



MBA em Direito Empresarial e Mediação

Mário César Farias Chaves

**O JUSRACIONALISMO COMO CRITÉRIO DE JULGAMENTO POR EQUIDADE
EM SEDE DE ARBITRAGEM**

**Fortaleza
2020**

Mário César Farias Chaves

**O JUSRACIONALISMO COMO CRITÉRIO DE JULGAMENTO POR EQUIDADE
EM SEDE DE ARBITRAGEM**

Artigo apresentado ao MBA em Direito
Empresarial e Mediação, da Faculdade CDL,
como requisito parcial para obtenção de grau
de especialista.

Orientador: Prof. Me. Rodrigo Ribeiro
Cavalcante

Fortaleza
2020

Autor:

Mário César Farias Chaves

Título:

O JUSRACIONALISMO COMO CRITÉRIO DE JULGAMENTO POR EQUIDADE EM SEDE DE ARBITRAGEM

Artigo apresentado ao MBA em Direito Empresarial e Mediação, da Faculdade CDL, como requisito parcial para obtenção do grau de especialista.

Aprovado em ____/____/____

Prof. Orientador: Me. Rodrigo Ribeiro Cavalcante
Faculdade CDL

O JUSRACIONALISMO COMO CRITÉRIO DE JULGAMENTO POR EQUIDADE EM SEDE DE ARBITRAGEM

Mário César Farias Chaves¹

RESUMO

De acordo com a pesquisa anual Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) fica cada vez mais claro que o Poder Judiciário se encontra falido, defasado, caro e cada vez mais injusto. É fato notório que a Justiça, quando monopolizada, tende a dificultar ainda mais a prestação jurisdicional ao burocratizar o seu acesso, impedindo, portanto, a resolução dos conflitos. Tendo em vista esse problema, é de suma importância o fomento da Arbitragem, uma forma privada de fornecer justiça que tende a ser barata, rápida e menos burocrática. Além desse instituto, a Mediação, Conciliação e Negociação são outros métodos úteis que, se bem investidos, podem atender satisfatoriamente a demanda por segurança na vida em sociedade. Com a possibilidade de oferecer tais serviços, o mercado exige que as empresas cultivem um diferencial capaz de gerar valor e capaz de cativar o consumidor. Esse diferencial pode estar contido em várias partes na oferta da atividade, mas não há dúvidas de que a escolha correta do critério de julgamento pode significar substancialmente uma característica única, uma vez que será o norte para decidir sobre a disputa e garantir que a tutela jurisdicional foi prestada adequadamente aos clientes. Como se sabe, o Direito é um campo de estudo que abrange várias vertentes que funcionam como critérios de julgamento, a exemplo do juspositivismo, jusnaturalismo, jusrealismo e jusracionalismo, sendo este último o objeto de estudo deste presente trabalho no sentido de investigar sua possibilidade e efetividade dentro de um procedimento arbitral.

PALAVRAS-CHAVE: Jusracionalismo. Arbitragem. Libertarianismo. Equidade.

1 Graduado em Direito, pela UNIFOR. Advogado militante OAB/CE 40.198. Empresário no ramo de Arbitragem e Mediação. Pesquisador em Deontologia e Direito. Vice-Presidente do Grupo de Estudos Visconde de Mauá. Palestrante. E-mail: mariocesarfc21@gmail.com

JUSRATIONALISM AS A CRITERIA FOR EQUITY JUDGMENT IN ARBITRATION JURISDICTION

ABSTRACT

According to the annual survey *Justiça em Números* of the Conselho Nacional de Justiça (CNJ), it is clear that the Judiciary is bankrupt, outdated, expensive and increasingly unfair. It is a well-known fact that Justice, when monopolized, tends to make judicial provision even more difficult by bureaucratizing its access, thus preventing the resolution of conflicts. It is extremely important to promote Arbitration, a private way of providing justice that tends to be cheap, quick and less bureaucratic. In addition, Mediation, Conciliation and Negotiation are other useful methods that, if well invested, can satisfactorily meet the demand for security in life in society. With the possibility of offering such services, the market demands that companies cultivate a differential capable of generating value and capable of captivating the consumer. This differential may be contained in several parts in the offer of the activity, but there is no doubt that the correct choice of the judgment criterion can substantially mean a unique characteristic, since it will be the north to decide on the dispute and ensure that the judicial protection was provided properly to customers. As is known, Law is a field of study that encompasses several aspects that serve as criteria for judgment, such as juspositivism, jusnaturalism, jusrealism and jusrationalism, the latter being the object of study of this present work in order to investigate its possibility and effectiveness within an arbitration procedure.

KEYWORDS: Jusracionalism. Arbitration. Libertarianismo. Equity.

INTRODUÇÃO

A vida em sociedade dos indivíduos é marcada por alguns antigos e importantes institutos, tais como a Propriedade Privada, a Família, os Contratos, a Proteção e, finalmente, o objeto deste estudo, a Justiça. Todos esses segmentos compartilham a mesma característica, qual seja, a segurança em sentido mais amplo.

A busca pela segurança é característica saliente na vida de qualquer indivíduo, refletindo, assim na sociedade. O mais ousado, destemido, atrevido e criminoso dos Homens que adota práticas arriscadas rotineiramente ainda sim é alguém que demanda por segurança, pois só pelo fato de agir propositadamente há desejo em abandonar um ponto menos satisfatório para um alcançar outro ponto que considera subjetivamente mais satisfatório, qual seja, um resultado, do contrário jamais agiria (MISES, 2010, online, p. 35).

O normativo da Propriedade Privada necessita do *enforcement* para que conflitos sejam evitados. Do mesmo modo, a Família, os Contratos e a Proteção exigem a ocorrência da ação humana para que tragam resultados práticos, sendo o mais notório deles, conforme já dito, a segurança.

Com a Justiça não é diferente. O *enforcement* da Propriedade Privada, dos Contratos e da Proteção é justamente a aplicação i.e ação posta em prática para efetivar a ordem. Esse é o princípio que fundamenta qualquer ordenamento jurídico e, claro, o Direito. Se houver falha na aplicação, a desordem paira sobre a sociedade, propiciando um cenário degenerativo e conflituoso.

Sabendo que o Poder Judiciário atualmente no Brasil está falhando em garantir o *enforcement*, conforme bem apontam os resultados da Justiça em Números (2019, *online*), medidas precisam ser tomadas para resolver esse problema. O conflito é um fato que sempre tende a ocorrer conforme se intensificam e se tornam complexas as relações humanas, não sendo admissível que haja falha nos métodos de evasão e resolução do mesmo. É nesse cenário que demanda-se pela Arbitragem, isto é, Justiça Privada, que é um dos mais antigos institutos sociais.

Desta forma, essa pesquisa tem por objetivo demonstrar como é possível oferecer um serviço arbitral fundamentado em um Direito correto e melhor, capaz de evitar e resolver categoricamente os conflitos, remediando o caos causado pelo monopólio estatal da justiça. O trabalho pretende discutir a questão de como a Arbitragem pode propiciar o afastamento dos conflitos de forma simples e objetiva e como pode cumprir o objetivo de superar o defasado Poder Judiciário, levando em conta sua superioridade por vezes desconhecida culturalmente pelo cidadão comum. A Arbitragem vem ganhando cada vez mais fama nos mercados, visto sua celeridade, baixo preço, transparência, sigilo, informalidade e flexibilidade.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, que estudou fontes bibliográficas formais e materiais, as quais têm um viés inter e transdisciplinar entre si, conduzindo a um raciocínio dedutivo. Ao final, teceu as considerações finais sobre a problemática.

1 A ARBITRAGEM E SUA HISTÓRIA

A Arbitragem é um dos meios mais antigos de resolução de conflitos, em que as partes elegem um terceiro de confiança para que julgue de forma privada um eventual ou contemporâneo conflito. Esse terceiro proferirá uma sentença arbitral, que colocará fim na disputa litigiosa.

Segundo o CNJ (2016, online, p. 23), A arbitragem é definida como um processo fundamentalmente privado, na qual as partes ou interessados buscam o auxílio de um terceiro, neutro ao conflito, ou de um painel de pessoas sem interesse na causa, para, após um devido procedimento, prolatar uma decisão (sentença arbitral) com o fito de encerrar a disputa. Trata-se de um processo, via de regra vinculante, em que ambas as partes são colocadas diante de um árbitro ou um grupo de árbitros.

Pela definição, pode-se perceber com clareza que se trata de método heterocompositivo de resolução de conflitos. Ou seja, há um terceiro neutro com o poder contratual de conhecer os fatos trazidos a ele e analisar quem teve a culpa em sentido amplo i.e quem deu causa ao conflito. Assim, o árbitro decidirá em sentença quem será o vencedor e o perdedor.

Para muitos juristas, a arbitragem precedeu o Estado e a justiça pública. Inclusive, mesmo quando passou a existir a justiça estatal havia uma predileção das pessoas pelo método arbitral. Tal método poderia ter inúmeras roupagens, podendo ser uma autoridade religiosa, membros da família ou mesmo alguém sábio em determinada questão (CAHALI, 2015, p. 33).

O método heterocompositivo arbitral já estava presente entre os hebreus na antiguidade, descrita no pentateuco, que relata conflitos decididos por árbitros, a exemplo daquele entre Jacó e Labão (SCAVONE, 2018, p. 18).

Alguns autores expandem o estudo com a alegação de que a Grécia Antiga era um antro arbitral, tanto entre cidades quanto entre cidadãos, assemelhando-se ao que se tem hoje do Direito Internacional Público. Desde a época de Homero havia Arbitragem, existindo, inclusive, menção de Aristóteles sobre a constituição de Atenas (VALLE, 2009, p.22-24).

Um ponto interessante que pode ser apontado é o fato de que a arbitragem é essencialmente anárquica. Não no sentido pejorativo de desordem e caos, mas, sim, no sentido do pensamento libertário, o qual define da seguinte forma: indivíduos que voluntariamente interagem e, de forma contratualmente descentralizada, buscam soluções para seus problemas, sem precisar de uma autoridade impondo violência contra a vontade das demais pessoas (ROTHBARD, 2013, online, p. 263).

A liberdade e a autonomia da vontade são marcas registradas desse antigo instituto, que sempre funcionou ao longo da história de sua existência. Tais características são necessárias em qualquer sistema arbitral, seja qual for o país. Assim, o ramo arbitral convive pacificamente com os concorrentes, que buscam a todo custo fornecer um serviço de qualidade e por um preço mais acessível a todos.

O Estado, por outro lado, é uma instituição recente se comparado com toda a história da humanidade, não existindo desde sempre e que só depois arrogou o monopólio da violência e a jurisdição, sendo a imposição unilateral seu atributo mais marcante.

Fazendo as palavras de Max Weber, o estado tem o famoso "*gewaltmonopol des staates*", que é o monopólio estatal da violência (WEBER, online). E o que é violência? É exatamente o poder de dizer o que os indivíduos podem ou não fazer, isto é, uma forma de controlar indiretamente e pela força os limites físicos (corpo e bens) daqueles.

Assim, o monopólio da justiça acaba por contribuir com a defasagem do Poder Judiciário, uma vez que a legislação obriga a contribuição por impostos desse sistema, além de favorecer mais o uso da justiça pública. Com uma super demanda,

o Estado não consegue ofertar um serviço adequado, o que acaba gerando os problemas já percebidos e provados pela pesquisa Justiça em Números, do CNJ.

Em observância a essas diferenças, exige-se que seja estudado a seguir a razão da arbitragem ser a melhor forma e a mais correta para resolução dos conflitos, com o foco na realidade do ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a falha da justiça estatal em cumprir com o objetivo.

1.1 Arbitragem no Brasil

Pode-se dizer que o instituto da arbitragem tem origem e fundamentação jusnaturalista, muito embora durante muito tempo isso não tenha ainda sido detectado. Nas palavras de Locke, citadas por Rothbard (2013, online, p. 46):

[...] cada um guarda a propriedade de sua própria pessoa; sobre esta ninguém tem qualquer direito exceto ela. Podemos dizer que o trabalho de seu corpo e a obra produzida por suas mãos são propriedade sua. Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade. Ao remover este objeto do estado comum em que a natureza o colocou, através do seu trabalho adiciona-lhe algo que excluiu o direito comum dos outros homens. Sendo este trabalho uma propriedade inquestionável do trabalhador, nenhum homem, exceto ele, pode ter o direito ao que o trabalho lhe acrescentou.

O direito de propriedade implica o direito de firmar contratos referentes a determinada propriedade, com o fito de doar ou de trocar tais títulos pela propriedade de outra pessoa. Isso inclui, também, firmar relações jurídicas que tenham como objeto a segurança da resolução jurídica de eventual conflito que surja entre os envolvidos pela vinculação contratual (ROTHBARD, 2010, online, p. 201).

É corolário do direito de propriedade os direitos da autonomia da vontade e liberdade contratual, pois, uma vez sendo dono do próprio corpo, que é um recurso escasso, o indivíduo pode interagir com os seus semelhantes e estabelecer as regras que governam suas ações dentro de uma relação jurídica que envolvam tais recursos.

Por isso que fraude, roubo, furto, estelionato, assassinato, estupro, agressões físicas e outras condutas dessa ordem são classificadas como crimes. O motivo é claro: envolvem recursos escassos. Essa questão será melhor desenvolvida no próximo capítulo.

O que se quer demonstrar e deixar claro neste momento do estudo é que a arbitragem tem bases sólidas no direito natural, uma vez que ele é caracterizado pelas fundamentações supracitadas. A mudança desse atributo implica outro instituto, qual seja, o estatal, isso porque impera a vontade do Leviatã oposta aos seus súditos, que deverão obedecer sob pena de sofrer alguma punição.

No caso, quando se fala sobre métodos heterocompositivos ou se fala sobre arbitragem ou se fala sobre justiça estatal. Cada um desses só podem existir se houver um mínimo respeito aos seus atributos. A arbitragem, por exemplo, existe respeito mínimo a esses princípios, pelo menos a partir da Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem ou LA).

Antes dessa regulação, era necessário que a sentença arbitral fosse levada ao Poder Judiciário para que este a desse validade. No final das contas, tecnicamente isso não é exatamente uma arbitragem genuína, mas, sim, uma terceirização do próprio sistema judicial brasileiro. Portanto, uma vez havendo

liberdade nos meios heterocompositivos e havendo a chance de resolvê-los de forma privada, há um respeito sólido ao princípio da atividade arbitral.

No Brasil, por exemplo, segundo o art. 18 da LA, 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.

Outra disposição basilar está no art. 1º, que preconiza que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Tais direitos são aqueles que justamente se pautam sobre bens escassos, mencionados outrora.

Todavia, existe uma limitação: a arbitragem no Brasil não pode versar sobre bens patrimoniais indisponíveis, a exemplo do direito à vida ou daqueles direitos que são regulados pelo Direito Penal, conforme a própria redação legal.

Outra característica marcante na arbitragem brasileira é que não se exige legalmente uma formação na área. Tal determinação pode ser extraída do artigo 13 da LA, que disserta que pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

Todavia, há dois atributos basilares de suma importância dentre todos os outros nesse instituto: a liberdade de criação e escolha não só do procedimento que regerá a arbitragem, mas, também, do próprio critério de julgamento que será aplicado ao caso para solucionar o litígio. Esse detalhe também é chancelado pelo artigo 2º, da Lei de Arbitragem:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

A possibilidade de escolha das regras de direito material aplicável ao caso é uma peculiaridade poderosa e atrativa no instituto arbitral, pois as partes podem voluntariamente de forma contratual afastar boa parte do ordenamento jurídico adstrito à jurisdição que pertence. No caso do Brasil, as partes podem afastar o Código Civil, Trabalhista, Consumidor e Lei do Inquilinato, por exemplo, e aplicar outro critério, que pode ser baseado nos bons costumes, legislação alienígena ou mesmo algo criado.

A escolha, no Brasil, entre a arbitragem de direito e a arbitragem por equidade é absolutamente livre, e depende, apenas, da manifestação de vontade das partes. Não há uma regra geral, tal qual ocorre com o CPC, pois é um direito pautado na liberdade contratual, conforme já explicado (PINHO e MAZOLLA, 2019, online, p. 5156).

A única exigência é que não viole a ordem pública e os bons costumes. Obviamente não é possível afastar a Constituição Federal e a própria LA, porém há quem levante a tese de que é possível ter um sistema arbitral autônomo que não dependa de bases constitucionais e de outras regras cogentes, bastante a regulação privada (HOPPE, 2009, online, p. 21-25).

Conforme já abordado, o Poder Judiciário enfrenta graves problemas no que tange à gestão dos processos e à forma como o julgamento é aplicado. Claro, isso não é um problema inerente a ele, mas, também, aos demais outros poderes

que compõe o Estado Democrático de Direito. Muitas legislações inadequadas, defasadas, impraticáveis e, acima de tudo, injustas. Há excesso de burocracia e de exigências que dificultam a criatividade na resolução das disputas judiciais.

Conforme a pesquisa Justiça em Números (2019, online, p. 2019), durante o ano de 2018, ingressaram 28,1 milhões processos e foram finalizados 31,9 milhões, ou seja, 13,7% a mais que os casos novos. Os resultados alcançados em 2018 decorrem da redução de 1,9% no quantitativo de processos ingressados associado ao aumento da produtividade, em 3,8%. Durante o ano de 2018, ingressaram 28,1 milhões processos e foram finalizados 31,9 milhões, ou seja, 13,7% a mais que os casos novos. Foi a primeira vez, na última década, que todos os segmentos de justiça conseguiram obter um Índice de Atendimento à Demanda maior que 100%, ou seja, com mais processos baixados que ingressados. Na Justiça do Trabalho, em especial, o fato ocorreu em todos os 24 Tribunais Regionais.

Veja que o número ainda é expressivo e demonstra a grande dificuldade do Judiciário em lidar com os processos e resolver de vez o problema do monopólio da jurisdição. Destaca-se, com base nesse breve relatório, a importância da arbitragem em auxiliar a sociedade em resolver os problemas, impedindo que sejam levados à justiça estatal. Para esse objetivo ser alcançado, é necessário que haja constante inovação e exercício de criatividade pelos empreendedores da área, principalmente no que tange às regras privadas de direito processual/procedimental e, especialmente, de direito material.

Portanto, a seguir será estudado em específico qual critério de julgamento pode ajudar bastante na resolução da crise de justiça que a sociedade brasileira há muito tempo enfrenta. É importante que seja estudado quais métodos podem ser usados para evitar a morosidade e injustiça nos litígios processuais. Em observância a isso é que o próximo capítulo terá o foco no jusracionalismo libertário, que é mais uma das correntes do Direito ao lado do juspositivismo e jusrealismo.

2 O QUE É O JUSRACIONALISMO?

Antes de dissertar sobre o que vem a ser o jusracionalismo, que é a fundamentação do critério de julgamento que busca demonstrar como eticamente correto e utilitariamente melhor, importante falar um pouco das principais correntes do Direito que influenciou, de uma forma ou de outra, todos os outros ordenamentos jurídicos conhecidos.

O mais conhecido deles e o que é majoritariamente aceitado é o Direito Positivista ou juspositivismo, que é baseado exatamente em como o Direito é, dispensando-se juízos de valor. É mantido isento de qualquer confusão com um Direito “ideal” ou “justo”. Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser: pergunta pelo Direito real e possível, não pelo Direito “ideal” ou “justo”.

Segundo a própria Teoria Pura do Direito, esta seria radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. Recusa-se a valorar o Direito positivo. Como ciência, ela não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com a sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise da sua estrutura (KELSEN, 1999, online, p. 75).

Por outro lado, tem-se como contraponto o Direito Natural ou jurnaturalismo. Segundo tal pensamento, o juízo de valor é necessário dentro do ramo deontológico e do Direito. Existem várias subdivisões dessa corrente, mas o ponto em comum de todas elas é que toda pessoa é a proprietária de seu próprio corpo físico assim como todos os recursos naturais que ela coloca em uso através

de seu corpo antes que qualquer um o faça; esta propriedade implica no seu direito de empregar estes recursos como lhe convém até o ponto que isto afete a integridade física da propriedade de outro ou delimite o controle da propriedade de outro sem seu consentimento. O primeiro apropriador é o legítimo proprietário, como já apontava Locke (ROTHBARD, 2010, online, p. 18).

A Declaração de Independência, que teve como autor Thomas Jefferson, chancelava uma visão mais teológica do jusnaturalismo ao defender que são autoevidentes; que os homens são criados iguais e dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis; que entre estes se encontram o Direito à Vida, à Liberdade e à Busca da Felicidade. Que é para garantir estes direitos que os governos são instituídos entre os homens, derivando os seus justos poderes do consentimento dos governados (ROTHBARD, 2010, online, p. 33).

Assim, o Direito Natural é caracterizado pelos princípios fundamentais de proteção ao homem, que forçosamente deverão ser consagrados pela legislação, a fim de que se obtenha um ordenamento jurídico substancialmente justo. O Direito Natural não é criado pela sociedade e é consuetudinário. Nem mesmo é concebido por um Estado. Como o adjetivo natural indica, é um Direito espontâneo, que se origina da própria natureza social do homem e que é revelado pela conjugação da experiência e razão (NADER, 2014, 97).

Quanto ao Direito Positivo, este é necessariamente institucionalizado pelo Estado. É a ordem jurídica obrigatória em determinado lugar e tempo (NADER, 2014, 98). Portanto, pode-se dizer que o Direito Natural precede o Direito Positivo, pois fundamenta-se na natureza do Homem. Já o Direito Positivo, fundamenta-se na realidade de determinado ordenamento jurídico, podendo ser criado e imposto pelo Estado.

O estudo deste trabalho terá enfoque no que se conhece por Direito Jusracionalista, mais especificamente o Direito Libertário. Tal teoria busca fundamentar racionalmente um Direito, haja vista o fracasso do jusnaturalismo em trazer uma teoria consistente que justifiquem o porquê do Direito de Propriedade ser o único correto. Do mesmo modo, o juspositivismo fracassou em demonstrar qual seu próprio fundamento legal. Toda teoria do conhecimento precisa de uma essência racional que a justifique, senão será apenas palavras ao vento.

Nesse sentido, o jusracionalismo buscou apontar qual é a norma universalmente correta. Assim, enfrentou um grande debate no âmbito deontológico entre a abordagem cognitivista e emotivista. De forma resumida, os emotivistas apenas consideram, ainda que implicitamente, que qualquer afirmação ou é em seu cerne analítica ou empírica (HOPPE, 2013, online, p. 124).

Porém, se analítica for, então ela não acrescenta nada, não passando de um subterfúgio verbal, já que apenas descreve, com outras palavras, determinada questão (“o triângulo é trilátero” ou “o quadrado é quadrilátero”, por exemplo). Caso seja empírica, então ela carece de universalidade, o que significa dizer que a doutrina não teria peso à medida que sua proposição central poderia muito bem estar errada. É como dizer “todos os cisnes são brancos”, porém nada garante que um cisne negro surja. (HOPPE, 2013, online, p. 124).

O debate é longo, mas no final das contas o que se visa provar é que o debate normativo é, por si só, cognitivo e alicerçado nos fundamentos da razão e lógica. Se objetiva-se evitar e resolver conflitos, então uma Lei deve ser universal (não empírica). Então, ela seria analítica? Também não, pois o conhecimento analítico não agrega a síntese do conhecimento (HOPPE, 2013, online, p. 125).

Por outro lado, se a afirmação central do empirismo-emotivismo, ou seja, a de que as afirmações normativas não têm significado cognitivo, mas são simples expressões de sentimentos, for por si só considerada uma afirmação significativa para transmitir que se deveria pensar em todas as afirmações que não são analíticas ou empíricas como meros símbolos de expressão, a posição emotivista então se torna completamente contraditória. Assim, essa posição deve considerar, pelo menos implicitamente, que determinadas ideias, ou seja, as relativas às afirmações normativas, não podem ser simplesmente compreendidas e dotadas de significados, mas podem ser justificativas dadas enquanto afirmações com significados específicos. Consequentemente, deve-se concluir que o emotivismo titubeia, porque se fosse verdade, não se poderia, então, nem mesmo dizer e atribuir significado ao que se diz – simplesmente não existiria como uma posição que pudesse ser discutida e avaliada no que tange à sua validade. Mas se for uma posição significativa que possa ser discutida, este fato então desmente a sua própria premissa básica. Além disso, deve-se observar que o fato de que esta é realmente uma posição significativa não pode nem mesmo ser refutado, como não se pode comunicar e argumentar que não se pode comunicar e argumentar. No entanto, isto deve ser pressuposto de qualquer posição intelectual, que é dotada de significado e que pode ser debatida em relação ao seu valor cognitivo, simplesmente porque é apresentada numa linguagem e comunicada. Argumentar o contrário significaria admitir implicitamente a sua validade. Somos obrigados, então, a aceitar a abordagem racionalista em relação à ética pela mesma razão que se obrigou a adotar uma epistemologia racionalista em vez de uma epistemologia empírica.

Pode-se dizer que qualquer afirmação da verdade – afirmação ligada a qualquer proposição que seja verdadeira, objetiva ou válida (todos termos usados aqui como sinônimos) – é e deve ser feita e resolvida no curso de uma argumentação. Não se pode comunicar e argumentar que não se pode comunicar e argumentar. Além disso, é plausível considerar que todo mundo sabe o que significa alegar que algo é verdadeiro (não se pode negar esta afirmação sem afirmar sua negação como sendo verdadeira). Portanto, tal estrutura foi chamada de o “a priori da comunicação e da argumentação”.

Ao se envolver em uma discussão racional, os argumentadores estão necessariamente buscando discernir a verdade sobre algo em particular. Sem isso, não há debate, mas balbuciação ou briga física. Qualquer um que negue que a verdade é o objetivo do debate contradiz a si mesmo, porque ele próprio está afirmando ou desafiando a veracidade de uma dada proposição. Portanto, a asserção de veracidade em favor de algo que simplesmente não pode ser verdade é incompatível com o propósito mesmo do debate, e logo não é admissível dentro dos limites do debate (KINSELLA, 2016, online, p. 243).

Se não podemos fundamentar no conhecimento analítico e empírico, então só pode ser pelo conhecimento chamado de “sintético a priori”, que é aquele que compartilha a universalidade do analítico e a síntese do empírico na medida em que é o pressuposto necessário para algum fenômeno (KANT, online, p. 142-143):

O princípio supremo de todos os juízos sintéticos é, pois, que todo objeto está submetido às condições necessárias à unidade sintética da diversidade da intuição numa experiência possível. Assim, são possíveis os julgamentos sintéticos “a priori” quando referimos condições formais da intuição “a priori”, a síntese da imaginação e sua unidade necessária numa apercepção transcendental, a um conhecimento experimental possível em geral e que podemos dizer: as condições da possibilidade da experiência” em geral são ao mesmo tempo as da “possibilidade dos objetivos da

experiência”, e é por isso que têm um valor objetivo num juízo sintético “*a priori*”.

Não cabe a este trabalho desenvolver vasta pesquisa sobre o tema, todavia é necessário introduzir do que se trata o jusracionalismo para que no decorrer do estudo seja justificada a norma correta para resolver os conflitos presentes em qualquer ordenamento jurídico.

O jusracionalismo libertário, que é o enfoque desta pesquisa, tem fundamentação sintética *a priori*, ou seja, ela não pode ser negada sem que seja reafirmada como válida no ato de negar. Portanto, argumentar nunca se baseia apenas em proposições vazias que alegam ser verdadeiras, por exemplo, interjeições ao léu. Antes, a argumentação, para os fins deste trabalho, é sempre uma atividade que envolve ao menos dois interlocutores.

As alegações de verdade são levantadas e decididas numa argumentação, sendo esta, além de tudo o que é dito durante o seu desenvolvimento, um assunto prático. Ou seja, deduz-se que as normas intersubjetivamente significativas que devem existir – especificamente aquelas que realizam alguma ação numa argumentação –tem um *status* cognitivo especial em que elas são pré-condições práticas de objetividade e verdade.

Isso posto, qualquer norma deve realmente ser considerada justificável enquanto válida. Por exemplo, é impossível argumentar o contrário disso porque a capacidade de argumentar já pressupõe a validade das normas basilares de qualquer argumentação.

A questão de quais fins podem ou não ser justificados em termos jurídicos (intersubjetivos, portanto, pois todo problema jurídico deve necessariamente envolver ao menos dois indivíduos) é deduzida do conceito de argumentação. E, com isso, o papel peculiar da razão em determinar o conteúdo da ética também recebe uma descrição precisa. A razão pode alegar produzir resultados na determinação de leis morais, que podem ser mostradas como sendo válidas *a priori*, sendo descartáveis fundamentações analíticas e empíricas tais como apresentadas pelos emotivistas.

Ao analisar qualquer proposta de norma ou lei efetiva, sua tarefa está confinada a verificar se é ou não logicamente consistente com a própria ética que o proponente deve pressupor como válida na medida em que ele é capaz de fazer, sob qualquer condição, a sua proposta (HOPPE, 2013, online, p. 127). Essa é a base do jusracionalismo, que permite prosseguir para o próximo passo desta pesquisa: O Direito Libertário.

2.1 O Direito Libertário como critério de julgamento por equidade no Brasil

O credo libertário está baseado num axioma central: o de que nenhum homem ou grupo de homens pode cometer uma agressão contra a pessoa ou a propriedade de qualquer outro. Ele pode ser chamado de “axioma da não-agressão”. “Agressão” é definida como o uso ou ameaça de violência física contra a pessoa ou propriedade de qualquer outro indivíduo. Agressão, portanto, é um sinônimo de invasão (ROTHBARD, 2013, online, p. 37).

O Direito Libertário tem a seguinte conclusão: “Ninguém tem o direito de agredir o corpo de outra pessoa sem permissão e dessa forma delimitar ou restringir o controle de outrem sobre o seu próprio corpo”. Sua semelhança com o jusracionalismo é grande, com o diferencial de que a fundamentação não comete uma falácia circular e nem uma falácia *non sequitur*. Sua fundamentação gira em

torno de que é impossível negar tal Direito, pois ele ou seria no mínimo injustificável sob pena de levar o crítico a uma contradição prática.

Para chegar a essa conclusão, é importante dizer primeiramente que todo Direito só faz sentido existir se houver a possibilidade de conflitos ocorrerem entre pelo menos dois indivíduos (intersubjetividade). Além disso, o conflito para um Direito só pode ser aquele que envolvem recursos escassos, pois a disputa necessariamente pressupõe que uma das partes deseja excluir a outra do acesso ao bem.

Em um universo onde tudo é infinito e que os bens não são escassos no sentido de ser impossível excluir outrem do acesso aos mesmos, ainda que sejam bens individualizáveis, simplesmente não há razão para um Direito existir, isso porque há carência da possibilidade da origem dos conflitos.

A necessidade dos conflitos serem pautados na escassez dos recursos é que toda ação humana, isto é, todo comportamento propositado dos indivíduos, visa atingir um fim melhor que o anterior. Em outras palavras, todos os meios são insuficientes para alcançar todos os objetivos pretendidos do Homem. Se fosse o contrário, não haveria porquê agir, ou melhor dizendo, não haveria razão para buscar quaisquer fins (MISES, 2010, online, p. 126).

O corpo é o primeiro recurso escasso de qualquer indivíduo e, além do corpo, os bens que ele tem. O homem, ao agir, tem que levar tudo em conta: tanto o que se passa no seu próprio corpo quanto outros dados externos, como por exemplo, as condições meteorológicas ou as atitudes de seus vizinhos. Tudo isso influenciará na forma que alocará todos os recursos escassos que estão ao seu alcance de manipulação (MISES, 2010, online, p. 72).

Quando as ações são voltadas a outros indivíduos, elas não permanecem apenas no âmbito factual, a exemplo de “João tomou banho de chuva” ou “Carlos comeu seu almoço”. Elas permanecem, também, no âmbito normativo, a exemplo de “Joaquim convenceu João a tomar banho de chuva” ou “Joaquim forçou que João tomasse banho de chuva”.

É normativo porque são ações direcionadas a outros indivíduos e isso implica dizer que tais ações ou são éticas ou antiéticas, pois alguém usa um meio escasso para atingir um fim. Nesse caso, o fim implica determinar como outra pessoa deve usar seu próprio corpo e/ou seus próprios bens.

Esse é o motivo que dá sentido para discutir sobre Justiça, Ética e Direito. Qualquer reivindicação de verdade, mais notadamente ao campo normativo, se determinada norma é justa ou injusta, deve ser feita, justificada e decidida no curso de uma argumentação, que é uma ferramenta de descobrimento da verdade.

Não é possível de negar isso sem cair em uma contradição prática, pois o interlocutor estaria engajando em argumentação. Mesmo que isso seja proferido monologicamente, é inevitável que ocorrerá a contradição prática quando houvesse a consideração de ao menos um outro interlocutor.

Simplesmente é impossível um indivíduo resolver essa questão (se algo é justo ou injusto) de forma solitária e sem existir a possibilidade de conceber a possibilidade de existência de outro indivíduo, ainda que para fins reflexivos e hipotéticos. É preciso que, em algum ponto, seja levado em consideração que a Justiça só faz sentido de ser pensada se há ao menos uma possibilidade de conceber a existência de outro Homem semelhante.

A argumentação é uma atividade racional intersubjetiva de troca de proposições. Nela, os interlocutores empregam e usam meios escassos (corpo e/ou bens) para atingirem um fim, qual seja, chegar a um acordo sobre o valor-verdade

de uma dada proposição ou argumento.

Se um interlocutor engaja com outro interlocutor em argumentação por causa de um desacordo, conflito, ou uma disputa, ambos estão buscando um meio pacífico, mútuo e cooperativo para a resolução do problema. Veja que as condições que possibilitam esse cenário, a exemplo das ações humanas, escassez e outras já mencionada, são necessariamente pressupostas e reconhecidas pelos envolvidos. Isso significa dizer que não podem ser negadas sem implicar em uma contradição prática.

O que torna possível a argumentação como uma forma específica de atividade de busca da verdade, são duas: a) cada pessoa deve ter direito ao controle exclusivo ou à propriedade de seu corpo físico (o que significa que ele e somente ele pode controlar diretamente) como ser capaz de agir independentemente um do outro e chegar a uma conclusão por conta própria, ou seja, de forma autônoma. Todos os participantes buscam convencer uns aos outros pela força do argumento e b), pela mesma razão de posição e autonomia mutuamente independentes, os envolvidos no debate devem ter direito às suas respectivas posses anteriores, ou seja, o controle exclusivo de todos os outros meios externos de ação por eles apropriados indiretamente, anteriores e independentes de um ao outro e antes do início de sua argumentação. Isso é reconhecido mutuamente por quem deseja engajar em uma argumentação, sob pena desta atividade sequer ocorrer (HOPPE, 2016, online).

Se alguém reivindicar a verdade de que alguém não têm o direito de propriedade exclusiva de seu corpo e todas as posses anteriores, isso jamais poderá ser defendido em uma argumentação, pois ao fazer isso ocorrerá a contradição prática ou performativa. Pois, ao se engajarem na argumentação, os indivíduos demonstram que buscam uma solução pacífica e sem conflito para qualquer desacordo que deu origem a seus argumentos. Porém, negar tais direitos de propriedade a uma pessoa é negar sua autonomia e sua posição autônoma em um julgamento de argumentos. Em vez disso, afirma dependência e conflito, ou seja, heteronomia, em vez de acordo livre de conflito e alcançado de forma autônoma e, portanto, é contrário ao próprio propósito da argumentação (HOPPE, 2016, online).

Um Direito jamais pode subsistir se ele promove conflitos em vez de evitá-los e solucioná-los. Isso simplesmente não pode ser um mecanismo apto, correto e universal para solucionar disputas. Após explicação acima, conclui-se que a norma contida na argumentação é que todo mundo tem o direito de controle exclusivo sobre o seu próprio corpo como seu instrumento de ação e cognição.

Somente se houver pelo menos um reconhecimento implícito do direito de cada indivíduo sobre a propriedade de seu próprio corpo é que pode haver argumentação e isso é feito de forma mútua ao engajar nessa atividade. Apenas enquanto esse direito for reconhecido é possível para alguém concordar com aquilo que foi dito num argumento e, conseqüentemente, aquilo que foi dito pode ser validado, ou é possível dizer “não” e concordar apenas com o fato de que há discordância.

Qualquer um que tentasse justificar qualquer outra lei, legislação ou sistema jurídico que não seja o Direito Libertário ou Direito de Propriedade, já teria que pressupor o direito de propriedade de seu corpo como uma norma válida, simplesmente para dizer “isto é o que eu afirmei como sendo verdadeiro e objetivo”. Qualquer pessoa que tentasse contestar o direito de propriedade sobre o seu próprio corpo ficaria preso numa contradição, à medida em que argumentar dessa forma e reivindicar seu próprio argumento como sendo verdadeiro já seria implicitamente aceitar essa norma como sendo válida (HOPPE, 2013, online, p. 129).

Portanto, qualquer outro Direito que não esteja alinhado ao libertarianismo é um ordenamento jurídico falho que promove conflitos. Simplesmente não faz sentido argumentar em favor de um direito conflituoso se o meio usado para disseminar a ideia e convencer os outros é justamente um meio não-conflituoso que é regido por uma norma implícita contida, qual seja, o Direito de Propriedade que fundamenta a máxima “Ninguém tem o direito de agredir o corpo de outra pessoa sem permissão e dessa forma delimitar ou restringir o controle de outrem sobre o seu próprio corpo” (CHAVES e FELIX, 2019, p. 57).

O objetivo de expor sobre o Direito Jusracional Libertário é que ele pode plenamente ser usado para a resolução de conflitos em sede de arbitragem, com base no art. 2º, da LA e nos princípios da liberdade contratual e autonomia da vontade. Isso permite que as partes possam gerir bem seus conflitos ao adotar o método que mais lhe convém para solucionar a disputa.

O diferencial é que tal critério não só é conveniente e bom para as partes em virtude da sua fácil assimilação, informalidade e objetividade. Ele é, também, universalmente correto em termos filosóficos e epistemológicos. O Direito Libertário não é, ao contrário dos demais sistemas jurídicos, uma criação do Homem. Ele é uma descoberta do Homem, que usou a razão para trazer a fundamentação última do porquê o Direito de Propriedade ser o único possivelmente correto e válido.

Além disso, salienta-se que o procedimento arbitral, assim como qualquer meio de resolução de conflitos, tem esteio na argumentação ou diálogo. Ora, num mundo de escassez, há a possibilidade de surgir, diante de um conflito interpessoal sobre os recursos escassos, a prática da discussão de quais normas deveriam ser adotadas ou quais são justificadas. Sem a escassez, nenhum conflito é possível e nenhuma propriedade ou outras normas são necessárias e nem fazem sentido (HOPPE, 2013, online, p. 10).

Um discurso livre de conflito é aquele no qual ambos os partidos respeitam os direitos de propriedade dos demais em relação aos seus próprios corpos, ou seja, a autopropriedade. A argumentação pressupõe a validade da autopropriedade e, portanto, qualquer argumento para as normas políticas que violem a autopropriedade será sempre contraditório, uma vez que será incompatível com os pressupostos inevitáveis das normas de autopropriedade de qualquer argumentação possível. O diálogo também pressupõe o direito de ser o dono de recursos escassos que foram apropriados originalmente.

É por essas razões que nenhuma ética não-libertária (que promove conflitos) pode jamais ser justificada argumentativamente, isso porque toda justificação é uma justificação argumentativa. A ética libertária de cooperação e do respeito pelos corpos dos outros e os recursos apropriados originalmente ou contratualmente é a única ética possível compatível com as normas da argumentação.

E mais: os envolvidos no procedimento arbitral que escolhem submeter-se a esse critério de julgamento só evidenciam mais ainda a intenção de seguir conforme os direitos de propriedade, mesmo que sejam perdedores dentro de um processo. Isso significa que não podem sequer negar cumprirem a punição, pois além de existir vinculação contratual, há vinculação com a própria racionalidade, com base na doutrina jurídica do *common law* denominada *estoppel* ou *venire contra factum proprium*, que ganhou uma fundamentação libertária.

Nela, o agressor, isto é, quem violou a ética libertária, é impedido de contestar sua pena, pois sua reivindicação de verdade, qual seja, de que não deve ser punido, entra em contradição com o ato ilícito que cometeu anteriormente. Uma

vez estando provado, o uso da força legal, que é a punição, pode ser aplicada, estando impedido o derrotado de contestar isso.

Portanto, o critério de julgamento por equidade baseado no Direito Libertário é a melhor forma e a forma correta para resolver os conflitos com celeridade, informalidade e objetividade pautada em um fundamento universal da Lei. Sua natureza elementar é evitar conflitos, já que o próprio meio da argumentação é desprovido de conflitos em sentido de não haver disputa exclusiva sobre um recurso escasso.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na pesquisa realizada, pode-se verificar que o Poder Judiciário é, de fato, moroso, caro e, muitas vezes, injusto. Além disso, as leis aplicáveis aos casos concretos por vezes promovem conflitos, o que agrava a estimulação de inúmeros litígios processuais. A situação defasada da justiça estatal brasileira está constatada pelas próprias pesquisas do Conselho Nacional de Justiça

Para diminuir esse problema que gera caos e injustiça social, o instituto da arbitragem se faz necessário. Estimular a resolução privada dos conflitos é a melhor saída para buscar celeridade, especialização e economia processual, além de propiciar um ambiente adequado fundado na liberdade contratual e autonomia da vontade para gerir os conflitos.

Elegendo um procedimento privado e, sobretudo, um critério de julgamento racional, certamente a abordagem da resolução dos conflitos será mais objetiva, firme e extremamente fundamentada. Como as relações arbitráveis sempre envolvem direitos patrimoniais disponíveis, a aplicação do Direito de Propriedade pelos árbitros se torna imperiosa.

Desta forma, pode-se concluir que ao optar por uma resolução privada de conflitos, é mais interessante que as partes se desvinculem ainda mais do Estado. Quanto menos tal instituição intervir nas disputas arbitrais, mais otimizada será a resolução dos problemas, pois as partes terão maior autonomia para fugir das burocracias e reger elas próprias seus problemas.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Francisco. **Curso de arbitragem**: mediação e conciliação. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Relatório de justiça em número**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf> Acesso em: 31 jul. 2020.

CHAVES, Mário César Farias; FELIX, Matheus Antônio Lucena. **O princípio do autogoverno da vontade e a descentralização do direito processual civil brasileiro sob a ótica libertária**. In: COELHO, Elizabeth Alecrim Soares (Coord.); PEREIRA, Nathália Lima; REBOUÇAS, Marcus Vinicius (Orgs.). Reflexões críticas do novo Código de Processo Civil. Fortaleza: Mucuripe, 2019. p. 55-71.

HOPPE, Hans-Hermann. **On the ethics of argumentation**. 2016. Disponível em: <<http://propertyandfreedom.org/2016/10/hans-hermann-hoppe-on-the-ethics-of-argumentation-pfs-2016/>> Acesso em: 31 jul. 2020.

HOPPE, Hans-Hermann. **Teoria do socialismo e capitalismo**. 2013. Disponível em: <<http://rothbardbrasil.com/wp-content/uploads/arquivos/teoria.pdf>> Acesso em: 31 jul. 2020.

HOPPE, Hans-Hermann. **The private production of defense**. 2009. Disponível em: <https://cdn.mises.org/The%20Private%20Production%20of%20Defense_3.pdf> Acesso em: 31 jul. 2020.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Disponível em: <<https://www.marxists.org/portugues/kant/1781/mes/pura.pdf>> Acesso em: 31 jul. 2020;

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 1998. Disponível em: <<https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>> Acesso em: 31 jul. 2020

KINSELLA, Stephan. **Punição e proporcionalidade: a abordagem do estoppel**. 2016. Disponível em: <<https://misesjournal.org.br/misesjournal/article/download/843/527>> Acesso em: 31 jul. 2020.

MISES Ludwig von. **Ação humana: um tratado de economia**. 2010. Disponível em: <<http://rothbardbrasil.com/wp-content/uploads/arquivos/acao-humana.pdf>> Acesso em: 31 jul. 2020.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. Versão Kindle. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ROTHBARD, Murray. **A ética da liberdade**. 2010. Disponível em: <http://rothbardbrasil.com/wp-content/uploads/arquivos/A%20etica%20da%20liberdade%20-%20miolo%20capa%20brochura_2013.pdf> Acesso em: 31 jul. 2020.

ROTHBARD, Murray. **Por uma nova liberdade: o manifesto libertário**. 2013. Disponível em: <<http://rothbardbrasil.com/wp-content/uploads/arquivos/manifestolibertario.pdf>> Acesso em: 31 jul. 2020.

SCAVONE, Luiz. **Manual de Arbitragem: mediação e conciliação**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VALLE, Martim. **Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional**. Disponível em: São Paulo: FDUSP, 2009.

WEBER, Max. **A política como vocação.** Disponível em:
<[ghhttp://www.bresserpereira.org.br/Terceiros/Cursos/09.08.Weber,A_politica.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/Terceiros/Cursos/09.08.Weber,A_politica.pdf)> Acesso
em: 31 jul. 2020.