega, José I. Cafferata Nore, Frederico Villegas Béltran, Javier Salgado, Graciela López de Filoñuk, José Manuel Belisle, Christian Sommer. 2ª ed. Córdoba: Mediterrânea, 2007.

WATT, Horatia Muir. Choice of law in integrated and interconnect markets: a matter of political economy. *Columbia Journal of European law*. Nova Iorque: Columbia Law School, Vol. 9, No. 3, p. 383- 409, 2003.

WATT, Horatia Muir. “Party Autonomy” in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance. *European Review of Contract Law*. Berlim: De Gruyter, Vol. 6, No. 3, p. 250-283, Jan. 2010.

WATT, Horatia Muir. *Private International Law as Global Governance: Beyond the Schize, from Closet to Planet*. SelectedWorks. Out. 2011. 55 p. Disponível em: http://works.bepress.com/horatia_muir-watt/1/. Acesso em 19 dez. 2014.

WALZER, Michael. *Spheres of Justice – A defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic books, 1983.

WIKBORG. *Wikborg Rein Update Shipping Offshore*. Dez/2014.