

MÁRCIO BELLOCCHI

Visão Contemporânea da Jurisdição Arbitral

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. José Rogério Cruz e Tucci

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2022

MÁRCIO BELLOCCHI

Visão Contemporânea da Jurisdição Arbitral

Versão Original

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração em Direito Processual, sob a orientação do Professor Titular Dr. José Rogério Cruz e Tucci

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2022

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Bellocchi, Márcio

Visão Contemporânea da Jurisdição Arbitral ; Márcio Bellocchi ; orientador José Rogério Cruz e Tucci -- São Paulo, 2022.

301f.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

1. Arbitragem. 2. Jurisdição. 3. Direito Processual. I. Cruz e Tucci, José Rogério, oriente. II. Título.

Nome: BELLOCCHI, Márcio

Título: Visão Contemporânea da Jurisdição Arbitral

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

DEDICATÓRIA

A uma única pessoa, a um único amor, ao Amor: a Você, Didi, meu Amor, dedico este trabalho *insano*, profundo e verdadeiro.

AGRADECIMENTOS

Um trabalho solitário, em época de pandemia: *solidão infinita...*

Esta tese foi elaborada, durante o período mais enfático da pandemia do COVID-19: entre fevereiro/2020 e março/2022.

Foi um tempo em que as ausências foram muito mais sentidas do que o que normalmente já se sente, em trabalhos dessa espécie.

Por isso, os agradecimentos têm de ser ainda mais enfáticos, para quem esteve, de alguma forma, presente no decorrer desse período.

Começo agradecendo a Deus, pela vida, pela saúde e por Aqueles que Ele colocou na minha jornada.

A meus PAIS e MÃES: Cláudio, Lilian, José Manoel e Thereza. Quatro???? Sim, meus sogros assim o são, por mim, considerados e sentidos.

Ao Dudu – Eduardo Arruda Alvim - (meu cunhado-irmão... não, o inverso: irmão-cunhado, é melhor e mais verdadeiro).

A meu orientador e amigo, Tucci, que, antes de mais nada, me aceitou como seu orientando e amigo.

A meus amigos, por, durante esse período, respeitarem a minha ausência, que, de meu lado, foi extremamente sentida!

A Yrlanna, pela pesquisa pontual elaborada, para determinado capítulo da tese. Ao Professor Chris Kern e ao Professor Wolfgang Hau, pelos períodos de pesquisa e estudo, nas Universidades de Heidelberg e de Munique (*Ludwig Maximilian Universität*), respectivamente.

Ao casal, Rosa e Nelson Nery, pelos momentos que eu e Didi pudemos viver, em Munique, para a elaboração de meus estudos e reflexões iniciais, em fevereiro/2020.

A Sueli (do escritório Arruda Alvim, Aragão, Lins e Sato), por tantos auxílios pontuais que me deu e sempre me dá...

Em especial, ao meu amor: **DIDI** e a Daninha: sem as duas, nada disto existiria!

Por fim e NÃO menos importante, a todos os meus companheiros de vida: Nara, Susana e Nicolau (estes são *poodles*), ao Lorenzo (um *golden* encantador), ao Nathanäel (meu anjo pastor), ao Boris, Peppino, Thomas e Romeu (os *gatos*) e, em especial, a minha sempre e eterna **BIBI!!!**

“Mais la transformation totale de nos conditions de vie, l’‘accélération de l’histoire’ sont des faits devant lesquels nous ne pouvons nous bander les yeux; nous vivons dans une Société en état de révolution, et cela nous impose d’être révolutionnaires. Ce n’est pas servir la justice que de vouloir maintenir les règles anciennes parce qu’elles étaient justes dans le passé; à des conditions nouvelles doivent correspondre, si nous avons un souci de justice, des formes nouvelles d’organisation de la Société. Le droit doit être assoupli, une préoccupation d’harmonie tournée vers l’avenir, doit intervenir à côté de la préoccupation d’ordre et de sécurité qui guide les juristes et qui engendrerait souvent, dans un monde nouveau, l’injustice”.

(DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille; GORÉ, Marie. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 12. ed. Paris: Dalloz, 2016)

RESUMO

BELLOCCHI, Márcio. **Visão Contemporânea da Jurisdição Arbitral**. 2022. 295p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

A questão fundamental que está por detrás da investigação feita para elaboração deste estudo consiste em saber se a arbitragem é jurisdição. A pesquisa foi conduzida de forma analítica de molde a que conclusões fossem alcançadas no sentido de se saber até que ponto a arbitragem é mesmo jurisdição. É claro que, para que isso fosse feito, isto é, para que esse caminho fosse percorrido, o primeiro tema a ser tratado deveria ser, necessariamente, a própria jurisdição. Trata-se de um conceito construído pela cultura humana cujo conteúdo, exatamente por isso, variou ao longo da história. Seguiu-se a mesma abordagem no que diz respeito à arbitragem. Assim, o primeiro objetivo desta tese foi o de acompanhar a evolução do conceito de jurisdição, ao longo do tempo, como forma de composição de conflitos, desde o direito romano, até a atualidade. Foi explorado o caminho pelo qual passou a jurisdição, com o fim de se investigar por qual motivo, em determinado momento, se começou a afirmar, de modo peremptório, que a jurisdição seria uma atividade realizada exclusivamente pelo Estado. O segundo objetivo consistiu em analisar a arbitragem, pondo-a lado a lado com a jurisdição estatal, explorando-se os pontos que ambos os fenômenos apresentam em comum, assim como os que diferenciam essas duas formas de exercício do poder-dever de julgar. Por isso, foi objeto de investigação e reflexão uma outra função da jurisdição estatal, recentemente assumida de forma clara pela jurisdição estatal, que é a de contribuir para a **criação do direito**. Procurou-se identificar em que contexto e extensão isso pode acontecer, tanto na jurisdição do Estado, quanto na jurisdição contratada pelas partes. Em um terceiro momento deste estudo, colocamos luzes sobre determinados institutos do processo civil, desenvolvendo-os, também, no terreno do procedimento arbitral. Num quarto e último momento, nossas reflexões se voltaram para o problema de se saber até que ponto a arbitragem seria mesmo jurisdição, equivalente à jurisdição estatal, em todos os seus aspectos, em toda a sua extensão, seus limites e suas funções.

Palavras-chave: Jurisdição. Arbitragem. Processo. Criação. Direito

ABSTRACT

BELLOCCHI, Márcio. **Contemporary Approach of the Arbitral Jurisdiction**. 2022. 295 pages. Thesis (Doctorate) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2022.

The fundamental question behind the research done to prepare this paper is whether arbitration is jurisdiction. The research has been conducted in an analytical manner so that conclusions could be reached in order to know to what extent arbitration is even jurisdiction. For this to be done, the first topic to be addressed should necessarily be jurisdiction itself. This is a concept constructed by human culture whose content, precisely for this reason, has varied throughout history. The same approach has been followed about arbitration.

Thus, the first aim of this thesis was to follow the evolution of the concept of jurisdiction, over time, as a form of dispute resolution, since Roman law, until today. Jurisdiction has been explored, to investigate why, at a certain point, it began to affirm, peremptorily, that jurisdiction would be an activity performed exclusively by the State. The second aim was to analyze arbitration, placing it side by side with State jurisdiction, exploring points that both: state and arbitral jurisdiction have in common, as well as those that differentiate these two forms of judging. Therefore, another function, recently clearly assumed by the state jurisdiction, which is to contribute to the creation of law, has been object of investigation and reflection. It was sought to identify in what context and extent this can happen, both in the State and arbitral jurisdiction. In a third moment of this study, we shed light on certain institutes of civil procedure, developing them, also, in the field of arbitration procedure. In a fourth and last moment, our reflections turned to the problem of knowing to what extent arbitration would even be jurisdiction, equivalent to the State jurisdiction, considering all its aspects, its extent, limits and functions.

Keywords: Jurisdiction. Arbitration. Procedure. Creation. Law

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 JURISDIÇÃO. AMBIENTAÇÃO DO TERMO.....	14
2.1 JURISDIÇÃO, AO LONGO DA HISTÓRIA DO DIREITO	17
2.2 TEORIAS DA JURISDIÇÃO E SEU CONCEITO.....	29
2.3 CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS INFORMADORES DA JURISDIÇÃO	39
3 JURISDIÇÃO COMO MONOPÓLIO EXCLUSIVO DO ESTADO. AVERIGUAÇÃO, ATRAVÉS DO TEMPO	42
3.1 SURGIMENTO DO ESTADO MODERNO E SUA SOBERANIA	42
3.2 TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA (<i>CIVIL LAW</i>). JURACIONALISMO. ILUMINISMO. TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO (MONTESQUIEU).51	
4 JURISDIÇÃO COMO FUNÇÃO (NÃO EXCLUSIVA) DO ESTADO.....	61
4.1 AUSÊNCIA DE ABSOLUTA EXCLUSIVIDADE DAS FUNÇÕES ESTATAIS: LEGISLATIVA (PELO PODER LEGISLATIVO), EXECUTIVA (PELO PODER EXECUTIVO) E JUDICIÁRIA (PELO PODER JUDICIÁRIO)	61
4.2 ATIVIDADE NÃO EXCLUSIVA DO ESTADO	63
5 IMPERIUM.....	65
6 FUNÇÃO CRIADORA DA JURISDIÇÃO (<i>INTER PARS</i>).....	70
7 JURISDIÇÃO ARBITRAL	88
7.1 BREVE HISTÓRICO DA ARBITRAGEM, NO MUNDO, ATÉ O INÍCIO DO SÉC. XX.....	88
7.2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA ARBITRAGEM, NO BRASIL.....	95
7.3 MAIS SOBRE A ARBITRAGEM E SUA NATUREZA JURISDICIONAL	99
7.3.1. Outra Nota sobre a Função Criadora do Julgador: Juiz e Árbitro.....	109
8. FEIÇÕES QUE A JURISDIÇÃO VEM ASSUMINDO, CONTEMPORANEAMENTE, NOS PAÍSES DE <i>CIVIL LAW</i>.....	111
8.1 FUNÇÕES DAS CORTES DE TOPO	113
8.2 RÁPIDO PANORAMA SOBRE PRECEDENTES VINCULANTES	117
8.3 PRECEDENTE VINCULANTE COMO ELEMENTO QUE COMPÕE O ORDENAMENTO JURÍDICO.....	119
8.4 ARBITRAGEM, SOB O PONTO DE VISTA DA CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE JURISDIÇÃO	124

9 FORTALECIMENTO DO INSTITUTO. SEU CARÁTER (NÃO) PUBLICÍSTICO	129
10 ARBITRAGEM E PROCESSO	135
10.1 <i>PERPETUATIO LEGITIMATIONIS</i> E <i>PERPETUATIO LIBELLI</i>	135
10.2 TUTELAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA	143
10.3 PRECLUSÕES	151
10.4 ACORDO QUANTO A PROVAS. CONVICÇÃO DO ÁRBITRO	158
10.5 <i>IURA NOVIT CURIA</i>	168
10.6 TERCEIROS NÃO SIGNATÁRIOS DA CONVENÇÃO ARBITRAL	179
10.6.1 Intervenção de Terceiros	189
10.6.2 Cláusula Compromissória Estatutária	191
10.7. SENTENÇA. DEVER DE FUNDAMENTAR	199
10.7.1 Consequência da Falha de Fundamentação da Sentença Arbitral	207
10.8 HIPOTECA JUDICIÁRIA	208
10.9 COISA JULGADA	209
10.9.1 <i>Arbitrato Irrituale</i> do Direito Italiano	221
10.10 IMPUGNAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL	223
10.11 RECLAMAÇÃO E ARBITRAGEM	253
11 NOTAS DE CARÁTER CONCLUSIVO	261
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	267

1 INTRODUÇÃO

O intuito de desenvolver o presente trabalho nasceu, imediatamente após a minha banca de defesa de dissertação de mestrado perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), cujo tema foi *Precedentes Vinculantes e a Extensão da Expressão “Aplicação do Direito Brasileiro” na Convenção de Arbitragem*.

Durante a arguição, fui indagado a respeito da natureza jurídica da arbitragem, uma vez que esse tema foi, também, objeto de exame, na dissertação.

Em verdade, por diversas vezes, pensei, escrevi e discuti a respeito desse ponto, sendo que eu não tinha dúvida acerca de sua natureza jurisdicional.

O que, de uma certa forma, me atormentava, eram os questionamentos no sentido de como poderia a arbitragem ser entendida como jurisdição, se esta era uma atividade desenvolvida eminentemente pelo Estado.

Despontam, assim, as indagações que levam à gênese da tese: em que momento se definiu ou se começou a pensar a jurisdição como um monopólio estatal? A jurisdição teria, em algum momento histórico, sido exercida exclusivamente pelo Estado ou teria, também em algum momento histórico, sido exercida exclusivamente por particulares?

O ponto inicial para o desenrolar da tese foi investigar a origem da jurisdição bem como tentar compreender por qual motivo parte da doutrina sustenta que essa atividade, como meio de resolução de conflitos, seria inerente ao Estado e exclusivamente desenvolvida por este.

Além disso, durante o desenvolvimento inicial da tese, surgiu uma nova indagação: diante de um conceito contemporâneo de jurisdição, a arbitragem poderia, ainda, ser entendida como jurisdição, no mesmo sentido e na mesma extensão da jurisdição estatal?

Sabe-se que a arbitragem, diferentemente da jurisdição exercida pelo Judiciário, é despida do *ius imperium*, o que, por si só, já acarreta uma diferença entre essas jurisdições. Essa questão, contudo, acaba sendo minimizada por força do juízo de cooperação que existe entre as jurisdições privada e estatal, juízo de cooperação esse que, aliás, é tratado por lei, tanto na Lei n. 9.307/1996 (a LArb) como no CPC.

No entanto, o foco deste trabalho, como já se disse, está no conceito contemporâneo de jurisdição, conceito esse que tem a ver com a possibilidade de o juiz estatal criar direito que alcance, não só as partes de um determinado processo, mas, também, toda a sociedade

quando, por exemplo, é criado um precedente de natureza vinculante, no âmbito do Poder Judiciário.

Muitos são os autores que se debruçam sobre a temática dos precedentes, na atualidade, por força da chegada do precedente vinculante com o CPC/2015. Em sua maioria, esses autores afirmam que, quando da formação de um precedente vinculante, a jurisdição estatal, através do Judiciário, está criando direito perante toda a sociedade.

O propósito neste trabalho, então, é também averiguar se a amplitude do conceito de jurisdição que se tem adotado, no âmbito do Judiciário, principalmente por força da edição do CPC/2015, é extensível, igualmente, à arbitragem.

O trabalho focará na arbitragem de direito, em que aplicável a lei brasileira, muito embora, por momentos, serão destacados, na medida em que sejam úteis, temas sob o âmbito do direito estrangeiro.

2 JURISDIÇÃO. AMBIENTAÇÃO DO TERMO

Jurisdição será tratada, aqui, como a atividade desenvolvida com vistas a se solucionarem conflitos. É necessário que se faça esta observação, já de início, pois, como afirma Couture¹, a palavra jurisdição possui diversos significados. É um termo polissêmico.

Além disso, como se sabe e se demonstrará, nas três últimas décadas tem ficado evidente que a atuação do Poder Judiciário pode significar uma contribuição expressiva na construção do próprio direito.

Todavia, vista como atividade, a qualquer um a quem se indague acerca do significado da expressão jurisdição, a primeira e mais imediata resposta que brota é: - jurisdição é *dizer o direito (juris dicere)*². É aplicar a lei ao caso concreto.

É comum, ainda, a afirmação de que a jurisdição é o poder exclusivo do Estado de aplicar o direito a um caso concreto, para a solução de um conflito de interesses. Isso fica claro, por exemplo, na lição de Chiovenda³ ou conforme o magistério de Athos Gusmão Carneiro⁴.

¹ “La palabra ‘jurisdicción’ aparece en el lenguaje jurídico con distintos significados. Muchas de las dificultades que la doctrina no ha podido aún superar, provienen de esta circunstancia. En el derecho de los países latinoamericanos este vocablo tiene, por lo menos, cuatro acepciones: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público; y su sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia”. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 4. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2010, p. 23. **Tradução livre**: “A palavra ‘jurisdição’ aparece, na linguagem jurídica, com diferentes significados. Muitas das dificuldades que a doutrina ainda não conseguiu superar decorrem dessa circunstância. No direito dos países latino-americanos, essa palavra tem pelo menos quatro significados: como âmbito territorial; como sinônimo de competência; como conjunto de poderes ou autoridade de determinados órgãos do poder público; e seu sentido preciso e técnico da função pública de fazer justiça”.

² “A etimologia do substantivo jurisdição – *jurisdictio*, em latim – já lhe revela o conteúdo. A palavra é formada pela aglutinação de duas outras: *juris*, genitivo singular da 3ª declinação, significando do direito, e *dictio*, nominativo singular da mesma declinação, isto é, *dicção* ou *dição*, ato de dizer; de *dicere*, dizer. Nisso consiste a jurisdição na sua essência: dizer o direito, no sentido de identificar a norma de direito objetivo preexistente (ou de elaborá-la, se inexistente) e de fazê-la atuar numa determinada situação”. BERMUDEZ, Sérgio. **Introdução ao Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 19.

³ Para ele, a jurisdição deve ser entendida “como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 3.

Ainda nesse sentido, **era a lição de Cândido Rangel Dinamarco** que, como veremos, adiante, adequou-se, posteriormente, à realidade atual: “O Estado exerce seu poder, sempre com vista a determinados objetivos aglutinados em torno de uma função. Vista assim, a jurisdição é a atividade pública e exclusiva com a qual o Estado substitui a atividade das pessoas interessadas e propicia a pacificação das pessoas ou grupos em conflito, mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos. (...). A jurisdição é, pois, manifestação do poder estatal”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, V. I, p. 115.

⁴ A jurisdição é “a atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito em concreto”. CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 6.

De uma rápida leitura de clássicas definições da jurisdição, pode-se extrair que ela é *atividade*, de natureza eminentemente estatal, com específica *finalidade*.

A posição adotada, destaque-se, desde já, é no sentido de que a jurisdição, entendida como a atividade voltada à resolução de conflitos, não é exclusiva do Estado. Esse é um dos pontos sobre os quais se debruçará, nesta tese.

Seria, a jurisdição, uma atividade exclusiva do Estado? Ou uma de suas atividades, assim como de algum outro órgão ou entidade, também com o propósito (finalidade) de resolver um conflito?

Para que se possa responder com um pouco mais de conforto a essas indagações – sem que se tenha a pretensão de dar uma resposta definitiva –, é importante reavivar a história do direito, em especial do desenvolvimento do processo civil ao longo dos últimos séculos e, dessa forma, tentar-se chegar a uma conclusão fundamentada a respeito da natureza jurídica da jurisdição e as consequências derivadas da conclusão em um sentido ou em outro.

Aspectos históricos dos institutos estudados revelam-se, sempre, de vital importância para a sua compreensão, sobretudo em áreas como a das ciências sociais, em que definições e conceitos de institutos alteram-se ao longo do tempo, pois estão intimamente ligados aos momentos em que foram formulados⁵.

Rudolf von Ihering já ensinava que “*O direito existe em função da sociedade e não a sociedade em função dele*”. O direito deve adequar-se à realidade que governa. E essa adaptação acaba sendo natural em vista de sua própria necessidade, como se pode extrair da lição de Paolo Grossi: “*Ogni esperienza giuridica nutre in sé, all’esito del suo arco temporale, le cellule tumorali che la condanneranno a morte*”⁶. Esse é, efetivamente, o significado da alteração do direito como decorrência de mudanças na sociedade que se pretende governar.

Assim, natural que um instituto, em determinado momento histórico e social, seja concebido de uma maneira; tenha certa conceituação que, não necessariamente, será a mesma em outro momento, com outras características históricas e sociais. O direito é vivo,

⁵ “(...) as revoluções ou quebras de paradigmas são decorrentes de uma série de evoluções operacionalizadas sob ou ao redor de determinados modelos construídos ou aqui institutos que, como em qualquer ciência social, se realizam sempre em caráter pendular, ou seja, fatores sociais, econômicos, políticos e mesmo jurídicos se entrelaçam na quebra de paradigmas que, longe da matemática, podem subtrair antes mesmo de somar, ou mesmo subdividir fenômenos antes mesmo de multiplica-los”. GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. **Teoria Geral do Processo Civil. Novos Paradigmas Frente ao CPC/2015**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 1-2, com supedâneo em obra de Thomas Khun: *A Revolução Copernicana*.

⁶ “Cada experiencia jurídica nutre, em si mesma, para o êxito de sua existência, as células tumorais que a condenam à morte”. **Tradução livre** do excerto da obra de GROSSI, Paolo: **Il diritto in una Società che cambia**: a colloquio con Orlando Roselli. Bologna: Il Mulino, 2018.

adequando-se, portanto, ao momento. Nesse sentido, Taruffo se utiliza da expressão: *il diritto vivente*⁷.

Assim, e por isso, o fenômeno da alteração do direito ocorre tanto no que diz respeito às próprias regras e princípios que governam comportamentos, quanto no que tange à própria ciência do direito: modificam-se conceitos, métodos e se alteram contornos de institutos e até de instituições.

O que interessa, neste momento, é o conceito de jurisdição. E, todo conceito apresenta elementos essenciais e acidentais, os quais não se confundem. Nem sempre é fácil distinguirem-se uns dos outros. As vezes se trabalha com os elementos acidentais como se essenciais fossem, fazendo com que as características daquele determinado conceito sejam, por isso, deturpadas. Com certeza, uma das melhores formas de se identificar quais são os elementos essenciais e os acidentais de um determinado conceito é estudar seu aspecto histórico, tentando flagrar o que é permanente e o que é transitório.

Nesse sentido, também, Grossi⁸:

O direito, tecido ordenante do corpo social, que deve harmonicamente revesti-lo no seu contínuo crescimento, poderia somente vir a passar por uma crise profunda, entendendo por crise aqui a incapacidade de corresponder a sua própria natureza e função.

(...)

O direito, pela sua tensão a encarnar-se, antes de ser poder, norma, sistema de categorias formais, é experiência, ou seja, uma dimensão da vida social.

(...)

O direito é, em primeiro lugar, ordenamento; com isso vem salientado, além da mudança terminológica, que a sua autoridade está nos conteúdos em que se entrelaça e que propõe, está no fato de ser leitura objetiva da realidade, tentativa de racionalização do real. (grifamos)

Se o direito é espelho da sociedade, inevitável que aquele se desenvolva com esta, adequando-se à realidade vivida: “*O direito de cada país não foi criado de um dia para o outro; não foi instituído; antes é a consequência de uma evolução secular*”⁹.

Galeno Lacerda, também, ensina¹⁰ que o processo é um fato cultural, pois nele há o reflexo de uma cultura inteira, assim considerada o conjunto de vivências espiritual e

⁷ TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. **Tradução livre**: “O direito vivente”.

⁸ GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. 2. ed. Tradução: Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 44 e ss.

⁹ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 14.

¹⁰ LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. 3, p. 74-86, 1961. A ver, também, em CAPPELLETTI, Mauro. Ideologie nel Diritto Processuale. *In: Processo e Ideologie*. Bologna: Il Molino, 1969, p. 3-54.

material que caracterizam certa época da sociedade. Assim, o próprio processo e sua função, naturalmente, mudam com base na época e na mentalidade vivenciadas.

Ainda de se apontar, já neste tópico inicial de nosso trabalho, lição de José Alexandre Tavares Guerreiro¹¹, constante de sua tese de doutoramento, posteriormente publicada em versão comercial, onde, com as devidas ressalvas, afirma que:

(...) se pode ensaiar a comparação intertemporal de institutos jurídicos que derivam uns dos outros – e que, nesse sentido, evoluem. A evolução do direito, já se vê, corresponde a exigências sociais próprias de cada época ou conjuntura, com maior ou menor fidelidade às mutações da economia.

2.1 JURISDIÇÃO, AO LONGO DA HISTÓRIA DO DIREITO

Nas sociedades antigas, onde e quando a vida acontecia no bojo, exclusivamente, das tribos, famílias e clãs gentílicos, vigia o direito baseado na oralidade e num misticismo pagão¹².

Com base na tese evolucionista¹³, a sociedade teria se iniciado com a união de grupos dos dois sexos, passando-se, posteriormente, à formação dos matriarcados, onde a figura do pai era transitória. Na sequência, ter-se-ia alcançado o período do patriarcado resultante da consciência adotada de que a criança, fruto da união com a mulher, era, também, filha do pai. Surgem os poderes marital e paternal decorrentes da autoridade do marido sobre a mulher e, também, a primeira forma de divórcio.

¹¹ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional**. São Paulo: Forense, 1993, p. 4.

¹² ROCHA, José Manuel de Sacadura. **História do Direito no Ocidente**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 53-54: “*Nas palavras de Luiz Carlos Rocha: ‘Na vingança privada, os membros do clã ofendido perseguiram o autor do fato danoso e faziam justiça pelas próprias mãos. Com o passar do tempo chegou-se à Lei de Talião. Esta lei fixava punição igual ao crime cometido, ou seja, olho por olho, dente por dente, mão por mão, etc., o que foi um progresso limitando a extensão da vingança e dando uma proporcionalidade à pena. Mais tarde surgiu a composição, consistente em substituir a vingança de sangue por um pagamento em dinheiro. Nesta época se acentua o poder do Estado que passa a intervir, definindo os crimes e impondo penas públicas. Assim, do clã, da tribo ao Estado, as leis penais vão deixando as suas raízes religiosas e se constituindo num sistema jurídico de defesa da sociedade, surgindo o direito penal objetivo’*”.

¹³ “*O primeiro estágio da evolução social teria sido atingido pela formação de laços entre grupos dos dois sexos; estas ‘uniões de grupos’ teriam sido temporárias. Pretendia-se ter encontrado vestígios delas em certos povos da Austrália.*

O segundo estágio seria o matriarcado, em que a mãe exerce um certo poder sobre os seus filhos. O casamento não existia ainda, o pai é um indivíduo de passagem; não existiria outro laço jurídico senão aquele que une a mãe aos seus filhos e, eventualmente, aos seus irmãos e irmãs uterinos.

*Chegar-se-ia ao estágio do patriarcado quando apareceu um laço jurídico entre o pai, a mãe e os seus filhos. Este laço resultaria da tomada de consciência pelo pai do facto que a criança que vai nascer da sua união com uma mulher determinada é igualmente ‘o seu filho’. Neste estágio, a instituição do casamento julga-se adquirida ao mesmo tempo que a do poder marital e paternal; como corolário da autoridade do marido sobre a mulher, aparece o repúdio da mulher pelo seu marido, primeira forma de divórcio”. GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 38.*

Naquela época, a justiça era feita, predominantemente, com as próprias mãos (autotutela dos interesses). O direito – assim entendido o instrumento de busca da justiça – dependia da atuação exclusiva da parte ofendida que, quando prejudicada, reagia da forma que melhor lhe aprouvesse e lhe fosse possível.

Com a repetição das formas de reação a um determinado evento, normalmente danoso, surgem os *usos* que acabam, automaticamente, sendo adotados em situações iguais às já anteriormente vivenciadas por algum outro integrante da comunidade¹⁴.

Paulatinamente, no entanto, verifica-se a entrega do poder de decidir nas mãos de um chefe¹⁵. Nas sociedades primevas, era comum que esse poder fosse dado a um *terceiro mediador*¹⁶ que “*interpõe o poder bélico dos guerreiros e o mítico-religioso do feiticeiro*”.

Com o surgimento das sociedades organizadas, após um período em que as regras e o poder decisório estavam consolidados na figura do pai de família – o *pater familias* (ou *paterfamilias*), assim chamado na monarquia de Roma -, o poder passou a se concentrar nas mãos do soberano, que organizava e controlava a vida social.

¹⁴ Fala-se, aqui, em usos e não costumes os quais, conforme doutrina que adotamos, não se confundem e não são sinônimos: “*O uso nasce da repetição de comportamentos, isto é, de certas maneiras de agir num dado grupo social. Nem todos os usos são costumes, mas todo o costume é, antes de mais, um uso. A diferença reside sobretudo na força obrigatória do costume. (...) O uso implica a continuidade de agir num dado sentido no seio do grupo social*”. GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 251.

¹⁵ Cabe, aqui, a transcrição da lição de Moreira Alves, já adiantando a progressão das formas de resolução de conflitos, ainda em longínquo passado: “*Do estudo dos povos primitivos, verifica-se que a tutela dos interesses era, a princípio, feita pelos próprios ofendidos ou, então, pelos grupos a que eles pertenciam – daí dizer-se que o que havia era a justiça privada, e não a justiça pública, que é a distribuída pelo Estado. Só muito mais tarde, e em decorrência de longa evolução, é que se passa da justiça privada para a justiça pública. Conjectura-se, com base em indícios que chegaram até nós, que essa evolução se fez em quatro etapas: a) na primeira, os conflitos entre particulares são, em regra, resolvidos pela força (entre a vítima e o ofensor, ou entre os grupos de que cada um deles faz parte), mas o Estado – então incipiente – intervém em questões vinculadas à religião; e os costumes vão estabelecendo, paulatinamente, regras para distinguir a violência legítima da ilegítima; b) na segunda surge o arbitramento facultativo: a vítima em vez de usar da vingança individual ou coletiva contra o ofensor, prefere, de acordo com este, receber uma indenização que a ambos pareça justa, ou escolher um terceiro (o árbitro) para fixá-la; c) na terceira etapa, nasce o arbitramento obrigatório: o facultativo só era utilizado quando os litigantes o desejassem, e, como esse acordo nem sempre existia, daí resultava que, as mais das vezes, se continuava a empregar a violência para a defesa do interesse violado; por isso, o Estado não só passou a obrigar os litigantes a escolherem árbitro que determinasse a indenização a ser paga pelo ofensor, mas também a assegurar a execução da sentença, se, porventura, o réu não quisesse cumpri-la; e d) finalmente, na quarta e última etapa, o Estado afasta o emprego da justiça privada, e, por funcionários seus, resolve os conflitos de interesses surgidos entre os indivíduos, executando, à força se necessário, a sentença*”. MOREIRA ALVES, José Carlos **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 191.

¹⁶ ROCHA, José Manuel de Sacadura. **História do Direito no Ocidente**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 38.

As civilizações antigas nos mostram uma permanente luta pela supremacia do poder entre a religião e o rei.¹⁷⁻¹⁸

Revisitando-se a história do direito grego¹⁹ (com pouca expressão, para nós), verifica-se, por exemplo, que a administração pública da justiça surgiu de um hábito pré-histórico de se resolverem as disputas entre os indivíduos pela renúncia voluntária da autotutela, recorrendo-se à arbitragem. Supõe-se que esse antigo hábito se tenha desenvolvido, gradualmente, num sistema sob o qual às partes não era possibilitado buscar a satisfação de suas pretensões através da força privada, sendo, por isso, compelidas a submeter seus casos às autoridades para tanto designadas e com os necessários poderes para instruí-los e julgá-los, de forma vinculativa.

Desses impérios que foram de grande relevância na história antiga - o grego e o romano -, o primeiro deixou-nos significativos legados, no âmbito da Filosofia, das Artes Cênicas e da Política, enquanto o império romano, em virtude, sobretudo, de sua grande extensão territorial, resultante de suas conquistas, legou-nos uma bem desenvolvida estrutura jurídica com elementos como: a Jurisprudência, a Doutrina, a Hermenêutica, a Didática Jurídica, as Constituições Nacionais, e a permanente Atualização das leis.²⁰

¹⁷ “A característica mais comum na formação das primeiras sociedades de Estado, aqui denominadas de Sociedades Antigas, é a concentração do poder no soberano. Isto significará que a autoridade do rei é suficiente para organizar e controlar a vida social, ou seja, a sua imposição prevalece como força jurídica. (...) Por todas as civilizações antigas se observa uma casta religiosa assumir funções vitais e possuir status e privilégios muito acima da população, rivalizando, em muitos casos com o rei. (...) O que as civilizações antigas nos mostram é uma permanente luta pela supremacia do poder entre religião e o rei”. ROCHA, José Manuel de Sacadura. **História do Direito no Ocidente**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 43-44; 49.

¹⁸ “A Igreja deixou subsistir o poder dos soberanos laicos, o que não impediu que ela tenha querido servir-se dos órgãos do Estado para o seu próprio desenvolvimento. Os Estados cristãos, sobretudo os de tendência imperialista, pretenderam servir-se da Igreja como de um serviço público. Assim, os conflitos entre os dois poderes – o temporal e o espiritual - foram numerosos, tendo chegado a soluções muito variadas, que vão desde a teocracia à separação da Igreja e do Estado”. GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 136.

¹⁹ “(...) that public administration of justice originated in a prehistoric habit of settling disputes between individuals by voluntary waiving self-help and resorting to arbitration. This ancient custom is supposed to have been gradually developed into a system under which the parties were denied the right to seek realization of their claims by private force and compelled to submit their cases to authorities designated and empowered to try the claims and hand down binding judgements”. WOLFF, Hans Julius. *The Origin of the Judicial Litigation among the Greeks*. **Traditio**, Cambridge University Press, v. 4 (1946), p. 31-87. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/27830102>. Acesso em: 16 mar. 2021 – **Tradução livre**: Nessa mesma obra, na continuidade do trecho aqui transcrito, o autor descreve que, àquela época, os litigantes foram forçados, pela opinião pública, a deixar de fazer a justiça com as próprias mãos, buscando decisões a serem dadas pelos príncipes que, por força de sua preponderância pessoal e social estavam predestinados a atuar como árbitros. Com a consolidação do estado e da democracia, a jurisdição, deixando as mãos da monarquia e dos magistrados aristocratas chega às cortes populares.

²⁰ Conforme José Manuel de Sacadura Rocha, a estrutura jurídica dos romanos “ (...) chama a atenção pela sua tentativa (...), de regular o mundo dos homens e de procurar incansavelmente a vida social com racionalidade e justiça. Desconsiderar isto seria esquecer e desdenhar do papel grandioso dos juristas romanos. A Jurisprudência, a Doutrina, a Hermenêutica, a Didática Jurídica, a possibilidade de Constituições Nacionais, e a permanente Atualização das leis, são exemplos magistrais da herança que não podemos

Mesmo que a Grécia não tenha sido influência relevante para nosso direito²¹, interessante trazer, a título de curiosidade - com base em estudos desenvolvidos por Hans Julius Wolff -, a informação de que a primeira forma de *ação* de que se tem conhecimento, na Grécia antiga, teria sido a retratada no Livro XVIII - versos 497/508²² -, do poema épico, de Homero: a *Ilíada*.

Nesse trecho, a obra trata do conflito entre dois homens que discutem, perante o povo, sobre o preço do sangue de um homem morto. Um diz ter pago sua integralidade ao outro que nega esse pagamento. Ambos aguardam a decisão a ser proferida pelos mais velhos, que estão sentados, no círculo sagrado, empunhando as pautas dos arautos. O julgamento é divulgado em público. No meio, há dois talentos (espécie de medida monetária da época) de ouro a serem entregues àquele que proferir o julgamento considerado mais justo²³.

O que se subentende desses poemas é que a iniciativa da ação é tomada por aquele que, à luz do direito posterior, seria considerado réu, e não pelo autor (*the one claimed to have paid all (500) expounding to the people, but the other insisted that he had received*

esquecer". ROCHA, José Manuel de Sacadura. **História do Direito no Ocidente**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 55.

²¹ "Atenas fue, en todos los momentos de su historia, una obra de arte; nació e vivió para la cultura, y a esse ideal sacrificó su existencia. En su turno, Roma creó las bases de la ciencia de lo justo y de lo injusto pero penetró en la ruta del imperialismo y por este fin sacrificó su forma primera de vida". DE LA CUEVA, Mario. **La Idea del Estado**. 4. ed. México: Fondo de Cultura Económica. Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, p. 17. **Tradução livre**: Atenas foi, em todos os momentos da sua história, uma obra de arte; nasceu e viveu para a cultura, e a esse ideal sacrificou a sua existência. Por sua vez, Roma criou os fundamentos da ciência da justiça e da injustiça, mas entrou no caminho do imperialismo e sacrificou o seu modo de vida original para esse fim.

²² "(497) *But the folk were gathered in the assembly place; for there a strife (498) was arisen, two men striving about the blood-price (499) of a man slain; the one claimed to have paid all (500) expounding to the people, but the other insisted that he had received nothing; (501) and both were fain to receive arbitrament at the hand of a daysman (istor). (502) And the folk were cheering both, as they took part on either side. (503) And heralds kept order among the folk, while the elders (504) on polished stones were sitting in the sacred circle, (505) and holding in their hands staves from the loudvoiced heralds. (506) Then before the people they rose up and gave judgement each in turn. (507) And in the midst lay two talents of gold, (508) to be given unto him who should utter among them the most righteous doom*". Extraído de WOLFF, Hans Julius. *The Origin of the Judicial Litigation among the Greeks*. **Traditio**, Cambridge University Press, v. 4 (1946), p. 31-87. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/27830102>. Acesso em: 16 mar. 2021. **Tradução livre**: Mas o povo estava reunido no local de assembleia; pois ali surgiu uma contenda (498), dois homens a lutar pelo preço de sangue (499) de um homem morto; um alegou ter pago tudo (500) expondo ao povo, mas o outro insistiu que não tinha recebido nada; (501) e ambos estavam dispostos a receber o arbitrado das mãos do árbitro. (502) E o povo estava a aplaudir ambos, uma vez que participaram de ambos os lados. (503) E os arautos mantinham a ordem entre o povo, enquanto os anciãos (504) sobre pedras polidas estavam sentados no círculo sagrado, (505) e segurando nas suas mãos as pautas dos arautos de voz alta. (506) Depois, perante o povo, levantaram-se e julgaram cada um por sua vez. (507) E no meio estavam dois talentos de ouro, (508) a serem dados àquele que deveria proferir entre eles a condenação mais justa.

²³ "It is generally assumed that the trial scene depicted on the shield reflects a stage in which the idea of state power had not yet matured to a point where the community was able and willing to subject private controversies to a control strong enough to replace armed feuds with a compulsory judiciary system and self-help with court decisions capable of enforcement by, or under the supervision of, public authority. The trial is supposed to be a case of arbitration voluntarily resorted to by the parties". WOLFF, Hans Julius. Op. cit.

nothing – um reclamou, perante o povo, ter pago tudo, enquanto o outro insistiu que não havia recebido nada²⁴), o que não seria incomum com base nas leis babilônicas da época, mais especificamente o Código de Hamurabi²⁵.

Era praxe que a cobrança fosse feita diretamente contra o devedor – extrajudicialmente – cabendo a este último a possibilidade de levar sua “causa” ao julgamento do povo. Isso significava a justiça pelas próprias mãos, por aquele que julgava ter o direito, cabendo ao “réu” buscar sua defesa perante a “autoridade do povo”.

Supõe-se que a cena do poema épico aqui comentada retrate hipótese em que as partes, voluntariamente, decidem fazer uso de um procedimento arbitral para dirimir seu conflito. Pode-se chegar a essa conclusão da leitura do trecho: “*and both were fain to receive arbitrament at the hand of a daysman*”²⁶ (*istor*)”.

Ainda conforme a lição de Hans Julius Wolff, os processos arbitral e judicial teriam tido origens distintas. Um não teria derivado do outro. Teriam, ao contrário, sempre convivido. Quanto às suas origens: o processo judicial teria sido fruto do descontrole de uma chamada “*justiça com as próprias mãos controlada*”²⁷. Nesse caso, automaticamente, teria

²⁴“*it is the ‘defendant’, not the ‘plaintiff’, who in the poet’s description of the scene pleads first to the people (...) They suggest the inference that the suit was instituted through the initiative, not of the ‘plaintiff’ but of the ‘defendant’*”. WOLFF, Hans Julius. *The Origin of the Judicial Litigation among the Greeks. Traditio*, Cambridge University Press, v. 4 (1946), p. 31-87. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/27830102>. Acesso em: 16 mar. 2021. **Tradução livre:** é o “réu”, não o “autor”, que na descrição da cena feita pelo poeta, apela primeiro ao povo (...) Sugerem a inferência de que o processo foi instituído através da iniciativa, não do “autor”, mas do “réu”.

²⁵ “*Actually this interpretation of the two verses receives strong support from a perfectly parallel phenomenon discovered in the sources of early Babylonian law. Here, too, at least down to the period of Hammurabi, it was the defendant who brought the case before the court when he was not prepared to yield to the claim raised against him by his opponent privately and without any public interference. (...) Moreover, the Babylonian laws offer documentary evidence of the seizure of the debtor by the creditor, which forced the former either to yield or to call on the tribunal for a decision*”. WOLFF, Hans Julius. Op. cit. **Tradução livre:** Na verdade, essa interpretação dos dois versos recebe um forte apoio de um fenômeno perfeitamente paralelo descoberto nas fontes do direito babilônico primitivo. Também aqui, pelo menos até ao período de Hammurabi, era o réu quem apresentava o caso ao tribunal quando não estava preparado para ceder à queixa apresentada contra ele pelo seu oponente em privado e sem qualquer interferência pública. (...) Além disso, as leis babilônicas oferecem provas documentais da apreensão do devedor pelo credor, o que obrigou o primeiro a ceder ou a recorrer ao tribunal para uma decisão.

²⁶ **Definition of daysman.** 1 [Middle English *dayesman*, from *dayes* (**genitive of day day set for arbitration**) + *-man*] **archaic:** UMPIRE, **ARBITER** neither is there any *daysman* betwixt us— Job 9:33 (Authorized Version). Meriam Webster virtual dictionary. Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/daysman>. Acesso em: 22 jan. 2020.

²⁷ “*The chief result of this study is the conclusion that judicial litigation came about, not by way of a gradual consolidation and transformation of voluntary arbitration into a compulsory trial before a public or publicly authorized judicial authority, but through the substitution of controlled self-help for uncontrolled self-help. A political authority charged with the maintenance of the internal peace of the community and resting on its recognition by the members of that community protected individuals – (...) – from forcible acts undertaken against them by other individuals*”. WOLFF, Hans Julius. Op. cit., p. 82. **Tradução livre:** O principal resultado deste estudo é a conclusão de que o litígio judicial surgiu, não através de uma consolidação e transformação gradual da arbitragem voluntária num julgamento obrigatório perante uma autoridade judicial pública ou publicamente autorizada, mas através da substituição de autoajuda controlada por autoajuda não controlada.

surgido a necessidade de uma autoridade pública que gozasse da confiança dos membros da comunidade, sendo a responsável pela manutenção de sua paz interna.

O processo judicial, assim, não teria sido o resultado de uma transformação e consolidação gradual do processo arbitral que, por sua vez, teria sido fruto da renúncia voluntária à justiça pelas próprias mãos²⁸.

A história do direito romano, grande fonte inspiradora do ordenamento jurídico brasileiro²⁹, tem íntima ligação com o império romano e, a partir de determinado momento, com o direito eclesiástico: “*Roma in origine sarebbe stata governata dai patres delle genti, i quali avevano imperium e potestas, così civili che religiosi*”³⁰.

Ela dura, aproximadamente, 22 séculos (do séc. VII a.C. ao séc. VI d.C.), renascendo, posteriormente, no século XII. Essa história, além de mostrar a divisão do império em duas grandes partes: o Império Romano do Ocidente e o do Oriente (Império Bizantino – que surge em 395 d.C. e subsiste até o século XV), dividiu-se em três, bem marcados, períodos: (i) o da Monarquia (até 509 a.C.), (ii) o da República (de 509 a.C a 27 d.C.) e (iii) o do Império – subdividido em Alto (até 284 d.C. – época de Diocleciano) e Baixo Império (até 566 – época de Justiniano).

O processo civil romano também conta com três marcantes períodos - cujos desenhos são mais referenciais do que exatos -, de que trataremos a seguir, e que não correspondem

Uma autoridade política encarregada de manter a paz interna da comunidade e baseada no seu reconhecimento pelos membros dessa comunidade protegeu indivíduos - (...) - de atos forçados empreendidos contra eles por outros indivíduos.

²⁸ “*Arbitration, that is to say, the voluntary waiving of self help and reference to an umpire with the aim of having it settled peacefully, was a parallel phenomenon. Just as nowadays, it might, and doubtless did, occur where public control of self-help existed. But its proper field of application was a stateless society unable to establish a truly reliable machinery for the suppression of unrestricted self-help*”. WOLFF, Hans Julius. *The Origin of the Judicial Litigation among the Greeks*. Traditio, Cambridge University Press, v. 4 (1946), p. 31-87. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/27830102>. Acesso em: 16 mar. 2021, p. 83. **Tradução livre:** A arbitragem, isto é, a renúncia voluntária à autoajuda e a referência a um árbitro com o objetivo de a ter resolvida pacificamente, foi um fenômeno paralelo. Tal como hoje em dia, poderia, e sem dúvida aconteceu, ocorrer onde existia o controle público da autoajuda. Mas o seu campo de aplicação adequado era uma sociedade sem Estado incapaz de estabelecer um mecanismo verdadeiramente confiável para a supressão da autoajuda sem restrições.

Em sentido contrário, De Martino: “*Altri invece, più giustamente, muovendo dall’idea che la più antica forma giudiziaria, forse anteriore, certo contemporanea alla monarchia, sia stata quella di giudizi arbitrali, di carattere rigidamente privato, pensano che su questi si sarebbe in epoca posteriore inserito un procedimento statale*”. DE MARTINO, Francesco. **La Giurisdizione nel Diritto Romano**. Padova: CEDAM, 1937, p. 41. **Tradução livre:** Outros, por outro lado, assumem mais corretamente que a forma mais antiga de justiça, talvez anterior, certamente contemporânea à monarquia, era a dos julgamentos arbitrais, de natureza estritamente privada, e pensam que estes seriam mais tarde seguidos por procedimentos estatais.

²⁹ Não só do brasileiro, mas de todos os países de *civil law*.

³⁰ DE MARTINO, Francesco. Op. cit., p. 5. **Tradução livre:** Roma era originalmente governada pelos pais do povo, que tinham *imperium e potestas*, tanto civis como religiosos.

aos períodos políticos de que antes tratamos. Aqueles baseavam-se, exclusivamente, na respectiva forma de governo vigente.

“*Costuma-se, como é curial, delimitar três grandes períodos do processo civil romano: o das legis actiones, o per formulas e o da extraordinaria cognitio*”³¹, sendo que, por vezes e por tempos, antes de um sistema deixar de existir, ele coexistiu com o que predominou, em seguida. Os dois primeiros períodos (os das ações da lei e do formulário) “compõem a ordem dos juízos privados”³², assim como o da *cognitio extra ordinem* (*extraordinaria cognitio*) é conhecido, também, como o juízo imperial.

Foi visível, em Roma, a grande influência da Igreja na atividade de substituição da autotutela dos litigantes, como revela o bastante formal procedimento das *legis actiones*, derivado dos rituais da Igreja, à época. Estamos, aqui, falando do período político de Roma que abrangeu desde sua fundação, passando, portanto, pela Monarquia, vigendo até o final da República.

No início do período das *legis actiones* (ações da lei)³³, estabelecido pela Lei das XII Tábuas, o poder era, praticamente, partilhado entre rei e sacerdotes, pois que estes conheciam o direito, com base no que o rei determinava deveria ser o comportamento da sociedade: “*i pontefici erano i consiglieri del re nel tempo in cui il diritto umano e il divino erano confusi*”³⁴. Em verdade, o rei detinha todos os poderes, inclusive o de julgar, para o que recebia aconselhamento dos sacerdotes³⁵.

O rei (*rex*) era o único a deter o poder público (*potestas publica*), do que decorria o poder de império (*imperium*) e por isso, era responsável, inicialmente, pelo papel de *iudex*. Com a queda da monarquia - ainda no período das *legis actiones* - e o surgimento da República, esse papel passa a ser desenvolvido por cônsules eleitos dentre os do povo.

³¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 39.

³² CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Op. cit., p. 40.

³³ As *legis actiones* (ações da lei) “*foram assim designadas porque se originaram de um texto legal (...) ou porque as situações jurídicas por elas tuteladas se fundavam em uma lei, cujas palavras deveriam ser cuidadosamente repetidas na formulário da actio. (...) Cotejadas com a prodigalidade de ações do sistema processual subsequente – per formulas –, as legis actiones eram extremamente escassas e marcadas pela tipicidade, cada uma possuindo uma estrutura individualizada para situações jurídicas expressamente reconhecidas*”. CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Op. cit., p. 51; 53.

³⁴ DE MARTINO, Francesco. **La Giurisdizione nel Diritto Romano**. Padova: CEDAM, 1937, p. 10.

³⁵ “*O processo romano no período arcaico desenvolvia-se perante uma única figura, o rex, que detinha todos os poderes, inclusive de julgar. Com o desenvolvimento de Roma, os litígios passaram a ser mais complexos e numerosos, exigindo a criação de magistraturas públicas, com funções específicas jurisdicionais*”. CARMIGNANI, Maria Cristina. A *Aequitas* e a Aplicação do Direito em Roma. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 115-129, jan./dez. 2009.

Com o incremento das atividades econômicas, em Roma, e, conseqüentemente, seu desenvolvimento em todos os setores, “os litígios privados tornam-se sempre mais complexos e numerosos”³⁶, necessitando-se, com isso, do aprimoramento, também, da estrutura judiciária local, criando-se a figura do magistrado público (pretor)³⁷, que acumulava específicas funções jurisdicionais, a quem é transferido o poder de império, anteriormente detido pelo *rex*.

Um parêntesis, aqui. O conceito de império não se confunde com a *iurisdictio*, este um poder conferido “a certos magistrados, de declarar (não de julgar) a norma jurídica aplicável a um determinado caso concreto”³⁸. O império, por sua vez, era o poder de ordenar ou proibir determinados atos, nos litígios. Era, e sempre foi, um poder resultante e exclusivo da autoridade do Estado³⁹.

O processo, no período das *legis actiones*, era bastante inflexível e oral em todo o seu trâmite. Um cidadão, uma vez que se sentisse lesado, podia solicitar a intervenção do pretor. Porém, era necessário que o *ius civile* previsse, expressamente, a respectiva ação. Ou seja, era necessário que o cidadão demonstrasse uma situação de direito material realmente existente.

Nesse procedimento, as partes deviam comparecer, pessoalmente, sendo inviável a sua representação por terceiros. Além disso, não se falava em revelia, quando do não comparecimento do réu.

³⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 43.

³⁷ Havia os pretores urbanos e os pretores peregrinos. “O pretor urbano cuidava de litígios entre cidadãos romanos e o peregrino cuidava de litígios em que uma das partes fosse estrangeira”. CARMIGNANI, Maria Cristina. A *Aequitas* e a Aplicação do Direito em Roma. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 115-129, jan./dez. 2009, p. 119, nota rodapé 23.

³⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Op. cit., p. 43.

³⁹ “O imperium era o poder de mando, de fazer valer a sua autoridade. Segundo a doutrina, é um poder unitário, distinto da *iurisdictio*, que era o poder conferido aos magistrados de declarar o direito, e não julgar, exercida in iure. Assim, é que a *iurisdictio* derivou do poder de imperium, ambos inicialmente detidos pelo *Rex*. Portanto, existiam magistrados que detinham a *iurisdictio* sem imperium ou cum imperium”. CARMIGNANI, Maria Cristina. Op. cit., p. 122, nota rodapé 38.

Em determinado momento, o procedimento passou a ser dividido em duas fases⁴⁰: a (i) *in iure* (ou *jus*) e a (ii) *iudicio* (ou *apud iudicem* ou, ainda, *iudicium*)⁴¹.

Na primeira fase, o procedimento desenrolava-se perante o magistrado/pretor⁴², que era um funcionário do Estado Romano e que, após a análise do caso, dizia se havia ou não um direito a ser objeto de julgamento. O pretor indicava a melhor solução a ser adotada e declarava a norma jurídica aplicável ao caso, estando munido dos poderes da *iurisdictio* e do *imperium*. Ele organizava o conflito existente entre as partes, remetendo-o ao *iudex*, uma espécie de árbitro (privado) que, numa segunda fase, era quem efetivamente julgava.

No período das *legis actiones*, o pretor só autorizava a ação nos casos que, uma vez a ele apresentados, se encaixassem nas situações que estivessem expressamente previstas no *ius civile*⁴³. Nas demais hipóteses, não havia ação que pudesse assegurar o direito pretendido pelo cidadão romano.⁴⁴

A segunda fase tramitava perante o *iudex* ou *arbiter*, particular (e não um agente do Estado) nomeado pelo pretor e aprovado pelas partes. O *iudex*, cidadão romano, tomava

⁴⁰ O sistema de organização de instâncias, tanto no período das *legis actiones* como no período formulário eram “do ordo iudiciorum privatorum – ordem dos juízes privados – bifásico, que se desenrolava inicialmente perante o pretor, na fase *in iure*, incumbido de organizar e fixar os termos da controvérsia e, após, na fase *apud iudicem*, perante o *iudex*, um particular escolhido pelas partes, que tomava conhecimento do litígio, determinava a produção das provas e julgava. O processo civil romano somente torna-se público no Dominato, com o progressivo desenvolvimento da *cognitio extra ordinem* do princeps, adotado para aquelas situações não amparadas pela jurisdição ordinária, processo este que se desenvolvia perante uma única autoridade estatal, denominado de *cognitio extra ordinem*”. CARMIGNANI, Maria Cristina. *A Aequitas e a Aplicação do Direito em Roma*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 115-129, jan./dez. 2009, p. 119, nota rodapé 26.

⁴¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 406.

⁴² “O Magistrado era o cidadão que desempenhava função pública com poderes especiais, em nome do povo romano”. TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. Fortaleza: Imprensa Universitária – UFC, 1999, p. 103. **O magistrado desenvolvia atividades políticas, administrativas, assim como judiciais. Tem-se como surgida a concepção de tripartição de poderes, posteriormente a essa época, com a teoria de Montesquieu, sobre a qual nos debruçaremos, mais à frente, neste estudo.**

⁴³ “O *ius civile* era o Direito Romano antigo, aplicável apenas aos cidadãos romanos”. CARMIGNANI, Maria Cristina. Op. cit., p. 119, nota rodapé 25.

⁴⁴ E é nesse contexto, ou seja, para resolver o problema da taxatividade do rol das ações existentes no direito romano da época, que havia a *Aequitas*, uma espécie de princípio de que se utilizavam os pretores com vistas a se possibilitar que um determinado caso, mesmo que não se enquadrasse no rol das *legis actiones* fosse admitido para julgamento perante o *iudex*: “os romanos levavam em conta, para a solução de cada caso, em concreto, não a aplicação pura e simples do *ius civile*, mas, sim, da *aequitas*, que era invocada constantemente, mesmo contra a lei”. CARMIGNANI, Maria Cristina. Op. cit., p. 118.

Nesse sentido, como ensina SANTOS, Igor Moraes. *A Aequitas como Princípio Fundamental do Direito Romano Clássico: Uma Investigação Histórico-Filosófica*. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 03, p. 1734-1765, 2018: “Roma terá na *aequitas* mais do que mero instrumento acessório à lei, será ela verdadeiro princípio norteador de todo o direito e, logo, de toda a sociedade. (...) De todo modo, como assinala Salgado, em Roma, a justiça torna-se ideia propriamente de Direito e, dessa forma, a *aequitas* passa a ser um modo de fazer justiça, de estabelecer o equilíbrio entre a consequência e o ato e a consequência jurídica do ato’ A *aequitas* não é para os *jurisconsultos* romanos um princípio único, mas representa o progresso do *ius*. Sua ação é desempenhada no domínio do *ius*, que passa então a estar compreendido na noção de *aequitas*, em suma, como *ars boni et aequi*”.

“conhecimento do litígio a ele submetido e julgava soberanamente, em nome do povo romano”⁴⁵. Era ele quem proferia o julgamento final.

O processo, no período formular (*per formulas*), amparado nas *Lex Aebutia* e *Lex Juliae*, também era bipartido e baseava-se em modelos que, sempre de conformidade com um rito padrão, possibilitavam o litígio. Era um procedimento mais escrito e menos oral, com fórmulas flexíveis e mais moldáveis às necessidades sociais. Iniciava-se, aqui, a possibilidade de representação, assim como de legitimação extraordinária, no processo.

O processo formulário surgiu do clamor social por uma maior flexibilidade na aceitação dos casos, pelo pretor, para envio ao julgamento do *iudex*. Assim, os pretores deixam de, simplesmente, aplicar a lei. O processo torna-se menos rígido e baseia-se em fórmulas prévia e abstratamente estabelecidas pelo pretor em um documento denominado *Edito* que podia, facilmente, ser adaptado ao caso concreto.

A fórmula⁴⁶ era, assim, um documento redigido pelo magistrado/pretor, na primeira fase do procedimento (*in iure*) e que seria objeto de julgamento, em segunda fase pelo *iudex*, que a esse documento estava vinculado. A fórmula fixava o objeto da demanda e definia os limites do litígio. Era uma espécie de modelo abstrato que era incluído ao *Edito* do pretor⁴⁷. Vê-se, com isso, uma maior participação do magistrado, no procedimento do período formular, comparativamente à sua participação no período das *legis actiones*.

O processo formular foi tido “*como alternativa mais moderna, menos formalista, mais ágil e funcional*”⁴⁸ do que as *legis actiones*.

A primeira fase do processo *per formulas* terminava com a redação, pelo pretor, da fórmula. Na sequência, havia a fase em que o *iudex unus* proferia sentença com base na *litis contestatio*, a qual tinha por propósito principal definir o âmbito do julgamento do *iudex* (segunda fase).

⁴⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 55.

⁴⁶ “Fórmula, diminutivo de forma, é palavra grega que significa modelo. Fórmula, portanto, é um autêntico modelo abstrato pelo qual se propicia litigar por escrito, em conformidade com os esquemas jurisdicionais previstos, pelo direito honorário, no edito do pretor”. CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Op. cit., p. 73.

⁴⁷ “O Edito era perpetuum ou repentinum. O Edito perpetuum era aquele elaborado para perdurar um ano, e possuía uma parte denominada de translaticia, onde se repetiam as regras criadas pelos pretores antecessores, aprovadas pela prática, e uma parte onde se incluíam novas regras, denominadas de pars nova. Havia ainda o edito repentinum, para prever novas situações, não reguladas pelo edito perpetuum”. CARMIGNANI, Maria Cristina. A *Aequitas* e a Aplicação do Direito em Roma. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 115-129, jan./dez. 2009, p. 123, nota rodapé 41.

⁴⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Op. cit., p. 73; 76.

A segunda fase do processo *per formulas*, por sua vez, era composta de, basicamente, três momentos procedimentais: “a) o da fase inicial; b) o reservado à produção de prova; e, finalmente; c) o da prolação da sentença”⁴⁹.

Os Editos, como mencionado anteriormente, eram documentos elaborados pelos pretores, onde eram compilados todos os casos julgados que serviriam de regramento para casos futuros similares, formando, assim, “*um corpo estratificado de cases*”⁵⁰. Era, pode-se dizer, uma espécie de criação do direito, pelos pretores (*ius praetorium*), em virtude do poder de império que aqueles detinham:

*Os pretores, em virtude de seu poder de Imperium criavam o direito, aplicando a justiça ao caso concreto, cuja solução passava a constar dos editos, sendo utilizado para outros casos semelhantes, tornando-se precedentes judiciais*⁵¹.

Também no processo formular, aos pretores cabia a aplicação da *Aequitas*, com o propósito de, modificando uma regra preestabelecida ou até já constante de um *Edito*, impedir a ocorrência de iniquidade dos julgados, preservando-se a isonomia e buscando-se a justiça ideal. “*Era uma questão de justiça, tratar igualmente situações idênticas, quer dizer, fazer triunfar a aequitas frente às concepções formalistas do direito antigo (...), valendo-se da analogia e apreciando a boa-fé*”⁵².

A *Aequitas* era princípio componente do *ius praetorium* - “o direito que os pretores introduziram para auxiliar ou suprir ou corrigir o direito civil para a utilidade pública”⁵³ - , que servia para complementar o direito posto.

Nesses dois primeiros mencionados períodos do processo romano, identifica-se a natureza privada do julgamento final, pois que proferido pelo *iudex*. Em ambas as fases do julgamento, pode-se perceber a atividade de jurisdição exercida pelo pretor (investido em seu cargo em virtude de lei) e pelo *iudex* (investido por força da vontade do pretor e das partes). O poder de império, contudo, como visto, era detido, somente, pelo pretor.

⁴⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 123.

⁵⁰ CARMIGNANI, Maria Cristina. A *Aequitas* e a Aplicação do Direito em Roma. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 115-129, jan./dez. 2009, p. 123.

⁵¹ *Idem ibidem*, p. 123.

⁵² SANTOS, Igor Moraes. A *Aequitas* como Princípio Fundamental do Direito Romano Clássico: Uma Investigação Histórico-Filosófica. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 03, p. 1734-1765, 2018, p. 1754.

⁵³ *Idem ibidem*, p. 1758.

O terceiro e último relevante período do processo civil romano, denominado *Extraordinaria Cognitio*, marca o fim da bipartição do processo e a gradativa oficialização das instituições processuais.

*A ordo iudiciorum privatorum cedeu lugar à cognitio extra ordinem, conduzida por representantes do imperador e, em 131, Adriano determinou ao jurisconsulto Sálvio Juliano a consolidação definitiva de um edictum perpetuum a partir das disposições tradicionalmente reproduzidas*⁵⁴.

É nesse período que o juiz - pretor (agora, não mais existindo a figura do magistrado/arbíter) passa a ser a única autoridade legitimada a, cumulativamente, admitir o caso, analisar as provas e a sentenciar, assim como é criada uma muito bem engendrada estrutura judiciária composta por uma instância inferior e uma recursal.

O Estado, àquela época, estava mais fortalecido, sendo, assim, apto a impor suas decisões, de forma que, nos conflitos instaurados, só havia a intervenção da figura do *iudex* quando o magistrado assim entendesse necessário e a “*sentença não mais se identificava com um simples parecer jurídico de um cidadão investido no poder de julgar, mas, na verdade, encerrava um comando imperativo e vinculante emanado de um órgão estatal*”⁵⁵.

Nesse período, denominado de “pós clássico”, é que “*a iurisdictio passa, tal como modernamente, a fazer parte do poder público de julgar e dar execução ao julgado, (...) quando então a instância passa a desenrolar-se perante um único juiz, funcionário do Estado*”⁵⁶. Nesse contexto, então, é que surge a figura do juiz estatal e, com isso, a jurisdição em seu modelo mais clássico no sentido de ser: o dizer o direito⁵⁷.

⁵⁴ SANTOS, Igor Moraes. *A Aequitas* como Princípio Fundamental do Direito Romano Clássico: Uma Investigação Histórico-Filosófica. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 03, p. 1734-1765, 2018, p. 1759.

⁵⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 146.

⁵⁶ CARMIGNANI, Maria Cristina. *A Aequitas* e a Aplicação do Direito em Roma. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 115-129, jan./dez. 2009, p. 120.

⁵⁷ Como leciona, MOREIRA ALVES, José Carlos: “*Modernamente, jurisdição se conceitua como o poder do juiz de declarar a vontade da lei, com força vinculante para as partes, nos casos concretos que lhe são submetidos. No direito romano, o conceito de iurisdictio é muito controverso, e constitui um problema até hoje não resolvido satisfatoriamente. A questão assim se resume. A palavra iurisdictio deriva de ius dicere, que significa dizer o direito, isto é, declarar, com relação a um caso concreto e com efeito vinculante para as partes, a vontade da norma jurídica. Ocorre, no entanto, que esse significado somente se ajusta ao processo extraordinário (cognitio extraordinaria), em que o magistrado – como ocorre atualmente – não apenas conhece do litígio, como também o decide na sentença, onde declara a vontade da lei. O mesmo não sucede, porém, com referência aos sistemas das ações da lei e formulário, porquanto, neles, em virtude da divisão das instâncias nas fases in iure e apud iudicem, o magistrado, que tem a iurisdictio, não prolata a sentença, mas, sim, o iudex, que não dispõe desse poder. Donde a conclusão evidente: o iurisdictio, nesses dois sistemas de processo civil, não dizia respeito à declaração da vontade da lei num caso concreto. Qual, então, o seu conceito? Os autores divergem. A opinião mais comum é a de que a iurisdictio é o poder de declarar o direito aplicável (mas, não, em princípio, o de julgar) e de organizar o processo civil*”. **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 194.

Fecha-se, assim, “o ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública”⁵⁸.

Como se pode extrair de De Martino⁵⁹, a jurisdição é conceito que se modificou através do tempo e, especificamente na época do Direito Romano, a partir de um certo momento, era conceituada como a atividade exclusiva de declarar o direito (atividade essa que era complementada pelo *imperium*).

Assim, originariamente, a jurisdição era o poder de *declarar*, não exclusivo do Estado. A emissão de ordens e a coercibilidade das decisões, contudo, não compunham essa atividade e estavam circunscritas ao *imperium*.

2.2 TEORIAS DA JURISDIÇÃO E SEU CONCEITO

Antes de se tratar do conceito de jurisdição, será feita uma breve incursão, de forma bem objetiva, nas teorias mais expressivas a seu respeito.⁶⁰

⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

“Assim, as contribuições foram se acumulando no decorrer dos séculos, até a concentração de poderes do período imperial cercear as prerrogativas das magistraturas republicanas. A *ordo iudiciorum privatorum* cedeu lugar à *cognitio extra ordinem*, conduzida por representantes do imperador e, em 131 Ariano determinou ao jurisconsulto Sálvio Juliano a consolidação definitiva de um *edictum perpetuum* a partir das disposições tradicionalmente reproduzidas”. SANTOS, Igor Moraes. A *Aequitas* como Princípio Fundamental do Direito Romano Clássico: Uma Investigação Histórico-Filosófica. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 03, p. 1734-1765, 2018, p. 1759.

“Portanto, mudanças sociais e políticas explicam o surgimento de um processo eminentemente público, superando-se o caráter privado das fases anteriores (...). Pensar nessa mudança como algo necessário é entender que os eventos que levaram ao Principado e às consequências dessa mudança de regime fizeram natural a centralização da ordem jurídica”. CABRAL, Gustavo César Machado. Do *ordo à cognitio*. Mudanças Políticas e Estruturais na Função Jurisdicional em Roma. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília v. 49, n. 194, p. 227-239, abr./jun. 2012.

⁵⁹ **La Giurisdizione nel Diritto Romano**. Padova: CEDAM, 1937.

⁶⁰ Além do que, como diz Rodolfo Mancuso: “A palavra *jurisdição* não é unívoca, mas antes plurívoca ou polissêmica, e isso, sobretudo, porque ela vem acoplada às três dimensões da Justiça estatal: (i) *Poder*, acepção estática; (ii) *Função*, vertente dinâmica; (iii) *Atividade*, sentido operacional ou organizacional. Enquanto *Poder*, a jurisdição conecta-se à ideia de soberania nacional, de que é exemplo a atribuição do STJ para decidir processos de homologação de sentença estrangeira (CF, art. 105, I, *i*), como condição para sua execução em território nacional; como *Função*, a jurisdição representa a atribuição aos magistrados do *mínus* de interpretar e aplicar o ordenamento positivo, com vistas a *prevenir* os danos temidos ou *resolver* os históricos de danos sofridos (lides), por modo que, oportunamente, se agregue à decisão de mérito a estabilidade-indiscutibilidade próprias da coisa julgada material (novo CPC, art. 502); enfim, como *Atividade*, a jurisdição é vista em sua conotação estrutural-organizacional, incluída sua economia interna, bifurcando-se a Justiça estatal em *federal* (comum e especiais) e *Estaduais*, a estas últimas se referindo o § 1.º do art. 125 da CF: ‘Os estados organizarão a sua Justiça’. Ainda sob o prisma da *atividade*, cabe registrar o papel superlativo do CNJ que, posto relacionado dentre os órgãos jurisdicionais (CF, art. 92, I-A), em verdade atua no plano macro, de planejamento, programação de custeio, fixação e acompanhamento de metas, fiscalização e perquirição censória e funcional dos

São diversas as teorias sobre a jurisdição que se refletem em diferentes conceitos. Será feita menção a algumas delas – aquelas que se julgam as mais importantes e que, de certa forma, serviram de base para a elaboração de algumas das observações e conclusões constantes da presente tese.

Começa-se pela teoria orgânica, à luz da qual o ato é jurisdicional quando proveniente de uma autoridade que componha a hierarquia do Poder Judiciário. Com base nessa teoria, portanto, todo o ato originado de um juiz teria natureza jurisdicional, sendo que a atividade jurisdicional estaria restrita aos membros do Poder Judiciário.

Contudo, como se sabe e como se verá, adiante, há atos de autoridade do Judiciário que têm natureza eminentemente administrativa, de forma que, já por isso, a teoria orgânica se mostra inadequada.

A arbitragem, conforme essa teoria, não há de ser considerada jurisdição⁶¹.

A teoria eficaz tem por premissa que a jurisdição leva à imutabilidade da decisão final no seu âmbito proferida. A jurisdição está, assim, atrelada à coisa julgada. Expressivo nome adepto dessa teoria é Enrico Allorio⁶². Também para Couture, a jurisdição é: "*la actividad dirigida a dirimir conflictos y decidir causas, mediante decisiones susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada*"⁶³. (grifos)

A jurisdição voluntária, conforme a teoria eficaz, tem natureza genuinamente administrativa, não se vislumbrando, nela, ato de natureza jurisdicional.

Pela teoria finalística-objetiva, a jurisdição relaciona-se (i) com o fim da atividade, qual seja, a aplicação do direito - ou, na lição de Mortara⁶⁴, a busca da integridade do ordenamento jurídico, pelo Estado -, assim como (ii) com o seu objetivo de atuar o direito

magistrados (CF, art. 103-B, § 4.º)". MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 105.

⁶¹ Nesse sentido, Alexandre Câmara, para quem a jurisdição "*é função estatal por definição e, portanto, não se pode aceitar a tese da natureza jurisdicional de outros mecanismos de resolução de conflitos, como é o caso da arbitragem. Equivalentes da jurisdição não têm natureza verdadeiramente jurisdicional. Só pode ser jurisdição o que provenha do Estado*". CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 32. Também nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 1.

⁶² ALLORIO, Enrico. Saggio Polemico sulla giurisdizione volontaria. In: **Problemi di Diritto**. Milano: Giuffrè, 1957. v. 2.

⁶³ COUTURE, Eduardo J. El Concepto de Jurisdicción Laboral. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 5, p.157-185, out./1953, especialmente p. 164.

⁶⁴ "*Nas palavras de Mortara: o Estado defende com a jurisdição a sua atividade de legislador. (...) Nessa linha, Mortara manifesta-se a favor da teoria finalística-objetiva da jurisdição, já que a proteção aos direitos subjetivos não seria um escopo imediato da jurisdição. O Estado mercê do exercício da função jurisdicional, perseguiria a integridade do ordenamento jurídico. Apenas mediadamente os direitos subjetivos, correlatos ao direito objetivo discutido no processo, seriam resguardados*". GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 42-46.

material⁶⁵. Chiovenda, sobre quem já se falou, é o nome mais expressivo dentre os que endossam esta teoria.

É dessa teoria finalística-objetiva que provem a conceituação de que a jurisdição é a função estatal, que tem por objetivo a atuação da lei, mediante a substituição da vontade das partes.

A teoria sancionatória da jurisdição - representada, dentre outros, por Redenti⁶⁶ e Rossi⁶⁷ - baseia-se em elemento secundário da norma, que é a sua respectiva sanção, ou seja, a jurisdição viabiliza a imposição da sanção, em virtude do descumprimento da norma.

A teoria finalística-subjetiva, por sua vez, foca na relação Estado/sociedade, com base em uma *“leitura na qual predomina a ideia de que ao Legislativo cabe estabelecer normas gerais e abstratas, ao Executivo compete a persecução do interesse público e ao Judiciário a atuação do direito objetivo”*⁶⁸. O processo é o instrumento da jurisdição para a validação e a consistência do ordenamento jurídico, de que se vale o Estado para o pleno exercício e a garantia de sua soberania.

A teoria finalística-axiológica, finalmente, é aquela que tem na jurisdição a busca pelo justo. O escopo precípua do processo é a efetivação da justiça. O justo é que basta. Na lição de Ada Pellegrini Grinover⁶⁹: *“(…) o acesso à justiça concretiza-se pela jurisdição e o elemento essencial da jurisdição é o acesso à justiça. Fecha-se o círculo entre acesso à justiça e jurisdição, tendo ambos como objetivo a pacificação com justiça”*.

Em relação ao conceito de jurisdição, conforme De Martino⁷⁰, ela era, na época clássica, a função do magistrado, no processo formulário, consistente em declarar o direito

⁶⁵ “A função jurisdicional seria, por conseguinte, uma longa manus, continuação, prolongamento, especificação da função legislativa (na conhecida expressão: ‘la bouche de la loi’)”. GONÇALVES, Marcelo Barbi. Op. cit., 2020, p. 42.

⁶⁶ Jurisdição é *“precisamente la funzione di applicare le sanzioni comminate dalle norme giuridiche”*. REDENTI, Enrico. **Diritto Processuale Civile**, Milano: Giuffrè, 1952. v. I, p. 10. **Tradução livre:** Jurisdição é precisamente a função de aplicar as sanções impostas pelas normas legais.

⁶⁷ ROSSI, Lanciotto. **La Funzione del Giudice nel Sistema della Tutela Giuridica**. Roma: Athenaeum, 1924.

⁶⁸ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 76. Carnelutti representa a teoria finalística-subjetiva. Para ele, a jurisdição se presta à justa composição do litígio, isto é, a jurisdição tem por escopo a resolução do litígio em conformidade com a regra vigente. CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Tradução: Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.

⁶⁹ **Ensaio sobre a Processualidade:** fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 84.

⁷⁰ *“La tesi che io sostengo e che mi sembra preferibile tra le altre elaborate dalla scienza romanistica, è la seguente: iurisdictio nell’epoca clássica designa in senso strettamente tecnico la funzione del magistrato nel processo formulare, consistente nel determinare il diritto in base al quale può essere concessa un’azione. Il concetto, che abbiamo stabilito per l’età più arcaica non si trasforma. In senso più ampio e meno rigidamente tecnico iurisdictio designa ora, talvolta, anche gli altri atti del magistrato nel processo in iure: iudicium (actionem) dare, iudicem dare, iudicare iubere. Infine in senso generale iurisdictio equivale anche alla emanazione di un edictum giurisdizionale, o meglio detto, alla emanazione delle norme in esso contenute”*.

com base no qual uma ação era ajuizada, conceito que, no decorrer do tempo, não se modificou muito.

Já se viu, neste ensaio, que no período das *legis actiones*, assim como no período formulário, do processo romano, o procedimento desenrolava-se, na primeira fase processual, perante o magistrado/pretor, um funcionário do Estado Romano que, após a análise do caso, *dizia* se havia ou não um *direito* a ser objeto de julgamento. Ele tinha, portanto, o poder de dizer o direito (*iurisdictio*), assim como tinha jurisdição, também, o *iudex*/arbitrator.

No período da *Extraordinaria Cognitio*, por sua vez, a *iurisdictio* passa a pertencer, exclusivamente, ao Estado, pois que a instância passa a desenrolar-se perante, também exclusivamente, um juiz do Estado, deixando de existir a figura do *iudex*. Entretanto, também nesse momento, não houve qualquer determinação ou imposição de que a jurisdição (o dizer o direito, o aplicar a lei, o resolver o conflito) seria uma atividade exclusiva do Estado.

Classicamente, a jurisdição é definida como a atividade que consiste em substituir a vontade das partes, como veremos mais adiante, para a solução de um conflito (escopo secundário da jurisdição) e nasce da inevitabilidade de pacificação social (escopo primário), mediante a aplicação da lei.

José Frederico Marques⁷¹ menciona o caráter secundário da jurisdição ao tê-la como o instrumento de tutela da regra legal abstrata criada pelo legislador⁷².

(La Giurisdizione nel Diritto Romano. Padova: CEDAM, 1937, p. 133). **Tradução livre:** A tese que apoio, e que me parece preferível entre as outras elaboradas pela ciência romanística, é a seguinte: *iurisdictio* no período clássico designa, num sentido estritamente técnico, a função do magistrado no processo formulário, que consiste em determinar o direito com base no qual uma ação pode ser concedida. O conceito, que estabelecemos para a era mais arcaica, não se altera. Num sentido mais amplo e menos rigidamente técnico, *iurisdictio* agora também designa por vezes os outros atos do magistrado no processo *in iure*: *iudicium* (*actionem*) *dare*, *iudicem dare*, *iudicare iubere*. Finalmente, num sentido geral, *iurisdictio* equivale também à emissão de uma decisão jurisdicional, ou melhor dizendo, à emissão das normas contidas na mesma.

⁷¹ MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 55.

⁷² Jurisdição, na lição de Francesco Luiso: “(...) *trova dunque il suo punto di partenza in una realtà di diritto sostanziale che si può descrivere nei seguenti termini: un soggetto avrebbe dovuto tenere o non tenere un certo comportamento, secondo le prescrizioni normative; invece, in concreto, il comportamento non è stato tenuto laddove era obbligatorio tenerlo, o vice-versa è stato tenuto laddove era vietato tenerlo. Il presupposto costante della tutela giurisdizionale, quindi, può essere trovato nell’esistenza di un illecito, intendendo per illecito il concreto comportamento difforme dal dovere imposto da una previsione normativa. Questo è il presupposto comune a tutta l’attività giurisdizionale; (...)*”. LUISO, Francesco P. **Diritto Processuale Civile.** 4. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 7. **Tradução livre:** A jurisdição “(...) encontra, portanto, seu ponto de partida em uma situação de direito substantivo que pode ser descrita nos seguintes termos: um sujeito deveria ou não ter tido um determinado comportamento, de acordo com as disposições da lei; no entanto, na prática, o comportamento não foi levado a cabo onde era obrigatório, ou vice-versa, foi levado a cabo onde era proibido fazê-lo. A constante assunção da proteção judicial, portanto, pode ser encontrada na existência de um ato ilegal, sendo o ato ilegal entendido como uma conduta concreta que difere do dever imposto por uma disposição legal. Esta é a premissa comum de toda a atividade judicial”.

Athos Gusmão Carneiro, em relevante obra sobre o assunto⁷³, define jurisdição como

a atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito em concreto. (...) A jurisdição dirige-se, essencialmente, à eliminação (ou composição) do conflito de interesses existente (ou virtual) entre a partes. A lide é eliminada mediante a declaração e aplicação do direito incidente ao caso concreto (processo de conhecimento), ou mediante a realização do direito (processo de execução).

Mencionado jurista complementa essa conceituação de forma bastante parecida com a que seria adequada para descrever o fenômeno no do Direito Romano: “*Possível é, também, conceituar a jurisdição como o poder (e o dever) de declarar a lei que incidiu e aplica-la, coativa e contenciosamente, aos casos concretos*”. Ele integra o corpo de doutrinadores que veem a jurisdição como uma atividade exclusivamente estatal⁷⁴.

Redenti⁷⁵ ensina que: “*La `amministrazione della giustizia’ (...) è l’attività con cui (...) si attua una funzione tipica dello Stato, denominata a sua volta giurisdizionale, (...) o giurisdizione (in senso funzionale), (...)*”. Para ele, jurisdição é a própria administração da justiça...

Na lição atual de Dinamarco, diferente daquela que anteriormente se apontou, a jurisdição envolve um tríduo de: **poder, função e atividade** desenvolvido, *não exclusivamente*, pelo Estado⁷⁶:

No atual estado da ciência processual todo estudo sobre a jurisdição deve passar pela inclusão, nesse conceito, da jurisdição exercida pelo juiz estatal e também por aquela que se exerce no processo arbitral, sabendo-se que a arbitragem é um processo e, tanto quanto o processo conduzido pelos juízes, insere-se desenganadamente, na teoria geral do processo. É do passado a crença em um monopólio estatal da jurisdição, responsável pela concentração dos estudos sobre esta com o foco lançado exclusivamente sobre a jurisdição estatal. Há notórias diferenças entre essas duas espécies de jurisdição mas não tantas nem tão profundas que legitimem o alijamento da jurisdição arbitral do conceito de jurisdição.

Em verdade, não há porque se falar em jurisdição, na concepção aqui tratada, como atividade desenvolvida, exclusivamente, pelo Estado. Isto porque, já foi visto, neste trabalho, houve momentos em que, historicamente, essa atividade também foi desenvolvida por particulares.

⁷³ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 6-7.

⁷⁴ “*Requisito formal da jurisdição é, pois, a existência e atuação de um órgão integrante do Poder Judiciário e dotado de garantias que assegurem sua imparcialidade*”.

⁷⁵ REDENTI, Enrico. **Diritto Processuale Civile, I. Nozione e Regole Generali**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 3.

⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. I, p. 440-454.

Conceituação, também, bastante clara, é a fornecida por Galeno Lacerda⁷⁷, para quem: “*Jurisdição é o poder de declarar o direito, e de o aplicar em caso concreto, resolvendo de uma forma definitiva a lide ou qualquer questão de direito*”. E, continua o processualista gaúcho: “*É também poder de coerção*⁷⁸ *com a finalidade de executar uma sentença, depois de transitada em julgado. É poder, além disso, de o juiz investigar a matéria de fato, poder de documentação. Todos estes poderes estão ínsitos na jurisdição*”.

Ademais, os conceitos jurídicos devem estar adequados aos contextos social, econômico, político e cultural em que se inserem, motivo pelo qual é inevitável que se alterem.⁷⁹

Um bom exemplo disso é, justamente, a expressão: *jurisprudência*⁸⁰. No campo do Direito Romano, *jurisprudência (iuris prudentia)* significava a ciência do direito, do justo (*jus* = direito). *Jurisprudência* ligava-se à prudência do jurista (era a arte do direito que nascia para satisfazer, através do jurista, a necessidade de justiça em um determinado caso concreto). Atualmente, temos que a *jurisprudência* é, basicamente, o coletivo de decisões judiciais.

A *jurisdição*, no Direito Romano, ligava-se à declaração do direito, pelo Pretor, com posterior julgamento pelo *iudex*. A *jurisdição* era, então, atividade desenvolvida pelo pretor (na qualidade de funcionário do Estado) e pelo *iudex* (particular). Lembremos que a *jurisdição* não se confundia, assim como não se confunde, com o poder de império.

⁷⁷ *Apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9.

⁷⁸ Sob meu ponto de vista, a coerção não é um elemento essencial, mas sim acidental, da *jurisdição*, como tenho a possibilidade de sustentar, no desenrolar desta tese.

⁷⁹ “*As palavras são, ou deveriam ser, a roupagem das idéias, canais por onde escoam os conceitos com os quais nos expressamos. Esses conceitos por vezes sofrem mudanças com o tempo e as palavras passam, então, a traduzir significados diferentes daqueles que tiveram em seu nascedouro*”. VELASCO, Ignacio Maria Poveda. Direito. *Jurisprudência e Justiça no pensamento clássico (greco-romano)*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 101, p. 21-32, jan./dez. 2006.

⁸⁰ “*Em relação ao termo ‘jurisprudência’ podemos observar a mesma mutação semântica. Para nós, hoje, designa a interpretação reiterada que os tribunais dão a determinada lei, nos casos concretos que são submetidos a seu julgamento. Também aqui se pode afirmar que não era esse o sentido com o qual foi utilizado na Roma antiga, berço reconhecido da ocidental Ciência do Direito. (...)*

A atividade dos jurisconsultos da Roma antiga, que interpretavam (interpretatio iuris) as normas de Direito, dando o seu parecer sobre problemas concretos da vida que lhes eram apresentados, recebeu o nome de iuris prudentia. Pelo que tem de criadora, essa atividade dos juristas passou a constituir uma ciência, a Ciência do Direito da qual os romanos são, reconhecidamente, os fundadores”. VELASCO, Ignacio Maria Poveda. Direito. *Jurisprudência e Justiça no pensamento clássico (greco-romano)*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 101, p. 21-32, jan./dez. 2006.

Percebe-se que essa modificação de conceito não passa despercebida de Ovídio Baptista da Silva⁸¹, quando este afirma que o conceito de jurisdição, assim como o de tantos outros elementos do Direito Romano, passou por uma *profunda transformação*.

Arruda Alvim aponta, cirurgicamente, a característica essencial da substitutividade, na atividade jurisdicional, assim como que, para que possa alcançar o seu intuito, de forma segura “*eficiente e imutável, necessário se faz a existência de um atributo, ou uma qualidade a ser agregada a essa atividade substitutiva, que é, precisamente, a qualidade de imutabilidade da sentença*”⁸².

Rocco⁸³, para quem, também, a jurisdição possui índole eminentemente substitutiva, tem-na como uma atividade pública, pois tem por objeto o direito

Il quale consiste nell'assicurare la soddisfazione degli interessi generali degli individui conviventi in società. È, quindi, interesse dello Stato l'interesse generale, a lui appartenente, e l'interesse particolare dei singoli alla osservanza delle norme giuridiche.

Chiovenda, repita-se, adota uma definição de jurisdição, no sentido de ser uma atividade exclusiva do Estado, de substituição da vontade da parte (particular ou poder público) pela vontade concreta da lei aplicada pelo juiz. O elemento essencial, no caso, é a substituição: “*A noi sembra che ciò che è caratteristico della funzione giurisdizionale sia la sostituzione di un'attività pubblica ad una attività altrui*”⁸⁴.

A obra de Chiovenda teve bases conceituais no racionalismo⁸⁵. Para ele: “*Si è già visto (...) che, nel decidere, il giudice non crea nè modifica la legge ma l'applica (anche se la*

⁸¹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 21: “*O conceito de jurisdição, como de resto os demais conceitos, ou o modo como os romanos entendiam ou descreviam o que fosse iurisdictio, sofreu, no curso do tempo, uma profunda transformação. Temos que ter presente que o direito moderno utilizou-se, em sua formação, das fontes romanas dos últimos períodos de sua história, especialmente do direito romano justiniano, perante o qual tornara-se mais acentuada a equivalência entre iurisdictio e declaração oficial do direito, com função de 'composição da lide', em oposição a imperium, embora nos períodos mais remotos e mesmo no direito romano clássico aquele conceito tivesse outro sentido*”.

⁸² ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Tratado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1996. v. 1, p. 193.

⁸³ ROCCO, Ugo. **Trattato di Diritto Processuale Civile**. Torino: Utet, 1957. v. I, p. 46. **Tradução livre**: “que consiste em assegurar a satisfação dos interesses gerais dos indivíduos que vivem juntos na sociedade. É, portanto, interesse do Estado o interesse geral, pertencente ao mesmo, e o interesse particular dos indivíduos na observância das normas legais”.

⁸⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di Diritto Processuale Civile. Le Azioni. Il Processo di Cognizione**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 296. **Tradução livre**: “Parece-nos que o que caracteriza a função jurisdicional é a substituição de uma atividade alheia por uma pública”.

⁸⁵ A característica racionalista – sobre o que se falará mais amiúde no tópico seguinte desta tese – do pensamento de Chiovenda é facilmente perceptível em trecho de sua obra **Instituições de Direito Processual Civil** (2. ed. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 7): “*(...) porque existe uma incompatibilidade psicológica entre a tarefa de legislar e a de atuar a lei. Há uma incompatibilidade psicológica ainda maior entre a tarefa do administrador e a jurisdicional, porque o administrador pode ser dominado pela consideração do interesse do Estado. Daí a conveniência de que se confie a órgãos autônomos a função*

ritienne ingiusta)”⁸⁶, sendo a jurisdição, portanto, somente a aplicação da lei, consistente num pressuposto processual⁸⁷, já que a demanda deve ser endereçada a um órgão do Estado que tenha jurisdição⁸⁸.

Chiovenda até admite que, no passado, sobretudo por parte da Igreja, tivesse havido o desenvolvimento da jurisdição, pelo particular, mas com o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁸⁹ (1789), a autoridade, aí incluída a jurisdição, decorreria, exclusivamente, da soberania do Estado⁹⁰, pois: “*Como função da soberania, a jurisdição tem a mesma extensão dela*”⁹¹.

O que, efetivamente, caracteriza a jurisdição, no sentir de Chiovenda, é que se trata de atividade substitutiva, ou seja: “*a substituição de uma atividade pública a uma atividade alheia*”, o que ocorre, a seu ver, tanto no processo de conhecimento como no de execução⁹². Para ele, se a substituição da vontade não for necessária, não se trata de jurisdição.⁹³

jurisdicional, de modo que quem atua a lei não se deixe guiar senão do que se lhe afigure ser a vontade da lei, segundo a sua ciência e consciência. É mister ainda que esses órgãos sejam independentes, para impedir a intromissão da administração na justiça (justiça de gabinete”. Esse pensamento encampa a teoria de Montesquieu da tripartição de funções do poder do Estado.

⁸⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii...** cit., p. 380. **Tradução livre**: “Já se viu (...) que, ao decidir, o juiz não cria nem modifica a lei, mas aplica-a (mesmo que a considere injusta)”.

⁸⁷ Até porque, para Chiovenda: “*Da quanto si è detto fin qui, risulta che giurisdizione e processo sono concetti correlativi, questo essendo il campo in cui quella si svolge*”. **Principii...** cit., p. 302. **Tradução livre**: “Do que foi dito até agora, parece que jurisdição e processo são conceitos correlativos, sendo o último o campo em que aquela se realiza”.

⁸⁸ Jurisdição é “*a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torna-la, praticamente, efetiva*”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1965. v. II, p. 3.

⁸⁹ “Art. 3º. *O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente*”.

⁹⁰ “*La sovranità e il potere inerente allo Stato, cioè all’organizzazione di tutti i cittadini per fini d’interesse generale. Ma questo unico potere comprende tre grandi funzioni, legislativa, governativa (o amministrativa) e giurisdizionale. Tutte fanno capo allo Stato: in particolare emana esclusivamente dallo Stato la giurisdizione*”. **Tradução livre**: “Soberania é o poder inerente ao Estado, ou seja, à organização de todos os cidadãos para fins de interesse geral. Mas este poder único compreende três grandes funções, legislativa, executiva (ou administrativa) e jurisdicional. Todos eles são inerentes ao Estado: em particular, a jurisdição emana exclusivamente do Estado”. **Principii di Diritto Processuale Civile. Le Azioni. Il Processo di Cognizione**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 292.

⁹¹ **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1965. v. II, p. 35.

⁹² **Instituições...** cit., p. 11.

⁹³ “*Quanto all’attuazione definitiva della volontà accertata, se si tratta di una volontà che non può eseguirsi che dagli organi pubblici, questa esecuzione in sé non è giurisdizione: così non è giurisdizione l’esecuzione della sentenza penale. Ma quando si tratta di una volontà di legge che deve eseguirsi dalla parte in causa, la giurisdizione consiste nella sostituzione dell’attività materiale degli organi dello Stato all’attività dovuta, sai poichè l’attività pubblica abbia solo per iscopo di costringere l’obbligato ad agire, o che miri direttamente al risultato dell’attività dovuta (...). In ogni caso vi è dunque un’attività pubblica spiegata in vece d’altri*”. **Principii...** cit., p. 297. **Tradução livre**: “Quanto à execução da declaração de vontade, se é uma vontade que só pode ser executada por organismos públicos, esta execução em si não é jurisdição: também a execução da sentença penal não é jurisdição. Mas quando se trata de uma vontade da lei que deve ser executada pela parte em questão, a jurisdição consiste na substituição da atividade devida pela atividade material dos órgãos do Estado, sabe-se que a atividade pública tem apenas o objetivo de obrigar o obrigado a agir, ou visa diretamente

Muito embora o núcleo do conceito de jurisdição, na concepção de Chiovenda, seja a *substitutividade*, também na função administrativa do Estado (executivo) existe o exercício da jurisdição. Contudo, na jurisdição exercida pela administração, o Estado substitui-se a si próprio, diferentemente do que ocorre na jurisdição contenciosa, em que há substituição de terceiro pelo Estado.⁹⁴

Ademais disso: “*l’amministrazione è un’attività primaria o originaria [do Estado]: la giurisdizione è un’attività secondaria*”⁹⁵, pois a função administrativa do Estado decorre direta e imediatamente da lei, que confere a ele (Estado) a legitimidade para agir em seu próprio interesse, enquanto a jurisdição é atividade que, efetivamente, substitui a vontade de um terceiro titular do direito, ou seja, o Estado age em prol do interesse de terceiro, com vistas a pacificar um conflito.

A jurisdição culmina com a prolação da decisão que tem o condão de afirmar a existência ou não de uma vontade concreta da lei, de forma que a jurisdição é a própria atuação da lei: *só há jurisdição onde houver sujeição à lei*.⁹⁶

Também na execução, ao ver de Chiovenda, há jurisdição⁹⁷, pois que:

*La giurisdizione consiste nell’attuazione della legge mediante la sostituzione dell’attività di organi pubblici all’attività altrui, sia nell’affermare l’esistenza di una volontà di legge sia nel mandarla ulteriormente ad effeto*⁹⁸.

Fase processual essa em que há, ainda, o exercício do poder de coerção, muito embora tal poder também exista, a seu ver, em determinados atos da fase de conhecimento, como ocorre, por exemplo, com o ato de citação da parte⁹⁹.

Em verdade, para Chiovenda, os *contributi del potere giurisdizionale*¹⁰⁰, ou seja, os poderes inerentes à jurisdição, são: o de decidir (*decisão*), como vimos, acima, assim como

ao resultado da atividade devida (...). Em cada caso, portanto, existe uma atividade pública realizada em nome de outros”.

⁹⁴ “*No amministrador, todavia, prevalece o julgamento sobre a própria atividade; no juiz, o sobre a atividade alheia*”. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1965. v. II, p. 12.

⁹⁵ **Principii di Diritto Processuale Civile. Le Azioni. Il Processo di Cognizione**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 298. **Tradução livre**: “a administração é uma atividade primária ou originária [do Estado]: a jurisdição é uma atividade secundária”.

⁹⁶ **Instituições...** cit., p. 26;35. A nosso ver, não há jurisdição somente onde haja sujeição à lei, haja vista a possibilidade de julgamento por equidade, sem que isso descaracterize a jurisdição.

⁹⁷ **Instituições...** cit., p. 14.

⁹⁸ **Principii...** cit., p. 301. Grifos. **Tradução livre**: “a jurisdição consiste na aplicação da lei, substituindo a atividade de outros pela atividade de órgãos públicos, quer afirmando a existência de uma vontade da lei, quer fazendo-a cumprir”.

⁹⁹ **Instituições...** cit., p. 31.

¹⁰⁰ **Principii...** cit., p. 379;386.

a *coerção* e a *documentação*¹⁰¹. Para ele, inexistiria distinção entre jurisdição e império¹⁰², muito embora julgar não fosse ato de autoridade. Mandar pagar, contudo, SIM. Isso porque, retomando as raízes romanas do processo civil, Chiovenda sustenta que: “*il processo moderno non ha fatto che tornare puramente e semplicemente al concetto romano (...)*”, para estabelecer que a jurisdição é “*funzione di mero accertamento*”¹⁰³.

Conforme aponta Antonio Cabral¹⁰⁴, a jurisdição, no entender de Chiovenda, teria natureza meramente declaratória da lei, sem qualquer característica de criação:

Un'altra caratteristica comumente indicata nella dottrina tradizionale è la natura dichiaratoria della giurisdizione. Questa concezione si basa sul dualismo dell'ordinamento giuridico: i diritti soggettivi preesistono alla sentenza, che non avrebbe nessun carattere creativo. L'attività del giudice si limiterebbe a pronunciare o rivelare l'esistenza di diritti nell'ordinamento oggettivo.

Hoje, entende-se que a interpretação é, sempre, necessária, embora possa variar a complexidade que caracteriza o processo que é, em si mesmo, pressuposto da aplicação da lei ao caso concreto. A compreensão e, em muitos casos, a construção da própria norma são imprescindíveis para que ela seja utilizada como base para a resolução do conflito considerado em sua concretude.

Pensa-se que, no ato de interpretar está implícita uma dose, ainda que mínima, de criação do direito. Essa margem de liberdade que é outorgada ao juiz nesse espaço interpretativo depende diretamente da textura linguística da regra escrita.

Ao ver deste autor, poder-se-ia definir jurisdição como o exercício de uma atividade/função/poder (assimilando-se, aqui, o tríduo apresentado por Cândido Rangel Dinamarco) que visa, mediante a aplicação do direito, à tutela heterocompositiva do conflito, exercida por um terceiro, independente e imparcial em relação ao processo, em substituição à vontade das partes.

¹⁰¹ “O que ocorre perante os órgãos judiciais ou por parte deles, deve ficar documentado de modo a fazer fé do ocorrido (têrmos de assentada, de audiência, de provas, certidões de notificação). Com esta exigência do processo engendra-se um poder autônomo, incluído entre os poderes jurisdicionais”. **Instituições...** cit., p. 34.

¹⁰² **Principii...** cit., p. 302.

¹⁰³ CHIOVENDA, Giuseppe. **L’Idea Romana nel Processo Civile Moderno. In Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1993. v. III, p. 77-94, especialmente p. 81. **Traduções livres:** “o processo moderno simplesmente retorna ao conceito romano” / “função de mera avaliação”.

¹⁰⁴ CABRAL, Antonio. **Per un Nuovo Concetto di Giurisdizione. In Scritti in Onore di Nicola Picardi**. Pisa: Pacini Editore, 2016. Tomo I, p. 370. **Tradução livre:** “Outra característica comum indicada na doutrina tradicional é a natureza declaratória da jurisdição. Esta concepção baseia-se no dualismo do ordenamento jurídico: os direitos subjetivos preexistem à decisão, que não teria qualquer caráter criativo. A atividade do juiz limitar-se-ia a pronunciar ou revelar a existência de direitos no ordenamento objetivo”.

Esse fenômeno, assim como tantos outros, vem, como já reiterado, sofrendo alterações ao longo do tempo, o que é absolutamente natural já que se trata de uma construção cultural que, por isso, é fadada a experimentar modificações, no curso da história.

Assim, como se notará no decorrer deste trabalho, exatamente em virtude de mudanças culturais, que também serão examinadas, nesta tese, ao conceito de jurisdição deve-se agregar ainda outro elemento, sobre o qual se falará, posteriormente.

2.3 CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS INFORMADORES DA JURISDIÇÃO

Já foi demonstrada a posição, neste trabalho, de que a jurisdição é uma atividade substitutiva da vontade dos titulares de um conflito, cuja resolução ou pacificação é o seu objetivo.

Visa-se à pacificação mediante a aplicação do direito material regente. Assim, repita-se, a jurisdição é *poder* (de decidir, mediante sentença), é *atividade* (complexo de atos desenvolvidos, pela autoridade, no processo) e é *função* (encargo de quem tem o dever de promover a pacificação).

Diante disso, poder-se-ia apontar três características básicas da jurisdição:

(i) a *secundariedade* da atividade¹⁰⁵ – a jurisdição é atividade necessária, no sentido de ser exercida apenas quando os efetivos titulares do conflito não alcançarem uma solução. A jurisdição surge como uma atividade secundária em substituição à atividade primária (dos titulares do conflito) que, naquele específico caso, não foi eficaz;

(ii) a *substitutividade* – uma vez que a jurisdição tem por finalidade a solução de um conflito existente entre as partes, ao aplicar a lei ao caso concreto, dizendo, portanto, o direito, a jurisdição substitui a vontade dos titulares do conflito, mediante decisão que servirá de lei entre eles¹⁰⁶; e

¹⁰⁵ Cândido Rangel Dinamarco, ao discorrer sobre a característica de secundariedade da jurisdição, visível, principalmente, no âmbito do direito obrigacional, sustenta que há hipóteses em que essa atividade será primária: “*Mas outras relações jurídicas existem de onde também surgem conflitos capazes de angustiar pessoas ou grupos de pessoas e que portanto também geram a necessidade do exercício da jurisdição – sem que no tocante a elas a ordem jurídica admita a satisfação voluntária de pretensões. A jurisdição, nesses casos, não é atividade secundária, mas primária. Não se anula o casamento sem a atividade do Estado-juiz, nem se extingue o poder familiar, nem se anula uma eleição nem se impõem penas criminais. Nesses casos o processo constitui remédio rigorosamente primário para a solução dos conflitos*”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. 1, p. 461.

¹⁰⁶ “*A atividade jurisdicional, segundo Chiovenda (em magistério que prossegue referendado por abalizada doutrina), seria de natureza substitutiva. Assim, se os que deveriam afirmar ou realizar determinada ‘vontade concreta da lei’ negam-se a fazê-lo ou permanecem omissos, a atividade jurisdicional (desde que, é evidente, seja ajuizada a correspondente demanda) fará realizar, em caráter substitutivo, o mandamento legal*”. CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.

(iii) a *definitividade* – a jurisdição, para que seja efetiva, deve ter natureza definitiva, de forma que a decisão proferida no âmbito jurisdicional deve fazer coisa julgada, caso contrário se mostraria inócua; “*daí vincularmos a imutabilidade da coisa julgada à atividade jurisdicional*”¹⁰⁷.

As características acima apontadas são tratadas, por alguns autores, como princípios relacionados à jurisdição, assim como há autores que tratam certos princípios como características. Para esta tese, contudo, optou-se por trabalhar com base na sistematização ora apresentada.

Assim, no que se refere aos princípios informadores da jurisdição, elencam-se, dentre outros, os seguintes que, para este trabalho, entende-se sejam os mais relevantes:

i) do *juiz natural* – o art. 5º, LIII CF estabelece que “*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*”. Essa é a previsão constitucional do princípio do juiz natural¹⁰⁸. A este princípio liga-se o da imparcialidade, ou seja, a autoridade a cargo do julgamento deve ser imparcial, de forma a se garantir a justiça da decisão objeto da jurisdição;

ii) da *indelegabilidade* – é vedada a delegação / transferência da atividade jurisdicional a outrem ou aquele a quem a atividade é, por lei, direcionada¹⁰⁹;

iii) da *indeclinabilidade*¹¹⁰ – em certa dimensão, princípio relacionado com o da indelegabilidade, pois que, por força deste princípio, o órgão jurisdicional tem o dever de prestar a atividade, não podendo dela se furtar tampouco declinar seu dever a outro órgão. Este princípio decorre do direito de ação (*direito público subjetivo*) inerente a todo jurisdicionado;

¹⁰⁷ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Tratado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1996. v. 1, p. 193.

¹⁰⁸ Arruda Alvim, ao discorrer acerca do juiz natural, como um dos “princípios fundamentais da jurisdição”, afirma que: “*O primeiro deles é o de que somente é juiz, aquele integrado no Poder Judiciário, na conformidade do que estava prescrito em leis anteriores, ao processamento e julgamento de um dado processo (o que não afasta possam ser alteradas essas normas – art. 5º, XXXVII, CF/88, a contrario sensu; e CF/88 Cap. III, art. 92, I/VII). A este princípio se denomina do juiz natural. A CF/88 prescreve com clareza que ‘ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente’ (art. 5º, LIII) e neste texto está cristalizado o princípio do juiz natural*”. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Tratado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1990, p. 196-197.

¹⁰⁹ “*O princípio da indelegabilidade é, em primeiro lugar, expresso através do princípio constitucional segundo o qual é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições. A Constituição fixa o conteúdo das atribuições do Poder Judiciário e não pode a lei, nem pode muito menos alguma deliberação dos próprios membros deste, alterar a distribuição feita naquele nível jurídico-positivo superior*”. ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 119.

¹¹⁰ “*Consoante doutrina clássica, o juiz deveria sempre, caso presentes os requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional, decidir a pretensão formulada*”. GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 101.

- iv) da *inafastabilidade* – o princípio do acesso à justiça¹¹¹ vem insculpido no art. 5º, XXXV, CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”;
- v) da *inércia* – para desenvolvimento da atividade jurisdicional, necessária a prévia provocação do jurisdicionado interessado¹¹². É vedado à autoridade dar início a qualquer procedimento jurisdicional sem que o titular do conflito assim o requeira;
- vi) da *investidura* – a jurisdição só pode ser exercida por aquele que tenha, legitimamente, sido investido no cargo de julgador¹¹³. É princípio previsto no art. 5º, XXXVII, CF: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”; e
- vii) da *imparcialidade*¹¹⁴ – a jurisdição é atividade que deve ser exercida por um terceiro absolutamente imparcial, sem intenção de conceder vantagem infundada a alguma das partes envolvidas no conflito. A sentença terá de, em alguma dimensão, contrariar o interesse de alguém.

¹¹¹ “Embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador nem ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão”. NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 174. Como se terá a oportunidade de discorrer, na presente tese, a arbitragem não é instituto que contraria o princípio em comento, muito ao contrário, fortalece-o.

¹¹² “Em primeiro lugar, a jurisdição é o poder de definir o significado do direito e de realiza-lo concretamente, sem que o seu resultado possa ser revisto por outros poderes. É exercida mediante provocação (nemo iudex sine actore) e tem por objeto o julgamento de uma controvérsia. Uma vez decidida, seu resultado torna-se estável – adquirindo, em regra, força de coisa julgada - e só é passível de revisão dentro da própria Justiça Civil”. MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 82. (grifos)

¹¹³ Investidura “(...) é ato jurídico que faz agregar à esfera jurídica de um sujeito as situações jurídicas inerentes a um determinado cargo a ser por ele ocupado (art. 37, II, CF/88). É requisito para que um sujeito ocupe o cargo público de juiz a investidura em poderes de autoridade próprios ao exercício da jurisdição.

O problema está em saber se o ordenamento jurídico admite que sejam esses poderes de autoridade exercidos por particulares. O árbitro titulariza o poder-dever de sentenciar equivalente ao do magistrado, razão pela qual admitir que o último, ao prolatar sentença, exerce poder de autoridade, implica concluir o exercício desse poder também pelo árbitro”. LIMA, Bernardo Silva de. O art. 3º do anteprojeto do novo Código de Processo Civil: um choque contra a emancipação da arbitragem? In: BASTOS, Antonio Adonias Aguiar; DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **O projeto do novo Código de Processo Civil**: 2ª série. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 179.

¹¹⁴ Eduardo Arruda Alvim, tratando esse princípio como uma das características da jurisdição, leciona que: “O juiz deve ser integrante de órgão do Poder Judiciário e deve ser desinteressado na lide. O Código disciplina as hipóteses em que o juiz deve ser tido por não imparcial (impedimento – art. 144 – e suspeição – art. 145), atribuindo-lhes consequências distintas, permitindo a rescisão de sentença proferida por juiz impedido (art. 966, III)”. ARRUDA ALVIM, Eduardo; FERREIRA, Eduardo Aranha; GRANADO, Daniel Willian. **Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 77.

3 JURISDIÇÃO COMO MONOPÓLIO EXCLUSIVO DO ESTADO. AVERIGUAÇÃO, ATRAVÉS DO TEMPO

Como já se apontou, por algumas vezes neste trabalho, boa parte da doutrina afirma que a jurisdição, no seu sentido de aplicação da lei (*de dizer o direito*), é uma atividade exclusiva do Estado.

Nos próximos tópicos, o esforço deste autor será no sentido de tentar identificar, a partir de que momento histórico essa afirmação pode ter surgido e sob qual justificativa.

Os respectivos estudos, em que se baseiam as considerações que se seguem, focaram, não somente na história do desenvolvimento do sistema de *civil law*, mas, também, na história geral, com ênfase no período de surgimento do Estado Moderno.

3.1 SURGIMENTO DO ESTADO MODERNO E SUA SOBERANIA

Com a queda do Império Romano Ocidental, inicia-se o período histórico da Idade Média.

Nesse período, é bastante nítida a distinção entre a Igreja (como instituição) e a autoridade civil.

Em verdade, historicamente, sempre foi nítido o desejo da Igreja pelo monopólio sobre o poder. Isso fica muito claro¹¹⁵ quando Constantino, em 313 d.C., mediante a publicação do Édito de Milão, proclama o cristianismo como religião oficial do Império Romano.

¹¹⁵ “*La période qui s’étend de la reconnaissance du christianisme par Constantin (313) au pontificat de Gélase (492-496) présente une individualité certaine. Si l’Eglise resta, comme au cours des trois premiers siècles, dans le cadre territorial de L’Empire romain, elle y occupe désormais une place officielle et bientôt privilégiée. Du coup l’évangélisation devient plus facile, les conversions plus nombreuses*”. GAUDEMET, Jean. **L’Église dans l’Empire romain: IVe-Ve siècles**. Paris: Sirey, 1958, p. 1. **Tradução livre:** “O período que se estende desde o reconhecimento do cristianismo por Constantino (313) até o pontificado de Gelásio (492-496) apresenta uma certa individualidade. Se a Igreja permaneceu, como nos primeiros três séculos, dentro do quadro territorial do Império Romano, passou a ocupar um lugar oficial e privilegiado. Como resultado, a evangelização torna-se mais fácil e as conversões mais numerosas”.

Durante a Idade Média, a doutrina da igreja católica dominou a Europa Ocidental¹¹⁶. O cristianismo acarretou fortes transformações nas acepções de direito e de Estado¹¹⁷, este último, àquela época, ainda longe de ser uma entidade organizada e soberana, como o é o Estado Moderno (que surge ao fim da Idade Média).

Vislumbra-se, durante a Idade Média, uma forte descentralização do poder, com a instituição do sistema feudal de governo.

Diz-se, assim, que a sociedade medieval foi pluralista¹¹⁸. Isso porque as relações se desenvolviam entre suseranos e vassallos, figuras típicas do feudalismo¹¹⁹. Os suseranos davam proteção e a concessão do uso de terras aos vassallos. Estes, por sua vez, concediam os mesmos direitos e benefícios a outros vassallos.

É uma época marcada pela forte fragmentação do poder político, exatamente em virtude dessa cadeia de concessão de benefícios e direitos.

Em virtude desse processo de feudalização, existia uma enormidade de ordens políticas e jurídicas autônomas, sem uma hierarquia definida. Enquanto isso, a Igreja continuava

¹¹⁶ “O acúmulo das experiências temporais que resumem todo o conjunto de acontecimentos do início da era cristã (a desestruturação paulatina da vida cidadina, assim como dos ideais cívicos romanos, o fortalecimento do culto cristão e a ascensão de um poder eclesiástico organizado, o início do assédio bárbaro pela difusão dos conflitos e dos confrontos de novos princípios de vida e de uma nova literatura religiosa [...] permitiu que o monasticismo lançasse suas raízes no seio do Império Romano, tanto do Ocidente como do Oriente. Suas raízes infiltraram-se tamanhamente no espírito humano, que a vida governava-se pelos ditames dogmatizados pela religião”. BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 175.

¹¹⁷ Ainda em formato isento de organização “Contudo, se não existia Estado na acepção contemporânea, existiam outros tipos de Estado, ou outras ideias do poder, (...)”. MONTEIRO, Rodrigo Bentes; RAIMUNDO, Walter Marcelo. O Estado de Bodin no Estado do Homem Renascentista. **Revista de História**, São Paulo, v. 152, n. 1, p. 189-214, 2005. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/19002>. Acesso em: 25 jul. 2021, p. 198. Falamos em Estado isento de organização, em contraposição ao Estado Moderno, este consistente na organização política de um grupo de pessoas que possui elementos em comum como, por exemplo, idioma ou cultura e que conte com, no mínimo, três elementos essenciais: autoridade, soberania e legitimidade: “(...) são três as características do Estado moderno. A primeira delas é a sua soberania, isto é, o fato de que a sua autoridade não depende de nenhuma outra autoridade. A segunda característica, que se vai evidenciar principalmente na Inglaterra, no século XVII, é a distinção entre Estado e sociedade civil, através da ascensão da burguesia. E, finalmente, a terceira característica do Estado moderno é que, ao contrário do Estado medieval patrimonial, no Estado moderno, o monarca representa a soberania estatal. Existe uma identificação absoluta entre Estado e monarca”. GRUPPI, Luciano apud SARLET, Ingo Wolfgang. **Maquiavel, “O Príncipe” e a Formação do Estado Moderno**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 39.

¹¹⁸ “A atomização do mando político marcou o período feudal, no qual as relações de poder se estabeleciam entre o dono da terra e seus vassallos, restando autoridade mínima para o rei, duques e condes”. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 36.

¹¹⁹ Apenas a título de lembrança, o feudalismo resultou da influência de um elemento de origem germânica, como bem ensina Ingo Sarlet, o *Gefolgschaft*: “A relação de *Gefolgschaft*, vínculo estritamente pessoal, de lealdade e afeição mútuas, através do qual se uniam entre si um líder guerreiro e sua comitiva, era já na época um instituto muito difundido, tendo sido enriquecido e qualificado por três outros de origem romana: a *commendatio*, o *beneficium* e o *immunitas*”. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 27.

sendo uma organização monista, detentora de um poder mais centralizado e organizado. O sistema feudal levava à desagregação do poder político.

Durante toda a Idade Média, verifica-se um antagonismo entre Igreja e Estado. Uma luta pelo poder, onde cada qual queria impor a sua autoridade.

A figura do Estado moderno, isto é o Estado em sua concepção atual, tem raízes na Idade Média, mais especificamente no período denominado de baixa Idade Média, quando acontecem mudanças levando à sua formação. Estamos falando, mais especificamente, de período a partir do século XIII.

O Estado moderno surge, mais especificamente, sob a modalidade do estado absolutista¹²⁰, nos séculos XVI e XVII, e resulta da transição entre o estado feudal e o capitalista. Em verdade, o Estado surgiu segundo formas e etapas diferentes, nas diversas nações¹²¹.

O Estado moderno¹²², assim entendido o estado nação, com território delimitado, um estado monárquico politicamente centralizado e com soberanias interna e externa, resulta da luta entre diversos poderes existentes durante a Idade Média: a Igreja, o Império (dos reis) e os senhores feudais.

No período da baixa Idade Média, amplificou-se o desejo da expansão dos domínios territoriais, quando a Igreja e o Império começam a perder a força. Negando-se a força e a supremacia dessas duas instituições, inicia-se o período de formação do Estado moderno, o Estado soberano¹²³.

¹²⁰ Isso porque foram os reis quem conduziram a luta contra o Império e a Igreja, com vistas à centralização do poder e a formação de uma unidade nacional.

¹²¹ “*Nicos Poulantzas, bem como os autores marxistas em geral, identifica o Estado moderno, como se afirmou nos séculos XVI e XVII, como um Estado absolutista, considerando-o como um Estado de transição entre o Estado feudal e o Estado capitalista. (...) No entanto, convém ressaltar que o aparecimento do Estado moderno, como se depreende da afirmação de Poulantzas, se produziu segundo formas e etapas muito diferentes nas diversas nações*”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Maquiavel, “O Príncipe” e a Formação do Estado Moderno**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 33.

¹²² “*O Estado moderno, nascido das lutas feudais e religiosas, caracteriza-se como uma concentração nunca vista de poder soberano, na expressão de Hobbes*”. **Enciclopédia Mirador Internacional**. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda., 1976. v. 8, p. 4.198.

¹²³ “[...] *a Igreja, durante a Baixa Idade Média, passou por uma crise de grandes proporções, a qual foi superada com o Concílio de Constança (1417). A superação da crise do período não conseguiu, no entanto, produzir uma solução em relação à necessidade de reforma da Igreja. Na verdade, seus integrantes não davam ouvidos para os clamores de muitos setores de sua própria estrutura e de seus membros mais próximos aos fiéis. Diante desta indiferença, produziu-se, rapidamente, o movimento denominado de Reforma Protestante, que dividiu, definitivamente, a cristandade em católicos e evangélicos. A Reforma Protestante, por sua vez, produziu também uma nova reforma: a chamada de Contrarreforma Católica, que teve na Companhia de Jesus a sua espinha dorsal. Estas duas reformas estabelecem, juntamente com o Renascimento, as condições necessárias para a emergência do mundo moderno*”. BEDIN, Gilmar Antonio. **A Idade Média e o Nascimento do Estado Moderno. Aspectos Históricos e Teóricos**. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013, p. 74. “*O Estado moderno surge no início do século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo. Nasce*

A soberania interna do Estado moderno teria de ser conquistada. Como visto, durante a Idade Média, o poder era fragmentado, dividido entre suseranos, vassallos, Igreja e Império. A Igreja era um organismo vigoroso e poderoso. Enquanto as cidades viviam sua plena decadência, os mosteiros eram os principais centros culturais, de forma que a Igreja teve, durante a Idade Média, papel preponderante e posição soberana no que diz respeito às reservas culturais do mundo clássico. Ela era a instituição oficial do mundo medieval.

Contudo, com a perda de força pela Igreja, pode-se dizer que o Estado moderno surge da centralização do poder nas mãos dos Reis, “quando as monarquias europeias puderam, inclusive, sabe-se, com certa ajuda da burguesia – superar as forças feudais internas e livrar-se da pressão das estruturas maiores, o Império e o Papado”¹²⁴.

O sistema feudal, por sua vez, entra em declínio, em virtude da própria dinâmica da sociedade daquela época, que já tinha atingido seu limite máximo de possibilidades de funcionamento, ou seja, a crise do feudalismo resultou das próprias características do sistema¹²⁵. Com isso, vê-se o desenvolvimento dos centros urbanos, a retomada do comércio e o conseqüente avanço de uma intensa e forte transformação social, elementos de uma nova economia (capitalista) que começa a surgir. As cidades, então, são entidades com autonomia política.

É ainda nessa época que se desenrola o movimento do Renascimento, fruto do enfraquecimento da Igreja, rompendo-se a visão teocêntrica e se fortalecendo a tendência de compreensão do mundo, a partir de elementos laicos.

É nesse contexto que se dá o surgimento do Estado moderno, momento em que há um forte incremento do humanismo científico literário, das expansões marítimas. Um período baseado, eminentemente, na razão e na liberdade do homem. Na verdade, tomava corpo uma contrapartida ao que se vivia na Idade Média¹²⁶.

A formação do Estado moderno teve por pano de fundo a substituição dos valores do mundo medieval. Ela decorre do intuito de centralização do poder político nas mãos dos Reis e do longo caminho percorrido para o surgimento das nacionalidades.

absolutista, por circunstância e necessidade, com seus monarcas ungidos por direito divino”. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p.36.

¹²⁴ SALDANHA, Nelson. **Sociologia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1980, p. 113.

¹²⁵ BEDIN, Gilmar Antonio. **A Idade Média e o Nascimento do Estado Moderno. Aspectos Históricos e Teóricos**. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013, p. 53.

¹²⁶ “Já pela alta Idade Média e por conta de fatores diversos – que incluem a reação à anarquia da pluralidade de poderes e a revitalização do comércio -, começa a esboçar-se o processo de concentração do poder que levaria à formação dos Estados nacionais como organização política superadora dos modelos muito amplos e difusos (papado, império) e dos muito reduzidos e paroquiais (tribos, feudos)”. BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 36.

A monarquia absoluta, na Europa Ocidental, foi que cristalizou a ideia de unidade jurídica e política do Estado. E a Reforma Protestante é considerada o ponto culminante do conflito instaurado entre Igreja e o Estado (a autoridade civil), tendo por ponto nodal a desvinculação do homem do poder da Igreja.

No sistema político medieval, entendia-se que o poder derivava de Deus. Maquiavel, n' *O Príncipe*, ignora esse dogma e propaga o princípio de que o poder político pode ser tudo, exceto divino.

Outro evento relevante para a formação do Estado moderno é a Guerra dos Trinta Anos e o ato que lhe põe fim: a Paz de Westfália.

A Guerra dos Trinta Anos¹²⁷ envolveu diversos Estados da Europa. Foi uma guerra civil de natureza religiosa desencadeada a partir da Reforma Protestante e da Contrarreforma Católica, como uma espécie de reivindicação por liberdade religiosa¹²⁸. Em 1648, os países envolvidos na Guerra celebraram diversos¹²⁹ Tratados de Paz, a cujo conjunto se denominou de Paz de Westfália.

Esses tratados, dentre tantas outras consequências, impuseram a nivelção entre os poderes dos países signatários, de forma a haver, entre eles, equilíbrio e isonomia, no âmbito internacional, colocando-se fim aos impérios ou dinastias. Da assinatura desses documentos, surge uma nova concepção de relação internacional entre os países, inclusive no que se refere ao conceito de soberania nacional e internacional dos Estados.

Com a Paz de Westfália, os Estados passam a ser soberanos, de forma que a cada um seria possível escolher sua organização interna e a sua religião.

Por outra vertente, não há como se dissociar o termo Estado, como atualmente utilizado, da figura de Maquiavel¹³⁰, pois

¹²⁷ Que durou de 1618 a 1648.

¹²⁸ A reforma protestante foi de grande importância para a formação do Estado moderno: a necessidade de reforma da Igreja, como uma instituição, já se mostrava necessária, desde o início do século XIV, tornando-se, ainda mais, quando do aumento das atividades comerciais e do desenvolvimento das cidades. Acabando com a unidade religiosa que existia na Idade Média e, ao mesmo tempo, reforçando o poder secular, a Reforma Protestante estimulou o desenvolvimento do Estado moderno, como entidade centralizada e soberana. A Igreja, com o intuito de diminuir a perda de seu poder, alia-se aos reis católicos, formando um tipo de aliança estratégica em detrimento do protestantismo, o que acaba por auxiliar no processo de centralização do poder e, consequentemente, na formação do Estado moderno.

¹²⁹ Ao todo: 11.

¹³⁰ “*En la obra monumental Staatslexikon se explica que el término estado fue ajeno a la Antigüedad, época en la que se usaran las denominaciones de polis, res publica e imperium. Nació con la idea moderna del estado en Italia, pero fue Maquiavelo quien lo introdujo en la literatura*”. DE LA CUEVA, Mario. **La Idea del Estado**. 4. ed. México: Fondo de Cultura Económica. Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, p. 41. **Tradução livre**: “Na monumental obra *Staatslexikon* explica-se que o termo estado era estranho à antiguidade, quando os termos polis, *res publica* e *imperium* eram utilizados. A ideia moderna de Estado surge na Itália, mas foi Maquiavel quem a introduziu, na literatura”.

*Mais do que qualquer outro pensador político, Maquiavel criou o significado que até hoje vem sendo atribuído ao termo Estado. Conforme observa George Sabine, “o Estado, como força organizada, soberano em seu território e perseguidor de uma política consciente de engrandecimento nas suas relações com outros Estados, tornou-se não apenas uma característica instituição política recente, mas, por expansão, o mais poderoso instituto da sociedade moderna”. Maquiavel viu nascer o Estado moderno e justificou-o na sua obra, de modo que, nesse sentido, nada mais justo do que reconhecê-lo efetivamente como sendo o primeiro teórico dos Estados modernos*¹³¹.

O Estado moderno submete os poderes locais (senhores feudais e autoridades eclesiásticas inferiores) e fragiliza os poderes supranacionais (Igreja e Sacro Império Romano-Germânico), tornando-se, com isso, a principal unidade política, afirmando o conceito de Estado: *“uma unidade política autônoma à qual os súditos devem taxas e obrigações. O pré-requisito essencial do conceito ocidental de Estado, tal como se configurou nos primórdios do período moderno, era a ideia de soberania”*¹³².

Um aspecto bastante importante no processo de formação do Estado moderno, mais especificamente no processo de constituição do poder político centralizado e concentrado, é a necessidade da constituição de diversos monopólios específicos do Estado, como o monopólio do uso da violência legítima, o monopólio da distribuição da justiça, o da arrecadação dos tributos, etc..

Por serem pressupostos do processo de concentração política, tais monopólios acabam por definir o Estado moderno: uma entidade soberana e com estruturas política, administrativa, jurídica e tributária.¹³³

Sustenta De La Cueva¹³⁴ que o Estado moderno pode ser diferenciado das organizações políticas do passado, com base em suas características essenciais, quais sejam: ser territorial, nacional, centralizador de todos os poderes públicos e soberano, tanto no âmbito externo, como no interno.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Maquiavel, “O Príncipe” e a Formação do Estado Moderno**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.107.

¹³² PERRY, Marvin. **Civilização Ocidental: uma introdução concisa** *appud* BEDIN, Gilmar Antonio. **A Idade Média e o Nascimento do Estado Moderno. Aspectos Históricos e Teóricos**. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013, p. 83.

¹³³ BEDIN, Gilmar Antonio. *Op. cit.*, p. 86.

¹³⁴ DE LA CUEVA, Mario. **La Idea del Estado**. 4. ed. México: Fondo de Cultura Económica. Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, p. 49.

Falar-se na concentração de todos os poderes públicos na figura do Estado moderno, quer-se referir à centralização do poder público, hábil a impor o direito que, por sua vez, provém dessa única fonte: o Estado¹³⁵.

E essa centralização do poder tem íntima ligação com a soberania - como visto, também característica do Estado moderno -, principalmente no âmbito interno¹³⁶ do Estado. A ideia de soberania segue a sorte do poder político e é dela¹³⁷ que provém o poder de se expedir e se exigir o cumprimento das leis.

Quando se fala em soberania, esse marcante elemento do Estado, necessário que se mencione Jean Bodin. Sua obra *Les Six Livres de la République*¹³⁸ é um marco sobre o tema. Para o autor, a “*República*¹³⁹ é um reto governo de vários lares e do que lhes é comum, com poder soberano (...) [que] deve ter um território suficiente e um lugar adequado para seus habitantes (...)”¹⁴⁰.

¹³⁵ “(...) centralización de poder público, lo que implica, como dato fundamental, la potestad exclusiva de dictar e imponer coactivamente el derecho; por lo tanto, los hombres ya no estarían sujetos a potestades distintas, o para usar una fórmula clásica, el estado devino la jurisdicción única para la regulación de la vida social”. DE LA CUEVA, Mario. **La Idea del Estado**. 4. ed. México: Fondo de Cultura Económica. Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, p. 54. **Tradução livre**: “centralização do poder público, o que implica, como facto fundamental, o poder exclusivo de ditar e impor coercivamente a lei; portanto, os homens deixariam de estar sujeitos a poderes diferentes, ou, para utilizar uma fórmula clássica, o Estado tornou-se a única jurisdição para a regulação da vida social”.

¹³⁶ A soberania externa do Estado, a grosso modo, liga-se à impossibilidade de que qualquer poder externo influa, de alguma forma, na vida da sociedade, garantindo a independência do Estado em relação a qualquer outro Estado estrangeiro.

¹³⁷ “(...) consiste en el no reconocimiento de ningún poder que pretenda oponerse al del soberano, de lo que a su vez se desprende de la ya citada potestad irrestricta de expedir, modificar y derogar la ley humana y la de hacerla ejecutar (...) La idea de la soberanía sigue la suerte del poder político, lo que implica que tiene que encarnar en una voluntad real, porque solamente ella puede expedir y hacer cumplir la ley (...)”. DE LA CUEVA, Mario. Op. cit., p. 67. **Tradução livre**: “(...) consiste no não reconhecimento de qualquer poder que pretenda opor-se ao do soberano, o que, por sua vez, decorre do referido poder irrestrito de emitir, modificar e derogar a lei humana e de a fazer cumprir. A ideia de soberania segue o destino do poder político, o que implica que ela deve ser encarnada numa vontade real, porque só ela pode emitir e fazer cumprir a lei (...)”.

¹³⁸ Obra, originalmente, publicada em seis volumes, em Paris, no ano de 1576. Foi, primeiramente, traduzida para o latim pelo próprio autor, sob o título **De Republica libri sex**. Tive a oportunidade de ler, para o que interessa ao presente trabalho, a tradução para o português feita por José Carlos Orsi Morel, da Ícone Editora, 1ª edição, 2011.

¹³⁹ Não se sabe, ao certo, porque Jean Bodin se utilizou do termo república, para se referir ao Estado moderno, conceito cunhado por Maquiavel, n’O Príncipe, quarenta anos antes da obra de Bodin: *Lex Six Livres de la République*, expressão essa utilizada para diferenciar a novel forma de organização política daquelas da Idade Média. Uma das explicações para a adoção desse termo, por Bodin, seria que ele (o termo República) estaria realçado, àquela época, por força da cultura humanista, então vigente, assim como pela utilização do latim clássico BARROS, Alberto Ribeiro de. **O Conceito de Soberania no Methodus de Jean Bodin**. **Discurso**, São Paulo, v. 27, p. 139-155, 1996. Disponível em: https://filosofia.fflch.usp.br/sites/filosofia.fflch.usp.br/files/publicacoes/Discurso/Artigos/D27/D27_O_Conceito_de_Soberania.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021, p. 15.

¹⁴⁰ BODIN, Jean. **Os Seis Livros da República**. **Livro Primeiro**. Tradução: José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone Editora, 2011, p. 71-75. O autor trata o Estado moderno como um *RETO* governo, a fim de não o confundir com comunidades comandadas por ladrões ou piratas, daí o adjetivo. Ademais, os vários *LARES* são, em verdade, as famílias que formam aquela determinada entidade: o Estado soberano.

A soberania¹⁴¹, para o mencionado autor, “*é o poder absoluto e perpétuo de uma República*”¹⁴², não é limitada, seja no que diz respeito ao poder, seja no que se refere à responsabilidade e ao tempo (daí a perpetuidade da soberania). Ela é da nação, do povo, com a possibilidade de se a emprestar a *alguns*, por determinado lapso de tempo que, uma vez expirado, despe os *alguns* dessa característica, pois são, apenas, depositários do poder que pertence, exclusivamente, à República:

*Pois assim como aqueles que emprestam seus bens a outrem permanecem seus senhores e possuidores, assim também aqueles que dão poder e autoridade de julgar ou de comandar – seja por um tempo certo e limitado, seja por um tempo tão longo quanto lhes aprouver – permanecem contudo investidos do poder e jurisdição que outros exercem sob forma emprestada ou precária (...) Eu digo, entretanto, que eles não detêm a soberania, visto que nada mais são que depositários do poder que se lhes outorgou por um certo tempo. Assim o povo não se desfaz da soberania quando estabelece um ou vários lugares-tenentes com poder absoluto por um certo tempo limitado, o que é muito mais que se o poder fosse revogável ao arbítrio do povo, sem prefixação de tempo*¹⁴³.

Na concepção de Bodin, o poder soberano difere dos demais poderes da sociedade, por abranger certos direitos que lhe são peculiares, como o poder de julgar

*Em última instância. Essa inclusão revela a nítida preocupação em caracterizar a soberania, pois ‘quando o comando é bem constituído, nenhum dos direitos em questão é atribuído aos magistrados, salvo exceção de uma necessidade urgente’*¹⁴⁴.

Esse contexto (histórico, sociológico e político) parece ser um cenário propício para origem da concepção de que a jurisdição seria atividade privativa do Estado. É uma concepção que se mostra extremamente adequada ao *Zeitgeist* do momento.

Essa última afirmação, no entanto, não é uma verdade absoluta: é uma verdade útil, temporária e que possui tal *status* num período delimitado do tempo.

Dessa figura do Estado moderno, sob o influxo do elemento soberania - diferente de tudo o que se havia vivido, até então - surge a concepção da concentração absoluta de poder

¹⁴¹ “Soberania é o conceito da hora, concebida como absoluta e indivisível, atributo essencial do poder político estatal”. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 36.

¹⁴² BODIN, Jean. **Os Seis Livros da República. Livro Primeiro**. Tradução: José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone Editora, 2011, p. 195.

¹⁴³ BODIN, Jean. Op. cit., p. 197-199. “O ditador não passava de um depositário dos direitos da soberania, pois seu poder poderia ser revogado a qualquer momento pelo povo, o verdadeiro soberano, que lhe havia confiado o exercício desses direitos”. BARROS, Alberto Ribeiro de. **O Conceito de Soberania no Methodus de Jean Bodin. Discurso**, São Paulo, v. 27, p. 139-155, 1996. Disponível em: https://filosofia.fflch.usp.br/sites/filosofia.fflch.usp.br/files/publicacoes/Discurso/Artigos/D27/D27_O_Conceito_de_Soberania.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021, p. 144.

¹⁴⁴ BARROS, Alberto Ribeiro de. Op. cit., p. 143.

nas mãos desse ente¹⁴⁵: uma autoridade soberana que visa ao atingimento de uma ordem jurídica uniforme e eficaz. A exclusividade do exercício da atividade jurisdicional por esse Ente soberano é um bom instrumento de persuasão e de demonstração da soberania.

Antes, o que se tinha era uma atividade fragmentada, entre diversos *poderes*, para a resolução de conflitos. Não era da natureza das decisões proferidas, a sua vinculatividade. Essa característica surge, a partir do momento em que o ato de decidir se torna um poder vinculado à noção de soberania.

Da imprescindibilidade de se preservarem, àquela época, os poderes necessários à garantia da noção de soberania do Estado é que surge, conforme doutrina a que se filia este autor, o dogma¹⁴⁶ de que o Estado seria o único apto, legítimo e competente a dirimir conflitos, isto é, a deter o poder jurisdicional.

Esse dogma¹⁴⁷ é fruto de um extremismo praticado com vistas a se fortalecer a noção de que as nações eram soberanas, tão soberanas que só a elas cabia julgar.

Contudo, como se verá adiante, essa concepção de jurisdição atrelada à soberania do Estado, conferindo a este a exclusividade dessa atividade, deixa de existir, também como decorrência de questões circunstanciais. É como pondera Nicola Picardi¹⁴⁸:

A vocação do nosso tempo para a jurisdição provavelmente tem, ao contrário, um significado maior e, seja como for, diverso. Da mais recente evolução das idéias, em uma dimensão também supranacional, parece emergir uma linha de tendência dirigida a separar a jurisdição do aparelho estatal. O juiz hoje procura a sua própria legitimação, não no Estado nacional, mas na Comunidade, e se alça, antes, a controlar o correto exercício das funções por parte dos próprios poderes estatais. A verdade é que agora mudaram as relações entre juiz, estado e comunidade. Nessa ótica, provavelmente deve ser colocado em discussão o próprio

¹⁴⁵ “Bem por isso, a associação da função jurisdicional com o conceito de poder apenas surge com a formação do Estado Moderno e a apropriação da jurisdição pelas monarquias absolutistas. Isso significa que, com o declínio do ancién régime, a resolução pulverizada dos conflitos foi substituída por um modelo centralizado no qual os juízes eram a longa manus do monarca. A jurisdição, assim, privatizou-se e passou a ser uma prerrogativa exercida durante bene placito regis”. GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 121.

¹⁴⁶ “O dogma de que o Estado possui o monopólio da jurisdição baseia-se no seguinte raciocínio: (i) a jurisdição é um aspecto da soberania; (ii) apenas o Estado é soberano; (iii) logo, o Estado tem o monopólio da jurisdição. O Estado, assim, seria o ‘punto de arranque’ da jurisdição”. GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 94.

¹⁴⁷ “I dogmi giuridici sono costruzioni intellettuali, frutto della cultura giuridica assistita della logica, ma non danno luogo ad imposizioni inevitabili e assolute. Esse sono disponibili ad essere rielaborati da quella stessa cultura che li ha creati. I dogmi giuridici sono aperti ad una ricostruzione evolutiva”. CAPONI, Remo. **Prospective Overruling: bilancio di una vicenda**. Disponível em: http://www.astrid-online.it/rassegna/2012/08_02_2012.html. Acesso em: 28 ago. 2021. **Tradução livre**: “Os dogmas jurídicos são construções intelectuais, o resultado da cultura jurídica assistida pela lógica, mas não dão lugar a imposições inevitáveis e absolutas. Eles podem ser retrabalhados pela própria cultura que os criou. Os dogmas jurídicos estão abertos à uma reconstrução evolutiva”.

¹⁴⁸ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Organizador e Revisor Técnico da Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 32.

pressuposto dessa linha de raciocínio: a tradicional concepção da jurisdição como emanção da soberania nacional. Mas aqui se inicia um outro discurso.

3.2 TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA (CIVIL LAW). JUSRACIONALISMO. ILUMINISMO. TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO (MONTESQUIEU)

Após sua fase áurea, o direito romano praticamente desaparece, prevalecendo, durante os séculos V e VI, os costumes germânicos¹⁴⁹⁻¹⁵⁰.

Entretanto, o processo civil romano é, no fim do século XI, redescoberto, mediante verdadeiro movimento de seu renascimento, quando estudiosos, filósofos e juristas, com um viés dogmático, compondo a “Escola dos Glosadores”¹⁵¹, reúnem-se, em Bolonha - por volta dos séculos XI e XII.

¹⁴⁹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: *Civil Law e Common Law*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 172, p. 121-174, jun./2009.

¹⁵⁰ Em relação ao período que sucedeu o do direito romano- sobre o que se falou, anteriormente (*item 1.1 desta tese*) -, até o de seu renascimento - sobre o que se falará nos próximos parágrafos -, interessante trazer à baila a lição de Arruda Alvim a respeito do processo romano-barbárico que se desenvolveu nas regiões que, mais tarde, constituiriam a Itália. Conforme sua lição, o processo romano-barbárico pode ser dividido em três fases: “a) fase longobarda; b) fase franca; e c) fase feudal.

A primeira fase referida, a ‘longobarda’ (568 a 774), deve seu nome à região de um dos povos que fundou uma monarquia na Península Itálica – a Lombardia -, que foi o primeiro a adotar um processo de tipo germânico.

O juiz nesse processo era o duque e, ao que tudo indica, além de ser um processo vazado em sacramentalidade, o sistema probatório era o ordálico. (...)

Dominavam, nessa fase, os princípios da oralidade e publicidade.

Já no denominado período franco (774 a 900), houve fortalecimento do poder real, sendo a autoridade judiciária o conde, nomeada pelo detentor do poder. (...) O procedimento passou a ser dinamizado pelo impulso oficial. (...) Estabeleceu-se, também, o sistema da prova legal (prova graduada = valor da prova predeterminado na lei).

Nesta segunda fase (a ‘franca’), não se teve mais um processo do tipo estritamente germânico, constatando-se, contrariamente, uma infiltração das leis romanas, através da influência do Direito Canônico no processo leigo. (...)

*Na ‘fase feudal’ (900 a 1100), coincidente com a estrutura político-jurídica do feudalismo, na Europa, houve um retrocesso em relação ao processo de tipo ‘franco’, que era unitário, marcado pelas virtudes decorrentes da unificação política do Império Carolíngio, que findou no ano 900. Com a atomização do poder político e a paralela divisão da soberania, a mesma coisa ocorreu com o poder jurisdicional. Constatou-se acentuada decadência dos institutos jurídicos. Refloresceu o duelo como forma de solução de contendas. (...) Decadente a jurisdição civil leiga, atrofiou-se o seu âmbito e, proporcionalmente, aumentou o da jurisdição eclesíástica”. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 59.*

¹⁵¹ “Quando os glosadores interpretam os seus textos e procuram ordená-los num edifício harmónico, partilham na verdade, com as modernas teologia e jurisprudência, as intenções de uma dogmática, i.e., de um processo cognitivo, cujas condições e princípios fundamentais estão predeterminados através de uma ‘autoridade’ (...). WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Tradução: A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 47.

Nessa época, surgem o direito como ciência¹⁵² e as primeiras Universidades (a primeira delas, a de Bolonha)¹⁵³ –, com vistas a se trabalhar nos textos romanos esparsos (o *Corpus Iuris Civilis*) que haviam sido encontrados¹⁵⁴⁻¹⁵⁵.

Esses textos não compunham um conjunto organizado e harmônico de documentos. Embora a noção de sistema tenha surgido séculos mais tarde (século XVII)¹⁵⁶, o intuito dos

¹⁵² “Podemos dizer, de certo modo que a chamada Ciência europeia do Direito nasce propriamente em Bolonha, no século XI. Este nascimento é condicionado por alguns fatos históricos importantes, como o aparecimento, provavelmente naquela cidade e naquele século, de uma resenha crítica dos Digestos justinianeus (*littera Boloniensis*) transformados em texto escolar do *jus civile* europeu e isto numa região em que os azares históricos fizeram sede de conservação da idéia romana, da Cúria e de cidades com consciência nacional e escolar. Tomando como base assentada os textos de Justiniano, os juristas da época passaram a dar-lhes um tratamento metódico, cujas raízes estavam nas técnicas explicativas usadas em aulas, sobretudo do chamado Trivium, composto de gramática, retórica e dialética, que compunham as artes liberais de então. Com isto, eles desenvolveram uma técnica especial de abordagem de textos pré-fabricados e aceitos por sua autoridade, caracterizada pela glosa gramatical e filológica, pela exegese ou explicação do sentido pela concordância, pela distinção. Neste confronto do texto estabelecido e do seu tratamento explicativo é que nasce a Ciência do Direito com seu caráter eminentemente dogmático, portanto de Dogmática jurídica enquanto processo de conhecimento, cujas condicionantes e proposições fundamentais eram dadas e predeterminadas por autoridade”. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 21.

¹⁵³ “A formação da ciência jurídica em Bolonha encontra-se ligada a um movimento cultural geral que, no decurso do século XI, avança em busca das camadas mais profundas da cultura antiga. (...) Também a fundação dos estudos jurídicos científicos (*studium civile*) se relaciona com o reingresso da literatura jurídica clássica, conservada nas *Pandectas*, na consciência científica da Idade Média. Nas últimas décadas do século XI começou provavelmente em Bolonha, a recensão crítica do Digesto justinianeu que, conhecido por *littera Bononiensis* (‘*Vulgata do Digesto*’), se havia de transformar no texto escolar básico do *jus civile* europeu. (...) O trivium da gramática, dialética e retórica nunca se extinguiu; estudantes de artes eram, por outro lado, os fundadores do *studium civile* de Bolonha. Enquanto que a norte dos Alpes as artes liberais – e, com elas, o ensino jurídico geral – tinham permanecido nas escolas conventuais e catedrais; enquanto que nas velhas universidades da Europa ocidental, na Sorbona e em Oxford, o ensino do direito, em virtude da sua estreita ligação com a fundação e benefício eclesiásticos, só muito tarde se libertou do primado da teologia, a universidade de Bolonha fora criada como estabelecimento profano e municipal (...)”. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Tradução: A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 38 e ss.

¹⁵⁴ “Thus the *Corpus Juris Civilis*, the great collection of Roman law texts made at Emperor Justinian’s command in the sixth century and published as law for that part of the Roman Empire over which he held sway, was not a code, but a systematic collection of extant texts, some old and some recent, some legislative acts and some excerpts from the writings of jurists”. CAENEGEM, R. C. van. **Judges, legislators and professors: chapters in European legal history**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 41.

¹⁵⁵ “Sem que tivesse sido integralmente abandonado o pensamento jurídico romano, uma característica diferente foi acrescentada: o dogmatismo. Os textos eram estudados e analisados profundamente, por meio de diferentes métodos: gramatical, retórico e dialético. Eram harmonizados por meio de um complexo processo de exegese, pois os textos nem sempre eram coerentes. Usando a linguagem dos nossos dias, poderíamos dizer que os estudiosos impuseram ao material encontrado uma forma ‘sistemática’. É relevantíssima a informação no sentido de que o *Corpus Juris Civilis*, volumosa coletânea de textos romanos escritos na época de Justiniano e que, sob o seu comando, foram publicados no século VI e exerciam a função de direito em relação a uma parte considerável do império romano, não era um código. Dentre os textos, alguns eram muito antigos, outros recentes; alguns eram atos legislativos e outros consistiam em doutrina”. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: *Civil Law* e *Common Law*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 172, p. 121-174, jun./2009.

¹⁵⁶ “Tal formalização é que vai ligar o pensamento jurídico ao chamado pensamento sistemático. Entre as críticas então feitas à antiga forma de os glosadores realizarem sua teoria estava sua falta de sistematicidade. Evidentemente, existia neles um certo impulso para um tratamento sistemático da matéria jurídica, mas ainda longe das exigências que a nova ciência moderna iria estabelecer. Nesta época, introduz-se igualmente o termo sistema, que se torna escolar e se generaliza, tomando uma das configurações básicas que hoje lhe

estudiosos era a organização de um conjunto de regras jurídicas de qualidade intrinsecamente reconhecida,¹⁵⁷ com o objetivo de gerar mais segurança, ainda que em tese; pois o seu conteúdo, isto é, *as normas*, não tinham força de lei^{158, 159}.

Com isso, verifica-se a ausência, *ab initio*, de um conjunto normativo escrito e com o objetivo de ser um todo harmônico. Àquela época, os romanos decidiam como os ingleses: *case by case*.

Também no sistema de tradição romano-germânica (*civil law*), do qual se está tratando, tudo começou com a repetição de casos, cristalizando-se os costumes que se tornaram, já à época, uma fonte de direito.¹⁶⁰

Um outro momento de extrema importância para a fixação das bases doutrinárias do sistema romano-germânico é a Revolução Francesa (maior símbolo da transferência do

atribuímos. O pensamento sistemático, sobretudo no começo do século XVII, em conexão estreita com o problema da certeza na discussão teológica, foi transposto da teoria da Música e da Astronomia para a Teologia, para a Filosofia e para a Jurisprudência”. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1993, p. 65.

¹⁵⁷ “A família do direito do civil law, também denominada sistema romano-germânico, assim como ocorreu com a família do common law, teve sua gênese no período histórico do feudalismo, especialmente com o desenvolvimento dos estudos do direito na Universidade de Bolonha. O direito romano, base de tais estudos, passou a ser apreendido de acordo com um novo enfoque: a dogmática. À época, com a redescoberta dos antigos textos romanos, todo e qualquer raciocínio jurídico deveria estruturar-se a partir desses escritos, e, fundamentalmente, do Corpus Juris Civilis. Dessa forma, o pensamento jurídico medieval partia da concepção de respeito pelos textos a serem interpretados. A base dos preceitos considerados pelos estudiosos – o Corpus – consistia em uma coletânea de textos que, para os romanos, exercia a função de direito em grande parte do império romano, e eram tidos como ‘sagrados’. Entretanto, não formavam exatamente um código, no formato que hoje conhecemos, pois alguns textos eram antigos, outros, recentes; uns eram atos legislativos; outros, eram doutrina. O civil law nasceu, portanto, com base em um ‘texto sagrado’, que continha uma ‘revelação atemporal’ do Direito, pois se entende que o Corpus Juris Civilis corporificava a perfeição jurídica, e representava verdadeira ratio scripta (razão escrita)”. CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 52-53.

¹⁵⁸ Algo similar à *soft law*, de hoje em dia.

¹⁵⁹ “Os textos eram analisados e interpretados por diversos métodos: gramatical, retórico, dialético. Então se chegava à harmonia por meio de um processo exegético complexo, que exigia alto grau de cultura. A respeito desta fase, diz-se na doutrina, ter sido a da origem da jurisprudência como ciência do direito e, simultaneamente, a relevância da doutrina nos países de civil law”. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 24.

¹⁶⁰ “Aos poucos, os costumes, que eram um acordo por meio do qual se manifestava a repetição do passado, porque eram repetidos, passaram a se destacar (*détacher*) da condição de serem costumes, por serem confirmados, para, assim, renascer, num segundo nível, o da autoridade judiciária (...) o costume reconhecido na justiça dirá respeito ‘a todos os homens de um mesmo lugar’, mesmo que eles não tenham sido partes no processo. Houve quem afirmasse à época – século XIV – ‘que uma sentença poderia ‘criar’ um costume, que se aplicaria como um verdadeiro direito a todos os habitantes, mesmo que estes pudessem ser ignorantes quanto à sua existência’. Os costumes eram, por assim dizer cristalizados ou solidificados, quando confirmados por uma decisão judicial, quando chancelados pela autoridade de um juiz. Mas, a esta altura, ainda não havia direito abstrato, em tese, até por que não havia nenhum poder central para editá-lo”. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito... cit., p. 22-23.

centro do poder do monarca para a Nação¹⁶¹ – já, então, soberana), quando se defende, fortemente, o princípio da tripartição (das funções) do poder.¹⁶²

Àquela época, para se conter a arbitrariedade dos juízes¹⁶³ – que favoreciam os nobres, perpetuando seus privilégios (por exemplo, só os burgueses pagavam impostos) –, criou-se um sistema de leis escritas e, posteriormente, de códigos, com base no que os juízes deveriam decidir, sem que houvesse a possibilidade de interpretação (o juiz era, exclusivamente, a *bouche de la loi*).

Entendia-se ser, o juiz (representante do Estado), o único a ter jurisdição, no sentido de dizer a lei, de declarar o direito. Em verdade, o juiz apenas aplicava a lei tal como posta pelo legislador. Não lhe cabia interpretar. Visava-se a garantir ao jurisdicionado um julgamento objetivo, livre de quaisquer outras influências, concebido pela figura onipotente do Estado¹⁶⁴.

¹⁶¹ “Momento em que se percebe de maneira mais nítida a origem real da estrutura do sistema de civil law”. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: *Civil Law e Common Law*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 172, p. 121-174, jun./2009.

¹⁶² “O segundo dos momentos importantes na formação do sistema do civil law foi justamente quando esta concepção ruiu: a Revolução Francesa. Trata-se de um movimento social, político e jurídico que ocorreu no final do século XVIII. O centro de poder, pela via da revolução sangrenta, se transferiu para o povo. A classe emergente, a burguesia, insatisfeita com o abuso dos poderosos (clero e nobreza), liderou este movimento, inspirada nas ideias de Hobbes, Rousseau, Montesquieu: o poder seria dividido em três funções, atribuídas a três órgãos diferentes. Foi neste momento histórico, em que, como numa traição à ideia originária de dividir-se em três as funções ao poder, concebeu-se um Judiciário sem reais poderes, por desconfiância. Concebeu-se a figura do juiz como um ser inanimado, que seria a ‘boca da lei’. Robespierre dizia: ‘a palavra jurisprudentia deve ser apagada da nossa língua’”. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 25.

¹⁶³ “A manifestação mais radical desta posição se encontra na Escola de Exegese, surgida sob os influxos da Revolução Francesa e do Código Napoleão. Foi época de máxima consagração do individualismo em que se tinha em grande conta a necessidade de ficarem os cidadãos resguardados do arbítrio. A divisão de poderes se deveria impor, então, com rigor extremo. A segurança individual só ficaria devidamente amparada se o direito se encontrasse todo na lei, devendo o juiz aplicá-la silogística e mesmo mecanicamente. Não havia lugar para interpretação. Transparece esta posição nas palavras de Duguit: ‘Ce qui caractérise essentiellement la fonction de juger, c’est que l’Etat est lui-même lié par la constatation du droit subjectif ou du droit objectif et que la décision qu’il rend doit être la conclusion syllogistique de la constatation qu’il a faite’”. OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Sobre o Conceito de Jurisdição. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 16, p. 135-154, out./dez. 1979. **Tradução livre** da parte final do excerto antes transcrito: “O que caracteriza essencialmente a função de julgar é que o próprio Estado está vinculado pela constatação do direito subjetivo ou objetivo e que a decisão que profere deve ser a conclusão silogística de tal constatação”.

¹⁶⁴ Savigny, por exemplo, numa perspectiva estritamente racionalista, concebendo o direito como uma ciência exata, nos moldes da matemática, chegou a associar o direito à geometria: “Puesto que el código está destinado a ser la única fuente del Derecho, debe contener efectivamente de antemano la solución para todos los casos que puedan presentarse. Con frecuencia, se ha considerado que sería posible y bueno adquirir, por medio de la experiencia, un conocimiento completo de los casos singulares en sí mismos, para resolver entonces cada uno de ellos mediante el pasaje correspondiente del código. Pero quien haya observado con atención casos litigiosos se dará cuenta fácilmente de que esta empresa ha de ser infructuosa, porque los casos reales presentan diversidades más allá de lo imaginable. Precisamente en los códigos más modernos se ha abandonado por completo todo esfuerzo por aparentar esta plenitud material, sin que se la haya sustituido por ninguna otra cosa. Y evidentemente tal completitud puede conseguirse de otra manera, que puede explicarse mediante una expresión técnica de la geometría. En efecto, en cada triángulo hay ciertos datos

Historicamente, sabemos que a Revolução Francesa foi um movimento social, político e jurídico, ocorrido no final do século XVIII (o *século das luzes*), resultante da insatisfação do povo com os exageros perpetrados pelos poderosos (o clero e a aristocracia) e com a grave crise econômica por que passava a França.

Foi liderada pela burguesia, inspirada nos ideais iluministas da época¹⁶⁵ - cujas figuras exponenciais foram Voltaire, Jean-Jacques Rousseau e Montesquieu que, por sua vez, seguiram na linha de seus antecessores, como Thomas Hobbes e René Descartes. Esse movimento marcou o início da queda do Estado absolutista, na Europa.

O iluminismo¹⁶⁶ foi um movimento de cunho eminentemente intelectual baseado, fundamentalmente, no uso da razão (racionalismo): *a luz* - como forma de acabar com o regime absolutista da época: *as trevas*. Seus princípios básicos eram a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Segundo as concepções iluministas: “*somente a lei, racionalmente interpretada, poderia dar aos cidadãos a indispensável segurança, protegendo-os da onipotência do Estado*”¹⁶⁷.

René Descartes, fonte inspiradora do iluminismo, sustentava, como se pode extrair de seu *Discurso do Método*, que a universalidade da razão era o único caminho para o conhecimento:

conocidos, de cuya combinación se infieren necesariamente todos los demás: por ejemplo, mediante la combinación de dos lados y el ángulo comprendido entre los mismos, está dado el triángulo. De modo análogo, cada parte de nuestro Derecho tiene fragmentos tales que de ellos se derivan los demás: podemos llamarlos los principios rectores”. SAVIGNY, Friedrich Carl von. **De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho**. Madrid: Universidad Carlos III, 2015, p. 25. **Tradução livre**: “Uma vez que o código se destina a ser a única fonte de direito, deve de fato conter de antemão a solução para todos os casos que possam surgir. Tem sido frequentemente considerado que seria possível e bom adquirir, através da experiência, um conhecimento completo dos casos individuais em si mesmos, e depois resolver cada um deles através da passagem correspondente do código. Mas qualquer um que tenha observado cuidadosamente os casos litigiosos compreenderá facilmente que essa empreitada será infrutífera, porque os casos reais apresentam diversidades para além da imaginação. Precisamente nos códigos mais modernos, todo esforço para fingir essa plenitude material foi completamente abandonado, sem que se tenha substituído por qualquer outra coisa. E, obviamente, tal completude pode ser alcançada de outra maneira, que pode ser explicada por uma expressão técnica da geometria. De fato, em cada triângulo existem certos fatos conhecidos, a partir dos quais todos os outros são necessariamente inferidos: por exemplo, pela combinação de dois lados e pelo ângulo entre eles, é dado o triângulo. Do mesmo modo, cada parte da nossa lei tem fragmentos tais que as outras derivam deles: podemos chamar-lhes os princípios orientadores”.

¹⁶⁵ Burguesia e pensadores partilhavam das mesmas ideias políticas, sociais e econômicas.

¹⁶⁶ “Historicamente, Iluminismo designa um abrangente movimento filosófico que revolucionou o mundo das ideias ao longo do século XVIII. Foi o ponto culminante de um ciclo iniciado com o Renascimento, no século XIV, e que teve como marcos a Reforma Protestante, a formação dos Estados nacionais, a chegada dos europeus à América e a Revolução Científica”. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 26.

¹⁶⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 190.

*Aquele que quer duvidar de tudo não pode todavia duvidar de que ele existe enquanto duvida e que aquele que assim raciocina, não podendo duvidar de si mesmo, e duvidando entretanto de todo o restante, não é o que dizemos ser nosso corpo, mas o que chamamos nossa alma ou nosso pensamento (...)*¹⁶⁸.

Esse foi o pensamento que deu origem ao brocardo: *Penso, logo existo (cogito ergo sum)*.

A filosofia de Descartes influenciou, diretamente, o pensamento jurídico, criando a tendência da busca da verdade pela razão (jusracionalismo) e o declínio do uso da retórica como meio de exercício do direito através do convencimento.

Hobbes, por sua vez, deixou sua colaboração, no âmbito do pensamento jurídico, asseverando que o juiz é mero locutor da lei; a lei como a expressão da vontade do soberano, que diz o que é justo e injusto. Surge, posteriormente, a já mencionada expressão: *le juge est la bouche de la loi* (Montesquieu¹⁶⁹), ou seja, ao juiz bastava descobrir a verdade, pronunciando-a, em sentença, conforme a lei¹⁷⁰.

O jusracionalismo (ou jusracionalismo racionalista) consistia em uma dentre as várias formas de manifestação do *jusnaturalismo*¹⁷¹. Teve como maior representante o holandês Hugo Grócio¹⁷² e por objetivo a busca do direito baseado, estritamente, na razão. Seu intuito

¹⁶⁸ DESCARTES, René. **Carta-Prefácio dos Princípios da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 15. Neste trecho, Descartes trabalha com o *cogito (Penso, logo existo)*, sob a modalidade *duvido, logo existo*, com o fito de traçar uma distinção real entre a alma e o corpo.

¹⁶⁹ “*Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*” **Chapitre VI - De la Constitution d’Angleterre. Livre XI – Des Lois qui forment la Liberté Politique, dans son Rapport avec la Constitution. De l’Esprit des Lois**. Tradução livre: “Mas os juizes da nação são, como já dissemos, apenas a boca que fala as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”. MONTESQUIEU. **De la constitution de d’Angleterre**. Disponível em: <https://mjp.univ-perp.fr/textes/montesquieu.htm>. Acesso em: 04 mar. 2022.

¹⁷⁰ Ovidio Baptista da Silva, em **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**, ao mencionar o Cap. XIV de *Leviathan*, de Hobbes, sustenta que: “*Na verdade, a missão do magistrado reduz-se exclusivamente à aplicação da lei, posto que o direito é apenas a liberdade originária do homem, que a lei haverá de limitar (...)*”.

¹⁷¹ “*Pode designar-se por época do jusnaturalismo os dois séculos (1600-1800) nos quais a antiga filosofia jurídica e social do ocidente (‘jusnaturalismo’), na forma que lhe foi dada pelo primeiro iluminismo, adquiriu uma influência directa sobre a ciência jurídica, a legislação e a jurisprudência da maior parte dos povos da Europa*”. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Tradução: A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 279. Teresa Arruda Alvim, sobre esse período mencionado por Wiacker, assim leciona: “*No período subsequente, o raciocínio jurídico passou a ser visto e considerado como um genuíno pensamento sistemático (1600-1800). O pensamento sistemático passou a predominar em todos os ramos da ciência, da filosofia, da astronomia e até da música. O direito adquiriu um status especial, com dignidade epistemológica*”. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: *Civil Law e Common Law*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 172, p. 121-174, jun./2009.

¹⁷² “*Foi um dos primeiros teólogos, humanistas e juristas de seu tempo [1583 a 1645]. A grandeza do seu nome como pensador político e jurídico baseia-se nomeadamente em três obras [Introdução à ciência jurídica holandesa / Mari Liberum / De jure belli ac pacis libri tres]*”. WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 324.

era a busca da certeza do direito, um direito puramente racional, desvinculado de qualquer condição pessoal, social, econômica ou cultural.

Foi nessa época das ideias e dos ideais¹⁷³ iluministas em que se concebeu o processo de conhecimento, com as características básicas que, hoje, ainda lhe são próprias, como o efetivo contraditório, com vistas a se possibilitar a atuação de um juiz neutro, que não exercesse a sua própria vontade¹⁷⁴ no processo, mas sim que apenas atuasse a vontade da lei, *unívoca e evidente por si mesma*.

E é também nesse campo fértil de ideias do iluminismo e sua íntima ligação com o jusracionalismo¹⁷⁵, que surge a doutrina de Charles-Louis de Secondat – o Barão de Montesquieu - da tripartição das funções do poder do Estado soberano. Na verdade, Montesquieu fez com que essa teoria entrasse para a história¹⁷⁶.

¹⁷³ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 195.

¹⁷⁴ “*La decisione del giudice odierno è determinata necessariamente dalla sua cognizione. È la volontà della legge nel caso concreto: non già una volontà sua propria*”. BETTI, Emilio. La Creazione del Diritto nella “*Jurisdictio*” del Pretore Romano. In: **Studi di Diritto Processuale in Onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento**. Padova: CEDAM, 1927, p. 68. Tradução livre: “A decisão do juiz de hoje é necessariamente determinada por seu conhecimento. É a vontade da lei no caso concreto, não a sua própria vontade”.

¹⁷⁵ “*O jusracionalismo lançou as bases do caráter ideológico ou mesmo utópico da teoria constitucional, da política e dos princípios fundamentais do direito; caráter ideológico e utópico que, depois do jurisdicismo, constitui o segundo traço específico da sociedade europeia moderna. Ele constitui o fundamento tanto dos direitos das gentes da nova comunidade internacional da época moderna como dos princípios constitucionais, quer dos principados absolutos, quer das repúblicas corporativas do noroeste europeu; na história do direito privado, com ele se iniciou, antes de tudo, a racionalização e sistematização do direito comum. Quando, à partir do século XVIII, se combinou com o iluminismo, o jusracionalismo adquiriu – na Europa central já sob o despotismo esclarecido, na França com a revolução francesa – uma influência directa sobre a política do direito e a legislação. (...) E, por fim, quer a soberania popular da revolução francesa, quer federalismo americano (Jefferson) foram ainda fundados no direito natural (...) O jusracionalismo e o iluminismo do séc. XVII e XVIII não são por natureza idênticos. O jusracionalismo foi a nova versão de uma filosofia social continuamente presente na tradição antiga ocidental; o iluminismo, apesar da sua fundamentação filosófica, foi uma ruptura moral ou, em última análise, religiosa, no sentido de uma nova atitude perante a vida, da qual surgiu uma modificação da opinião pública e grandes reformas da vida política. Mas ambos os movimentos estão intimamente ligados: tanto quanto à sua origem, uma vez que o sistema do novo jusracionalismo só se tornou possível através dos pensadores do primeiro iluminismo, como Galileu e Descartes, quer quanto à sua acção, já que o iluminismo justificou jusracionalisticamente as suas exigências humanitárias, tais como a abolição dos delitos de magia, da tortura e das penas corporais*”. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Tradução: A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, pp. 12; 308; 353-354.

¹⁷⁶ “*Como é sabido, quem primeiro entreviu a discriminação de funções do Estado foi ARISTÓTELES, que admitia a existência de três órgãos estatais, a que no entanto não atribuía funções distintas: o poder deliberante, a autoridade e o juiz. A Charles de Secondat, BARÃO DE MONTESQUIEU, todavia, têm cabido as honras de ser o grande construtor dêsse princípio*”. MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 41. Além disso, tem-se que a doutrina da separação de poderes teria, efetivamente, sua origem na *rule of law* dos ingleses: “*Ao falar sobre a rule of law (...), Nicola Matteucci, no grandioso Dicionário de Política, p. 252, diz que essa expressão se fixa na Inglaterra do século XVII, mas assenta claramente em motivos medievais, para afirmar a igualdade dos cidadãos ingleses perante a lei e para combater o arbítrio do Governo que lesasse seus direitos legais. (...) O ponto fundamental a distinguir a versão de Montesquieu das anteriores encontra-se nas funções ou poderes do Estado. Como se viu, a concepção anterior, baseada na rule of law, fazia apenas a distinção entre função legislativa e função executiva, sendo*

Em síntese, Montesquieu, n’*O Espírito das Leis*, quer demonstrar a necessidade de moderação e, conseqüentemente, a cooperação harmônica entre as funções do Estado, o que seria alcançado, de forma ainda mais eficiente, se houvesse a autonomia – mediante a separação – dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, assegurando-se, com isso, um governo mais eficaz¹⁷⁷.

A autonomia das funções do Estado garantiria, no entender de Montesquieu, sua maior legitimidade e, por conseguinte, um funcionamento mais ordenado e racional do próprio Estado.

Foi por isso que, no Capítulo VI (*da Constituição da Inglaterra*), do Livro XI (*Das Leis que formam a Liberdade Política em sua Relação com a Constituição*), de sua mencionada obra *O Espírito das Leis*, Montesquieu assim sustenta:

Par la troisième [puissance], il [État] punit les crimes, ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de

do mérito de Montesquieu a inclusão do Judiciário, de forma a estabelecer um mecanismo de equilíbrio e recíproco controle entre os poderes, ainda que o Poder Judiciário fosse considerado por ele como um poder politicamente ‘nulo’”. NOJIRI, Sérgio. **A Interpretação Judicial do Direito**. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 126-127.

“A novidade deste autor não se encontra na separação das funções estatais – mesmo os gregos da antiguidade já sabiam que não deveriam ser concentradas de modo a evitar arbitrariedades -, nem em sua preponderância no que tange a importância da lei no Estado moderno, mas em ter emancipado a função judiciária ao lado da legislativa e executiva, as três atividades políticas essenciais da esfera política”. PANSIERI, Flávio. **A Liberdade no Pensamento Ocidental**: Tomo II - Liberdade e o Estado Moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 96. Em notas de rodapé, na mesma página, esse autor acrescenta que: “**31**. A discussão acerca da contensão dos poderes já era um tema que integrava o cabedal de autores como Aristóteles e Políbio nas discussões sobre a forma de constituição mista. **32**. Esta é uma interpretação da teoria de Montesquieu em paralelo ao desenvolvimento do Estado. Montesquieu não denomina esta função como judiciária. Com efeito, o autor denomina as três funções como, legislativa, executiva das coisas que dependem dos direitos das gentes e executiva das coisas que dependem do direito civil. Mais importante que a nomenclatura é a essência de cada uma das funções. Segundo o autor, ‘Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos’ (MONTESQUIEU, 1973, p. 157)”.

¹⁷⁷ No sistema romano-germânico, sempre se pensou, pelo menos até recentemente, que a tripartição de poderes, com o exercício exclusivo da legislatura pelo Poder Legislativo e a aplicação das leis pelo Poder Judiciário (jurisdição), seria a melhor forma de se regular as relações em sociedade, em vista de essa ser, em tese, a melhor maneira de se conterem os excessos que, no passado – em regimes anteriores –, eram praticados por aqueles que julgavam. Conforme Lucas Buril de Macêdo: “O civil law é pautado em uma rígida e precisa tripartição dos poderes ou funções do Estado, desenvolvida por Montesquieu. Para o jusfilósofo francês seriam três os poderes, basicamente divididos em criar as leis e aplica-las, sendo estes últimos dois: a aplicação de modo coletivo, com o fim de realizar políticas públicas e em prol da coletividade, e a aplicação no caso concreto: executivo e judiciário. Certamente esta caricatura está longe de representar a complexidade do que se realmente vivencia nos sistemas jurídicos, mas se deve reconhecer, a proposta possui ainda grande influência e se encontra nos fundamentos do pensamento dos juristas desta tradição. A partir da tripartição dos poderes outorgou-se ao legislativo toda a atividade produtiva do direito, e exercer jurisdição não seria mais do que enunciar a vontade concreta da lei ou do legislador: o juiz não passaria de la bouche de la loi, exercendo um poder nulo. Nessa perspectiva, ou o juiz julga em conformidade com a lei – em clara substituição ao Direito – ou julga arbitrariamente. É de se reconhecer que a ‘insistência na separação de poderes destinou-se a prevenir os abusos cometidos pelo soberano e igualmente a conter os excessos em que incorriam os magistrados do regime anterior’, o que demonstra que este modelo de tripartição, como não pode deixar de ser, teve importante compromisso ideológico e finalístico com o seu tempo”. MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 34.

*juger, et l'autre simplement la puissance exécutive de l'État. (...) Tout serait perdu, si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers*¹⁷⁸.

E, por qual motivo se trata desse desenvolvimento histórico, neste momento do trabalho? Porque é, também nessa época, por força da doutrina de tripartição das funções do poder, estabelecida por Montesquieu, que se fortalece um dogma no sentido de que a jurisdição seria uma atividade/poder exclusivo do Estado, consistente em seu poder de julgar.

Da análise do pensamento de Montesquieu¹⁷⁹, entretanto, chega-se à conclusão de que esse filósofo iluminista defendeu a tripartição e a autonomia das funções do Estado: legislativa, executiva e judiciária, sem, contudo, propor a *exclusividade* da jurisdição ao poder soberano do Estado.

Todavia, não são poucos os doutrinadores (aqui representados por Chiovenda) que sustentam seria a jurisdição função exclusiva do Estado¹⁸⁰. No entanto, essa concepção parece estar atrelada à certa época histórica e que, portanto, o mais correto é ter a jurisdição

¹⁷⁸ **Tradução livre:** “Pelo terceiro [poder], ele [o Estado] pune crimes, ou julga as disputas dos indivíduos. Este último será chamado o poder de julgar, e o outro simplesmente o poder executivo do Estado. (...) Todos estariam perdidos se o mesmo homem ou o mesmo corpo de superiores, ou de nobres, ou do povo, exercessem esses três poderes: o de fazer leis, o de executar resoluções públicas e o de julgar os crimes ou disputas de indivíduos”.

¹⁷⁹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas D., em ensaio publicado na *Revista de Processo*, São Paulo, n. 108, out/dez-2002, p. 9-31: **Hobbes, Montesquieu e a teoria da ação**, traz interessante crítica acerca do dogma que se impôs sobre a doutrina de Montesquieu, sustentando, com respaldo, também, em Mauro Cappelletti, que: “Ao afirmar que, se a lei é precisa, o juiz a segue, Montesquieu atribui ao juiz, obviamente, interpretar-lhe o texto, a fim de verificar se é clara, se é ‘precisa’ e, portanto, se é caso de segui-la, ou se, ao contrário, não é precisa, não é clara, e cabe, então, buscar-lhe o espírito. Logo, fica afastada a existência daquele ser inanimado (bouche de la loi) que pronuncia as palavras da lei. Em estudo publicado em língua inglesa, com este sugestivo título: *Repudiating Montesquieu? ‘The expansion and legitimacy of Constitutional Justice’* (...), Mauro Cappelletti, após referir as passagens que venho de mencionar, observa que ‘a teoria de Montesquieu não é isenta de ‘serias ambiguidades’, para adiante perguntar: ‘Did Montesquieu, then, ‘repudiate’ – or, in fact, contradict – himself? Where is the real Montesquieu?’. O breve confronto entre as considerações expostas por Montesquieu no Livro XI, Cap. VI, e no Livro VI, Cap. III, contribui, ao menos assim penso, para facilitar a compreensão do seu pensamento, que não me parece possível reputar partidário da exegese tão-só literal, servilmente submissa às palavras da lei”.

¹⁸⁰ Cézár Fiuza assim também o entende e, como tantos outros, muito embora critique a atuação do Estado no desenvolvimento da atividade jurisdicional, sustenta ser a arbitragem um equivalente jurisdicional, ao contrário do entendimento que predomina, nesse sentido, como se terá a possibilidade de analisar, adiante, neste trabalho: “Aqui não se trata, porém, de lutar pelo fim do monopólio estatal sobre o poder jurisdicional. Trata-se sim de analisar os vários equivalentes desse poder que, em nada, ameaçam o tal monopólio. A jurisdição é do Estado. Nada impede, todavia, que a sociedade se ampare em alternativas mais baratas e rápidas, voltando-se, sempre que necessário, ao Poder Público para a palavra final e para o uso da força, obrigando os vencidos a cumprirem a decisão proferida.

O Estado é falho em sua função jurisdicional, aliás, como em muitas outras. As razões desse mau funcionamento encontram raízes na própria evolução histórica e na ânsia pela manutenção do sistema econômico. Pode-se, facilmente, concluir que as falhas da jurisdição são opção histórica do sistema”. FIUZA, Cézár. **Teoria Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1995, p. 35.

como uma das funções do Estado, não exclusiva, e ligada à sua atividade judiciária, própria do Poder Judiciário.

4 JURISDIÇÃO COMO FUNÇÃO (NÃO EXCLUSIVA) DO ESTADO

4.1 AUSÊNCIA DE ABSOLUTA EXCLUSIVIDADE DAS FUNÇÕES ESTATAIS: LEGISLATIVA (PELO PODER LEGISLATIVO), EXECUTIVA (PELO PODER EXECUTIVO) E JUDICIÁRIA (PELO PODER JUDICIÁRIO)

Assim como soa equivocado afirmar-se que a jurisdição é atividade exclusiva do Estado, parece também errado dizer-se que as funções do Estado¹⁸¹ são absolutamente autônomas entre si, sem qualquer interdependência e ligação, de forma que os órgãos do Legislativo exerceriam, tão somente, a atribuição de legislar, sem qualquer atividade jurisdicional ou executiva, ou que o Executivo não desenvolveria nenhuma atividade de natureza jurisdicional ou legislativa ou, ainda, que o Judiciário não desenvolveria atividades de natureza executiva e/ou legislativa¹⁸².

Já há algum tempo esse tema é explorado pela doutrina, e parece não haver dúvidas de que “*é impossível atribuir a criação de Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções*”¹⁸³.

Navegando pela Constituição, percebe-se haver atividade jurisdicional em órgãos do Legislativo e do Executivo, assim como funções legislativa e executiva, no Poder Judiciário.

O art. 51, I, CF prevê a competência privativa, da Câmara dos Deputados, para a autorização e instauração de processo contra o Presidente da República, assim como contra o Vice-Presidente e os Ministros de Estado. É o *impeachment*, autêntico processo – com

¹⁸¹ Nesse sentido, o magistério de Rodolfo de Camargo Mancuso: “Deve-se ainda ter presente a corrente utilização da palavra *jurisdição* ao interno de instâncias não integrantes da Justiça estatal (esta composta dos órgãos elencados, em *numerus clausus*, no art. 92 e incisos da CF), tais os Tribunais de Contas; os Tribunais de Impostos e Taxas; o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a cujo respeito o art. 4.º da Lei 12.529/2009 refere como ‘entidade judicante, com *jurisdição* em todo o território nacional (...)’; os Tribunais de Arbitragem, a que a lei 9.307/96 atribui caráter *jurisdicional*, ao dispor no 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*’. (A propósito, dispõe o novo CPC, no § 6.º do art. 337: ‘A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral’).” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 108 (grifos nossos).

¹⁸² “*Em conclusão, o Direito Constitucional Contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado ‘freios e contrapesos’ (checks and balances) (...). A estes órgãos, a Constituição Federal confiou parcela da autoridade soberana do Estado, garantindo-lhes autonomia e independência*”. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 428.

¹⁸³ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 386.

efetivo contraditório – objeto de decisão condenatória final, que pode acarretar a cassação do cargo da autoridade: verdadeira jurisdição exercida pelo Poder Legislativo.

O art. 52, CF, por sua vez, prevê, também como modalidade de atividade jurisdicional, a competência exclusiva do Senado para o processamento e o julgamento: do Presidente, do Vice-Presidente e dos Ministros de Estado, nos crimes de responsabilidade e conexos.

Por outro lado, o Tribunal de Contas da União – órgão colegiado, a cargo do Congresso Nacional (art. 71, CF), desempenha funções jurisdicionais administrativas e, dentre suas diversas atribuições, julga as contas dos administradores públicos, ao que está subsumido o Poder Judiciário¹⁸⁴.

O Presidente da República, nos termos do art. 62, *caput*, CF pode, em casos de urgência e relevância, adotar medidas provisórias, que têm força de lei, a quais serão submetidas, ao Congresso para aprovação, claríssima hipótese do desenvolvimento de atividade legislativa pelo Executivo¹⁸⁵.

Ainda, um exemplo de atividade legislativa exercida pelo Judiciário¹⁸⁶, a demonstrar a possível e natural ausência de pureza das funções exercidas pelos poderes do Estado, é a edição de Resoluções, Portarias, Regimentos Internos de Tribunais e demais documentos que são verdadeiras leis de aplicação, obviamente, vinculativa a todos os jurisdicionados, a depender de seu alcance: Federal ou Estadual. Isso porque “*não é possível definir fronteiras separando essas funções entre si*”¹⁸⁷.

Ovídio Baptista da Silva vai ainda mais longe e, citando Henry Vizioz, sustenta que: “*Um dos exemplos de ato não jurisdicional contido na jurisdição contenciosa, segundo Vizioz, seria a concessão de uma ‘astreinte’ contra o devedor de uma obrigação de fazer*”, com vistas a explicar a diferença entre *atos de jurisdição* e *atos de comando*, que, para ele,

¹⁸⁴ PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. v. 2.

¹⁸⁵ Ainda, como leciona Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco: “*O art. 61 § 1º, I e II, da Constituição elenca assuntos da iniciativa privada do Presidente da República, que abrange leis que fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos, na Administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; que versem sobre organização administrativa e judiciária. Matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; (...)*”. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 903.

¹⁸⁶ “*No texto da Lei Maior, normas se encontram, porém, em que ao Judiciário se atribuem funções de outra natureza*”. MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 55. Também nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 902: “*A Constituição cuida de iniciativa privada de tribunais. É da iniciativa reservada do Supremo Tribunal Federal a lei complementar sobre o Estatuto da Magistratura (CF, art. 93). Os tribunais têm competência privativa, nos termos do art. 96, I, d, para propor a criação de novas varas judiciárias*”.

¹⁸⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 386.

seriam diversos. Essa lição visa a demonstrar que, mesmo na atividade do Judiciário existem atos não revestidos da natureza não jurisdicional¹⁸⁸.

Estas breves considerações acerca das funções do Estado servem para, sobretudo, dar fundamento à nossa posição no sentido de que, assim como a tripartição das funções do poder tem o propósito de organizar as atividades do Estado, sem que tais funções sejam absolutamente exclusivas: Legislativa, Executiva e Judiciária, da mesma forma pode-se dizer ser acidental a circunstância de que a jurisdição esteja sendo exercida por um órgão do Estado.

4.2 ATIVIDADE NÃO EXCLUSIVA DO ESTADO

Neste trabalho, já foi dito que a jurisdição, historicamente, jamais foi uma *atividade* exclusiva do Estado, carecendo, portanto, de sentido acrescentar-se essa circunstância na sua definição.

Em verdade, viu-se que há vestígios de que a jurisdição, concebida como sendo a atividade de *declarar o direito*, surgiu como uma atividade exercida por particulares (no exercício do múnus de *arbiter*) e que, com o surgimento do Estado e sua característica de ente soberano, a jurisdição passa a, também e em paralelo, ser exercida pelo Estado. Além disso, viu-se que esse cenário foi propício para o surgimento de um dogma no sentido de que a jurisdição seria atividade de exercício exclusivo do Estado.

Assumi-se, para a elaboração deste estudo, o conceito de jurisdição amparado, conforme lição de Dinamarco, no tríduo: *poder, atividade e função*, assim como adotou-se a característica principal apontada por Chiovenda que é a função da *substitutividade* da jurisdição.

Em verdade, tem-se que jurisdição é o *tríduo*: poder/atividade/função que os interessados conferem a um terceiro com o objetivo de solucionar um conflito, de forma que a jurisdição tem direta relação com a pacificação social e sua atribuição a alguém não decorre, necessariamente, da lei, mas pode decorrer, também, da vontade das partes.

Com a assunção dessas premissas e mesmo que se adote a característica da jurisdição apontada por Chiovenda (da *substitutividade*), chega-se à conclusão de que essa atividade pode ser e é, também, exercida por particular.

¹⁸⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 21.

Tal conclusão deriva do entendimento de que a afirmação de que a jurisdição é atividade exclusiva do Estado é dogma que pode ter surgido de uma distorcida interpretação da doutrina de Montesquieu de separação das funções do poder do Estado, assim como, repita-se, de uma errônea postura assumida face ao surgimento do Estado moderno soberano.

Ademais, como já foi destacado, a jurisdição não é, necessariamente, composta pelo elemento império. Assim o será quando exercida pelo Estado, pois que atos de império são de exclusividade deste. O império, sim, deriva, unicamente, do poder de autoridade: da soberania do Estado.

Com isso, pode-se afirmar que a jurisdição só abrange, acidentalmente, o poder de império, quando exercida por força da soberania do Estado, de forma que a jurisdição particular não está revestida desse poder, sem que isso, contudo, se lhe retire a característica e a natureza de jurisdição.

Como já se sustentou: jurisdição e império *não*, necessariamente, *andam de mãos dadas*.

A dicotomia jurisdição/império pode ser aferida da clássica lição de Ebert Chamoun¹⁸⁹, ao discorrer acerca do direito processual romano:

Os magistrados judiciários que exerciam a ordo iudiciorum privatorum eram, em Roma, o pretor urbano¹⁹⁰, (...). Os seus poderes (...) eram o imperium e a iurisdictio. O imperium consistia no poder de ordenar ou de proibir certos atos, sancionado com multas e medidas executivas; a iurisdictio definia-se como o poder de declarar o direito e resumia-se em investir o juiz (dare), atribuir a posse provisória da coisa durante o processo (dicere) e conferí-la definitivamente ao vencedor (addicere).

¹⁸⁹ CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 121.

¹⁹⁰ Que, como visto em itens anteriores deste nosso trabalho, era o representante do Estado.

5 IMPERIUM

Jurisdição e império são fenômenos distintos. Podem estar conectados, porém não necessariamente.

A jurisdição, como já vimos, à época do Direito Romano, era atividade exercida pelo (i) Pretor – representante do Estado – que declarava (*iurisdictio*)¹⁹¹, na primeira fase do processo romano (*in iure*), se havia um conflito a ser dirimido pelo (ii) *iudex*, responsável (escolhido dentre os do povo) pelo efetivo julgamento da demanda, durante a segunda fase do procedimento (*iudicio*).

O Pretor, contudo, era o único que detinha o império, poder, originalmente, detido exclusivamente pelo Rei, derivando, portanto, do poder da AUTORIDADE.¹⁹²

Relembrando, o rei (*rex*) era o único a deter o poder público (*potestas publica*), do que decorria o poder de império (*imperium*) e, por isso, desenvolvia, inicialmente, o papel de *iudex* (encargo esse que, posteriormente, passa a ser desenvolvido pelo pretor).

O conceito de império, no Direito Romano, não se confundia – assim como não se confunde - com a *iurisdictio*, esta um poder de dizer o direito, de aplicar a lei, de resolver conflitos, de pacificação social. O império não está nem mesmo abrangido pela jurisdição.

O império era o poder de ordenar ou proibir determinados atos, nos litígios. Era, e sempre foi, um poder resultante e exclusivo da autoridade do Estado:

*O imperium era o poder de mando, de fazer valer a sua autoridade. Segundo a doutrina, é um poder unitário, distinto da iurisdictio, que era o poder conferido aos magistrados de declarar o direito, e não julgar, exercida in iure. Assim, é que a iurisdictio derivou do poder de imperium, ambos inicialmente detidos pelo Rex. Portanto, existiam magistrados que detinham a iurisdictio sem imperium ou cum imperium*¹⁹³.

Ainda na época do Processo Romano, por influência da filosofia grega, chega, a solo romano, a *Aequitas*, um princípio que passa a ser intensamente utilizado pelos Pretores, sobretudo na fase do Processo Formulário, período rico na criação do direito Pretoriano.

¹⁹¹ “A concepção romana de jurisdição, enquanto oposição entre *iurisdictio* e *imperium*, como há pouco se viu, através de uma observação de Luzzatto, é suficiente para demonstrar a redução do campo jurisdicional apenas a seu momento declaratório”. SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 36.

¹⁹² BETTI, Emilio. La Creazione del Diritto nella “*Iurisdictio*” del Pretore Romano. In: **Studi di Diritto Processuale in Onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento**. Padova: CEDAM, 1927, p. 113.

¹⁹³ CARMIGNANI, Maria Cristina. A *Aequitas* e a Aplicação do Direito em Roma. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 115-129, jan./dez. 2009, p. 122, nota rodapé 38.

Com isso, acaso fossem necessárias novas regras, essas eram inseridas nos Editos dos Pretores e, assim, aplicadas no Processo Formulário. Os Pretores podiam, assim, corrigir omissões ou incongruências do *ius civile*, com vistas a evitar a prolação de julgamentos iníquos, exatamente o propósito da *Aequitas*, na concepção de Aristóteles.

O Processo Formulário, com características menos rígidas do que o das *Legis Actiones*, possibilitava aos Pretores - em decorrência de seu *imperium* e *iurisdictio*¹⁹⁴ -, através da expedição dos Editos, a aplicação de um direito mais atual que o do *ius civile* e isso, repita-se, com um forte embasamento, também, na *Aequitas*.

Assim, vê-se uma espécie de “atividade criadora de direito” do Pretor na edição, na atualização e na complementação dos Editos (*perpetuum* e *repentinum*), assim como no julgamento baseado na *Aequitas* e na possibilidade que tinham, ao julgar, de afastar a aplicação do *ius civile*, tudo isso com o objetivo maior de se evitarem julgamentos iníquos¹⁹⁵.

De se mencionar, ainda daquele período clássico, que, em virtude do *imperium* do Pretor, assim como fruto da aplicação da *Aequitas*, outros institutos também foram criados, durante o Processo Formulário, pelo Direito Pretoriano, e que, aqui, serão objeto de consideração:

(i) O interdito (remédio que surgiu antes mesmo da edição da *Lex Aebutia*), uma espécie de ordem proferida pelo Magistrado, com o intuito de: proibir algo (interdito proibitório), obter a restituição de algo (interdito restitutivo) ou conseguir a exibição de coisa ou pessoa (interdito exhibitório);

(ii) As *Stipulationes* – estipulação da obrigação, mediante um decreto proveniente do Magistrado, de estabelecimento de uma relação jurídica entre as partes litigantes;

¹⁹⁴ CANDIDO, Austréa Magalhães. A Tríade do Processo per Formula Formulae, Praetores, Aequitas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 106/107, p. 655-676, jan./dez. 2011, especialmente p. 673.

¹⁹⁵ “It became the province of aequitas to fulfil this role of correcting the *ius civile* in its concrete application. But the praetors did not stop there. They soon began to generalize the equitable solution they were developing for concrete situations and did so by turning the formula originally granted to a particular plaintiff into a general formula available for all in the edictum. Hence, in sum, how the Praetorian law was born”. BENEDEZZI, Renato. **Equity in the Civil Law Tradition**. Suíça: Springer, 2021, p. 29-30. **Tradução livre**: “Passou a ser de competência da *Aequitas* cumprir o papel de corrigir o *ius civile* em sua aplicação concreta. Mas os pretores não pararam por aí. Eles logo começaram a generalizar a solução equitativa que estavam desenvolvendo para situações concretas e o fizeram transformando a fórmula originalmente concedida a um determinado autor em uma fórmula geral disponível para todos no édito. Foi assim, em suma, que nasceu o direito pretoriano”.

(iii) *Missio in Possessionem* – conforme resolução pretoriana, o interessado estava autorizado a pleitear, em caráter cautelar ou preparatório, a imissão na posse de um bem, sempre em conformidade com o rol previsto no Edito; e

(iv) *Restitutio in Integrum* – ação que visava à desconstituição da sentença, com o fito de anular os negócios ou atos jurídicos assim como as sentenças injustas – em razão de sua iniquidade em relação a uma das partes. Havia requisitos a serem preenchidos para o cabimento da *restitutio*, como o efetivo prejuízo e a existência de justa causa.

A lição de Accarias¹⁹⁶ ratifica o enunciado de que o *imperium* não pode ser confundido com a *iurisdictio* e de que esta é um aspecto do *imperium*, que, grosso modo, é o poder de comandar, com a possibilidade de se recorrer à força, do que eram investidos os grandes magistrados romanos.¹⁹⁷

Engelmann¹⁹⁸, por sua vez, ainda sobre o *imperium*, no Processo Romano, divide-o em dois, ressaltando, assim, uma efetiva diferença entre império e jurisdição:

The 'jurisdictio' was thereupon delegated to the praetor. As, however, he possessed not alone the 'jurisdictio' but with it also the 'imperium', a distinction came to be made between 'imperium merum' and 'imperium mixtum'. 'Merum imperium', according to Ulpian, is: 'habere gladii potestatem ad animadverndum in facionorosos homines, quod etiam potestas appellatur', – hence criminal jurisdiction. That which was conferred upon the praetor was the 'mixtum imperium, quod jurisdictini cohaeret', 'cui etiam jurisdictio inest', – thus, a power which is associated with and embraces 'jurisdictio'. It results from this contrast that 'jurisdictio' signifies only civil jurisdiction.

¹⁹⁶ ACCARIAS, Calixte. **Précis de droit romain**. Paris: Pichon, 1886-1891. v. II, p. 646.

¹⁹⁷ “*Siffatta* coercio è *ínsita anch'essa ab origine nell'imperium*”. BETTI, Emilio. La Creazione del Diritto nella “*Jurisdictio*” del Pretore Romano. In: **Studi di Diritto Processuale in Onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento**. Padova: CEDAM, 1927, p. 80. Tradução livre: “Tal coerção também teve origem no império”.

¹⁹⁸ ENGELMANN, Arthur. **A history of continental civil procedure**. Boston: Little Brown, 1927. (The continental legal history series, v. VII), p. 254. Tradução livre: “a 'jurisdição' foi delegada ao pretor. Como, entretanto, ele possuía não somente a 'jurisdição', mas com ela também o '*imperium*', foi feita uma distinção entre '*imperium merum*' e '*imperium mixtum*'. O '*Merum imperium*', segundo Ulpian, é: '*habere gladii potestatem ad animadverndum in facionorosos homines, quod etiam potestas appellatur*', - daí a jurisdição criminal. O que foi conferido ao pretor foi o '*mixtum imperium, quod jurisdictini cohaeret*', '*cui etiam jurisdictio inest*', - portanto, um poder que está associado e abraça a '*jurisdictio*'. Resulta deste contraste que '*jurisdictio*' significa apenas jurisdição civil”.

Também Emilio Betti correlaciona império e jurisdição, afirmando que esta é, apenas, um aspecto do *imperium*, de forma que os dois elementos não se confundem¹⁹⁹.

De Martino²⁰⁰ é bastante preciso ao diferenciar jurisdição e império:

O famoso problema que por séculos tem atormentado a ciência jurídica, em torno da distinção entre império e jurisdição não merece, no fundo, nem historicamente nem dogmaticamente uma profunda investigação. Ele não é a bem considerar, nenhum problema. Império é poder do magistrado, aliado num senso indefinido e geral. Jurisdição é, ao contrário algo de infinitamente determinado e específico, ainda que se queira considerá-la como emanção do império. Por isso, a distinção existe e não existe. Existe enquanto império é um conjunto de poder, ao passo que jurisdição é um singular poder; não existe enquanto também a jurisdição é emanção do próprio império (...).

Não menos esclarecedora é a lição de Cruz e Tucci²⁰¹, no sentido de que:

O imperium, até então exclusivo do rex, é transferido, de forma mais limitada e restrita, aos novos órgãos. Esse poder, no entanto, não pode ser tido como sinônimo de iurisdictio, porquanto o conceito desta é distinto daquele de imperium. Enquanto o imperium é considerado pela doutrina como um poder unitário e determinado, a iurisdictio podia ser delegada, como ocorria com os magistrados municipais, que desprovidos de imperium, detinham aquela por delegação do pretor.

Assim como a jurisdição é um aspecto do *ius imperium*, também o é a coerção. Entretanto, a coerção só pode ser admitida no contexto do *ius imperium*: o Estado é quem, exclusivamente, tem legitimidade para agir com força; o que não ocorre com a jurisdição.

Importante destacar que *ius imperium* e coerção não se confundem. A coerção relaciona-se com a ordem jurídica e esta é dever do Estado²⁰², que decorre de sua soberania.

¹⁹⁹ “*Secondo la concezione romana, il potere discrezionale del magistrato giusdicente inerisce alla sua stessa iurisdictio ed è parte integrante della sua potestà di comando e di decisione, del suo imperium: poichè la iurisdictio non è che un aspetto, una funzione specifica, dell’imperium*”. BETTI, Emilio. La Creazione del Diritto nella “Iurisdictio” del Pretore Romano. In: **Studi di Diritto Processuale in Onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento**. Padova: CEDAM, 1927, p. 76. **Tradução livre**: “De acordo com a concepção romana, o poder discricionário do magistrado é inerente a sua própria iurisdictio e é parte integrante de seu poder de comando e decisão, de seu imperium: já que iurisdictio é apenas um aspecto, uma função específica, do *imperium*”.

²⁰⁰ DE MARTINO, Francesco. **La Giurisdizione nel Diritto Romano**. Padova: CEDAM, 1937, p. 255, tradução livre.

²⁰¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 43, citando De Martino, Armando Torrent e Antonio Fernandez de Bujan.

²⁰² Pode-se notar a coerção do Estado, também, n’O Estado capitalista, aqui sob o viés econômico: “*Numa economia de mercado a função do Estado consiste em proteger a vida, a saúde e a propriedade de seus cidadãos contra o uso de violência ou fraude. O Estado garante o suave funcionamento da economia de mercado com o peso de seu poder de coerção. Abstém-se, entretanto, de qualquer interferência na liberdade de ação das pessoas que atuam na produção e distribuição, desde que tais ações não envolvam o uso de força ou fraude contra a vida, a saúde, a segurança e a propriedade de terceiros. Isso é o que, essencialmente, caracteriza uma economia de mercado ou capitalista*”. VON MISES, Ludwig. **Intervencionismo. Uma Análise Econômica**. 3. ed. São Paulo: LVM Editora, 2018, p. 112. Ainda: “*O Estado é o aparelho de compulsão e coerção*”. VON MISES, Ludwig. **Liberalismo**. 2. ed. São Paulo: LVM Editora, 2010, p. 81.

O *ius imperium*, por sua vez, é um direito próprio, inerente ao Estado, enquanto entidade que organiza a sociedade. É uma das principais características do Estado e pode ser definido como o poder jurídico para impor normas, organizar-se, impor sanções, realizar desapropriações, impor tributos, administrar recursos e executar atos administrativos²⁰³.

Poder-se-ia dizer que o *ius imperium* é o efeito prático de se fazer cumprir a ordem.

Sob o ponto de vista de S. Thomás de Aquino²⁰⁴, a coerção é uma condição necessária para a eficácia da lei, pois ela deve ter por intuito conduzir o homem à boa conduta, ao comportamento justo, à virtude social. A coerção, assim, envolve a ação do Estado com vistas a estabelecer a ordem e a garantir os direitos fundamentais. A coerção é elemento indissociável da ordem jurídica, elemento essencial para a consecução da ordem jurídica. A coerção é o elemento no qual se manifesta a verdadeira natureza do direito.

Como afirmou Jhering²⁰⁵, direito (aqui, no sentido de um complexo de normas) sem coerção, é fogo que não queima, é chama que não alumia...

Historicamente, portanto, sempre houve independência entre a jurisdição e o *imperium*, este, sim, derivado do poder de autoridade e, portanto, do Estado. Se o *imperium* abrangia, necessariamente, a jurisdição, o contrário não pode ser dito.

Nunca houve, também historicamente, como já se observou, – ao contrário do que ocorre com o *imperium* -, qualquer *necessária* ou *obrigatória* ligação entre a jurisdição e o Estado, ou seja, nunca se teve a jurisdição como função/atividade/poder exclusiva do Estado.

O *imperium* é poder exclusivo do Estado que, por força de seu poder soberano, cria uma relação de subordinação com o particular²⁰⁶.

²⁰³ TORRIJON, Edwin Flores. Restricciones al ius imperium y a la autonomia de los gobiernos locales. **Centro de Estudios de Derecho Municipal**. Disponível em: https://www.usmp.edu.pe/derecho/centro_derecho_municipal/articulos/RESTRICCIONES_AL_IUS_IMPERIUM_Y_A_LA_AUTONOMIA_DE_LOS_GOBIERNOS_LOCALES.pdf. Acesso em: 25 jul. 2021.

²⁰⁴ HIRSCHBERGER, Johannes. **História da Filosofia na Idade Média**. 2. ed. São Paulo: Ed. Herder, 1966.

²⁰⁵ “A coacção exercida pelo Estado constitue o critério absoluto do direito; uma regra de direito desprovida de coacção jurídica, é um contra-senso: é um fogo que não queima, um facho que não alumia. E pouco importa que essa coacção seja exercida pelo juiz (civil ou criminal) ou pela auctoridade administrativa. Todas as normas realizadas por este modo constituem direito; e todas as outras, embora de facto encontrassem uma obediência universal, carecem d'esta qualidade; e só a adquirem quando se lhes vem juntar o elemento exterior da coacção publica”. JHERING, Rudolf Von. **A Evolução do Direito**. Vertido da trad. francesa de O. de Meulenaere, por Abel D’Azevedo. Lisboa. Antiga Casa Bertrand – José Bastos & C.a – Editores, [19--].

²⁰⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 73.

6 FUNÇÃO CRIADORA DA JURISDIÇÃO (*INTER PARS*)

Como já tivemos a oportunidade de afirmar, não só neste ensaio, mas em obra acerca da aplicação dos precedentes vinculantes, no âmbito do Código de Processo Civil e da Arbitragem²⁰⁷, hoje predominam sistemas políticos em que há a tripartição de funções do poder do Estado, com o exercício, pretensamente exclusivo, da legislatura pelo Poder Legislativo e a aplicação das leis pelo Poder Judiciário.²⁰⁸

Também no *civil law* - ao contrário do que se pode pensar - tudo começou, assim como no *common law*, com a repetição de casos e, portanto, com a repetição de julgados, cristalizando-se os costumes que se tornaram, já à época, uma fonte de direito.²⁰⁹ Mesmo os

²⁰⁷ BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem**. São Paulo: Ed. RT, 2017.

²⁰⁸ “O *civil law* é pautado em uma rígida e precisa tripartição dos poderes ou funções do Estado, desenvolvida por Montesquieu. Para o jusfilósofo francês seriam três os poderes, basicamente divididos em criar as leis e aplica-las, sendo estes últimos dois: a aplicação de modo coletivo, com o fim de realizar políticas públicas e em prol da coletividade, e a aplicação no caso concreto: executivo e judiciário. Certamente esta caricatura está longe de representar a complexidade do que se realmente vivencia nos sistemas jurídicos, mas se deve reconhecer, a proposta possui ainda grande influência e se encontra nos fundamentos do pensamento dos juristas desta tradição. A partir da tripartição dos poderes outorgou-se ao legislativo toda a atividade produtiva do direito, e exercer jurisdição não seria mais do que enunciar a vontade concreta da lei ou do legislador: o juiz não passaria de la bouche de la loi, exercendo um poder nulo. Nessa perspectiva, ou o juiz julga em conformidade com a lei – em clara substituição ao Direito – ou julga arbitrariamente. É de se reconhecer que a ‘insistência na separação de poderes destinou-se a prevenir os abusos cometidos pelo soberano e igualmente a conter os excessos em que incorriam os magistrados do regime anterior’, o que demonstra que este modelo de tripartição, como não pode deixar de ser, teve importante compromisso ideológico e finalístico com o seu tempo. Esta primeira e importantíssima característica leva, necessariamente, à segunda: a função e o valor dos juízes e dos legisladores. Como já se disse, a partir da codificação e das concepções do positivismo legalista, desenvolveu-se o ideal de que criar o Direito seria tarefa exclusiva do legislador, vedada aos magistrados, que deveriam se limitar a simplesmente aplicar a lei. Esta concepção parte do pressuposto de que a lei seria completa e simples, portanto, capaz de antever todos os casos que venham a ser juridicamente tratados, e mais: todo fenômeno jurídico se esgotaria na lei. Assim, as próprias lacunas legais deveriam ser resolvidas pelos juízes com base na vontade do legislador: ‘o dogma da onipotência do legislador implica, portanto, num outro dogma estreitamente ligado ao primeiro, o da completude do ordenamento jurídico’. Em algumas propostas de codificação obrigava-se o julgador, em caso de omissão, contradição ou obscuridade da lei, a recorrer à assembleia legislativa para resolver o problema, afirmando radicalmente o princípio de que o juiz não poderia criar direito”. MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 34-36.

²⁰⁹ “Aos poucos, os costumes, que eram um acordo por meio do qual se manifestava a repetição do passado, porque eram repetidos, passaram a se destacar (*détacher*) da condição de serem costumes, por serem confirmados, ‘para, assim, renascer, num segundo nível, o da autoridade judiciária (...) o costume reconhecido na justiça dirá respeito ‘a todos os homens de um mesmo lugar’, mesmo que eles não tenham sido partes no processo. Houve quem afirmasse à época – século XIV – ‘que uma sentença poderia ‘criar’ um costume, que se aplicaria como um verdadeiro direito a todos os habitantes, mesmo que estes pudessem ser ignorantes quanto à sua existência’. Os costumes eram, por assim dizer cristalizados ou solidificados, quando confirmados por uma decisão judicial, quando chancelados pela autoridade de um juiz. Mas, a esta altura, ainda não havia direito abstrato, em tese, até por que não havia nenhum poder central para editá-lo”. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 22-23.

romanos (fonte dos dois mencionados sistemas atuais) tratavam seus processos à base do “caso a caso”.

O sistema de leis escritas e, posteriormente, de códigos, como já dissemos, foi fruto, sobretudo, de um movimento que desembocou na Revolução Francesa,²¹⁰ com o propósito de se conter a arbitrariedade dos juízes. Não se admitia a interpretação (*le juge bouche de la loi*)²¹¹.

A pretensão, com a edição de normas gerais, formuladas, *a priori* e independentemente de casos concretos (componente essencial do Estado de Direito)²¹², que, posteriormente, vieram a ser codificadas²¹³, era a de açambarcar “toda” a “realidade”, por meio de tipos legais. Era muito mais fácil que o legislador fechasse, em leis, o espectro das situações que

²¹⁰ A Revolução Francesa foi “um movimento social, político e jurídico que ocorreu no final do século XVIII. O centro de poder, pela via da revolução sangrenta, se transferiu para o povo. A classe emergente, a burguesia, insatisfeita com o abuso dos poderosos (clero e nobreza), liderou este movimento, inspirada nas ideias de Hobbes, Rosseau, Montesquieu: o poder seria dividido em três funções, atribuídas a três órgãos diferentes. Foi neste momento histórico, em que, como numa traição à ideia originária de dividir-se em três as funções ao poder, concebeu-se um Judiciário sem reais poderes, por desconfiança. Concebeu-se a figura do juiz como um ser inanimado, que seria a ‘boca da lei’. Robespierre dizia: ‘a palavra jurisprudência deve ser apagada da nossa língua’”. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 25.

²¹¹ “Já a tradição romanística, própria dos povos do continente europeu, e que passou para o Brasil, é distinta. Encontramos desde Justiniano uma expressa proibição de se decidir conforme o precedente (*‘non exemplis, sed legibus judicandum est’* – Codex, 7, 45, 13). E nas grandes codificações que ocorreram na Era Moderna repetiram-se preceitos semelhantes (por exemplo, o Código Prussiano – *Allgemeines Landrecht* – de 1794). Assim, ao contrário do sistema anglo-saxônico em que, desde os primórdios, se reconhecia que o juiz podia julgar conforme a equity mesmo em oposição ao common law (o direito costumeiro, comum a toda a Inglaterra), no Continente as decisões deviam ser subordinadas à lei de modo geral. Esta adquire desde cedo uma preeminência que nem mesmo as leis anglo-saxônicas (os statutes), não obstante sua publicação nos tempos atuais, chegam a alcançar (guardando uma função auxiliar, de complementação e esclarecimento do direito comum – o common law). Houve, na verdade, desde o princípio, uma desconfiança social em face da figura do juiz, papel ligado ao Estado e que pouco a pouco se insere na sua administração, adquirindo a condição de funcionário público. Esta desconfiança é bem clara na época da Revolução Francesa, pois os juízes eram vistos como homens do Antigo Regime, tanto que o direito pós-revolucionário cuidou de limitá-los o poder, no que foi acompanhado pela doutrina, segundo a qual o juiz aplica o código e nada mais do que isso”. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1993, p. 220-221.

²¹² Segundo PIÇARRA, Nuno: “a edição de normas gerais e abstratas, prévia e independentemente de casos concretos, e a sua execução ou aplicação a casos concretos, que é conquista definitiva da Idade Moderna e componente essencial do Estado de Direito”. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 92.

²¹³ Fruto do raciocínio jurídico que, no período (1600-1800), era visto como um pensamento sistemático. Aliás, o “pensamento sistemático passou a predominar em todos os ramos da ciência, da filosofia, da astronomia e até da música. O direito adquiriu um status especial, com dignidade epistemológica”. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: *Civil Law e Common Law*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 172, p. 121-174, jun./2009.

poderiam ser levadas a juízo²¹⁴ o que ainda dava, ao menos em tese, maior segurança aos jurisdicionados, por viverem uma aparente certeza.²¹⁵

Além disso, havia a crença de que a lei era a expressão da vontade do povo, o que não ocorria com as decisões dos Tribunais que, aparentemente, eram influenciadas pelas classes sociais dominantes: clero e nobreza. Em virtude de um significativo movimento social, acreditava-se que as decisões dos Tribunais teriam deixado de ter a importância e relevância social de que, anteriormente, estavam revestidas.

Foi um momento, como já visto, em que o centro do poder se transferiu do monarca para a Nação, de forma que a lei passou a emanar da vontade do povo, prevalecendo sobre as decisões judiciais que, se presumia, fossem arbitrárias, pois os juízes, sendo uma porção da aristocracia e, apoiando as instituições do feudalismo, falhavam na aplicação do direito²¹⁶; natural, portanto, que suas decisões fossem objeto de desconfiança.

Ao juiz passa-se a atribuir um papel de mero administrador da justiça, desempenhando tarefa quase mecânica²¹⁷, bastante burocrática, de forma que a literalidade do direito posto,

²¹⁴ “Ensina-nos Ana Paula de Barcellos: ‘Do ponto de vista sociológico, duas das características mais marcantes das sociedades contemporâneas nos últimos cinquenta anos são o aprofundamento da complexidade das relações humanas em seus vários níveis e, em certa medida como uma decorrência desse primeiro fato, a crescente pluralidade existente dentro das sociedades’ [Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 7]”. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 26.

²¹⁵ “Legislation has the advantage of binding certainty: the rules are laid down by a person or body in authority. If they are proclaimed in the form of a code, certainty is at its highest, for not only can the citizen know what the law is but, because of the comprehensive nature of the code, he has no reason to worry about all sorts of old and half forgotten (customary) rules that might suddenly appear from nowhere and spoil his legitimate expectations”. CAENEGEM, R. C. van. **Judges, legislators and professors: chapters in European legal history**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 128. **Tradução Livre**: “A legislação tem a vantagem da certeza vinculante: as regras são estabelecidas por uma pessoa ou um órgão com autoridade. Se elas são proclamadas na forma de um código, a certeza está no seu grau máximo, pois não só o cidadão pode saber qual é a lei, mas, devido à natureza abrangente do código, ele não tem motivos para se preocupar com regras antigas e meio esquecidas (costumeiras) que podem aparecer de repente do nada e estragar suas expectativas legítimas”.

Vale, aqui, um registro histórico. Àquela época, o Iluminismo – uma das bases da Revolução Francesa – teve como um de seus principais elementos a *Encyclopédie*, que era um compêndio formado por 35 volumes, de autoria de Diderot, Voltaire e Montesquieu (entre outros), na qual se julgava estaria compilado todo o saber da época. O Iluminismo, assim, mostra-se como um componente também bastante importante para a crença que se vivia, no sentido de que seria possível, e também aconselhável, alocarem-se todas as situações da vida cotidiana num só conjunto legislativo previamente adotado.

²¹⁶ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 40.

²¹⁷ “Qualquer que tenha sido a real influência de Montesquieu na Revolução Francesa, essa idéia deveria tornar-se a parte central de sua ideologia. A Revolução proclamou, como um de seus primeiros princípios, a absoluta supremacia do direito escrito; do direito originado do *corps législatif* por representantes do povo, enquanto reduzia o judiciário a desempenhar uma tarefa puramente mecânica de aplicação da lei aos casos concretos”. CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 20, p. 261-286, out./2001, especialmente p. 271.

fruto da vontade do povo²¹⁸, passa a predominar.

Segue-se um período de devoção às codificações, de forma a se tentar reunir, na lei, todas as hipóteses possíveis de serem vivenciadas pelos jurisdicionados²¹⁹: essa é a marca registrada do *civil law*.

Os juízes deviam total obediência à lei²²⁰, julgar os casos em estrita consonância com ela e fundamentar as decisões, fazendo expressa referência à lei na qual a decisão se baseou. Era, como visto, o juiz “boca da lei”. Se a lei era a vontade do povo, o juiz devia segui-la à risca, sem que lhe fosse permitido interpretá-la²²¹.

Não se pode deixar de mencionar, inclusive para que não se perca a cronologia dos fatos, a Escola da Exegese que, nesse contexto de caos pós-revolucionário (final do século XVII e início do século XIX), baseada nos princípios do iluminismo (e, portanto, também no jusracionalismo), e fortalecida com a edição do Código Napoleônico, considerava a lei como a principal fonte para a aplicação e a interpretação do direito. Como afirma Miguel Reale²²², o propósito dessa Escola era fazer com que o Direito fosse “*um sistema de conceitos bem articulados e coerentes, não apresentando senão lacunas aparentes*”.

Atualmente, ainda há o predomínio, na Europa Continental, da proibição de o juiz

²¹⁸ “*De fato, desde o século XVII, o raciocínio abstrato vinha caracterizando a maneira de os franceses verem o direito e a vida em geral. A teoria de Montesquieu, no sentido de que não deveria haver superconcentração de poderes na mão de um só indivíduo, foi combinada com a visão de Rousseau, no sentido de que a lei escrita deveria ser a expressão da vontade da Nação francesa*”. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: *Civil Law e Common Law*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 172, p. 121-174, jun./2009.

²¹⁹ Para se ter uma ideia dessa tentativa, à época, de completude de hipóteses fáticas a serem legisladas, tem-se o Código Prussiano (*Allgemeines Landrecht*) que, aprovado em 1794, tinha, nada mais nada menos que, um número superior de 17.000 dispositivos de lei. Cf. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 69.

²²⁰ Afinal, a “*colocação da lei no patamar de um comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo atendia certamente ao reclamo da sociedade da época, em repúdio aos desmandos e extravagâncias produzidos pelo absolutismo*”. AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro. In: MELLO, Cleyson M. (coord.). **Novos Direitos**: os paradigmas da pós-modernidade. Niterói: Impetus, 2004, p. 144-188.

²²¹ Guilherme Pupe da Nóbrega, em tese de doutorado defendida perante a Escola de Direito e Administração Pública do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), sobre o tema **Jurisdicção A Discricionariedade Judicial como Estratégia e sua (In)Validade perante o Direito**, fazendo alusão a Mauro Cappelletti, noticia que o Código Napoleônico continha previsão de proibição de sua interpretação pelos magistrados, conforme a Lei Revolucionária de 1790: “*Título II, Art. 10: Os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo (...)*;

Título II, Art. 12: (...) [Os tribunais judiciários] reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei (...) as funções judiciárias são distintas e sempre permanecerão separadas das funções administrativas. Sob pena de perda de seus cargos, os juízes de nenhuma maneira interferirão com a administração pública, nem convocarão os administradores à prestação de contas com respeito ao exercício de suas funções”.

²²² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 416.

motivar a sentença de outra maneira que não com base na lei, de forma a se preservar o princípio da separação dos poderes do Estado. É por isso que as decisões dos magistrados franceses costumam se apresentar sob forma de um silogismo (onde se subsume o fato = premissa menor, ao texto normativo = premissa maior, alcançando-se a decisão = conclusão).²²³

A interpretação literal, contudo, mostrou-se, com o tempo, insuficiente para o bom exercício da jurisdição²²⁴, de forma que, após longo processo de mutação - sobre o que teceremos alguns comentários, a seguir -, admite-se, atualmente, que o juiz acaba, necessariamente, em alguma medida, criando direito entre as partes, quando decide uma relação jurídica conflituosa²²⁵.

Na Escola da Exegese foi que o positivismo jurídico deitou suas raízes²²⁶, consistindo,

²²³ GARAPON, Antoine; PAPAPILOS, Ioanis. **Julgar nos EUA e na França**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 172. Neste ponto, de se lembrar a lição de Beccaria: “*In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev’essere la legge generale; la minore, l’azione conforme o no alla legge; la conseguenza; la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all’incertezza*”. BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e delle Pene**. [s.l.]: The Perfect Library, 2015.

²²⁴ “*Inicialmente, os sequazes da Escola da Exegese se atinham à interpretação literal do texto legal, deduzindo o sentido oculto da lei mediante procedimentos filológicos e lógicos. Ante a ineficiência desse processo interpretativo, tiveram de recorrer às fontes, isto é, aos trabalhos legislativos preparatórios, à tradição histórica e aos costumes, para desvendar a vontade do legislador, a fim de conhecer não apenas a letra da lei, mas também o seu espírito. Com isso passou-se a admitir a interpretação histórica, isto é, o exame das circunstâncias que antecederam a lei*”. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 51.

²²⁵ “*HASSEMER, Winfried, in O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei*. Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da PUC-RS, vol. 9, ano VII, observa com razão que a ideia de que a sentença judicial surge claramente e sem vacilação da norma codificada se pode dizer que hoje esteja absolutamente superada. Esta ideia, diz Hassemer, cedeu lugar à de que o juiz atua como ‘criador’ do direito. Evidentemente, é necessário que se esclareça em que sentido e em que situações pode o juiz ‘criar direito’, encontrar a solução normativa adequada. Da mesma forma que identificamos o decisum da sentença à solução normativa, porque só nos casos ditos rotineiros é que o juiz aplica um dispositivo legal (a solução, pronta na lei) ao caso concreto (casos nos quais não se evidencia a insuficiência do instrumental da dogmática tradicional), alude Humberto Ávila à norma como algo diferente de dispositivo legal. Diz este autor que ‘normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos’. Explica que há casos em que há norma, sem dispositivo, como v.g., o princípio da segurança jurídica. E há casos em que há dispositivo sem norma, como o enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus. Onde está a norma? Pensamos que nosso raciocínio é análogo: nem sempre ao decidir a causa o juiz aplica um dispositivo legal ao caso concreto, porque nem sempre este dispositivo contém a norma adequada. Assim, acreditamos, a expressão solução normativa, sendo mais ampla, abrange os casos em que a decisão consiste na aplicação de elementos do sistema (combinados) ao quadro fático que ficou demonstrado nos autos (o raciocínio de Humberto Ávila, a respeito da distinção entre texto e norma, está em Teoria dos princípios, São Paulo: Malheiros, 2003, item 2.1.1, p. 22)”. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Cada caso comporta uma única solução correta? MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.) **Direito Jurisprudencial vol. II**, São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 1219-1238.

²²⁶ “*O positivismo jurídico, na verdade, não foi apenas uma tendência científica, mas também este ligado, inegavelmente, à necessidade de segurança da sociedade burguesa. O período anterior à Revolução Francesa caracterizara-se pelo enfraquecimento da justiça, mediante o arbítrio inconstante do poder da força, provocando a insegurança das decisões judiciais. A primeira crítica a esta situação veio do círculo dos pensadores iluministas. A exigência de uma sistematização do Direito acabou por impor aos juristas a valorização do preceito legal no julgamento de fatos vitais decisivos. Daí, surgiu, na França, já no século XIX,*

este último, em um movimento jurídico - cujos nomes expressivos foram Hans Kelsen e Herbert Hart - que também parte da “*ideia de que o direito se resume à lei e, assim, é fruto exclusivo das casas legislativas, limita a atividade do jurista à descrição da lei e à busca da vontade do legislador*”²²⁷.

O juspositivismo estuda apenas o direito imposto pela autoridade. É a teoria [oposta ao jusnaturalismo] “*que reduz a justiça à validade*”, de forma que para o positivismo “*é justo só o que é comandado e pelo fato de ser comandado*”²²⁸.

Para o positivismo, a legitimação da lei deriva de sua positivação, i.e., da mera existência do comando, pelo que não há lacuna no ordenamento jurídico. A lei, assim compreendida a própria lei ou o Código, é completa²²⁹, sendo apta, portanto, a, sempre, responder às necessidades dos jurisdicionados²³⁰.

Pode-se, assim, considerar como as duas principais características do positivismo: (i) ver, no direito, um “sistema fechado”; e (ii) basear-se no dogma da subsunção.²³¹

Por muito tempo se viu, no positivismo jurídico, uma teoria cuja concepção principal

a poderosa ‘École de l’Éxegèse’, de grande influência nos países em que o espírito napoleônico predominou, correspondendo, no mundo germânico, à doutrina dos pandectistas. A tarefa do jurista circunscreveu-se, a partir daí, cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma unificação construtiva dos juízos normativos e dos esclarecimentos dos seus fundamentos, descambando, por fim, para o ‘positivismo legal’ (...)”. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 32.

²²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 1, p. 36.

²²⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti Bauru: Edipro, 2001, p. 58-59.

²²⁹ No positivismo jurídico, conforme leciona Gustavo Biscaia de Lacerda, as fontes do Direito “*têm que ser buscadas apenas no próprio Direito, excluindo-se as fontes extrajurídicas, como hábitos e costumes compartilhados, além de valores disseminados socialmente*”. LACERDA, Gustavo Biscaia de. Augusto Comte e o “positivismo” redescobertos. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 17, n. 34, out./2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/wNFWrdJ7j3G4GZwgzJF4V4C/?lang=pt>. Acesso em: 29 jan. 2022.

²³⁰ “*O positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para sua criação. Além do mais, tal forma de pensar o direito não via lacuna no ordenamento jurídico, afirmando a sua plenitude. A lei, compreendida como corpo de lei ou como Código, era dotada de plenitude e, portanto, sempre teria que dar resposta aos conflitos de interesses*”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 1, p. 37.

²³¹ “*De modo geral, o positivismo jurídico, sobretudo no sentido restrito de positivismo legal, apresenta uma concepção de sistema de características notáveis, em que pese a diversidade das suas formas. Em primeiro lugar, trata-se de um ‘sistema fechado’, do que decorre a exigência de acabamento, ou seja, a ausência de lacunas. (...) A segunda característica da concepção positivista, já implícita na primeira, mas que merece ser posta em relevo, revela a continuidade da tradição jusnaturalista. Referimo-nos à ideia de sistema como método, como instrumento metódico do pensamento, ou ainda da ciência jurídica. A esta segunda característica ligam-se o chamado procedimento construtivo e o dogma da subsunção. De modo geral, pelo procedimento construtivo, as regras jurídicas são referidas a um princípio ou a um pequeno número de princípios daí deduzido. Pelo dogma da subsunção, segundo o modelo da lógica clássica, o raciocínio jurídico se caracterizaria pelo estabelecimento de uma premissa maior, que conteria a diretiva legal genérica, e de uma premissa menor, que expressaria o caso concreto, sendo a conclusão a manifestação do juízo concreto*”. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. cit., p. 33-34.

era a da mera subsunção do fato à norma, como correta técnica de julgamento. Porém:

*(...) como teoria, diz Bobbio que tem sido apontado como característica essencial do positivismo jurídico o chamado codicismo. Em outras palavras: que todo Direito se contém na lei e no código, que o juiz é um autômato e que a decisão judicial é um silogismo. Isso não é mais realidade, se é que foi algum dia*²³².

Nessa esteira, mesmo Kelsen, grande representante do movimento, destacando-se do modelo puro de positivismo, já exteriorizava seu entendimento, no sentido de que o juiz cria direito, ao julgar um determinado caso.²³³

A doutrina positivista, infelizmente, por força dos princípios que disseminava, serviu de respaldo para governos autoritários (que praticavam atos bárbaros, em nome da lei), como o nazista (3º Reich), por exemplo, que atuava sob a justificativa de que estaria agindo em conformidade com a Constituição alemã e com as leis de Nuremberg²³⁴.

²³² AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **O Positivismo Jurídico**. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 26.

²³³ “A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de ‘interpretação autêntica’ quando esta interpretação assume a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tenha carácter geral, quer dizer, crie Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais (ou seja, quando o acto designado como ‘interpretação autêntica’ represente a produção de uma norma geral). Mas, autêntica, isto é, criadora de Direito, é-o ainda a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito quando crie Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão crie apenas uma norma individual ou execute uma sanção”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. Tradução: João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 1960, p. 385.

²³⁴ “Como lembrado anteriormente em relação às leis de Nuremberg, em nome da lei o direito foi utilizado para a realização de barbáries e atrocidades. O mundo não mais aceitava o império de uma lei tirânica. Alguns parâmetros morais de justiça precisavam ingressar no direito, visto que somente os critérios formais de validade não eram suficientes. Com isso, surge o movimento de aproximação do Direito com a moral, o pós-positivismo”. BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Do Positivismo ao Pós-Positivismo Jurídico. O Atual Paradigma Jusfilosófico Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

Há, por outro lado, doutrina que aponta que outros teriam sido os critérios adotados pelo governo nazista como forma de tentar legitimar a barbárie de seus atos. Para isso, traz-se à baila, lição de Georges Abboud, em tese de Livre Docência sob o título: **Jurisdição Constitucional e Autonomia do Direito: Degeneração, Decisão e Proceduralização**, defendida perante a PUC-SP, onde o autor afirma, dentre outros trechos, que: “*Esse pequeno fragmento citatório nos fornece a trilha de como o pensamento do nacional-socialismo se posicionaria de forma contrária ao formalismo e racionalismo desde o início. Há uma necessidade em se obnubilar o pensamento e impedir que argumentos racionais (como é o jurídico) pudesse ter um fundamento racional de partida e chegada, como, por exemplo, a própria regra jurídica. A ordem jurídica deve ser próxima da vida, calcada na sensibilidade germânica, fruto de uma raça em unidade com a natureza. Hitler não propunha um novo Decálogo ou uma nova constituição, mas a releitura revolucionária de todo o direito alemão - que se afastara das suas origens - a partir de uma nova ética. A palavra não vem por acaso. Para os nazistas, não há distinção entre direito e moral. Essa é uma premissa do pensamento nazista, o que não significa que toda visão jurídica que uma direito e moral seja nazista ou autoritária. Deve-se, porém, registrar o alerta da imprescindibilidade de se estudar e compreender como direito e moral se relacionam. Mais precisamente, aqui vale o alerta e o cuidado em se misturar as duas dimensões sem a preocupação com a falta accountability que pode ser produzida. Essa união entre direito e moral objetivava assegurar e legitimar uma forma intuitiva de aplicação das normas jurídicas. O infame zelota Roland Freisler, presidente do Tribunal Popular (‘Volksgesichtshof’) do Reich e responsável por mais de cinco mil sentenças de morte, tomava a consciência moral do povo alemão como critério último de validade do direito. Por conta de figuras dispostas a tal, os tribunais alemães tornaram-se verdadeiros instrumentos do terror. Tudo isso com fundamento e em nome da comunidade do povo alemão (‘Volksgemeinschaft’), que suplantaria as noções anteriores de legalidade e, em especial, a distinção entre Estado e sociedade. Sem nenhum exagero, a fuga do direito em direção à moral foi*

A ideia de resolver os litígios mediante a aplicação de um processo meramente mecânico de subsunção, como já se mencionou, vinha sendo superada, ao longo do tempo. Esse processo foi acelerado em função de uma série de causas, inclusive em virtude dos horrores do nazismo.

É no cenário do segundo pós-guerra, então, que se pode identificar a doutrina do pós-positivismo que, dentre outros propósitos, tem o objetivo de estabelecer limites valorativos para a aplicação do direito, com vistas a se tentar reparar os erros que, como visto, vinham sendo cometidos.

O pós-positivismo²³⁵ sustenta a necessidade de que a atividade jurídica esteja imbuída, também, de conteúdo humanitário, com respaldo em elementos morais e éticos²³⁶, mesmo que não exclusivamente jurídicos, i. e., com base no pós-positivismo

um estratagema exitoso na legitimação do direito alemão do período nazista porque impedia qualquer avaliação qualitativa ou de veracidade das determinações à época. Todavia, o uso da moral do povo alemão é um critério metafísico que não pode ser submetido a nenhum teste de racionalidade ou validade. O uso dos conceitos metafísicos depois virá a ser sistematizados por Bernd Rüthers como elemento estruturante das acrobacias hermenêuticas feitas pelos julgadores do período. O recurso a esses elementos era recorrente porque é impossível atestar a veracidade das afirmações metafísicas ou quase metafísicas, já que são dotados de conteúdos vazios de sentido. Elas não são demonstráveis no plano empíricos ou normativo. (...) Edgar Tatarin-Tarnheyden, que disputava com Schmitt um lugar de destaque no partido, chegaria a defender que os responsáveis exclusivos pela 'involução' do direito germânico nos séculos XIX e XX teriam sido os juristas não arianos. A crítica a Stahl é retomada, tomando-se por alvo sua exclusão 'semita', do conceito de Estado de direito, da realidade do povo ariano e da chamada 'comunidade popular' ('Volksgemeinschaft'). Para Tatarin-Tarnheyden, o formalismo e o liberalismo dos autores 'semitas' teriam dado luz a duas tendências que, por sua ênfase excessiva na lógica e na abstração, deveriam ser extirpadas: o positivismo legalista ('Gesetzespositivismus') e a jurisprudência dos conceitos ('Begriffjurisprudenz'). Os juristas nazistas se empenhariam em invertê-las, por meio da ideia de que as circunstâncias concretas e os anseios do povo alemão seriam as únicas fontes jurídicas admitidas no direito do Terceiro Reich".

²³⁵ Muito embora diversas possam ser as denominações: pós-positivismo, antipositivismo, neopositivismo, para este trabalho foi adotada a de **pós-positivismo**: “Há autores que argumentam no sentido de que o pós-positivismo ou não positivismo seria, em verdade, uma variação do jusnaturalismo. Manuel Atienza (2009) é um deles; no artigo *Es el positivismo jurídico una teoría aceptable del derecho?*, mostra uma conexão entre algumas teses jusnaturalistas e as teorias de Dworkin, Alexy, Carlos Nino e, em alguma medida, Ferrajoli. Luis Prieto Sanchís (2009, p. 423-425) qualifica expressamente Dworkin de jusnaturalista. Alfonso García Figueroa (2009b) também tangencia essa conclusão demonstrando dois tipos de antipositivismo: o interno (pós-positivismo/jusnaturalismo) e o externo (que critica a própria dialética que mantém positivistas e não positivistas). A outra corrente, que é adotada no presente estudo, é a de que o pós-positivismo é uma corrente eclética que pretende unir os pontos positivos de ambas as correntes e afastar suas inconsistências. É oposto ao positivismo por não sustentar a ‘separação do direito com a moral e a política’; afasta-se do jusnaturalismo por ser fundado ‘em propostas de incremento da racionalidade, como a festejada ponderação’ MOREIRA, 2009, p. 216”. BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Do Positivismo ao Pós-Positivismo Jurídico. O Atual Paradigma Jusfilosófico Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

²³⁶ O positivismo jurídico, entretanto, com esteio em uma definição conceitual, tem que: “Para que um determinado sistema normativo receba o nome de direito, ou que uma determinada norma seja qualificada como jurídica, não é necessário que passe pelo escrutínio de critérios ou testes morais. Para identificar uma norma como jurídica e portanto como existente e válida deve-se investigar suas fontes e não o seu mérito”. STRUCHINER, Noel. Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: o debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (Org.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 409-410.

Há ou deve haver um relacionamento entre o direito e a justiça (moral). Sua versão forte, defendida por Alexy e Dworkin, informa que essa vinculação é necessária, deve existir; por isso a negação do positivismo. A ideia fraca ou débil considera a inclusão de elementos morais 'desejável ou preferível à exclusão, mas não analiticamente necessária'²³⁷.

Para Luís Roberto Barroso, que vê o Direito sob a perspectiva do pós-positivismo, este “*não surge com o ímpeto de desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e de legitimidade*”²³⁸.

Expressivo pós-positivista, Ronald Dworkin aponta que, nos *hard cases*²³⁹, o juiz, ao decidir, cria direito, pois nessa situação ele não, simplesmente, aplica uma regra já existente, mas, ao contrário, deve conceber uma específica para resolver aquele caso. Indo ainda mais longe, sustenta que o juiz, nessas hipóteses, age como legislador, usando, para tanto, a expressão *make new law*, com o sentido de criar direito novo.²⁴⁰

²³⁷ SILVA, Alexandre Garrido da. Direito, Correção Normativa e Institucionalização da Justiça. **Revista de Direito do Estado**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 331-346, jan./mar. 2006.

²³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 243. E, continua esse mesmo autor: “*O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: Não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente*”.

²³⁹ “*Um hard case, a meu ver, é um caso que deve ser resolvido à luz de regras e/ou princípios típicos de ambientes decisoriais frouxos cuja solução não está clara na lei, ou realmente não está na lei, e deve ser ‘criada’ pelo Judiciário, a partir de elementos do sistema jurídico. Hard cases podem dizer respeito a situações sociais em relação às quais esteja havendo, no plano dos fatos, uma alteração de valores e/ou comportamental.*

Os hard cases são um fenômeno que é fruto da pretensão tentacular do direito de tudo disciplinar, inclusive o que seria o ‘antidireito’ (!): direito de greve, direito à resistência, direito de se viver sem ‘casar no papel’ etc. É justamente à luz de um mosaico, formado necessariamente por vários dos elementos integrantes do sistema, que o juiz tem que procurar/criar a solução normativa aplicável aos casos concretos, quando de um hard case se tratar”. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e Evolução do Direito. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 27.

²⁴⁰ “*Legal positivism provides a theory of hard cases. When a particular law-suit cannot be brought under a clear rule of law, laid down by some institution in advance, then the judge has, according to that theory, a ‘discretion’ to decide the case either way. His opinion is written in language that seems to assume that one or the other party had a pre-existing right to win the suit, but that idea is only a fiction. In reality he had legislated new legal rights, and then applied them retrospectively to the case at hand. In the last two chapters I argued that this theory of adjudication is wholly inadequate; in this chapter I shall describe and defend a better theory. I shall argue that even when no settled rule disposes of the case, one party may nevertheless have a right to win. It remains the judge’s duty, even in hard cases, to discover what the rights of the parties are, not to invent new rights retrospectively. I should say to once, however, that it is no part of this theory that any mechanical procedure exists for demonstrating what the rights of parties are in hard cases. On the contrary, the argument supposes that reasonable lawyers and judges will often disagree about legal rights, just as citizens and statesmen disagree about political rights. (...) This chapter describes the questions that judges and lawyers must put to themselves, but it does not guarantee that they will all give these questions the same answer. (...) Theories of adjudication have become more sophisticated, but the most popular theories still put judging in the shade of legislation. The main outlines of this story are familiar. Judges should apply the law that other institutions have made; they should not make new law. That is the ideal, but for different reasons it cannot be*

Outrossim, para o presente estudo, entendeu-se importante, dentre os pós-positivistas, mencionar-se, específica e brevemente, Friedrich Müller que, com sua Teoria Estruturante do Direito, rompe com os padrões tradicionais do positivismo de forma a adequar o Direito à realidade, mediante a interação entre os fatos relacionados ao caso concreto e o texto da norma²⁴¹.

Com base nessa teoria, a norma jurídica, grosso modo, ao contrário do que se prega no positivismo, não se restringe ao *Texto da Norma*, este, na acepção de Müller, o enunciado do direito, normalmente escrito e que é uma espécie de pré-norma legislativa que deve ser objeto de *concretização*, para a efetiva aplicação do direito²⁴².

realized fully in practice. Statutes and common law rules are often vague and must be interpreted before they can be applied to novel cases. Some cases, moreover, raise issues so novel that they cannot be decided even by stretching or reinterpreting existing rules. So judges must sometimes make new law, either covertly or explicitly. But when they do, they should act as deputy to the appropriate legislature, enacting the law that they suppose the legislature would enact if seized of the problem” **Taking rights seriously**. Londres: Bloomsbury, 2013, n. 4, p. 105-106. **Tradução livre:** “O positivismo jurídico fornece uma teoria de casos difíceis. Quando uma determinada ação não pode ser submetida a uma regra de direito clara, pré-estabelecida por alguma instituição, então o juiz tem, de acordo com essa teoria, uma ‘discricionariedade’ para decidir o caso de qualquer maneira. Sua opinião está escrita em uma linguagem que parece supor que uma ou outra parte tinha o direito preexistente de ganhar o processo, mas essa ideia é apenas uma ficção. Na realidade, ele legislou novos direitos, aplicando-os retrospectivamente ao caso em questão. Nos dois últimos capítulos, argumentei que essa teoria da adjudicação é totalmente inadequada; neste capítulo descreverei e defenderei uma teoria melhor. Argumentarei que, mesmo quando nenhuma regra estabelecida resolve o caso, uma parte pode, no entanto, ter o direito de ganhar. Continua sendo dever do juiz, mesmo em casos difíceis, descobrir quais são os direitos das partes, não inventar novos direitos retrospectivamente. Devo dizer uma vez, no entanto, que não faz parte dessa teoria que exista qualquer procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes em casos difíceis. Pelo contrário, o argumento supõe que advogados e juízes sensatos frequentemente discordem sobre direitos legais, assim como cidadãos e estadistas discordam sobre direitos políticos. (...) Este capítulo descreve as questões que os juízes e advogados devem colocar a si próprios, mas não garante que todos darão a mesma resposta a essas questões. (...) As teorias de adjudicação tornaram-se mais sofisticadas, mas as teorias mais populares ainda colocam o julgamento à sombra da legislação. Os principais contornos desta história são familiares. Os juízes devem aplicar a lei que outras instituições fizeram; eles não devem fazer nova lei. Esse é o ideal, mas por diferentes razões não pode ser realizado plenamente na prática. Leis e regras do common law são muitas vezes vagas e devem ser interpretadas antes de que possam ser aplicadas a novos casos. Alguns casos, além disso, levantam questões tão novas que não podem ser decididas nem mesmo estendendo ou reinterpretando as regras existentes. Assim, os juízes às vezes devem fazer novas leis, de forma velada ou explícita. Mas quando o fazem, eles devem atuar como uma espécie de substituto do legislador, promulgando a lei que suponham o legislador promulgaria se o problema fosse resolvido”.

²⁴¹ “*Daí decorre, como bem assinalado na atual doutrina alemã (HESSE, 1995, 60 e ss; MÜLLER, 1990), que a verdadeira interpretação jurídica não é aquela feita in abstracto, decorrente de uma leitura da norma em seu sentido geral, fora do tempo e do espaço. A hermenêutica jurídica autêntica é somente a que visa à aplicação concreta da norma a um trecho determinado da vida social (konkretisierung). Na aplicação concreta da norma, ao contrário do que sucede com a sua leitura abstrata, entra em jogo, necessariamente, a mentalidade do intérprete: sua hierarquia pessoal de valores, sua concepção moral da vida, sempre mesclada de afeições e rejeições de toda espécie*”. COMPARATO, Fábio Konder. *Visões Distintas do Fenômeno Jurídico*. In: ADEODATO, João Mauricio; BITTAR, Eduardo C. B. (Orgs.). **Filosofia e Teoria Geral do Direito. Homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Júnior**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 375-396.

²⁴² “*Se em termos da teoria da norma, o âmbito normativo é parte integrante da norma, então a norma não pode ser colocada no mesmo patamar do texto normativo. Essa conclusão decorre do enfoque feito até aqui e deve ainda ser discutida. Somente o positivismo científico jurídico rigoroso pôde fiar-se em ‘aplicar’ a lei, na medida em que tratou o texto literal desta como premissa maior e ‘subsumiu’ as circunstâncias reais a serem avaliadas aparentemente de forma lógica ao caminho do silogismo na verdade vinculado ao conceito e, assim, vinculado à língua. A ainda predominante compreensão da norma como um comando pronto, juntamente com*

Como leciona Eros Roberto Grau:

*Os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes – isto é, por serem destituídos de clareza –, mas também porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios. Quando um professor discorre, em sala de aula, sobre a interpretação de um texto normativo, sempre o faz – ainda que não se dê conta disso – supondo sua aplicação a um caso, real ou fictício*²⁴³.

Assim, a norma (*estruturada concreta*)²⁴⁴ não está contida, imediatamente, na norma jurídica (*textual abstrata*). É necessário que se percorra o *iter* (a *elipse*)²⁴⁵ entre esta e aquela, mediante a utilização de diferentes elementos extrajurídicos como ciências sociais, políticas, momento histórico etc.

As questões peculiares de cada caso concreto são essenciais para o contexto da interpretação da norma. O texto da norma em si não deixa de ser fonte normativa, porém a ele devem ser acrescentados outros fatores pragmáticos relacionados ao caso concreto, com vistas a se alcançar a *norma de decisão*²⁴⁶ que consiste na solução do conflito²⁴⁷.

É também no segundo pós-guerra que se desenvolve o Estado Constitucional de direito, com a subordinação da legalidade a uma Constituição mais rígida²⁴⁸. A superação do positivismo também está conectada à valorização da Constituição e a paralela utilização de conceitos vagos e cláusulas gerais – sobre o que falaremos, adiante -, que facilitam a

*seu -contexto positivista, corre igualmente o risco de confundir norma e texto normativo; ou então de partir do princípio de que o teor de validade da disposição legal seria fundamentalmente adequado e estaria suficientemente presente no texto literal, ou seja, seria 'dado' com a forma lingüística da disposição. A realidade como conglomerado de elementos heterogêneos juridicamente desordenados e a serem unidos pelo comando normativo pode ser, então, contraposta a uma 'norma' assim isolada. O âmbito normativo, não reconhecido pela teoria normativa como parte integrante da norma, pertence, portanto, indistintamente ao mundo abstratamente visto da facticidade". MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução: Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 192.*

²⁴³ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 34.

²⁴⁴ "A norma concreta de decisão, como ordenamento parcial concretizado, é elaborada como fator da justiça material somente no caso particular e por meio de sua ligação a ele. A disposição legal somente é, então, 'aplicável' ao caso particular se sua estrutura já estiver tipologicamente pré-delineada no âmbito normativo e for passível de concretização a partir dele como um componente da norma". MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 263.

²⁴⁵ "A *elipse* aponta para a movimentação de critérios que se 'inserirem entre' a norma textual abstrata da norma jurídica e a norma concretizada de decisão. No sentido de um meio-termo teórico, a norma jurídica aparece como modelo de um ordenamento parcial unilateralmente determinado, modelo esse que se divide entre os motivos condutores do programa normativo e âmbito normativo e que constitui para as normas de decisão a serem concretamente desenvolvidas uma esfera formulada de modo mais ou menos sólido sob o ponto de vista material e mais ou menos completa em termos lingüísticos". *Idem, ibidem*, p. 261.

²⁴⁶ "A norma de decisão é o estado de agregação mais individualizado da norma jurídica, e não uma entidade autônoma situada ao lado dela". *Idem, ibidem*, p. 148.

²⁴⁷ "A concretização implica um caminhar do texto normativo em direção à norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado. A concretização somente se realiza no passo seguinte, quando é afirmada a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto". GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p.35.

²⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 240.

criação do direito pelo juiz ou, nas palavras de Eros Grau, permitem que o juiz produza direito, ao completar o trabalho do legislador.

A produção do direito pelo juiz é fruto do processo de interpretação, ao julgar o caso concreto, quando ocorre a “*transformação de uma expressão (o texto) em outra (a norma)*”²⁴⁹.

Portanto, o juiz cria o direito (a norma jurídica), a partir do texto normativo, muitas vezes veiculado através da técnica legislativa de um conceito vago ou de cláusulas gerais²⁵⁰, levando em conta vários fatores, mas, principalmente, a Constituição Federal e os direitos fundamentais, motivo pelo qual se fala, atualmente, em concreção²⁵¹.

Cappelletti já defendia que juízes, quando decidem, o fazem com certo grau de *criatividade*, contudo, continua: *não criam a lei*. A doutrina inglesa, ao afirmar que os juízes são *law makers*, quer-se dizer que *criam direito*, e não *leis*, pois sua atuação não se confunde

²⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

²⁵⁰ Sobre a origem e o significado das cláusulas gerais, não pode passar despercebida a lição de: MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para sua Aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 133 e ss.: “*Notadamente a partir da segunda metade do século XX, as leis passaram a adotar, em variadas medidas de extensão, e ainda que muito pontualmente (pois, por definição, a lei deve ser abstrata e geral, isto é: ‘para todos’)* algumas características de concreção e individualidade que, até então, eram tidas como exclusivas dos negócios privados. A par dos enunciados dotados de grande generalidade e abstração, como é próprio à lei como *kanon abstrato e geral*, acrescenta-se a lei como resposta a específicos e determinados problemas. Assim, irrompem na linguagem legislativa indicações de valores, princípios, diretrizes sociais, programas e resultados considerados desejáveis para o bem comum e a utilidade social, bem como empregam-se terminologias científicas, econômicas, sociais, compatíveis com os problemas da idade contemporânea. Passam a ser formuladas nos códigos civis e nas leis especiais, disposições normativas que fogem àquele padrão enucleado na definição, a mais perfeita possível, de certos pressupostos e na correlata indicação pontual e pormenorizada de suas consequências. (...)

A expressão ‘cláusula geral’ vem do alemão Generalklauseln. Em seu ambiente de origem, indica, pelo mínimo, uma estrutura normativa cuja prescrição é vaga na hipótese, isto é, cujo conteúdo não está previamente descrito. Nesse sentido, é possível cogitar que a Generalklauseln indique gênero do qual são espécies os princípios, os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais em sentido próprio ou estrito, estas últimas configurando estruturas prescritivas dotadas de uma dupla indeterminação, tanto na hipótese legal quanto nas consequências correlatas.

(...)

A inserção das cláusulas gerais na legislação codificada estendeu-se da Alemanha a outros países”.

²⁵¹ “*A concreção é um método hermenêutico pelo qual as normas de dever-ser, consideradas como ‘modelos de ordenamento materialmente determinados’ são compreendidas ‘em essencial coordenação com o caso concreto, que os complementa e lhes garante força enunciativa’, assim se possibilitando a sua determinação ou especificação. Como assegura Friedrich Müller, trata-se de um processo multidirecional em que direito e realidade se complementam e interpenetram continuamente, fornecendo os elementos necessários à decisão final. Em tal sentido, o termo ‘concreção’ designa a construção, no caso, do significado da norma jurídica (legal ou contratual) levando-se em consideração as circunstâncias concretas do caso analisado (elementos fáticos) em sua correlação com determinados elementos normativos, a saber, os princípios, os postulados normativos e as regras jurídicas considerados relevantes para aquele caso. Por essa razão, concretizar implica sopesar os referidos elementos fáticos e normativos, de modo que ao ‘tornar concreto’ o intérprete adota uma atitude de ordenação e de estabelecimento de relações compondo e entretecendo elementos de ordem fática e normativa. A questão está em estabelecer como se realiza a construção do significado por via da concreção”.* MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 135-175, 2006.

com a do Poder Legislativo.²⁵²

A tentativa de se preverem em lei, todas as situações possíveis de ocorrer no mundo dos fatos, mesmo sendo uma atitude racional, embora marcadamente pretensiosa, sempre se mostrou fadada ao fracasso. Isso só é possível, quando se faz um corte artificial na realidade! Entretanto, o direito tem exercido um movimento *tentacular* sobre a realidade, resultante da infinidade de situações que se pretende sejam reguladas. Isso torna impossível a previsão expressa, feita previamente, e de modo minucioso, de tudo o que possa ocorrer no mundo real²⁵³.

Um parêntesis: Esse movimento tentacular que o direito exerce sobre a sociedade corresponde a uma angústia do homem contemporâneo, no sentido de fazer com que cada vez mais pessoas possam usufruir dos benefícios gerados pela civilização.

Não se suporta mais com tranquilidade que haja benefícios, fruto da nossa cultura, que atinjam exclusivamente uma parte diminuta dos indivíduos que integram nossa sociedade.

Esse movimento, com certeza, não caracterizava o comportamento do homem romano, nem do homem medieval, tampouco do da renascença.

De fato, a ideia da necessidade de que haja igualdade de todos, perante o direito, é historicamente bem recente e, mesmo assim, pode-se dizer que vem sendo interpretada de modo diferente, ao longo dos tempos.

Nesse aspecto, ademais, cabe interessante questionamento sobre se *o mundo vivo – em movimento – caberia num código...* Some-se a isso a eventual falta de flexibilidade da lei e a dificuldade para sua alteração.²⁵⁴

Para se tentar minimizar os efeitos da falta de flexibilidade da lei, da impossibilidade de previsão expressa de todos os fatos jurisdicionalizáveis e da vertiginosa velocidade com que a realidade se altera nos dias atuais – somando-se a isso o entendimento de que o juiz

²⁵² “Os juízes estão *constrangidos a ser* criadores do direito, ‘law-makers’. *Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar ex novo o direito*”. **Juízes legisladores?**. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris Editor, 1993, n. 11, p. 73-74.

²⁵³ “Atualmente, *tão só e exclusivamente a velocidade com que caminham os fatos sociais e o inevitável descompasso entre a lei escrita e a realidade já seriam razão suficiente para que, em muitos casos, não possa o intérprete contentar-se com a letra da lei, mas, ao contrário, seria uma razão bastante para que a letra da lei pudesse muito rapidamente deixar de traduzir a vontade geral*”. ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

²⁵⁴ “*The disadvantage of legislation is its lack of flexibility: the rules and the codes are laid down in precise texts, and stand until new legislation changes them. New legislation often lags behind the need of the times and new codes are very hard to establish; usually they are adapted, not replaced. The consequence is that the old cohesion is lost*”. CAENEGEM, R. C. van. **Judges, legislators and professors**: chapters in European legal history. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 128.

tem liberdade de decidir, conforme sua convicção pessoal, a respeito do sentido da regra jurídica aplicável ao caso concreto (ou seja, exercendo a *concreção*) – é que passou a ser, cada vez mais usual, o uso de conceitos vagos²⁵⁵ e de cláusulas gerais. Também por isso foi que se começou, muito mais frequentemente, a utilizar dos princípios jurídicos, ao se raciocinar sobre direito.

A inclusão de termos vagos, em si mesmos, ou integrando uma cláusula geral, na legislação, acarreta, ao aplicador do direito, certa margem inexorável de liberdade na interpretação do dispositivo, envolvendo, no mais das vezes, o exercício de um juízo de valor.

Muito embora a existência de conceitos vagos implique a necessidade do exercício de um juízo de valor subjetivo, por parte da autoridade judicante, esse fenômeno não se confunde com a discricionariedade.²⁵⁶ Trata-se, também, de fenômeno (a subjetividade) que há de ser integralmente absorvido pela fundamentação das decisões judiciais e, portanto, neutralizado.

A interpretação de conceitos vagos liga-se ao próprio fato tipificado. Os conceitos indeterminados integram a descrição do fato. No tratamento dos conceitos vagos, a liberdade do aplicador exaure-se na fixação de uma premissa, pelo que, uma vez estabelecida a coincidência, ou não, entre o acontecido real e a norma, a solução já está predeterminada.

As cláusulas gerais, por sua vez, são normas enunciadas pelo legislador com conteúdo propositadamente indeterminado (boa-fé, função social do contrato, enriquecimento sem causa), carregadas de conteúdo axiológico.

²⁵⁵ Embora seja corrente o uso da expressão conceito vago ou indeterminado, Fernando Sainz Moreno observa, em nosso entendimento, com razão, que “*a indeterminação não está nas palavras, tampouco nos objetos designados pelas palavras, mas na relação das palavras com os objetos (...) é indeterminada a relação entre umas e outros*”. E, continua: “*um termo é indeterminado quando não tem limites precisos, isto é, quando não traça, sobre a realidade a qual se refere, uma linha clara. (...)*”. MORENO, Fernando Sainz. **Conceptos jurídicos, interpretación e discrecionalidad administrativa**. Madrid: Editorial Civitas, 1976, p. 68; 70. **Tradução livre** para os seguintes excertos da obra “*La indeterminación no está en las palabras ni tampoco en los objetos designados con las palabras, sino en la relación de las palabras con los objetos (...) es indeterminada la relación entre unos y otros. (...) Un término es indeterminado cuando no tiene límites precisos, esto es, cuando no traza sobre la realidad a la que se refiere una línea clara*”.

²⁵⁶ Teresa Arruda Alvim Pinto, ao discorrer sobre a “discricionariedade” judicial, encampando lição de J. C. Barbosa Moreira, afirma que mencionado jurista “*sustenta opinião que nos parece acertada, segundo a qual não se deve identificar a discricionariedade com a ‘liberdade’ de que goza o juiz na fixação de conceitos juridicamente indeterminados, como v.g., ‘perigo iminente’, ‘boa-fé’, ‘atos de mera permissão’ ou ‘tolerância’*”. Diz citado Professor que a discricionariedade judicial ocorre, por exemplo, em hipótese em que ao juiz é lícito conceder, ou não, perdão judicial, ou escolher a pena entre duas legalmente cominadas (multa ou detenção de uma a três meses). Nestes exemplos não haveria preenchimento de conceitos indeterminados, mas exercício de poder discricionário, segundo este Autor”. Limites à chamada “discricionariedade” judicial. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 157-167, out./dez. 1990.

São enunciados normativos dotados de razoável extensão, aos quais se aplica uma gama generalizada de fatos sociais e caracterizados por um elevado teor valorativo e que, na maior parte das vezes, se utilizam de conceitos jurídicos indeterminados (conceitos vagos – por exemplo: estado de perigo, justa causa, boa-fé objetiva).

O objetivo das cláusulas gerais é dotar o sistema de normas com a característica de mobilidade, propiciando abertura ao ordenamento jurídico em vista das constantes e rápidas mudanças sociais, econômicas, culturais e morais, não só em função do tempo, mas também do espaço. É adaptar o direito ao dinamismo das relações sociais que são, hoje, multifacetadas.²⁵⁷

O legislador, ao criar as cláusulas gerais, generaliza o conteúdo do texto da norma, a fim de possibilitar que numerosas situações conflituosas, presentes na vida real, sejam atingidas.²⁵⁸

As cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para se permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos.²⁵⁹ As cláusulas gerais consubstanciam a concreção dos princípios positivados, ou não.

²⁵⁷ “A vantagem das cláusulas gerais seria a mobilidade que a intencional imprecisão dos termos proporciona, permitindo-se a constante atualização do direito, que se amolda às transformações sociais, sem necessidade de modificação da lei. Sendo aberto o sistema, na impossibilidade de o legislador acompanhar a frenética evolução da sociedade e dos negócios, complexos e globalizados, o aplicador da lei vale-se dessas válvulas para adequá-las à hipótese fática. Assim, a atuação do juiz é de grande importância, em razão da ampliação da margem interpretativa, devendo estar atrelada profundamente à realidade social e à controvérsia submetida ao seu julgamento, sempre com o intuito de resguardar o justo”. NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 129.

²⁵⁸ “As cláusulas gerais são sintoma de que o direito contemporâneo tende a ser aberto e flexível. Um direito que tenha essas feições pretende abranger a realidade que há hoje e a que está por vir. A complexidade das sociedades contemporâneas já não permite que nem mesmo o presente, em sua integralidade, seja abrangido pelo direito escrito, se este se amoldar às codificações oitocentistas, que tinham a pretensão de esgotar o mundo real. Essa pretensão tem origem no Iluminismo e na ilusão racionalista de que seria possível entender e regular a realidade, de modo absolutamente exauriente”. ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

²⁵⁹ “Todos os princípios, positivados ou não, necessitam de concreção. As cláusulas gerais atuam instrumentalmente como meios para esta concreção porquanto são elas elaboradas através da formulação de hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. Por esta via, ideias genéricas e alheadas de uma elaboração acabada e casuística – como as de boa-fé, bons costumes, uso abusivo de direito, usos do tráfico jurídicos e outras similares, que só produzem frutos quando animadas por problemas reais, passam a funcionar como ‘pontos de partida para a formação concreta de normas jurídicas’. Tais cláusulas, pelas peculiaridades de sua formulação legislativa, não apenas consubstanciam princípios, mas permitem a sua efetiva inserção nos casos concretos. Cláusula geral, portanto, não é princípio – é norma. Mas é norma especial à medida em que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição dos poderes do Estado e no direito escrito permite ao juiz ‘a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controlada apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais – mas em todo o caso convencionais – de base e de densidade empírica variáveis. Não são direito material posto pelo legislador, mas simplesmente, standing points ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto”. MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 28, n. 112, out./dez. 1991, p. 21.

Os princípios constitucionais, por sua vez, servem de controle do uso e da fundamentação das cláusulas gerais.

Quando da utilização das cláusulas gerais, à autoridade judicante cabe criar, complementar ou desenvolver uma norma individual e específica, com base na metanorma que lhe confere mandato a tanto.

Os elementos que comporão a norma individual deverão estar devidamente fundamentados e serão obtidos por meio da análise do caso concreto posto à análise judicial. A palavra do juiz transforma-se, nessa situação, numa fonte do direito e, dependendo das circunstâncias, inclusive para além do caso concreto. Eis a função criadora da Jurisdição Estatal!

Os princípios,²⁶⁰ em geral, propiciam um rumo determinado à interpretação da lei, uma vez que são espécie de “*norma que ordena que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*”²⁶¹. São, portanto, também elementos que facilitam a criação do direito pelo juiz, ao decidir um caso complexo em que necessário o raciocínio por concreção²⁶².

Esse objetivo dos princípios decorre de sua natureza finalística, com pretensão de complementariedade e de parcialidade,²⁶³ considerando-se que o princípio²⁶⁴ é, como dito,

²⁶⁰ “*Mas o que importa afirmar é que os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Como foi dito (Geraldo Ataliba) eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição*”. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 21.

²⁶¹ “*O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes*”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

²⁶² Diferentemente de quando se julga um caso simples, ao que se pode dizer que a subsunção é um método interpretativo válido.

²⁶³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

²⁶⁴ Diversas são as teorias a respeito da conceituação e das espécies de norma jurídica (princípios e regras). Como afirma SILVA, Virgílio Afonso da (Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, p. 607-630, jan./jun. 2003): “*O conceito de norma jurídica e a discussão sobre suas espécies são temas de infundáveis controvérsias e os juristas parecem ter uma grande dificuldade para chegar ao menos perto de algum denominador comum acerca do objeto de sua disciplina*”. A ilustrar essa diversidade de teorias, citem-se as de Dworkin, Alexy e Humberto Ávila: “*Tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico. Uma alternativa a essa tese é aquela que defende que a distinção entre ambas é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou fundamentalidade. Essa é a tese mais difundida no Brasil. Por fim, há aqueles que, por diversas razões, rejeitam a possibilidade ou a utilidade da distinção entre regras e princípios*”. SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit.

espécie de norma que, diferentemente da regra, é caracterizada por alta carga de abstração e estabelece um fim a ser atingido.

Os princípios assumirão significado palpável somente quando aplicados a um caso concreto, o que será possível, como vimos anteriormente, mediante a instrumentalidade que é conferida às cláusulas gerais. Uma vez que vagos e verbalizados por meio de conceitos indeterminados, os princípios, normalmente, não têm aplicabilidade direta, pois carecem de mediações concretizadoras (por exemplo, do legislador ou do Juiz).²⁶⁵

O fato de o juiz, ao decidir, criar uma norma (*fazer direito*) não o alça à qualidade de legislador. Se assim fosse, qualquer ato decisório judicial, que demanda a interpretação do direito e que, portanto, tem o condão de criar direito, estaria eivado por tal pretensão vício. Não é exatamente isso que ocorre.

Os princípios, na obra de Alexy: “*são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Assim, os princípios são mandamentos de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e de que seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostas*”. NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 25).

Alexy parte de um pressuposto análogo ao de Dworkin: distinção qualitativa – e não de grau – entre princípios e regras. Sua principal contribuição foi a de desenvolver o conceito de princípios como *mandamentos de otimização*.

Conforme Dworkin, “*os princípios conferem coerência e justificação ao sistema jurídico e permitem ao juiz, diante dos hard cases, realizar a interpretação de maneira mais conforme à Constituição (verfassungsmässige Auslegung) (...). Entre princípio jurídico e regra jurídica há uma distinção lógica. Ambos partem de pontos comuns para decisões particulares sobre determinada obrigação jurídica em circunstâncias particulares. No entanto, são diferentes no caráter da direção que cada um deles empreende. As regras são aplicáveis tendo em vista a ideia de tudo ou nada. Dentro dos fatos que a regra estipula, ou essa regra é válida e deve ser aceita ou, ao revés, a regra não é válida e, portanto, em nada contribui para a decisão*”. NERY JR., Nelson. **Introdução à Ciência do Direito Privado**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 542.

Enfim, “*A principal diferença entre ambas as propostas é facilmente identificável. O conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que nada diz sobre a fundamentalidade da norma. Assim, um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade*”. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, p. 607-630, jan./jun. 2003.

Para Humberto Ávila, por sua vez, a distinção entre princípios e regras reside no seu grau de abstração. ÁVILA, Humberto. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

Com vistas a se preservar a coerência, preferiu-se, no presente trabalho, adotar a distinção entre normas e princípios com base em seu conteúdo: as regras estão muito mais rentes à realidade; de um modo geral elas são mais facilmente identificáveis, no mundo empírico. Os princípios, por sua vez, possuem alto grau de abstração e universalização; nem sempre estão formulados expressamente no ordenamento jurídico (muito embora possam estar). Quando não estão, aparecem incorporados pelas regras.

A coerência é necessária, afinal, como assevera Virgílio Afonso da Silva: “*Se há diferentes formas coerentes de se proceder a essa distinção, não há por que querer lutar contra isso*”.

A questão é de natureza, marcadamente, classificatória e terminológica. Portanto, ao ver deste autor, não se deve superdimensionar a sua importância. Sabe-se que as classificações se prestam a simplificar a realidade. Assim, elas só têm sentido, se úteis.

²⁶⁵ GOMES CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003; GOMES CANOTILHO, J. J.; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

Tratou-se, até aqui, da atividade exercida pelo juiz, ao julgar um caso concreto, quando, ao exercer a concreção, ele cria direito. Cria direito (a norma jurídica), a partir do texto normativo, muitas vezes veiculado por intermédio da técnica legislativa de um conceito vago ou uma cláusula geral, por exemplo e, sempre, levando em consideração diversos fatores mas, principalmente, a Constituição Federal e os direitos fundamentais.

Então, o juiz cria direito, como antes se procurou explicar, já que isto é inerente ao exercício da atividade jurisdicional e a norma criada é aplicável, apenas, às partes litigantes. É atividade jurisdicional que não extrapola os limites do processo em que exercida e que, portanto, não cria direito perante toda a sociedade.

7 JURISDIÇÃO ARBITRAL

Ao ver deste autor – assim como ao ver da maioria dos autores – o conceito de jurisdição diz respeito, também, à arbitragem. Porém – e, neste particular, segundo a opinião deste autor -, sob uma outra dimensão, no que toca com as consequências advindas do desenvolvimento dessa atividade. O conceito, entretanto, é o mesmo!

A fim de se chegar à conclusão acima e suas peculiaridades, será feita, inicialmente, uma breve incursão histórica pelo instituto e, após, um maior aprofundamento quanto à atividade efetivamente exercida pelos árbitros.

7.1 BREVE HISTÓRICO DA ARBITRAGEM, NO MUNDO, ATÉ O INÍCIO DO SÉC. XX

Como já se teve a oportunidade de mencionar, no início deste trabalho, revisitando-se a história do direito grego, verifica-se que

*A administração pública da justiça surgiu de um hábito pré-histórico de se resolver as disputas entre os indivíduos pela renúncia voluntária da auto ajuda, **recorrendo-se à arbitragem**. Supõe-se que esse antigo hábito desenvolveu-se, gradualmente, num sistema sob o qual às partes não era possibilitado buscar a satisfação de suas pretensões através da força privada, sendo compelidas a submeter seus casos às autoridades designadas e com poderes para instruí-los e julgá-los de forma vinculativa²⁶⁶.*

Além disso, repita-se, supõe-se que, no poema de Homero (*Ilíada*), esteja retratada, pela primeira vez, uma hipótese em que as partes, *voluntariamente*, decidem fazer uso de um **procedimento arbitral**.

Carreira Alvim²⁶⁷ aponta que a arbitragem teria aparecido na Grécia Clássica. Segundo ele, Aristóteles já teria distinguido as figuras do juiz e do árbitro²⁶⁸.

²⁶⁶ WOLFF, Hans Julius. The Origin of the Judicial Litigation among the Greeks. **Traditio**, Cambridge University Press, v. 4 (1946), p. 31-87. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/27830102>. Acesso em: 16 mar. 2021.

²⁶⁷ “Foustoucos, diz Jarrosson, estima que a arbitragem teria aparecido na Grécia Clássica (século VI a IV a.C.), tendo inumeráveis arbitragens tido lugar nas cidades gregas a partir do século IV a.C.. Solon introduziu-a nas suas reformas, e Aristóteles distinguiu o juiz do árbitro: ‘O árbitro visa à equidade, o juiz à lei; a arbitragem foi inventada para que a equidade fosse aplicada’”. CARREIRA ALVIM, J. E. **Tratado Geral de Arbitragem Interno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 16.

²⁶⁸ CRETELLA JÚNIOR, José vai ainda mais longe e aponta que: “Na mitologia grega, vamos encontrar o lendário Páris, filho de Príamo e Hécuba, no monte Ida, funcionando como árbitro entre Atena, Hera e Afrodite, que disputavam a maçã de ouro, destinada pelos deuses à mais bela, pleito decidido a favor de Afrodite, que subornou o árbitro, prometendo-lhe, em troca, o amor de Helena, raptada, depois, por esse juiz,

Já se mencionou, neste trabalho, a informação de que os processos arbitral e judicial tiveram origens distintas: um não teria derivado do outro²⁶⁹. A arbitragem teria resultado da renúncia voluntária, pelas partes, à justiça pelas próprias mãos²⁷⁰.

De Martino²⁷¹, contudo, também sob a noção de que a arbitragem (instituto, desde sempre, de natureza estritamente privada) surge antes do processo judicial (estatal), fornece dados, diferentemente, no sentido de que este último teria derivado da arbitragem...

A noção apresentada por Alexandre Tavares Guerreiro²⁷² é no sentido de que, se a arbitragem não tiver precedido a justiça estatal, essas duas jurisdições, ao menos, teriam coexistido.

Em estudo a respeito da evolução histórica da arbitragem, Sálvio de Figueiredo Teixeira²⁷³ afirma que o instituto, evidentemente, terá existido no Direito Romano, nas modalidades de processo sobre as quais já nos manifestamos, neste ensaio: (i) *legis actiones* e (ii) *per formulas*. Esses dois momentos do processo romano compuseram o período da *ordo judiciorum privatorum*, quando o procedimento era *bifásico*: num primeiro momento, definia-se haver ou não um direito a ser declarado (o que se dava na pessoa do pretor/magistrado – funcionário do Estado Romano) e, na segunda fase, ocorria o efetivo

o que deu, como resultado a guerra de Tróia". Da Arbitragem e seu Conceito Categorial. **Revista de Informação Legislativa** ano 25, n. 98, abr/jun 1988.

²⁶⁹ “Não se pode generalizar a idéia de que a arbitragem é o antecedente histórico do próprio Órgão Judiciário. Ao ser superada a ‘justiça’ do ‘olho por olho, dente por dente’, aos anciãos, presuntivamente mais sábios, se confiavam as decisões das divergências entre os integrantes do grupo social”. LIMA, Cláudio Vianna de. A Arbitragem no Tempo – O Tempo na Arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossini (coord.). **A Arbitragem na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 6.

²⁷⁰ WOLFF, Hans Julius. The Origin of the Judicial Litigation among the Greeks. **Traditio**, Cambridge University Press, v. 4 (1946), p. 31-87. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/27830102>. Acesso em: 16 mar. 2021, p. 83.

²⁷¹ DE MARTINO, Francesco. **La Giurisdizione nel Diritto Romano**. Padova: CEDAM, 1937, p. 41.

²⁷² “Há precisamente oitenta anos, Louis Crémieu apresentava à Faculdade de Direito da Universidade de Paris sua tese de doutorado sobre a justiça privada, sustentando que os procedimentos pacíficos de composição voluntária representaram, antes da institucionalização do Poder Público, a etapa intermediária entre o desforço pessoal violento e o aparecimento dos primeiros juízes da humanidade. Tais procedimentos tinham como elemento essencial a designação de um tertius, sábio, prudente, ou ancião, ou parente, amigo, ou vizinho, a quem se conferia o poder de resolver a questão controversa. Superava-se, assim, a etapa da vingança privada e dos juízes cabalísticos. A arbitragem precederia a justiça da cidade. (...), se a solução arbitral não foi a primeira idéia de composição de litígios na sociedade humana, ao menos pode-se afirmar que permaneceu sempre como alternativa aos juízes do Estado (...) Já se vê que arbitragem e processo judicial coexistiam, provavelmente mesmo na Grécia antiga, não se podendo rigorosamente falar de suposta precedência histórica da primeira em relação ao segundo. A observação do que terá ocorrido em Roma não conduz a conclusão diferente, nem autoriza a afirmar que a jurisdição teve seu momento genético nas práticas arbitrais. Antes, o que as fontes indicam é, também, a concomitância das duas modalidades de composição de litígios”. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional**. São Paulo: Forense, 1993, p. 2-12.

²⁷³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro. In: GARCEZ, José Maria Rossini (coord.). **A Arbitragem na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

juízo do conflito, pelo iudex/arbiter – um particular escolhido dentre os do povo. Era a arbitragem compulsória²⁷⁴.

Nesse aspecto, Carreira Alvim²⁷⁵ lembra que, em Roma, havia *duas modalidades de arbitragem: a facultativa e a necessária*.

Com o terceiro e último relevante período do processo civil romano, o da *Extraordinaria Cognitio*, inicia-se a gradativa oficialização das instituições processuais, período em que o juiz-pretor (uma autoridade do Estado) passa a ser a única autoridade legitimada a presidir a integralidade do procedimento para resolução de conflitos. Em vista disso, surge a necessidade de criação de uma mais complexa estrutura judiciária estatal, com, por exemplo, a existência de duas instâncias.

Em Roma, então, antes da institucionalização pública da justiça, já havia a resolução de disputas através da arbitragem que, à época, repita-se, podia ser voluntária ou compulsória²⁷⁶.

Pedro Batista Martins²⁷⁷ identifica que o:

Tratado firmado entre Esparta e Atenas [o Tratado de Paz], em 455 a.C., já continha cláusula compromissória, o que evidencia a utilização desse instituto por aquele povo e, também, a sua eficácia como meio de solução pacífica dos conflitos (...).

²⁷⁴ BENETI, Sidnei Agostinho. A Arbitragem: Panorama e Evolução. **JTACSP**, Lex, v. 27, n. 138, p. 7-13, 1993: “*Na ordo iudiciorum privatorum, como é sabido, o pretor apenas concretizava a litiscontestatio e encaminhava os litigantes ao iudex ou arbiter, cidadão privado romano, que decidia o litígio. (...)*”

²⁷⁵ “*(...) duas modalidades de arbitragem: a arbitragem facultativa, contratualmente estabelecida pelos litigantes, ao largo da atividade judicial (De receptis); e a arbitragem necessária (obrigatória), típica do período da ordo iudiciorum privatorum, que vigorou até a extinção do sistema formulário, substituído pelo sistema da cognitio extraordinaria*”. CARREIRA ALVIM, J. E. **Tratado Geral de Arbitragem Interno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 16.

²⁷⁶ BENETI, Sidnei Agostinho. Op. cit. “*Superada a fase da Justiça privada ou de mão própria, exercida individualmente ou por intermédio do grupo, já se vê, a arbitragem instrumentalizando a Justiça no Direito Romano, nas duas formas originais: 1ª) a arbitragem voluntária (‘De Receptis’, Digesto, Liv IV, Tít 8), contratualmente estabelecida pelos litigantes, independentemente da atividade judicial; 2ª) a arbitragem necessária, típica da primeira fase do processo civil romano, o período da ordo iudiciorum privatorum, que, na forma das legis actiones (da Lei das XII Tábuas, 450 A.C., até Lex Aebutia, 149 A.C.) ou do processo per formulas (a partir da Lex Aebutia, 149 A.C., e, especialmente, as Leges Juliae (136 A.C.), pairou sobranceiro até extinção do sistema formulário, sob Diocleciano, no ano 294 D.C., com a consolidação da cognitio extraordinaria, justiça estatal por excelência, que irá até a codificação de Justiniano (528/534)*”. **Ainda**, em voto proferido pela 2ª Seção do STJ, em acórdão exarado em sede de Conflito de Competência n. 111.230-DF – Relatoria: Ministra Nancy Andrighi, o Ministro João Otávio de Noronha assim aponta: “*Na realidade, o sistema arbitral remete-nos ao antigo Direito Romano. Remete-nos à primeira fase do Direito Romano, das legis actiones, exatamente ao ordo iudiciorum privatorum, constituído de duas fases, uma perante o iudex, outra perante o pretor. Como o iudex não tinha poderes para executar a decisão, era nomeado, resolvia a lide e levava a solução à execução do pretor, do magistrado; o procedimento se desenrolava em duas fases distintas: apud iudicem e in iure*”.

²⁷⁷ MARTINS, Pedro Batista. A Arbitragem através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria Rossini (coord.). **A Arbitragem na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Assim, nas civilizações clássicas: Roma e Grécia, já muito se falava a respeito e muito se utilizava do procedimento arbitral, muito embora não fosse uma instituição “*unicamente greco-romana, pois o Corão distingue o hakam (árbitro) do qadi (juiz), e a Bíblia faz também menção a ela*”²⁷⁸.

Durante a Idade Média, a arbitragem é instrumento bastante usado para a resolução de conflitos²⁷⁹, em virtude, dentre outros fatores: (i) da fraqueza do poder estatal, assim como (ii) por força da ausência de leis e os (iii) constantes e fortes conflitos entre o Estado e a Igreja, o que torna tais instituições assaz fragilizadas, àquela época.

Como visto nos tópicos anteriores, durante a Idade Média houve uma forte descentralização do poder, instituindo-se o sistema feudal de governo, em que as relações se desenvolviam entre suseranos e vassalos.

É um período de marcada fragmentação do poder político, com uma enormidade de ordens políticas e jurídicas autônomas, sem uma hierarquia definida. O sistema feudal resultou na desagregação do poder, cenário propício ao aumento do uso da arbitragem, como uma forma de evasão à justiça pública que, além de morosa, pouca confiança inspirava.

É nessa época que surge a necessidade de se dar força executiva aos laudos arbitrais, com o conseqüente envolvimento da autoridade pública (o juiz) para dar eficácia à decisão sem a possibilidade, contudo, de as partes rediscutirem a matéria, agora perante o juiz dito público²⁸⁰.

O uso da arbitragem – instituto ainda muito prestigiado – diminui, naturalmente, com a instituição das bases do que, hoje, chamamos de *civil law*, enquanto se intensifica a composição de conflitos, mediante instrumentos de natureza estatal. Passou-se a confiar muito mais na autoridade pública, principalmente com o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a tripartição das funções do Estado, tudo em virtude do movimento social e político consistente na Revolução Francesa, fruto da necessidade de se diminuir desigualdades e se fortalecerem direitos, assim como para se extirpar os abusos praticados pela monarquia.

²⁷⁸ CARREIRA ALVIM, J. E. **Tratado Geral de Arbitragem Interno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 17.

²⁷⁹ Agora, por força de uma obrigação que as partes assumem com o intuito de ver seu conflito resolvido pela arbitragem, mediante a contratação do compromisso, a título de legítimo *contractus* e não mais um *nudum pactum*. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional**. São Paulo: Forense, 1993, p. 14.

²⁸⁰ “*Gradualmente, impõe-se a necessidade de dotar os laudos arbitrais de executoriedade, como exigência de ordem prática na vida social. Passa a intervir na economia da arbitragem o juiz dito público, único capaz de lhe conferir a eficácia reclamada, vedado, no entanto, o reexame das razões das partes e a justiça do laudo do arbirer*”. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Op. cit., p. 16.

Com isso não se quer dizer que a arbitragem não fosse, à época, empregada²⁸¹. Muito pelo contrário²⁸², a arbitragem, naquele momento de consistente luta pelos ideais de liberdade, afirma-se como forma concreta de exercício desse direito fundamental²⁸³. Porém, seja porque há uma relevante alteração no sistema – resultante da Revolução Francesa – seja em virtude da alteração legal, no século XIX, na França e na Itália, o uso do remédio arbitral acaba por ser, de certa forma, desestimulado²⁸⁴.

A figura do Estado assume, nesse momento, um forte viés paternalista e, zeloso por sua soberania, passa a preferir que os julgamentos sejam realizados por seus representantes, em detrimento de julgamentos realizados por particulares, até porque, era um momento em que, em tese, todas as situações de conflito deveriam estar codificadas, de forma que o sistema de aplicação das leis teria de advir, obrigatoriamente, do Estado, a mesma entidade que era a legitimada para criar a norma, para criar o direito²⁸⁵.

²⁸¹ Interessantes os pontos abordados por BONATO, Giovanni. **Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro**. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/208504/mod_resource/content/0/BONATO%20Arbitragem%20na%20Fran%20C3%A7a%20e%20na%20Italia.pdf. Acesso em: 01 ago. 2020, a respeito da utilização da arbitragem em época de *liberté, égalité e fraternité*: “De acordo com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, durante a Revolução francesa a arbitragem foi proclamada como o meio mais razoável de solução das controvérsias (*‘le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens’*), pelo decreto sobre a organização judiciária de 16-24 de agosto de 1790. Ademais, a possibilidade de optar pela via arbitral foi protegida em nível constitucional pelo artigo 5, título III, capítulo V, da Constituição de 3 de setembro de 1971 segundo a qual: ‘O direito dos cidadãos de resolver definitivamente suas controvérsias pela via da arbitragem não pode ser prejudicado pelos atos do Poder Legislativo’ (*‘Le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l’arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du Pouvoir législatif’*). Nessa esteira, floresceram as hipóteses de arbitragem obrigatória em certas matérias (como pela resolução de controvérsias entre os familiares) a fim de subtrair a decisão de alguns litígios (mais delicados, complicados e políticos) dos juízes públicos que estavam ainda ligados à aristocracia e ao ‘ancien régime’”. Veja-se os ensaios de CLÈRE, Jean-Jacques. L’arbitrage révolutionnaire: apogée et déclin d’une institution. **Revue de l’arbitrage**, n. 1, p. 3-28, janvier/mars 1981; HILAIRE, Jean. L’arbitrage dans la période moderne (XVIe–XVIIIe siècle). **Revue de l’arbitrage**, n. 12, p. 187-226, avril/juin 2000; JALLAMION, Carine. Arbitrage et pouvoir politique en France du XVIIème au XIXème siècle. **Revue de l’arbitrage**, n. 1, p. 3-62, janvier/mars 2005; DE LOYNES DE FUMICHON, Bruno. La passion de la Révolution française pour l’arbitrage. **Revue de l’arbitrage**, n. 1, p. 3-52, janvier/mars 2014.

²⁸² “Na França, na Idade Média, a arbitragem foi freqüente, notadamente nos foros. Depois das ordenanças reais de 1510, 1516 e 1535, o édito de François II, de 1150, confirmado pela Ordenança de Moulins, as ordenanças de 1629, 1667 e 1673 levaram esta instituição até o período revolucionário quando ela continuou o seu apogeu”. CARREIRA ALVIM, J. E. **Tratado Geral de Arbitragem Interno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 16.

²⁸³ LIMA, Cláudio Vianna de. A Arbitragem no Tempo – O Tempo na Arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossini (coord.). **A Arbitragem na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 8.

²⁸⁴ “Mas, logo, a esse mesmo revigoramento da arbitragem passa a corresponder o temor de perigosa rivalidade para com as instituições judiciárias do Estado, como que revivescência da aversão de Rousseau aos corps intermédias. Em 1843, a Corte de Cassação Francesa vem a decretar a proibição da cláusula compromissória, cujo restabelecimento apenas se daria neste século, pela lei de 1925, após o Protocolo de Genebra, de 1923”. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional**. São Paulo: Forense, 1993, p. 16.

²⁸⁵ “É importante acentuar que, durante o século XIX, a arbitragem esteve reservada exclusivamente ao Estado, como prerrogativa régaliene, nas palavras de René David. De acordo com as concepções prevalecentes, todos os conflitos ocorrentes na sociedade deveriam encontrar soluções na codificação, que

O CPC francês de 1806 e o CPC italiano de 1865, em virtude da centralização de poder no Estado e por força da soberania deste, adotam textos contrários à arbitragem compulsória²⁸⁶, com a criação de excessivas formalidades para o instituto, encarando-a “como uma ofensa à unidade da função judiciária estatal”²⁸⁷.

No âmbito dos países de *common law*, entretanto, a arbitragem coexistiu - como técnica paralela, de resolução de conflitos - à mediação.

Marco importante, ainda, é a assinatura do Tratado de Jay²⁸⁸ (entre Estados Unidos e Grã Bretanha), no ano de 1794, que trata de comércio e navegação, o qual impulsiona, sobremaneira, a utilização do instituto da arbitragem como meio de resolução de conflitos entre os Estados soberanos.

A partir do fim do séc. XVIII²⁸⁹, vê-se um retorno à massiva utilização da arbitragem, principalmente em virtude do aumento das operações de comércio internacional e da ausência de uma jurisdição (estatal) extraterritorial²⁹⁰:

contería todo o direito, sem brechas nem lacunas. Conseqüentemente, o processo de aplicação da lei deveria fluir, necessariamente, através dos órgãos jurisdicionais do Estado”. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional**. São Paulo: Forense, 1993, p. 16.

²⁸⁶ LIMA, Cláudio Vianna de. A Arbitragem no Tempo – O Tempo na Arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossini (coord.). **A Arbitragem na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 9.

²⁸⁷ BONATO, Giovanni. **Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/208504/mod_resource/content/0/BONATO%2C%20Arbitragem%20na%20Fran%2C%A7a%20e%20na%20Italia.pdf. Acesso em: 01 ago. 2020.

²⁸⁸ “A pesar de la antigüedad de los métodos, se reconoce en general que la historia moderna del arbitraje comienza con el llamado Tratado de Jay, de 1794, entre los Estados Unidos de América y Gran Bretaña. En este Tratado de Amistad, Comercio y Navegación se estipuló la creación de tres comisiones mixtas, formadas por el mismo número de norteamericanos que de británicos, con el fin de arreglar varias cuestiones que ambos países no habían sido capaces de resolver mediante la negociación. Si bien es verdad que estas comisiones mixtas no podían dictar sentencias, estrictamente hablando, en cierto modo sí que estaban pensadas para funcionar como tribunales. Consiguieron que volviera a surgir el interés por el proceso de arbitraje. A lo largo del siglo XIX, los Estados Unidos y el Reino Unido recurrieron en varias ocasiones a ellas, y también lo hicieron otros tantos Estados en Europa y en las Américas”. Disponível em: <https://www.un.org/es/icj/origin.shtml>. Acesso em: 09 abr. 2020. **Tradução livre**: “Apesar da antiguidade dos métodos, é geralmente reconhecido que a história moderna da arbitragem começa com o chamado Tratado de Jay de 1794 entre os Estados Unidos da América e a Grã-Bretanha. Esse Tratado de Amizade, Comércio e Navegação previa a criação de três comissões conjuntas, compostas de igual número de americanos e britânicos, para resolver várias questões que os dois países não haviam conseguido resolver através da negociação. Embora seja verdade que essas comissões conjuntas não podiam, a rigor, emitir julgamentos, em certo sentido, elas pretendiam funcionar como tribunais. Elas conseguiram reavivar o interesse na arbitragem. No decorrer do século XIX, os Estados Unidos e o Reino Unido recorreram a elas em várias ocasiões, assim como vários outros estados da Europa e das Américas”.

²⁸⁹ MARTINS, Pedro Batista. A Arbitragem através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria Rossini (coord.). **A Arbitragem na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

²⁹⁰ Até porque: “Ao longo do século XIX, o liberalismo e o constitucionalismo se consolidam na Europa. Já no século XX, no entanto, sobretudo a partir da Primeira guerra, o Estado ocidental torna-se progressivamente intervencionista, sendo rebatizado de Estado social”. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 83.

*A arbitragem vem sendo largamente utilizada no âmbito do comércio internacional, que dela atualmente não poderia prescindir 'em sua modalidade contratual, à vista da inexistência de jurisdição estatal que sobrepaire sobre as relações internacionais', experimentando-se desenvolvimento extraordinário do instituto no âmbito interno de cada país*²⁹¹.

Esse exponencial aumento do uso da arbitragem continua, ainda, no final do séc. XIX, adentrando no séc. XX, conforme Batista Martins, em virtude da “*ratificação de tratados sobre a matéria e a inserção do instituto na grande maioria dos sistemas jurídicos nacionais*”²⁹².

Nesse período, organizações de âmbito supranacional, como a ONU, começam a intensificar a criação de medidas para a harmonização de regras relativas ao comércio internacional, como Tratados e Protocolos assinados entre diversos países, com o propósito de minimizar o conflito de interpretação de leis existente, principalmente, entre países de diferentes sistemas, como os de *civil law* e os de *common law*. Tais documentos visavam a, também, fomentar o uso da arbitragem, com a previsão de diversos dispositivos a seu respeito.

Em 1919, é fundada a CCI – Câmara de Comércio Internacional - e, logo em seguida, em 1923, a Corte Internacional de Arbitragem, entidade arbitral da CCI, o que, com certeza, foi um fato de extrema relevância para o desenvolvimento galopante da arbitragem internacional, no séc. XX.

O Protocolo sobre Cláusulas Arbitrais, assinado em Genebra, em 1923, é um indício da falência, no mundo, do sistema público de justiça, decorrente da soberania do Estado e objeto de sua função jurisdicional.

Os Estados, por sua vez, começam a fomentar sua legislação relativa ao uso da arbitragem, como forma de resolução de conflitos (no Brasil, tardiamente, em 1996).

Todas essas circunstâncias acabam por demonstrar uma tendência de diminuição do papel do Estado na resolução de conflitos e a sua entrega a particulares a, como afirma José Carlos Magalhães²⁹³, ampliar o protagonismo da sociedade civil, ou seja, da nação, na busca da pacificação social.

²⁹¹ BENETI, Sidnei Agostinho. A Arbitragem: Panorama e Evolução. **JTACSP**, Lex, v. 27, n. 138, p. 7-13, 1993.

²⁹² MARTINS, Pedro Batista. A Arbitragem através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua implementação no Brasil. *In*: GARCEZ, José Maria Rossini (coord.). **A Arbitragem na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

²⁹³ MAGALHÃES, José Carlos de. **Arbitragem. Sociedade Civil x Estado**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 34.

7.2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA ARBITRAGEM, NO BRASIL

O histórico da arbitragem, no Brasil, aqui elaborado, está lastreado nos diplomas legais mais relevantes que existiram, ou existem, acerca da matéria, até os dias atuais. Esse histórico foi, inclusive, tema já desenvolvido em dissertação de mestrado que o autor teve a oportunidade de defender perante banca formada no âmbito da PUC-SP e que, posteriormente, foi editada em versão comercial: *Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem*²⁹⁴.

Nessa toada, é importante mencionar que, muito embora a arbitragem já tivesse previsão legal, seu primeiro tratamento constitucional ocorreu na Constituição de 1824²⁹⁵ (*Constituição do Império*).

O Código Comercial de 1850²⁹⁶ também previu o instituto da arbitragem. Nesse caso, para o julgamento de questões societárias.

Em 1867, com a promulgação do Decreto 3.900²⁹⁷, estabeleceu-se a cláusula compromissória arbitral – para dirimir futuros litígios – como uma promessa de contratar²⁹⁸.

A Constituição de 1891 (primeira Carta Republicana), por sua vez, tratou da arbitragem somente para questões envolvendo guerra e paz, suprimindo o uso da arbitragem para questões relativas a particulares, o que volta a surgir com a entrada em vigor do Código Civil de Clóvis Bevilacqua²⁹⁹, em seus artigos 1.037 a 1.048.

Em 1923, o Brasil aderiu ao, já anteriormente mencionado, Protocolo de Genebra relativo às arbitragens comerciais internacionais, ratificado, em 22 de março de 1932, com a promulgação do Decreto 21.187. Esse diploma tinha por objetivo primordial assegurar a eficácia das cláusulas compromissórias e propiciar a circulação internacional de sentenças arbitrais estrangeiras.

²⁹⁴ São Paulo: Ed. RT, 2017.

²⁹⁵ Seu art. 160 tinha a seguinte redação: “*Nas causas cíveis e penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes*”. Além disso: “*As Ordenações Filipinas previram a arbitragem, tratando ‘Dos Juizes Árbittros’ (Livro II, Título XVI) e ‘Dos Arbitradores’ (Títulos LIII e XVII), facultada a inserção da cláusula ‘sem recurso’ pelos contratantes*”. BENETI, Sidnei Agostinho. *A Arbitragem: Panorama e Evolução*. JTACSP, Lex, v. 27, n. 138, p. 7-13, 1993.

²⁹⁶ Art. 294. “*Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral*”.

²⁹⁷ Que regulava o Juízo Arbitral do Comércio.

²⁹⁸ Art. 9º “*A clausula de compromisso, sem a nomeação de arbitros, ou relativa a questões eventuaes não vale senão como promessa, e fica dependente para sua perfeição e execução de novo e especial accordo das partes, não só sobre os requisitos do art. 8º senão também sobre as declarações do art. 10º*” [sic].

²⁹⁹ Lei 3.071/1916.

O Protocolo de Genebra foi substituído, posteriormente, pela Convenção de Nova Iorque, sobre a qual se falará, adiante.

Com a Constituição de 1934, restabelece-se a previsão da arbitragem mercantil ao se conceber, em seu artigo 5º, inciso XIX, alínea *a*, a competência da União para legislar sobre normas fundamentais da *arbitragem comercial*. A respectiva e necessária regulamentação, contudo, jamais chegou a ocorrer, de forma que o mencionado dispositivo constitucional era vazio. Ineficaz, portanto.

Em virtude da falta de regulamentação do instituto na Constituição anterior, a Constituição de 1937 deixa de tratar da arbitragem entre particulares, mantendo, entretanto, sua previsão para demandas que dissessem respeito à questões de fronteiras entre os Estados, como já estabelecido nas disposições transitórias da Constituição de 1934.

No que tange à lei processual, foi o primeiro Código de Processo Civil de âmbito federal (1939), que unificou o processo civil brasileiro - antes regulado por leis estaduais³⁰⁰ -, que previu normas sobre arbitragem, conforme estabeleciam seus arts. 1.031 a 1.046.

As Constituições de 1946 e 1967 não tratam da matéria de arbitragem privada.

A Constituição de 1946, entretanto, trouxe em seu bojo o princípio da inafastabilidade da jurisdição, conforme o § 4º de seu artigo 141³⁰¹.

Foi por força da positivação desse princípio de índole constitucional, que se acirraram as discussões acerca da constitucionalidade do instituto da arbitragem, sob o fundamento de que sua utilização seria uma forma de renúncia, inadmissível, ao acesso ao Poder Judiciário e, portanto, uma afronta ao dito princípio constitucional.

No entanto, àquela época, os então denominados laudos arbitrais, para que tivessem eficácia jurídica, necessitavam da homologação do Poder Judiciário a fim de que lhes fosse dada força executiva. Com isso, o argumento de que a arbitragem acarretava a renúncia ao Poder Judiciário não vingou, sob o fundamento de que, quando da homologação judicial, eventual irregularidade poderia e deveria ser sanada pelo Judiciário, sob pena de sua não homologação. Nesse momento, também, o próprio mérito da decisão arbitral acabava por ser objeto de revisão pelo Judiciário.

³⁰⁰ Também no âmbito dos códigos processuais estaduais, a arbitragem teve tratamento específico.

³⁰¹ § 4º “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Sob a égide da Constituição de 1967, uma vez que esta nada dizia sobre a arbitragem privada, também houve calorosas discussões acerca de sua constitucionalidade. O STF, à época, manifestou-se positivamente em relação à constitucionalidade do instituto³⁰².

O Código de Processo Civil de 1973, por sua vez, tratou da arbitragem em seu Capítulo XIV³⁰³ – Do Juízo Arbitral – como um dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, cujos artigos foram expressamente revogados, posteriormente, pela Lei 9.307/1996.

A atual Constituição Federal refere-se, mesmo que indiretamente, à arbitragem em seu art. 4º, inciso VII, assim como no art. 114, § 1º, fazendo, ainda, menção a ela logo no preâmbulo³⁰⁴, quando também aponta os princípios fundamentais regentes do Estado de Direito.

Em 1995, foram expedidos: (i) o Decreto 90, de 12 de junho, ratificando a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, a que o Brasil aderiu, no Panamá³⁰⁵, em 1975; e (ii) o Decreto 93, de 20 de junho, sancionando a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, a que o Brasil aderiu, em Montevideú, em 1979.

O ano de 1996 torna-se um importante marco para a arbitragem, no Brasil, em virtude da edição da já mencionada Lei 9.307.

Nessa esteira, em dezembro de 2001, o STF – à época, ainda a Corte competente para o *exequatur* de decisões estrangeiras – decide, em *leading case*, o Agravo Regimental

³⁰² Nesse aspecto, é de se mencionar a lição de José Cretella Netto, ao sustentar o posicionamento adotado, no início dos anos 1970, pelo STF a favor da arbitragem: (...) o *entendimento do Supremo Tribunal Federal, que se pronunciou pela admissão de que o próprio Estado poderia submeter-se à decisão de um tribunal de arbitragem*, desde que não se tratasse de matéria relativa à sua soberania. (Decisão publicada em 13.06.1969, in *Revista Trimestral de Jurisprudência* 52/168, 171 e ss.). CRETELLA NETTO, José. **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 23.

³⁰³ Arts. 1.072 a 1.102.

³⁰⁴ *Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.*

³⁰⁵ “O âmbito de aplicação da Convenção do Panamá é matéria polêmica, porque o tratado não dispõe a respeito de sua própria abrangência. O nome ‘Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional’ dá algumas pistas, mas não resolve a questão. O art. 1º do Tratado parece limitar a aplicação da convenção a ‘commercial transactions’ e, assim, restringi-la, nesse aspecto, mais do que a Convenção de Nova Iorque, em que a limitação a negócios comerciais depende de reserva. Já com relação à internacionalidade, seu âmbito de aplicação é mais extenso que o da Convenção de Nova Iorque, porque a Convenção do Panamá também se aplica a sentenças arbitrais proferidas dentro do território nacional, desde que oriundas de arbitragens internacionais (...)”. BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (Org.). **Arbitragem comercial: princípios, instituições e procedimentos; a prática no CAM-CCBC**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 44-45.

interposto nos autos de um processo de homologação de sentença arbitral estrangeira³⁰⁶, julgando pela constitucionalidade de determinados dispositivos da Lei 9.307 e, portanto, da contratação da arbitragem, sem que isso implique violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, CF).

Com isso, a arbitragem recebe grande impulso no Brasil. Até então, eram constantes as alegações no sentido de sua inconstitucionalidade por pretensa violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O atual Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/2002) trata do tema no Capítulo XX (Do Compromisso) do Título VI (Das Várias Espécies de Contrato) do Livro I (Do Direito das Obrigações) de sua Parte Especial, em que estabelece a hipótese de contratação do compromisso arbitral para dirimir controvérsias de cunho exclusivamente patrimonial entre partes capazes³⁰⁷.

Ulteriormente, foi promulgado o Decreto Federal 4.311/2002, que ratificou a Convenção de Nova Iorque³⁰⁸ (documento da Organização das Nações Unidas – ONU para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras), assinada, em 1958, pelo Brasil.

Esse documento também imprime força para que a arbitragem, sobretudo as de caráter internacional, vingasse no Brasil, e fosse aceita como uma verdadeira e séria forma de resolução de disputas.

Em 2003, foi expedido o Decreto 4.719, promulgando o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, com o propósito de regular a arbitragem entre entes

³⁰⁶ STF, AgRSE 5.206-7, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001, DJ 30.04.2004.

³⁰⁷ Art. 851. “É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

Art. 852. “É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

Art. 853. “Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”.

³⁰⁸ “A Convenção de Nova Iorque foi ratificada por 146 países e é considerada um dos principais marcos no desenvolvimento da arbitragem internacional e do Direito Internacional Privado. Assim como os acordos genebrinos que a antecederam, o processo legislativo da Convenção de Nova Iorque sofreu considerável influência da CCI; porém, a Convenção nasceu no seio da Organização das Nações Unidas. (...) O objetivo traçado pela CCI em sua proposta era dar mais eficácia à arbitragem internacional, aprimorando a circulação das sentenças arbitrais pelo globo. ‘O que se buscava era a possibilidade de reconhecimento simples e rápido’. (...) Com efeito, a Convenção de Nova Iorque eliminou uma série de problemas existentes nas convenções anteriores e correspondeu aos anseios da comunidade comercial internacional, ávida por um instrumento que possibilitasse a livre circulação de sentenças arbitrais”. BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (Org.). **Arbitragem comercial: princípios, instituições e procedimentos; a prática no CAM-CCBC**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 39-40; 43.

privados dos países que assinaram esse documento, em Buenos Aires, em julho de 1998. O Brasil aprova mencionado Acordo, com a edição do Decreto Legislativo 483/2001.

O CPC/2015, por fim, encampa, integralmente, a arbitragem, sob o espectro do princípio da legalidade³⁰⁹, assim como se preocupa em criar um processo de cooperação entre os juízos estatal e arbitral³¹⁰.

7.3 MAIS SOBRE A ARBITRAGEM E SUA NATUREZA JURISDICIONAL

São variadas as teorias acerca da natureza jurídica da arbitragem. Basicamente, quatro predominam.

A discussão – muito embora se possa pensar tenha caráter eminentemente acadêmico, posição aqui respeitada – ganha relevância por força das consequências práticas que dela podem advir.

A arbitragem é um negócio jurídico. Ao ver do autor, um negócio jurídico processual³¹¹ (*lato sensu*), haja vista o propósito convergente das partes em acordar a convenção arbitral: ter a controvérsia – futura ou já existente – solucionada por uma jurisdição privada. Nasce, portanto, da vontade das partes³¹².

Em caso de discordância quanto à inclusão da arbitragem no conceito de negócio jurídico processual (*lato sensu*), por tal conceito derivar das regras de processo civil que, comumente, não são aplicáveis à arbitragem, a solução que parece ser bastante pragmática, porém efetiva, poderia ser adotar a conceituação de *negócio jurídico arbitral*.

³⁰⁹ Art. 3º “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei”.

³¹⁰ Art. 189. “Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: [...] IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”.

Art. 260. “São requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória: [...] § 3º A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o caput e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função”.

³¹¹ “É praticamente unânime a doutrina que considera a convenção de arbitragem um negócio jurídico. Segundo José Lebre de Freitas, trata-se de um negócio jurídico processual. O negócio jurídico é assim caracterizado pela sua finalidade de resolver um litígio, podendo dar lugar a uma exceção de preterição de tribunal arbitral, pois retira competência ao tribunal judicial”. BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 40.

³¹² Neste trabalho, trata-se, somente, da arbitragem objeto do consenso das partes. Não se está a enfrentar a arbitragem obrigatória, ou a arbitragem *ope legis*, como (i) a que existe, ainda atualmente, em legislação estrangeira, como é o caso do ordenamento português que prevê a obrigatoriedade da adoção da jurisdição privada para determinados casos de expropriação de bens, quando não houver a estipulação consensual, pelas partes, do respectivo preço; e (ii) a que já existiu, no Brasil, para os casos que envolviam contratos de locação mercantil, sob a égide do Código Comercial de 1850.

Muito embora a arbitragem decorra do princípio da autonomia privada³¹³, a ela são aplicáveis não somente normas de caráter dispositivo, mas, também, de caráter cogente.

Inicialmente, há a contratação entre as partes, que consiste na convenção da arbitragem (*cláusula compromissória* ou *compromisso arbitral*). Como visto, esse é um negócio jurídico processual (ou, ainda, por que não dizer: um negócio jurídico que veste uma *capa* que lhe dá a característica de negócio jurídico processual) que estabelece o propósito da resolução do conflito mediante a instauração de uma jurisdição *privada*.

³¹³ Nesse sentido: BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2. ed., Kluwer Law International, 2014, p. 83. “*A further objective, and advantage, of international commercial arbitration is the maximization of party autonomy and procedural flexibility. As discussed below, leading international arbitration conventions and national arbitration laws accord parties broad autonomy to agree upon the substantive laws and procedures applicable to ‘their’ arbitrations. This emphasis on the importance of party autonomy parallels applications of the doctrine throughout the field of contemporary private international law, and commercial law more generally, but has particular significance in the field of international commercial arbitration*”.

Tradução livre: “Um outro objetivo e vantagem da arbitragem comercial internacional é a maximização da autonomia das partes e a flexibilidade procedimental. Como discutido abaixo, as principais convenções de arbitragem internacional e leis de arbitragem nacionais concedem às partes ampla autonomia para acordar as leis substantivas e procedimentos aplicáveis às ‘suas’ arbitragens. Essa ênfase na importância da autonomia das partes é paralela às aplicações da doutrina em todo o campo do direito internacional privado contemporâneo e do direito comercial em geral, mas tem um significado particular no campo da arbitragem comercial internacional”.

Ainda: BORN, Gary. Keynote Address: Arbitration and the Freedom to Associate. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, v. 38, n. 1, p. 7-24, 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1978798>>. Acesso em: 21 ago. 2021. “*At its most basic level, arbitration is an expression of party autonomy. When parties agree to arbitrate their disputes, they select a particular mechanism for dispute resolution—a contractual and consensual mechanism that grants very broad freedom to the parties to define the manner of dispute resolution and to minimize the role of third parties (including the state) in that dispute resolution process. This aspect of arbitration—the parties’ dominant role in defining their own dispute resolution process—is essential to understanding why parties arbitrate and why nations have adopted proarbitration international instruments and legislation which encourages the use of arbitration to resolve disputes. The means by which parties resolve disputes is a fundamentally important aspect of their underlying contractual (or other) relationship; it is no less important than the parties’ decision to enter into a contractual relationship or the manner in which parties structure and conduct that relationship. The parties’ relationship—whether pursuant to a contract or other kind of relationship—is designed to endure through good times and bad times. It needs to endure, not just in the warm afterglow of signing the contract and of closing the deal, but also after problems and disputes inevitably arise. If those disputes cannot be resolved in a way that is consistent with the parties’ underlying relationship, then that relationship will itself be compromised*”.

Tradução livre: “Em seu nível mais básico, a arbitragem é uma expressão da autonomia das partes. Quando as partes concordam em arbitrar suas disputas, elas selecionam um mecanismo particular para a resolução de disputas - um mecanismo contratual e consensual que concede ampla liberdade às partes para definir a forma de resolução de disputas e para minimizar o papel de terceiros (incluindo o Estado) nesse processo de resolução de disputas. Esse aspecto da arbitragem - o papel predominante das partes na definição de seu próprio processo de resolução de disputas - é essencial para entender por que as partes arbitram e porque as nações adotaram instrumentos internacionais pro-arbitragem e legislação que encoraja o uso da arbitragem para resolver disputas. O meio pelo qual as partes resolvem disputas é um aspecto fundamentalmente importante de sua relação contratual (ou outra) subjacente; não é menos importante do que a decisão das partes de estabelecer uma relação contratual ou a maneira pela qual as partes estruturam e conduzem essa relação. O relacionamento das partes - seja de acordo com um contrato ou outro tipo de relacionamento - é projetado para durar através de bons e maus momentos. Ela precisa perdurar, não apenas no calor da assinatura do contrato e do fechamento do negócio, mas também após problemas e disputas terem, inevitavelmente, surgido. Se essas disputas não puderem ser resolvidas de forma consistente com o relacionamento subjacente das partes, então esse relacionamento estará, por si só, comprometido”.

Posteriormente, e para a efetiva ocorrência da arbitragem, as partes celebram um outro contrato, agora com a participação do(s) árbitro(s) – o Termo de Arbitragem (ou *Ata de Missão*).

Quanto às normas cogentes aplicáveis, a título de ilustração, mencionamos os princípios previstos na Lei 9.307/1996 e que devem nortear os procedimentos arbitrais: art. 13, § 6º, ao prever que os árbitros devem proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção, e art. 21, § 2º, ao estabelecer que, no procedimento arbitral, deverão ser respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e do livre convencimento dos árbitros.

Ainda no que tange à aplicação de normas de caráter cogente na arbitragem, tem-se a previsão legal de que os árbitros, quando do exercício de seu múnus, são equiparados aos funcionários públicos, para os fins da legislação penal (art. 17 da Lei 9.307) e são juízes de fato e de direito, pelo que sua decisão não fica condicionada à homologação do Poder Judiciário, tampouco está sujeita a recurso (art. 18).

Abre-se, agora, um parêntesis a fim de se externar que a aplicação de normas de caráter cogente à arbitragem, mesmo que essa seja um método extrajudicial de resolução de conflito baseada, exclusivamente, na vontade das partes e objeto de um negócio jurídico de direito privado, sem envolvimento, portanto, do Estado, é de todo plausível. Isso porque qualquer relação jurídica, mesmo as de direito privado, deve estar em consonância, ao menos, com os bons costumes, a ordem pública e a Constituição Federal (não, necessariamente, nessa ordem).

Nesse sentido é que o art. 2º, par. 1º, da Lei n. 9.307/1996 estabelece que “*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*”.

Assim, pode-se dizer que o princípio da autonomia privada governa a relação das partes, na arbitragem, porém desde que não se viole norma de ordem pública. É uma autonomia, porém, relativizada³¹⁴.

³¹⁴ “*A questão da autonomia provada, como bem aponta Luigi Ferri, é, antes de tudo, um problema de limites. Estes limites são reflexo do ordenamento jurídico. Há, portanto, de se compreender, a partir desta constatação, que, sempre que se fala em autonomia privada, inexoravelmente há de se compreender que se está a referir a um espaço deixado pelo ordenamento jurídico para o exercício da vontade (expressada) com vistas a atingimento de determinado fim. Mais especificamente, por meio do estabelecimento (criação) de uma norma jurídica. (...) Passou a valer a vontade do homem como criadora de normas jurídicas para gerir seus interesses (por meio do negócio jurídico/contrato), livre de interferências religiosas, feudais, políticas ou de autoridades, mas desde que a ordem jurídica abrigue essas vontades*”. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Jurisdição Estatal, Arbitragem e Autonomia Privada*. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça (coords.). **Jurisdição e Direito Privado**: Estudos em

Mesmo em relações de direito privado (ou de direito privado com nuances de direito público, como se verá adiante), como o é a arbitragem, a liberdade não é absoluta; há – e deve haver - limites, haja vista viver-se em um Estado de Direito, no qual, em nenhuma hipótese, se há permitir o desrespeito às normas constitucionais.

O envolvimento do Estado em relações de direito privado é tendência vivenciada como forma de se preservar um interesse ainda maior e público, consistente na segurança jurídica e na paz social. Em virtude disso, as normas constitucionais têm especial importância, pois servem como regras balizadoras das normas infraconstitucionais, de onde também provêm os limites à autonomia privada.

Apenas para fechar este parêntesis, as normas cogentes aplicáveis à arbitragem têm o condão, também, de obstar a ocorrência de nulidades no processo arbitral, prevenindo-se, assim, a necessidade do envolvimento do Estado – para julgamento de eventual ação anulatória - em relação jurídica para a qual as partes ajustaram, exclusivamente, a jurisdição privada como forma de solução de conflitos.

Retomando, há quem sustente a natureza processual (ou publicística) da arbitragem, bem como os que a veem sob o enfoque da natureza autônoma ou, ainda, de natureza contratualista³¹⁵.

Homenagem aos 20 Anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 53-74.

³¹⁵ “Não existe unanimidade na doutrina sobre esta matéria. São, principalmente, quatro as teses em debate: a jurisdicionalista, a contratualista, a mista e a autonomista”.

Previna-se, antes de mais, que o interesse prático destas teses é hoje muito limitado. Na verdade, a lei reconhece por todo o lado a susceptibilidade de através dela se resolverem litígios, remetendo-se para os tribunais a sua execução coerciva, se necessário. A discussão sobre o tema teve a sua época, sobretudo quando a arbitragem – velha de séculos – necessitou de se reimpor na área comercial. A jurisprudência e a doutrina francesas ocuparam uma boa parte do debate. A tese jurisdicionalista assenta no conceito de que pertence ao Estado controlar e regular a arbitragem. A arbitragem apenas existe e é reconhecida porque a lei assim o quer. Às partes só é permitido o recurso à arbitragem porque a lei do lugar da arbitragem tolera que tal suceda. Os árbitros desempenham, assim, uma função pública, recebem diretamente da lei o poder de julgar. A única diferença entre o juiz e o árbitro reside no facto de o primeiro receber o seu poder diretamente da soberania do Estado, enquanto o árbitro recebe o seu poder igualmente da soberania do Estado, mas a sua nomeação é da competência das partes. Esta concepção de arbitragem não corresponde ao que modernamente se considera arbitragem, sobretudo a arbitragem comercial internacional. Tiveram, todavia, a sua importância quando as concepções de monopólio da justiça pelo Estado imperavam, tal como sucedeu em regimes socialistas e capitalistas autoritários. (...) No campo oposto, está a tese contratualista que sustenta que a arbitragem tem carácter contratual. O Estado não tem qualquer controlo sobre a arbitragem. Só a verdadeira arbitragem a que resulta da vontade das partes. A intervenção do Estado, nomeadamente para conferir eficácia ao processo arbitral e, sobretudo, para assegurar a exequibilidade da sentença arbitral, é meramente auxiliar, por ser ele que detém o jus imperii, mas isso nada tem a ver com a essência da arbitragem. Todo o processo, a sua razão de ser, a sua fonte ou origem, bem como a nomeação do árbitro, as próprias regras do processo e o direito aplicável, se as partes assim o desejarem, bem como o impulso processual, tudo reside ou tem origem e razão de ser na vontade das partes. A sentença arbitral, também ela, não é mais do que uma emanção indirecta da vontade das partes, delegada na pessoa do árbitro. O Estado não influencia, nem controla a decisão do árbitro. Se as partes não a cumprem voluntariamente pode ser judicialmente executada, não como um sucedâneo, com efeitos semelhantes, a uma sentença, mas como um contrato. O

Há, por fim, os que defendam sua natureza mista (contratual e processual)³¹⁶, teoria a que este autor se filia, já que parece inegável o caráter contratual da arbitragem, no seu nascedouro: basta, para tanto, reiterar-se que a arbitragem tem sua origem em um negócio jurídico processual celebrado entre as partes interessadas (convenção arbitral – convergência de vontade das partes), reflexo, naturalmente, de um contrato assinado.

Ainda, há, na arbitragem, a contratação de árbitro(s) que exercerá(ão) o encargo de apreciar e julgar a controvérsia que lhe(s) for apresentada, outro ponto a denotar a natureza contratual do instituto³¹⁷.

próprio árbitro é considerado parte desse contrato que é a sentença arbitral. (...) Por fim, a tese autonomista pretende, mais recentemente, colocar o acento tónico no carácter independente da arbitragem relativamente ao Estado, sobretudo da arbitragem comercial internacional. Assim, por exemplo, Lorca Navarrete sustenta que a arbitragem não tem natureza contratualista, nem jurisdicionalista, nem tão-pouco mista, mas sim nitidamente processual, nascida de um negócio jurídico próprio (a convenção de arbitragem). Para ele, a convenção de arbitragem não é um verdadeiro contrato que imponha às partes obrigações específicas e direitos a uma prestação como é da natureza do contrato. Esta doutrina deixa, contudo, sem explicação, o carácter obrigacional da convenção de arbitragem que liga as partes, designadamente quanto à obrigação de cooperação nos trâmites de constituição do tribunal arbitral, a relação contratual que se estabelece entre o colectivo das partes e o colectivo dos árbitros, etc., que apenas uma identificação parcial da convenção da arbitragem e da arbitragem em geral com a noção e os efeitos de um contrato permite explicar adequadamente. Um negócio jurídico processual, que visa a finalidade única de resolver um litígio, é pouco para explicar em plenitude o fenómeno da arbitragem. Por mais autónoma que a arbitragem, daquele modo concebida, seja, carecerá sempre de alguns elementos da tese contratualista, por um lado, e da tese jurisdicionalista e de direito público para explicar, segundo a lei do lugar da sede da arbitragem, por que é coerciva a sentença arbitral. Perfilhamos, assim, a tese mista". BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 42-43; 45.

³¹⁶ “As duas posições são extremadas e podem ser conciliadas. A arbitragem possui base contratual que é o compromisso, de característica estritamente consensual e que estabelece as diretrizes do juízo arbitral que institui. Mas o laudo arbitral não é ato integrativo do compromisso, nele tem seu fundamento e seus limites, mas seus efeitos decorrem da lei e não da vontade das partes. Assim, as duas posições devem ser entendidas como radicais, pois se a arbitragem é contratual em seu fundamento inicial, é também jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral como forma privada de solução de litígios”. MAGALHÃES, José Carlos de. **Arbitragem. Sociedade Civil x Estado**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 100.

³¹⁷ “Como já tivemos oportunidade de acentuar, a natureza da arbitragem nos conduz a um ponto de partida contratual, isto é, o problema do respeito ao contrato. Ao mesmo tempo leva a um resultado jurisdicional: o árbitro desempenha o papel de juiz e deve respeitar as leis imperativas, em consideração às circunstâncias que são mais ou menos complexas. Com efeito, o árbitro está ligado ao contrato ao qual deu sua adesão, vale dizer, convenção de arbitragem”. STRENGER, Irineu. **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: LTr, 1996, p.76.

Quanto à jurisdicionalidade da arbitragem, atualmente, parece ser quase que pacífica a doutrina³¹⁸, como ensina, por exemplo, Carlos Alberto Carmona³¹⁹: existe, na arbitragem, o exercício, pelos árbitros, de atividade jurisdicional. Para o autor desta tese, isso é inequívoco!

Percebe-se a natureza jurisdicional da arbitragem pelo mero exame da própria Lei 9.307/96, como se denota da leitura dos arts. 18 e 31, que equiparam os principais elementos do instituto àqueles da jurisdição estatal.

O art. 18 alça a figura do árbitro à de juiz de fato e de direito, estabelecendo que a sentença por ele proferida não está sujeita à homologação judicial, enquanto o art. 31 prevê que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida no âmbito do Poder Judiciário e constitui, na hipótese de ter natureza condenatória, título executivo judicial, nos termos do Código de Processo Civil³²⁰.

³¹⁸ “Porém, nada disto altera a existência de uma jurisdição própria do árbitro, pois ele pode resolver litígios com a mesma eficácia executória de um juiz. A sua competência jurisdicional não está, todavia, integrada na jurisdição de um Estado nacional. Pelo contrário, a arbitragem está deslocalizada no espaço. Como diz Eric Loquin, o processo arbitral localiza-se, simultaneamente, em nenhuma parte e em toda a parte. Ou como Pierre Mayer comentou, a propósito, a deslocalização revela-se, na realidade, como uma multilocalização, pois a decisão arbitral fica sujeita à lei de cada um dos países em que ela é invocada, mas não está integrada ou dependente ou é nacional de qualquer Estado em particular, seja ela arbitragem doméstica ou internacional. A jurisdição arbitral é autônoma, pois não está integrada nem depende da jurisdição estadual. Em suma, o árbitro não actua, nem decide em nome do Estado”. BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 271.

“Hoje parece prevalecer a ideia de que a arbitragem é mesmo jurisdicional: depois do advento da Lei 9.307/96 – e apesar de algumas vozes em contrário – não parece apropriado ‘falar-se em contratualidade’, como notou, corretamente, Carreira Alvim, salvo no que concerne à origem da arbitragem por resultar da vontade dos convenientes”. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 276.

“Indo além do que diz o próprio Carmona, hoje é imperioso entender que a jurisdicionalidade é inerente à própria arbitragem, prescindindo das vicissitudes da legislação ou mesmo das opções do legislador. O que há de fundamental é o reconhecimento da função de pacificar pessoas mediante a realização de justiça, exercida tanto pelo juiz togado quanto pelo árbitro. Talvez seja até lícito inverter os polos de raciocínio proposto por Carmona, para dizer que a equiparação dos efeitos do laudo ao da sentença judicial e a definição daquele como título executivo judicial sejam um imperativo ou um reflexo da natureza jurisdicional da arbitragem e não um fator dessa jurisdicionalidade. Assumindo enfaticamente que a jurisdição tem por escopo magno a pacificação de sujeitos conflitantes, dissipando os conflitos que os envolvem, e sendo essa a razão última pela qual o próprio Estado a exerce, não há dificuldade alguma para afirmar que também os árbitros exercem jurisdição, uma vez que sua atividade consiste precisamente em pacificar com justiça, eliminando conflitos”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 39.

³¹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 58, p. 33-40, abr-jun./1990: “13. Em síntese, a discussão sobre arbitragem e jurisdição não é meramente acadêmica. A jurisdicionalização da arbitragem é uma realidade, que o legislador brasileiro já reconheceu. Resta saber se haverá coragem suficiente para libertar o instituto das teias a que se encontra preso para torná-lo novamente útil e viável a nível interno, equiparando – a nível internacional – nossa antiquada legislação sobre a matéria aos modernos sistemas europeus. Parafraseando Chiovenda, 12 convém decidir-se a uma reforma fundamental ou renunciar à esperança de um sério progresso!”.

³²⁰ Art. 515 CPC. “São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII – a sentença arbitral; [...] § 1º Nos casos dos incisos VI a IX, o devedor será citado no juízo cível para o cumprimento da sentença ou para a liquidação no prazo de 15 (quinze) dias. § 2º

Entende-se que o caráter jurisdicional da arbitragem pode ser extraído, também, da Parte Geral do Código de Processo Civil que, no *caput* do art. 3º, estabelece que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito e, no parágrafo 1º desse dispositivo, prevê que uma dessas formas de apreciação jurisdicional é a arbitragem.

Em verdade, da leitura da íntegra do mencionado art. 3º CPC, verifica-se que se considera haver acesso à Justiça, não só através da jurisdição (Estado ou arbitragem), mas, também, quando a parte atinge a solução de seu conflito, mesmo que por meio do emprego de métodos autocompositivos de conflitos³²¹.

Parece que esses argumentos já seriam mais do que suficientes para se reconhecer a natureza jurisdicional à arbitragem.

Entretanto, se se adotasse aquela superada conceituação de jurisdição como poder derivado da *soberania* do Estado e, por isso, atividade praticada exclusivamente por esse ente público, não seria possível inserir a arbitragem em seu contexto³²².

A jurisdicionalidade da arbitragem decorre do fato de que a jurisdição nunca foi atividade exclusiva do Estado³²³. Nunca houve o monopólio do Estado que, a partir de

A autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo”.

³²¹ “É dizer, trata-se do acesso à ordem jurídica justa, que inclui, mas vai ainda além da chamada solução adjudicada estatal (decisão de mérito), consentindo incluir uma conjugação de esforços com outros atores – conciliadores, mediadores, árbitros, amici curiae. Com isso, pode-se alcançar um resultado mais profícuo e proveitoso do que se poderia obter mediante uma justiça meramente retributiva, a qual acaba por converter as partes em vencedor e vencido, levando a que a parte sucumbente busque esgotar as possibilidades impugnativas e as vias recursais, postergando o desfecho da controvérsia, em detrimento da pacificação social”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Significado Contemporâneo de Jurisdição e Acesso à Justiça. In: ARRUDA ALVIM, Teresa BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça (coords.). **Jurisdição e Direito Privado: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Ministra Nancy Andriighi no STJ**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 597-609.

³²² Nesse sentido (arbitragem não é jurisdição): “Na verdade, faltaram a essa discussão as lembranças da essência da jurisdição e da sua ‘unidade’. Essa se funda na incontestável ideia de que a jurisdição não admite divisões, pois isso seria o mesmo que dizer que o Estado pode ter várias soberanias. Contudo, quando se alude a essa elementar unidade, aceita-se como premissa que a jurisdição é uma manifestação do poder estatal”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 1, p. 175.

³²³ Como leciona Pedro A. Batista Martins: “Essa corrente que minimiza o alcance jurídico da arbitragem sustenta seu entendimento na existência de um monopólio do Poder Judiciário no trato da solução das controvérsias. Tal entendimento o coloca como único órgão capaz de ditar a definitividade do direito. Desse pensamento monopolista do Judiciário se pode abstrair o modelo ideológico em que se sustenta a corrente doutrinária de valorização do Estado como ente supremo na condução da sociedade e, particularmente, na pacificação de suas crises interpessoais. O ponto nevrálgico do modelo está na supremacia do Estado frente à vontade individual dos seus jurisdicionados. Somente o Estado pode pacificar os conflitos, porque o Estado é o único ser legítimo e capaz para executar tal função. Esse modelo ideológico, conquanto embasado em fundamentos de direito, acaba por dar guarida ao Estado-Providência, de muito paternalismo e pouca efetividade, e subtrair do cenário jurídico o princípio da autonomia privada, a qual dá vida às qualidades individuais com retorno positivo à sociedade, sob a singela alegação da existência de um monopólio Judiciário na realização da justiça”. **Arbitragem no Direito Societário**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, p. 7.

determinado momento histórico, começou a ser, por alguns, afirmado, inclusive como integrante da essência do conceito de jurisdição.

Essa natureza jurisdicional resulta, também, do desenvolvimento do instituto sob a ótica do *due process of law*, visando, a arbitragem, à obtenção de uma sentença³²⁴ que ficará revestida da autoridade da coisa julgada.

É necessário que se adote um conceito contemporâneo de jurisdição³²⁵, trazido às circunstâncias histórica, sociológica e política atuais: como já se disse, o conceito deve ser adequado ao *Zeitgeist* do momento. Isso, ademais, não viola qualquer princípio constitucional vigente e torna mais fácil a compreensão da real natureza da arbitragem.

Nesse contexto, oportuna a transcrição da lição de Antonio Cabral:

*Una prima osservazione in relazione al concetto di giurisdizione è che dobbiamo allontanarci subito dall'idea che assimila la giurisdizione allo Stato. È possibile un esercizio di giurisdizione per conto di privati... A nostro avviso, meno statalismo e più esistenza di un procedimento con garanzie precessuali, condotto da un terzo imparziale, sarebbe la nota caratteristica che sussume all'arbitrato nel concetto di giurisdizione*³²⁶.

³²⁴ A Lei 9.307 adota o termo sentença, em vez do termo laudo, como, antigamente, se denominava a decisão proferida pelo(s) árbitro(s).

³²⁵ “Buscando um viés conciliatório entre esses posicionamentos, pode-se argumentar que a palavra jurisdição evoluiu semanticamente ao longo do tempo, com ênfase no último quartel do século passado, com o advento e expansão dos chamados meios alternativos de solução de conflitos, na esteira da terceira onda de renovação do processo civil, propugnada por Mauro Cappelletti, por modo que hoje perdeu atualidade o sentido majestático da Jurisdição, ligado ao monopólio estatal na distribuição da Justiça (dimensão estática, ligada ao Poder e à soberania do Estado, substituído pelo senso de uma função estatal (dimensão dinâmica, revelada na medida da capacidade de efetiva composição justa dos litígios), tarefa todavia não centrada exclusivamente no juiz togado, mas compatível com outras instâncias e órgãos, componentes da chamada justiça paraestatal: conciliadores, mediadores, árbitros, Tabelionatos, Ministério Público, Tribunais de Impostos e Taxas, de Contas, Desportivos, Comissão de Conciliação Prévia na Justiça do Trabalho, Juízes de Paz etc. Hoje pode-se dizer que onde ocorra composição justa de um conflito, aí mesmo terá havido... jurisdição, não no sentido clássico (defasado) da expressão, reportado ao Estado-juiz, mas no senso amplo e contextualizado, até porque o Direito não se compõe apenas de normas legais, mas de muitas formas de expressão, a par de elementos de integração (costumes, princípios, doutrina, jurisprudência, analogia, equidade, regras de experiência). Sem embargo, considerando-se que os órgãos judiciais, propriamente ditos, estão relacionados em numerus clausus no art. 92 da Constituição Federal, onde não consta a Arbitragem, cremos que o dissenso conceitual antes referido pode ser razoavelmente equacionado vendo-se no Juízo Arbitral uma instância parajurisdicional, subjacente ou justaposta à função judicial do Estado, interagindo com esta (Lei n. 9.307/96, § 2º do art. 7º; §§ 2º e 4º do art. 22, arts. 25, 32 33, 34; CPC, art. 267, VII; Lei n. 9.099/95, art. 24), mas com ela não se confundindo nem imbricando. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco entende ‘legítimo considerar ao menos parajurisdicionais as atividades exercidas pelo árbitro (...) porque não se endereça a todos os demais objetivos da jurisdição, especialmente o jurídico’”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. Tese (concurso público para provimento de cargo de professor titular junto ao departamento de direito processual – edital FD n. 21/2008) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 303-304).

³²⁶ CABRAL, Antonio. **Per un Nuovo Concetto di Giurisdizione. In Scritti in Onore di Nicola Picardi**. Pisa: Pacini Editore, 2016. Tomo I, p. 370. **Tradução livre**: “Uma primeira observação em relação ao conceito de jurisdição é que devemos nos afastar imediatamente da ideia que liga jurisdição ao Estado. É possível o exercício de jurisdição por particulares. Em nossa opinião, menos ao estadismo e mais à existência de um procedimento com garantias processuais, conduzido por um terceiro imparcial, seria a nota a característica que insere a arbitragem no conceito de jurisdição”.

Poder-se-ia, entretanto, dizer que a arbitragem não é jurisdição, por força da ausência do *imperium* aos atos do árbitro.

A ausência do império, na jurisdição arbitral³²⁷, fica evidente na Lei 9.307/96, no § 2º do seu art. 22³²⁸, assim como em seu art. 22-C, que estabelece o rito de cooperação (mediante o cumprimento da carta arbitral expedida pelo(s) árbitro(s)) por parte do Poder Judiciário, para o propósito de que seja dado cumprimento às decisões proferidas pelo(s) árbitro(s).

Pode, ainda, ser notada na necessidade de se executar a sentença arbitral (título executivo judicial), em juízo, caso a parte sucumbente não cumpra com o comando dela constante.

No entanto, como já se viu, *imperium* não é, necessariamente, elemento da jurisdição.

A autoridade investida do império tem, necessariamente, jurisdição. Contudo, pode haver autoridade que, muito embora detenha a jurisdição, não possui império e isso é visível, justamente, na jurisdição arbitral.

Império e jurisdição não são sinônimos, como já dito. Império, contudo, por ser poder que emana da autoridade (lembre-se, aqui: o *imperium* surgiu do poder do *Rex*) abrange a jurisdição que, desde a origem, foi atividade desenvolvida, seja pelo Estado seja pelo particular.

³²⁷ “O poder jurisdicional confiado ao árbitro não tem toda a dimensão daquele exercido pelos juízes, pois só lhe permite exercer atividades em processo de *conhecimento* ou eventualmente em um *cautelar*, excluídos a *execução* e todos os atos de constrição pessoal ou patrimonial; mas nem por isso deixa de ser *poder*. O poder daqueles, sendo poder *estatal*, conceitua-se como ‘capacidade de decidir imperativamente e impor decisões’, contendo-se nessas últimas palavras clara alusão ao poder de realizar a execução e efetivar medidas constritivas em geral, segundo a lei. O poder do árbitro só se configura como *capacidade de decidir com eficácia vinculante para as partes*, sem dispor do *imperium* exclusivo dos agentes estatais e sem ter a capacidade de *impor decisões* (ou seja, de executar ou efetivar medidas constritivas); mas, nessa medida, é *poder* e é *jurisdição*. Vigê para o árbitro a máxima *jurisdictio in solo notione consistit*, mas nem por isso a função que exerce deixa de ser *jurisdição*. ‘A [*jurisdição*] do juiz é pública e emana direta ou indiretamente *da Constituição*, e a do árbitro é privada e deriva *da livre vontade das partes*’, mas ‘a similitude de objetivos entre o processo judicial e o arbitral justifica dar a um e a outro o mesmo tratamento’ (José Carlos de Magalhães)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 47-48.

³²⁸ Art. 22, § 2º “*Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem*”.

Portanto, a ausência do império, na função do árbitro, não afasta sua natureza jurisdicional³²⁹. O império, na arbitragem, quando necessário, se efetiva, através do regime de cooperação que existe entre as jurisdições estatal e privada³³⁰.

Por fim, vale a pena mencionar, ainda, uma posição intermediária, como a que era adotada por Carnelutti³³¹, no sentido de que a arbitragem seria um *equivalente jurisdicional*. Aquele autor entendia, assim como Chiovenda, que a jurisdição seria atividade exclusiva do Estado. Porém, para ele, a arbitragem teria um viés jurisdicional, muito embora jurisdição, propriamente dita, não fosse.

Para terminar, ao se analisar a arbitragem sob o aspecto dos princípios informadores da jurisdição (*conforme nosso item 1.3*), consegue-se, facilmente, ratificar a conclusão de que aquele instituto se reveste, efetivamente, do caráter de jurisdicionalidade.

Para tanto, traz-se a percutiente lição de Arruda Alvim³³²:

Diante disso, a atividade do árbitro, que antes poderia ser considerada como 'equivalente' jurisdicional, pode, atualmente, inserir-se no próprio conceito de jurisdição, como espécie privada deste gênero.

Para essa conclusão contribuem, além da mudança de paradigma já assinalada, com enfoque na finalidade da jurisdição e na ampliação do acesso à justiça em detrimento da titularidade estatal, as demais características da jurisdição, cuja presença se detecta, em maior ou menor escala, no instituto da arbitragem: (a) a arbitragem é revestida de substitutividade, já que o árbitro detém poderes para se sub-rogar à vontade das partes e, dessa forma, aplicar o direito; (b) a sentença arbitral produz coisa julgada, de molde que seus efeitos revestem-se da qualidade da imutabilidade, inerente à atividade jurisdicional, que é definitiva por natureza; (c) o árbitro atua na qualidade de terceiro desinteressado, satisfazendo o requisito da imparcialidade; (d) a despeito de não estar investido de um cargo público, o árbitro, assim como o juiz, está investido de poderes decisórios cuja eficácia equipara-se à sentença judicial; (e) é certo que a arbitragem deve ser exercida em contraditório regular, muito embora o procedimento arbitral não seja idêntico àquele estabelecido para o processo judicial; e, enfim, (f) a atividade do árbitro, tanto como a do juiz, é inerte, pois depende de provocação dos interessados.

³²⁹ “A comparação entre os conceitos de *imperium* e *iurisdictio* permitem esclarecer que o exercício de poderes coercitivos não é ínsito e nem exclusivo à atividade jurisdicional. Assim, a função jurisdicional pode ser caracterizada como ‘a função de resolver controvérsias judiciais, cujo exercício poderia ser feito até mesmo pelo particular, demonstra incoerência em se negar o caráter jurisdicional à atividade do árbitro’”. ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs. arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 214, p. 271-298, dez./2012.

³³⁰ A Lei n. 9.307/1996 assim como o CPC preveem instrumentos eficazes para o desenvolvimento desse regime de cooperação entre Judiciário e arbitragem, sendo o mais relevante deles, a nosso ver, a carta arbitral, conforme estabelecido no art. 22-C daquela primeira lei, assim como no art. 237, inciso IV CPC.

³³¹ “Os árbitros são pessoas a quem as partes encomendam de comum acordo a composição de uma lide de pretensão discutida (controvérsia; art. 806; *supra*, n. 9). O processo perante árbitros é, portanto, um equivalente do processo contencioso de cognição; nega-se aos árbitros toda função diversa processual, executiva, cautelar (art. 818) ou voluntária”. CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução: Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1, p. 162.

³³² **Manual de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 238.

Portanto, a jurisdição arbitral decorre de avença celebrada entre as partes, ao passo que a jurisdição estatal decorre da lei e da Constituição que impõem, ao Poder Judiciário, a atividade jurisdicional pública³³³.

7.3.1. Outra Nota sobre a Função Criadora do Julgador: Juiz e Árbitro

A arbitragem é jurisdição, na perspectiva de ser uma função decorrente de atribuição contratual, pelas partes, a um terceiro, com vistas a que este terceiro desinteressado, investido no respectivo múnus, resolva o conflito que se instalou, ou que virá a se instalar, entre as partes. Na dimensão relativa à **função de resolver conflitos**, a atividade do árbitro corresponde, substancialmente, **à atividade do juiz togado**.

Até por isso é que, como se denota da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), os princípios e as regras que devem orientar a atividade do árbitro são os mesmos que norteiam a atividade do juiz togado, principalmente quando tais princípios e regras têm raízes na Constituição Federal.

Em diversos pontos deste ensaio, já se sustentou que a decisão judicial, uma vez que interpreta a norma, acaba por, de certa forma, criar direito. O ato de interpretar a norma envolve, inexoravelmente - e parte significativa da doutrina nacional e estrangeira reconhece isso -, certa dose de criatividade judicial, que varia de acordo com o caso concreto.

Já se viu que, no *civil law*, a norma é concebida e, *grosso modo*, a realidade nela se encaixa. Visa-se com isso a dar maior previsibilidade às situações jurisdionalizáveis.

As profundas transformações sociais que houve do final do Século XVIII até nossos dias, somadas à abrangência do direito – já que a tendência crescente foi a de disciplinar um número cada vez maior de situações - que acabou por resultar num efetivo acesso à justiça, levaram a que esta “simplicidade” pressuposta na concepção do *civil law* (norma + fato = solução do caso) desaparecesse.³³⁴

³³³ “(...) as matrizes das jurisdições pública e privada seriam caracterizadas, respectivamente, pelo poder estatal e pelo consenso”. GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 139.

³³⁴ Assevera Paolo Grossi, com razão, que o procedimento silogístico-dedutivo parece ter sido concebido para neutralizar a vontade pessoal do intérprete. Em conhecida conferência, ele diz que: “Este procedimento rígido de dedução, que parece ter sido feito de propósito para frustrar a vontade pessoal daqueles que o utilizam, era perfeitamente adequado ao juiz do antigo Estado de Direito de marca liberal-burguesa” “Questo procedimento rigidamente deduttivo, che sembra fatto apposta per vanificare la volontà personale di chi lo usa, si addiceva perfettamente al giudice del vecchio Stato di diritto di marca liberal- borghese”. GROSSI, Paolo. **La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici**. Disponível em: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Grossi_Scandicci.pdf. Acesso em: 20 jan.

Portanto, o sistema, tal como concebido na origem, passou por certos “ajustes”, que levaram, como se viu antes, à necessidade de que a lei fosse *interpretada*, fazendo com que as decisões deixassem de ser proferidas de modo rente à literalidade do texto da lei.

No caso da jurisdição arbitral, a atividade do árbitro é, em sua essencialidade, idêntica à atividade do juiz, uma vez que é contratado para proferir uma decisão, adjudicando o direito ao objeto do litígio.

Para tanto, o árbitro também deve interpretar a norma (o texto normativo) com vistas a proferir a sentença arbitral (a norma jurídica), sendo bastante comum que, para o exercício dessa atividade, o árbitro, pautando-se em princípios, interprete conceitos vagos e cláusulas gerais, com base na Constituição Federal, assim como nos direitos fundamentais, ou seja, o árbitro concretiza situação prevista “abstratamente” na regra escrita quando decide a situação conflituosa.

As matérias objeto dos procedimentos arbitrais, normalmente, carregam um alto grau de complexidade, de forma que é menos comum que um processo arbitral seja julgado através de um simples processo mecânico de subsunção.

A produção do direito pelo árbitro, assim como acontece com o juiz, muito frequentemente, é fruto de um complexo processo de interpretação, pois, também na arbitragem, o árbitro, ao julgar o caso concreto, transforma uma expressão (o texto normativo) em outra (a norma jurídica).

Porém, muito frequentemente, não se trata de interpretação meramente literal da lei. É, como visto, necessário muito mais do que isso, a fim de que o árbitro possa cumprir a obrigação para a qual foi contratado pelas partes.

É por isso que, nesse contexto, o árbitro cria direito para as partes que litigam, numa dimensão subjetiva, portanto. Somente para as partes, pois elas são as jurisdicionadas exclusivas da arbitragem, por força de sua livre manifestação de vontade, no sentido de entregar seu conflito à jurisdição arbitral.

2020. Em tradução livre: este procedimento rigidamente dedutivo parece ser concebido de propósito para comprometer a vontade pessoal de quem o usa e se adaptava perfeitamente ao juiz do velho estado de direito, marcadamente liberal burguês.

8. FEIÇÕES QUE A JURISDIÇÃO VEM ASSUMINDO, CONTEMPORANEAMENTE, NOS PAÍSES DE *CIVIL LAW*

A jurisdição vem assumindo contornos muito mais abrangentes e diferenciados daquele que tinha em sua concepção tradicional.

Não se pode negar que a jurisdição, desde a metade do século passado, tem adotado, de forma cada vez mais nítida, uma função que não lhe era típica, até aquele momento histórico. Até então, a jurisdição era, sob certo aspecto e, basicamente, a resolução do conflito instaurado entre as partes, por um terceiro desinteressado, mediante a aplicação da lei ao caso concreto, isto é, a subsunção do fato à norma.

Desde então, contudo, tem-se reconhecido, paulatinamente, o caráter normativo de decisões judiciais proferidas em determinados contextos e sob determinadas condições, também em países de tradição de *civil law*, quando, originariamente, esse caráter normativo das decisões judiciais era, essencial e substancialmente, uma característica dos países de tradição de *common law*.

Mais do que isso, o juiz vem desempenhando um papel relevante, mesmo nos países de *civil law*, na **construção do próprio direito**.

Muitos autores têm-se debruçado sobre esse fenômeno e sustentam que a jurisdição, antes entendida como mera aplicação da lei ao caso concreto, com vistas a resolver um conflito, tem assumido ainda outras funções, de forma a abranger espaços muito mais amplos, principalmente no que se refere à eficácia de suas decisões, que se revestem, cada vez mais, de força normativa³³⁵. Essa é uma realidade para a qual o jurista não pode fechar os olhos e não significa, em absoluto, que o Judiciário esteja ocupando o papel do legislativo.

³³⁵ Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone ensinam que: “*Afirma-se, igualmente, que as decisões aditivas e substitutivas correspondem à produção de norma geral pelo Judiciário, equiparável a uma lei. Ainda que a parte ablativa da decisão pudesse configurar mera atuação como legislador negativo, amplamente aceita pela doutrina, a parte reconstrutiva de tais decisões, que adiciona ou substitui conteúdos, configuraria inequívoca atuação como legislador positivo. Haveria, nesse caso, usurpação dos poderes do Legislativo, violação ao princípio da separação dos poderes e ao princípio da legalidade. Esses argumentos são rebatidos pela alegação de que, ainda que o Judiciário inove ao proferir decisões manipulativas, o conteúdo decorrente da componente reconstrutiva da decisão deve sempre equivaler à única solução constitucional possível. O juiz não produz um ato puro de vontade, tal como faria o legislador, mas explicita uma solução que já estava imanente no sistema. Essa atuação se dá dentro dos limites do exercício da jurisdição: depende de provocação por aqueles que detenham legitimidade para tal, tem por limite os termos em que a demanda é formulada e seu alcance e segue um processo em que se observam contraditório, ampla defesa e devido processo legal. A decisão deve ser fundamentada e, ao se desincumbir de tal fundamentação, o magistrado tem um ônus reforçado de demonstrar a existência de uma resposta obrigatória à luz da constituição. A constituição, a seu turno, também é lei, inclusive de hierarquia superior, razão pela qual uma decisão proferida com base nela não pode ser considerada, tampouco, como violadora do princípio da legalidade. Por outro lado, argumenta-se, o juiz, uma vez provocado, e diante de uma violação constitucional, ainda que por omissão, não pode pronunciar um non liquet*”. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo

Já se discutiu bastante sobre se a decisão judicial apenas declara o direito preexistente ou, mais do que isso, até mesmo, numa determinada dimensão, cria o direito, não só entre as partes litigantes, mas complementando a atividade do legislador³³⁶.

O que se quer dizer, agora, é que a decisão judicial, em certa medida, pode deixar de ter, exclusivamente, a função de resolver o conflito entre A e B, i.e., entre as partes em litígio, podendo, além disso, produzir efeitos que atinjam toda a sociedade, pois que há decisões dotadas de alta carga normativa.

É o que acontece, por exemplo, no Brasil, com os precedentes vinculantes que chegaram ao nosso ordenamento jurídico, através do CPC/2015.

O sistema de precedentes instituído pelo Código foi com o intuito de lidar com a litigância de massa. Eis o principal motivo da assunção de um instituto de origem do *common law* por um país de tradição de *civil law*.

No Brasil, a cultura do litígio é, infelizmente, bastante incentivada.

dos Tribunais. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; DINAMARCO, Cândido Rangel; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FUX, Luiz (Coord.). **Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo César Pinheiro Carneiro**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019. p. 722. Ainda, como explica Evaristo Aragão: “*Mais do que dar uma resposta para o litígio formado entre autor e réu, a decisão judicial tem reflexos para além do processo no qual é proferida, transpondo seus efeitos para a sociedade de forma a influenciar ou servir de guia para juízes no futuro*”. SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. (coord.) **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 180; No mesmo sentido: TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 275.

³³⁶ Ensina Paolo Grossi, na conferência já referida: “*La mia conclusione, dopo tutto quello che si è prima detto, è scontata. Oggi, secondo me, abbiamo il dovere di constatare che lo Stato non esaurisce la giuridicità e che siamo di fronte a una – fino a ieri inimmaginabile – pluralizzazione delle fonti di diritto; di più: a una loro destipizzazione. Basterebbe, a questo scopo, dare uno sguardo a quanto avviene nel laboratorio giuridico dell’Unione europea e, in modo ancora più vistoso, nella officina giuridica globale - o nella cosiddetta lex mercatoria – dove operatori economici si danno alla frenetica invenzione di strutture nuove e novissime più adeguate a ordinare e disciplinare il magma ribollente dei nuovi fatti economici di questa fase del capitalismo. Purtroppo, la maggioranza dei giuristi di civil law non ha ancora preso coscienza di questa svolta massiccia, o, peggio, è tuttora dominata da un insensato meccanismo psicologico di rimozione. Eppure, sono evidenti le mutazioni rapidissime e intense a livello sociale, economico, tecnico. Eppure, è evidente l’incapacità del legislatore e il crescere di vuoti normativi, che non possono essere dei vuoti giuridici perché se il nomoteta tace, sarà l’ordine giuridico a provvedervi in qualche modo spontaneamente*”. **La Invenzione del Diritto: A Proposito della Funzione dei Giudici**. Disponível em: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Grossi_Scandicci.pdf. Acesso em: 22 ago. 2021. **Tradução livre:** “Minha conclusão, depois de tudo o que já foi dito, é óbvia. Hoje, a meu ver, temos o dever de observar que o Estado não esgota a legalidade e que estamos diante de uma - até então inimaginável - pluralização das fontes do direito; além disso, com sua destipificação. Para tanto, bastaria verificar o que está acontecendo no laboratório jurídico da União Europeia e, de forma ainda mais evidente, na oficina jurídica global - ou na chamada *lex mercatoria* - onde os operadores econômicos estão inventando freneticamente novas estruturas mais adequadas para ordenar e regular o magma dos novos fatos econômicos desta fase do capitalismo. Infelizmente, a maioria dos juristas de *civil law* ainda não tomou consciência dessa enorme reviravolta, ou, pior, ainda é dominada por um mecanismo psicológico de repressão sem sentido. E, no entanto, as mudanças extremamente rápidas e intensas em níveis social, econômico e técnico são evidentes. E, ainda assim, a incapacidade do legislador é evidente, assim como o crescimento das lacunas normativas, que não podem ser vazios jurídicos porque se o legislador for silente, será a ordem jurídica que, de alguma forma, os proverá, espontaneamente”.

Merece menção o surgimento, em determinado momento, de uma onda de ações repetitivas, de forma que se torna necessário – muito mais do que apenas a previsibilidade do direito relativo às questões jurisdicionalizáveis – o desenvolvimento de mecanismos que levem a um melhor gerenciamento desse alto número de questões repetidas, com o fito de se manter a qualidade das decisões, de se respeitar a isonomia e de se minimizar a carga de trabalho dos Tribunais Superiores.

8.1 FUNÇÕES DAS CORTES DE TOPO

Quando se pensa na jurisdição, é inevitável que se tenham presentes as funções das cortes superiores, porque é por meio da análise dessas funções que, numa certa medida, se compreende a função da própria jurisdição.

De fato, o sentido e a razão de ser da jurisdição estão, numa razoável medida, cristalizados, condensados e explicados pelas funções das cortes superiores.

A doutrina costuma se referir à função nomofilática como sendo uma de suas principais funções. Essa palavra foi usada por Calamandrei, nos anos 20, e hoje íntegra até mesmo textos de direito positivo italiano.³³⁷

Ela significava, originariamente, a função que teriam as cortes superiores de adequar a decisão dos juízos inferiores à norma, ou seja, ao **direito objetivo**. Isto, no caso de se

³³⁷ Ensina Sergio Chiarloni: “1. Quando si parla di nomofilachia o di compiti nomofilattici ad un uditorio di studenti o anche di licenziati in diritto, può capitare che la maggioranza dei presenti non comprenda il significato di un termine così estraneo al linguaggio comune. La parola, ben conosciuta dagli studiosi italiani delle corti supreme (ma ignota agli stranieri, con l’eccezione degli studiosi di lingua spagnola, a testimonianza della notevole influenza della cultura giuridica italiana in quell’ambiente), fu introdotta da Piero Calamandrei negli anni venti del secolo scorso, ma è diventata di moda solo ultimamente, al punto da venir utilizzata anche dal legislatore (Il capo I del d.lgs. n. 40 del 2006 e intitolato 'Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica)”. CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. *In*: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 225-243, especialmente p. 226. **Tradução livre**: “Quando se fala em nomofilaquia ou tarefas nomofiláticas para um público de estudantes ou mesmo de bachareis em direito, pode acontecer que a maioria dos presentes não entenda o significado de um termo tão estranho à língua comum. A palavra, bem conhecida pelos estudiosos italianos dos tribunais superiores (mas desconhecida para os estrangeiros, com exceção dos estudiosos de língua espanhola, testemunhando a influência considerável da cultura jurídica italiana naquele ambiente), foi introduzida por Piero Calamandrei na década de 1920, mas se tornou moda apenas recentemente, a ponto de ser utilizada até mesmo pelo legislador (o Capítulo I do Decreto Legislativo no. 40 de 2006 intitula-se "Emendas ao Código de Processo Civil relativas ao processo de cassação em função nomofilática").

entender que a decisão do órgão inferior teria se afastado da norma à luz da qual a decisão deveria ter sido tomada.

Essa visão, óbvia e evidentemente, nada mais é do que um resquício de uma visão positivista do direito, numa de suas versões, há muito superada.³³⁸

Não há apego propriamente à norma, mas a uma de suas possíveis interpretações. Isto porque normas não são senão palavras num texto de lei ou numa tela: antes de serem interpretadas não têm sentido algum. Não são enunciados propriamente normativos.³³⁹

Portanto, quando se diz que as cortes superiores têm função nomofilática, na verdade se supõe que a corte superior pretenda que prevaleça uma determinada interpretação, que entenda seja a interpretação correta.

³³⁸ É bastante oportuna a transcrição de texto já antes mencionado: “Oggi e universalmente diffusa la consapevolezza che l’attività interpretativa della giurisprudenza racchiude in se ineliminabili momenti di creazione del diritto. Il giudice non è più vissuto come la mitica *bouche de la loi*, formula storicamente condizionata nata Oltralpe, in un periodo in cui la dottrina della divisione dei poteri costituiva il segno che il potere era concretamente diviso tra la borghesia rivoluzionaria che aveva conquistato il potere legislativo e i residui feudali dello stato assoluto ancora incombenti sul potere giudiziario.

Le espressioni *diritto vivente* e *diritto giurisprudenziale*, moneta spicciola del discorso giuridico, ci rammentano ad ogni passo una semplice e banale verità: il giudice non solo crea il diritto del caso concreto attraverso l’attività di sussunzione dei fatti accertati nelle singole fattispecie legali (creando insieme così, nel tempo, un diritto dei casi identici o analoghi che non potrebbe essere appannaggio del legislatore, a meno di immaginarlo capace di abbandonarsi ad un impossibile furore analitico); il giudice crea anche regole nuove derivandole dai principi, aumentando l’estensione di clausole generali, dando rilievo all’equità, legittimando regole emergenti dalla prassi, secondo una tassonomia che prendo a prestito da Guido Alpa (cf. La creatività della giurisprudenza. La giurisprudenza e le fonti del diritto, *Diritto giurisprudenziale*, a cura di Bessone, Torino, 1996, p. 105)”. CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 225-243, especialmente p. 226.

³³⁹ “O primeiro problema, decorrente da crise do positivismo jurídico, consiste em questionar o objeto da tutela nomofilática. Se a concepção de *lei* e de sua *interpretação* sofreu profundas alterações, deixando de lado a noção clássica de que ao juiz caberia tão somente ser *la bouche de la loi* e assumindo uma ideia de realização da ordem jurídica tomada holisticamente, perdeu o sentido a tutela incondicional da *lei*, concebida em sua literalidade.

Isso, pensamos, é o pressuposto teórico das modernas correntes que falam em *nomofilaquia dialética* ou *tendencial*, de modo a significarem essas expressões a persecução da unidade do direito, e não mais da *lei*, mediante a utilização de processos hermenêuticos que auxiliem na investigação da solução mais racional e afinada com preceitos constitucionais. Em outras palavras: utiliza-se um processo dialético para possibilitar ao juiz aferir, entre as múltiplas interpretações possíveis, aquela que melhor equacione a lide”. ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2016, p. 321.

É por isso que essa função é indissociável, ao ver deste autor, da função uniformizadora.³⁴⁰ Supondo-se que a norma comporte mais de uma possível interpretação,³⁴¹ é necessário que se eleja uma delas como sendo a correta (= o verdadeiro sentido da norma, como antes se dizia) e que se imponha a uniformização interpretativa, para que, com isso, se atinja um direito uno e coeso.

Só dessa forma se consegue garantir respeito aos princípios da igualdade perante a lei e da legalidade. De rigor, a igualdade desejável há de existir **perante o direito**, que há muito se entende não se confundir com a própria lei, em sua literalidade.

O fato de a doutrina fazer alusão a essas duas funções, já significa, por si só, reconhecer, em alguma medida, que as decisões judiciais significam algo mais para o sistema do que a mera resolução dos casos concretos. Não há que se falar em uniformização, se não se pressupõe a existência de vários casos que devam ser decididos da mesma forma, e não há que se falar em nomofilaquia, se não se imagina a opção feita por uma corte superior, a respeito do que seja a interpretação correta, devendo ser essa interpretação o padrão da uniformização.

Com isso, pretende-se demonstrar que, mesmo aqueles que tratavam das funções clássicas das cortes superiores, já admitiam, *embora de uma forma velada*, que o Judiciário cria direito para toda a sociedade.

Mais recentemente, têm sido abordadas duas outras funções atribuídas às cortes superiores: a dikelógica e a paradigmática.

³⁴⁰ Prosseguem os autores: “Essa função orienta-se à conformação da manutenção de forma sistemática do direito e à garantia do respeito aos *princípios da igualdade perante a lei e da legalidade*. Em outras palavras, busca-se que haja uniformidade na aplicação e interpretação das regras e princípios jurídicos em todo o território submetido à sua vigência.

Para cumprir essa função, os recursos dirigidos aos tribunais de cúpula dos diversos países se prestam a uniformizar a jurisprudência nacional, verificando, nos casos particulares que lhes são levados a exame, se as regras de direito material e processual foram bem aplicadas. No caso do recurso extraordinário brasileiro, esse exame se limita à verificação da melhor interpretação das regras e princípios constitucionais”. ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2016, p. 323.

³⁴¹ Observa Daniel Mitidiero, com razão: “A função da Corte Suprema, portanto, está em *promover a unidade do Direito* mediante a sua *adequada interpretação*. Como, de um lado, a interpretação jurídica pode dar lugar a uma multiplicidade de significados, e como, de outro, o Direito encontra-se sujeito à cultura, a unidade do Direito que a Corte Suprema visa a promover tem *duas direções distintas*: essa é tanto *retrospectiva* como *prospectiva*. Vale dizer: a Corte Suprema visa à promoção da unidade do Direito tanto para *resolver uma questão jurídica de interpretação controvertida nos tribunais* como para *desenvolver o Direito diante das novas necessidades sociais*, outorgando adequada solução para *questões jurídicas novas*”. MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 69.

Como sustentam Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, trata-se de funções não concebidas por aqueles que planejaram os dois grandes modelos de tribunais superiores: a Corte Suprema dos Estados Unidos e a Corte de Cassação francesa. Essas funções acabaram sendo objeto de consideração da doutrina *porque se revelaram quando o exercício das atribuições dessas cortes ganhou dinamismo*.

A função dikelógica liga-se à busca da justiça no caso concreto. É o *jus litigatoris*. A presença da função acima mencionada pode variar com alguma intensidade dependendo do tribunal em que seja exercida. Com certeza, nos países em que existe filtro para o cabimento dos recursos para os tribunais que decidem questões constitucionais, como por exemplo a nossa *repercussão geral*, essa função é exercida de forma discreta.

A função paradigmática é a segunda destas que são habitualmente chamadas de funções contemporâneas dos tribunais superiores.³⁴²

A própria estrutura piramidal do Poder Judiciário sugere que as decisões dos tribunais superiores tenham um valor diferenciado em relação às decisões dos juízes de primeiro e de segundo grau de jurisdição.

As afirmações que se fazem na doutrina, acertadamente, de que o STJ tem a função de dar a última palavra a respeito do sentido da norma infraconstitucional e que o STF tem a mesma função no que diz respeito à Constituição Federal, nas hipóteses em que o caso se reveste de repercussão geral, evidenciam, por si só, essa função, já que esta última palavra *não há de valer exclusivamente para o caso concreto*, mas, em vez disso, deve orientar decisões dos outros órgãos do Poder Judiciário e, de rigor, a conduta dos indivíduos, na sociedade.

Evidentemente, essa função paradigmática é exercida de forma muito mais intensa pelas cortes superiores dos países de *common law*. Existem, mas são exercidas de forma mais discreta, nos países em que os juízes decidem com base na lei, em que, como regra, não existem precedentes vinculantes.

No Brasil, mesmo antes de se adotar abertamente o sistema de precedentes vinculantes, já se falava em “objetivação” do recurso extraordinário, o que significa uma posição

³⁴² Daniel Mitidiero sublinha esta função, dando ênfase a que só diz respeito às cortes de vértice, de topo, que se encontram no cume da pirâmide que representa a estrutura do Poder Judiciário: “É preciso distinguir entre as funções das Cortes de Justiça – exercer *controle retrospectivo* sobre as causas decididas em primeira instância e *uniformizar a jurisprudência* – e as funções das Cortes de Precedentes – outorgar uma *interpretação prospectiva e dar unidade ao direito*. É imprescindível fazê-lo a fim de que se dê uma adequada organização à administração judiciária”. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 81.

doutrinária, que acabou prevalecendo na lei, segundo a qual se entende que a manifestação do STF a respeito da constitucionalidade de determinado dispositivo legal, quer seja proferida incidentalmente no julgamento do recurso, ou no controle concentrado, deve ter eficácia equivalente. Ou seja, vale para todos, é norma jurídica.

A doutrina encontra nomes diferentes para qualificar esse tipo de eficácia, falando em eficácia *erga omnes* quando se trata de controle concentrado. E, hoje, à luz do CPC de 2015, a decisão de um Recurso Extraordinário se consubstancia em precedente vinculante, isto é, aquele que, se desobedecido, gera a possibilidade do manejo de reclamação.³⁴³

Assim, segundo parece a este autor, o exame dessas funções atribuídas às cortes superiores, de que a doutrina tradicional trata há tanto tempo, revela inegavelmente a consciência de que a palavra do juiz e, portanto, a função da jurisdição estatal, vai além de gerar enunciados que resolvem e põem fim, com a coisa julgada, aos conflitos que se estabelecem entre as partes.

8.2 RÁPIDO PANORAMA SOBRE PRECEDENTES VINCULANTES

É no cenário brasileiro dos nossos dias, que envolve o dramático problema da litigância de massa, que surge a figura do precedente obrigatório/vinculante no *civil law* brasileiro, consistente em uma única decisão que servirá de base para julgamentos de casos subsequentes idênticos ou de, ao menos, mesma essência jurídica.

Os precedentes tidos como obrigatórios (vinculantes), no sentido estrito, no CPC/2015, com respaldo em tese sustentada por Teresa Arruda Alvim, *aqui integralmente adotada*, são

³⁴³ Abordando a necessidade de respeito à isonomia e de previsibilidade, sob a ótica do respeito aos precedentes, dizem Eduardo Cambi e Vinicius Almeida: “[...] A estabilidade processual é alcançada quando a tutela jurisdicional opera de maneira isonômica e razoavelmente previsível. Há segurança jurídica nas relações processuais quando se oferece uma expectativa válida aos jurisdicionados sobre os possíveis resultados da atividade jurisdicional. [...] A estabilização do sentido a ser atribuído às normas jurídicas é o que confere segurança ao Direito, firmando-se entendimentos uniformes sobre as situações jurídicas e harmonizando as formas aos conteúdos. Nas relações processuais, o direito fundamental à segurança jurídica compreende o direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais, para que se obtenha não apenas a segurança no processo, mas também a segurança pelo processo, o que confere respeito e legitimidade às decisões e aos precedentes judiciais. Aliás, o processo manuseado com segurança em sua estrutura lógica e formal seria inútil sem que houvesse segurança pelo processo, ou seja, a segurança no resultado da prestação jurisdicional pretendida. Por isso, com reverência à segurança jurídica, à equidade e à necessidade de coerência da ordem jurídica, o provimento jurisdicional deve harmonizar-se aos precedentes judiciais. [...]”. CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinicius Gonçalves. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 260, p. 277-304, out./2016, especialmente p. 281.

aqueles tratados, especificamente, no art. 927, inciso III, pois que derivam de decisões que, conforme previsão do art. 988, inciso IV, e § 5º, inciso II, CPC/2015³⁴⁴, se desrespeitadas, dão ensejo ao ajuizamento de reclamação, pela parte interessada, ou pelo Ministério Público³⁴⁵.

Por esse mesmo motivo, também, é caso de precedente obrigatório o acórdão proferido em todo e qualquer Recurso Extraordinário individual (isto é, decisão colegiada do Supremo Tribunal Federal exarada em Recurso Extraordinário sob o regime de repercussão geral), hipótese diversa dos recursos afeitos ao regime dos repetitivos.

Assim se afirma, pois essa hipótese está prevista, no inciso II do § 5º do art. 988 do CPC/2015, a ensejar o ajuizamento de reclamação - em caso de desrespeito ao precedente e desde que esgotadas todas as instâncias ordinárias -, com vistas a se garantir a observância “de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida”.

Esta última hipótese, que se vislumbra como a de um legítimo precedente judicial vinculante ou precedente qualificado, é uma das previstas na alínea *a* do inciso I do art. 1.030 do CPC/2015³⁴⁶, que, muito embora não comporte reclamação, determina que o presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido *deverá* negar seguimento a recurso extraordinário que discuta questão constitucional “à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral”.

Nesse caso, parece relevante considerar-se uma hipótese *sui generis* de precedente obrigatório por estar-se diante de situação desvinculada do julgamento do mérito do recurso decidido precedentemente. Isso porque, conforme o disposto no art. 1.030, I, *a*, CPC/2015, o que vincula a autoridade julgadora posterior é o conteúdo da decisão negatória de repercussão geral – condição para admissibilidade do Recurso Extraordinário –, e não a

³⁴⁴ “Precedentes vinculantes em sentido forte estão no art. 927, III. Fortes, porque ensejam reclamação”. ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 539.

³⁴⁵ O STJ, entretanto, por meio de sua Corte Especial, decidiu, em 05.02.2020, que não são impugnáveis pela via da reclamação decisões judiciais que desrespeitam precedentes vinculantes gerados no contexto dos recursos especiais repetitivos. No julgamento da Reclamação 36.476/SP (2018/0233708-8), entendeu-se, equivocadamente, ao ver deste autor, que a Lei 13.256/2016 excluiu o desrespeito a precedentes vinculantes formados em recurso especial repetitivo das hipóteses de cabimento da reclamação. A conclusão, *data venia*, se choca com a literalidade do texto do art. 988, § 5º, II, que apenas cria uma condição para que a reclamação possa ser proposta: o esgotamento dos recursos ordinários. No STF, por sua vez, há decisões em ambos os sentidos: STF, Rcl. 35.572 – AgRg/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 07.04.2020, admitindo a reclamação e STF, Rcl. 23.300 – AgRg/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.10.2016, não admitindo.

³⁴⁶ A outra hipótese, prevista por esse mesmo dispositivo legal (art. 1.030, I, *a*, do CPC/2015) como de precedente obrigatório, é aquela elencada no art. 988, § 5º, inciso II, do CPC/2015: “acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida”.

decisão de mérito propriamente dita, já que essa sequer houve – e nem haverá –, pois que não terá sido ultrapassado o juízo de admissão do mencionado Recurso Extraordinário.

8.3 PRECEDENTE VINCULANTE COMO ELEMENTO QUE COMPÕE O ORDENAMENTO JURÍDICO

Quando se fala em *Ordenamento Jurídico* – ou conjunto de regras de direito que disciplinam as relações jurídicas, inclusive as relações jurídicas processuais –, deve-se referir a todos os elementos do sistema e, predominantemente, às pautas de conduta³⁴⁷ a que os indivíduos se submetem. E, essas pautas de conduta não se confundem, necessariamente, com a literalidade do dispositivo legal.

As pautas de conduta dos indivíduos resultam da integração de uma série de elementos³⁴⁸ que inclui, principalmente, a lei, os princípios, a jurisprudência, as súmulas vinculantes e, atualmente, os precedentes vinculantes/obrigatórios, tudo isso à luz de construções doutrinárias sedimentadas ao longo do tempo.

Além disso, o direito deve se adequar às necessidades do dia a dia da sociedade por ele regulada. Como assevera Jean Cruet³⁴⁹: “*Nous voyons tous les jours la société refaire la loi, on n’a jamais vu la loi refaire la société*”, até para que possa reger, coerentemente, e com base no princípio da isonomia, a vida dos indivíduos³⁵⁰, de forma rente às suas necessidades.

³⁴⁷ “*O direito é por excelência, a disciplina da convivência humana* (Goffredo da Silva Telles Jr. – Duas Palavras in Alaor Café Alves et ali. *O que é a filosofia do Direito?* Barueri: Manole, 2004, p. 14)”. RODOVALHO, Thiago. **Cláusula arbitral nos contratos de adesão**. São Paulo: Almeida Brasil, 2016.

³⁴⁸ Como ensina Bobbio: “*Com isto, entendo que o melhor modo para aproximar-se da experiência jurídica e apreender seus traços característicos é considerar o direito como um conjunto de normas, ou regras de conduta. Começamos então por uma afirmação geral do gênero: a experiência jurídica é uma experiência normativa.*”

A nossa vida se desenvolve em um mundo de normas. Acreditamos ser livres, mas na realidade, estamos envolvidos em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações”.

“[...] e, portanto, o direito não é norma, mas conjunto coordenado de normas; concluindo, uma norma jurídica não se encontra nunca sozinha, mas é ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo. Graças também à teoria da instituição, a teoria geral do direito veio evoluindo cada vez mais da teoria das normas jurídicas à teoria do ordenamento jurídico, e os problemas que vêm se apresentando aos teóricos do direito são cada vez mais conexos à formação, à coordenação e à integração de um sistema normativo”. BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauri: Edipro, 2001. p. 23-24; 37.

³⁴⁹ CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: José Bastos e Cia., 1908, p. 1. **Tradução livre**: “Nós vemos todos os dias a sociedade refazer a lei, jamais vimos a lei refazer a sociedade”.

³⁵⁰ “*O direito, assim, de um lado, nos protege do poder arbitrário, exercido à margem de toda regulamentação, nos salva da maioria caótica e do tirano ditatorial, dá a todos oportunidades iguais e, ao mesmo tempo,*

Portanto, à outra conclusão não se pode chegar, senão a de que o direito necessita de atualização e, se se depender do processo legislativo com o fim de se alcançar a conveniente aderência do direito às necessidades da sociedade, isso ocorrerá muito mais lentamente do que seria desejável³⁵¹.

Em virtude de todos esses aspectos é que se deve admitir que, em certas circunstâncias, a mudança do direito se realiza de modo muito mais fácil e pronto, pelas mãos do Juiz do que pelas mãos do legislador³⁵².

E é nessa hipótese que o Juiz *faz* o direito, agora numa dimensão objetiva, adequando-o à realidade social e adaptando-o à atualidade³⁵³. Isso é uma forma de se garantir a segurança jurídica, uma das funções do direito³⁵⁴.

Ao contrário do que possa aparecer à primeira vista, a mudança de orientação do Judiciário, quanto à interpretação da norma escrita, não compromete a estabilidade quando o seu objetivo é adaptar o direito às mudanças da sociedade e às suas novas necessidades. Um direito rente aos anseios da sociedade é o pressuposto primeiro de segurança jurídica³⁵⁵.

ampara os desfavorecidos”. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1993, p. 33.

³⁵¹ “*Le législateur? La loi peut être en retard [...] L’opinion? Elle n’est pas toujours éclairée et elle change aisément. La morale? On déplace la question. L’équité? ‘Dieu nous préserve de l’équité des Parlements’ [...] Et, de toute manière, dans quel ordre, dans quel sens, sous quel contrôle?*”. LEGROS, Robert. *Considérations sur les motifs*. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice: études**. Bruxelles: Etablissements Émile Bruyland, 1978, p. 7-22. **Tradução livre**: “O legislador? A lei pode estar atrasada [...] a opinião? Ela nem sempre é clara e muda com facilidade. A moral? Aqui, mudamos o foco da discussão. A equidade? ‘Deus nos preserve da equidade dos Paramentos’ [...] E, de qualquer matéria, e em que ordem, sob que controle?”.

³⁵² “*Depois, se o nosso tempo é também tempo de mudanças em todos os domínios, não sendo as do direito, no seu sentido e problemático relevo, as menos extensas, nem de menor importância, não há que estranhar, por tudo isto, que a recompreensão – e valorização, diga-se desde já – do poder jurisdicional, da jurisdição e do papel do juiz, avulte no núcleo da ordem do dia e se diga, justificadamente, que ao juiz há que ‘dar-se-lhe o poder e o papel que exige a nossa modernidade’ (Lenoble)*”. CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3, p. 161.

³⁵³ “*Em todas as matérias, o papel do juiz é essencial para aplicar a lei, interpretá-la, preencher as lacunas, mas também para rejuvenescê-la, vivificá-la ou atenuá-la, até mesmo ignorá-la ou combatê-la... [...]*”. BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 83.

³⁵⁴ “*O objetivo do Direito é a segurança*. O que o Direito visa é exatamente fornecer aos indivíduos *pautas que serão seguidas e respeitadas para que as pessoas saibam quando estão conforme à ordem jurídica* e, portanto, podem prever os eventos que daí se sucederão, e quando estão desconformes à ordem jurídica e podem, igualmente, prever eventuais consequências que as atingirão”.

“Canotilho coloca muito bem esse problema ao dizer que *a segurança é o esteio do Estado Democrático de Direito* sem se cogitar da segurança jurídica e da própria certeza do Direito”. STJ, REsp 200.378/DF, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. 21.09.1999, DJ 08.11.1999.

³⁵⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação ou Alteração na Jurisprudência Firme ou de Precedentes Vinculantes**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 65-82.

Relevante, neste ponto, lembrar a lição de Canaris³⁵⁶ que, fazendo alusão aos princípios da proporcionalidade e da insuficiência, sustenta o poder de *criar* do juiz, quando da omissão ou da insuficiência, por parte do legislador ordinário, sobretudo diante de situação relacionada a direito fundamental. Embora hoje se entenda que a função criadora do juiz não se exerce somente nessas circunstâncias, elas são, sem dúvida, algumas daquelas em que o juiz o faz (*cria direito*) de modo mais visível.

Nesse aspecto, portanto, é que se tem o precedente obrigatório/vinculante como um instrumento de extrema relevância social, pois que essa decisão do Juiz – que faz o direito – deve, por força dos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica, ser aplicada a todos os futuros casos subsequentes que sejam iguais, ou substancialmente iguais, ainda que diferentes em aspectos acidentais, àquele em que proferida a decisão.

O precedente obrigatório, nos termos aqui mencionados, uma vez resultante da análise, pela autoridade judicante, de todos os elementos que lhe foram submetidos à apreciação, será um novo componente do direito, de forma que adquire poder normativo e tem “força de lei”, não só entre as partes do processo em que proferida a decisão, mas, também, futuramente, para todos os casos idênticos, ou semelhantes, desde que sejam idênticos ou tenham a mesma *ratio*³⁵⁷. Essa é a essência e a razão de ser dos precedentes vinculantes.

Conforme escólio de Ronaldo Cramer: “À luz do sistema de precedentes, o julgado cria duas normas: a geral, que é a norma do precedente, e a individual, que dirime o caso concreto”³⁵⁸.

A Súmula vinculante, por sua vez, muito embora não se confunda com um precedente vinculante³⁵⁹, também tem a mesma função normativa, resultante do poder criador do direito do Judiciário, motivo pelo qual não se poderia deixar de fazer menção a ela.

³⁵⁶ CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 91-93.

³⁵⁷ Para a concepção deste estudo, quando se fala em casos idênticos (de mesma essência jurídica), isso se refere a casos que tratam de uma mesma questão jurídica. O caso subsequente, para o qual será aplicável o precedente, deve possibilitar sua subsunção a este.

³⁵⁸ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais. Teoria e Dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 93.

³⁵⁹ Essa distinção já foi apontada pelo autor: “Entre as medidas com esse propósito de construção de um sistema de precedentes vinculantes, temos que citar, pois que relevantíssima, a criação das Súmulas Vinculantes emitidas pelo Supremo Tribunal Federal (as Súmulas Vinculantes) embora não sejam elas, em si mesmas, precedentes, pois que institutos diferentes, como veremos adiante.

As Súmulas Vinculantes surgiram com a Emenda Constitucional n. 45/2004, que integrou ao texto da Constituição Federal seu atual artigo 103-A, e têm por objeto matéria de ordem constitucional.

Uma vez editadas – naturalmente, com base em casos reiteradamente analisados pelo Supremo Tribunal Federal, já que essa é a natureza das súmulas: resultado de um conjunto de decisões exaradas no mesmo sentido – as Súmulas Vinculantes assim o são perante todos os Tribunais da jurisdição Nacional, assim como perante todo e qualquer órgão da Administração Pública.

Deve-se apontar que o poder normativo do Juiz, contudo, seja aquele exercido através da formação do precedente vinculante, seja mediante a edição de súmulas vinculantes, não é originário: é derivado; o juiz deve tomar por parâmetro o texto normativo derivado do Legislativo que visa a interpretar³⁶⁰.

Apesar disso, é curioso notar que o modo como se trabalha com os precedentes, nos países de *civil law*, inclusive no Brasil, muito se assemelha ao modo como se entende que a lei incide sobre os fatos. Com isso, quer-se dizer que a função normativa do Judiciário fica ainda mais clara, no Brasil, uma vez que são formulados enunciados teóricos que muito se aproximam a um texto de lei:

Insomma, in estrema (e forse semplicistica) sintesi: nel processo di civil law, parti e giudice (e pure il legislatore) tendono ad applicare il precedente grosso modo come applicherebbero una norma giuridica (l'applicazione del precedente è modellata su quella di norme generali ed astratte a fatti concreti e sulla sussunzione dei secondi nelle prime)³⁶¹.

O descumprimento, por parte de qualquer autoridade, do comando exarado pela Súmula Vinculante enseja a propositura da Reclamação Constitucional, perante o Supremo Tribunal Federal, como estabelecido no § 3º do artigo 103-A, da Constituição Federal e, atualmente, no art. 988, III, do NCPC.

As súmulas (enunciados de súmulas) ditas persuasivas, emanadas do Supremo Tribunal Federal, não deixaram de existir, mantendo seu propósito de servir de referência - pois que de aplicação não obrigatória - para o próprio Tribunal, assim como para as Cortes Inferiores, a respeito de matérias de maior relevância e mais comumente discutidas perante a esfera judicial.

Nessa esteira é que surge - a nosso ver tardiamente, até - a figura do precedente no civil law brasileiro, sobretudo do precedente obrigatório, repita-se, como uma forma de, principalmente, tentar-se estancar ou, ao menos, controlar a enxurrada de ações repetitivas perante o Judiciário, bem como de se dar uma maior, mais visível e mais veemente concreção ao princípio da isonomia.

Chegamos, aqui, à curva necessária - a nosso ver - no caminho racional perseguido pelo sistema jurídico do civil law, no Brasil. Mais uma probabilidade entre a lucubração e a conclusão, com vistas a se alcançar um contencioso (prestação jurisdicional) mais qualificado.

O precedente, como já vimos, consiste em uma única decisão que servirá de base para julgamentos de casos subsequentes idênticos ou de, ao menos, mesma essência jurídica.

A diferença entre o precedente e a súmula está na individualidade e no ineditismo do primeiro. A súmula não é decisão de caso concreto. Explicamos: como dissemos, a súmula resulta da ocorrência de reiterados julgamentos em um mesmo e determinado sentido.

*As decisões reiteradas - ou seja, a jurisprudência - servirão de base para a edição da súmula (ou enunciado de súmula). O precedente, por sua vez, consiste em uma única decisão que passará a ser referência obrigatória". BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem**. São Paulo: Ed. RT, 2017, p. 60-61.*

³⁶⁰ *"Ao exame desapassionado e livre de preconceitos e dogmas radicais, que aqui se postula, soa cínico ou ao menos ingênuo o discurso voltado a impugnar a legitimidade política dos membros do Poder Judiciário para emitir normas jurídicas com algum caráter de generalidade e abstração. Não exercendo poder outorgado pelo voto, já se disse, eles não seriam portadores de adequada representatividade que os legitimasse a legislar.*

*Como já se viu, as normas para as quais se pretende qualificar os juízes não dispõem de todo o caráter de generalidade e abstração que supostamente faria deles autênticos legisladores. Como dito, a eficácia vinculante de decisões judiciais, seja pelo que já existe no sistema ou pelo que se propôs implantar de jure condendo, situa-se num plano intermediário entre o abstrato da lei e o concreto das decisões em casos concretos". DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões Vinculantes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 25, n. 100, p. 166-185, out./dez. 2000, especialmente p. 178-179.*

³⁶¹ *MARINELLI, Marino. I Precedenti Giudiziari tra "obbligatorietà" e "persuasività": note comparatistiche e riflessioni sparse a margine del nuovo CPC brasiliano e della sua "súmula vinculante". **Revista de Processo**, São Paulo, v. 45, n. 304, p. 317-336, jun./2020. Tradução livre: "Em suma, numa breve síntese (e talvez simplista): no sistema de civil law, as partes e o juiz (e também o legislador) tendem a aplicar os precedentes*

Assim como a lei, decisões judiciais são levadas em consideração pelas decisões posteriores a respeito de casos semelhantes ou iguais. Decisões judiciais ou súmulas são também, como se sabe, a base para atalhos no processo³⁶², ou seja, para caminhos que simplificam o procedimento, como, por exemplo, (i) a dispensa do duplo grau de jurisdição (art. 496, par. 4º CPC); (ii) a possibilidade de o juiz julgar liminarmente improcedente o pedido (art. 332, *caput* e incisos CPC); e (iii) a possibilidade de concessão de tutela de evidência (art. 311, II CPC).

Tudo isso significa que, quando se trata de casos que correm perante o Poder Judiciário, elementos produzidos em outros processos, entre A e B, podem interferir em processos que correm entre B e C, mesmo que neste caso seja somente para criar um atalho procedimental.

Em outra dimensão, agora na normativa, pode-se dizer que a eficácia das decisões proferidas pelo juiz togado pode extrapolar, ainda que não se trate de um precedente propriamente vinculante, os limites das próprias partes:

Nesse contexto, a função jurisdicional extrapola a solução do caso concreto, emergindo do conjunto de julgados – denominado jurisprudência – um aspecto normativo complementar à função legislativa e que com esta não se confunde³⁶³.

Percebe-se, nessas situações, que a pauta de conduta dos jurisdicionados é fruto de uma ação conjunta do Legislativo e do Judiciário.

A título de ilustração, outros países de *civil law*, também, como: México, Hungria, Bulgária e Cuba³⁶⁴, vêm estabelecendo que, em determinadas condições e em determinados

da mesma forma que aplicariam uma norma jurídica (a aplicação dos precedentes é moldada na de regras gerais e abstratas aos fatos concretos e na subsunção dos últimos aos primeiros)”.
³⁶² “*Siamo dunque in presenza di un ‘filtro di sbarramento’ dell’impugnazione in ultimo grado – spesso usato per ‘tagliar via’ sostanzialmente in limine ricorsi su questioni (anche e soprattutto ‘seriali’), su cui in seno alla Suprema Corte si è già formato un orientamento (più o meno) consolidato – che è simile (anche se meno severo e con operatività più circoscritta) a quello previsto dal combinato disposto degli artt. 332, 927 e 932 IV del nuovo cpc brasiliano, in favore delle decisioni rese in materia di ‘domandas repetitivas’ o (recursos extraordinário e especial repetitivos)*”. MARINELLI, Marino. Op. cit. **Tradução livre:** “Estamos, portanto, em presença de um ‘filtro de barreira’ para recursos em última instância - muitas vezes utilizado para ‘cortar’ recursos, liminarmente, em questões (também e sobretudo questões ‘em série’), sobre as quais já foi formada uma orientação (mais ou menos) consolidada pela Suprema Corte - que é semelhante (embora menos severa e com operacionalidade mais limitada) àquela prevista nas disposições dos artigos 332, 927 e 932 IV do novo Código de Processo Civil brasileiro, em favor de decisões tomadas sobre ‘demandas repetitivas’ ou (recursos extraordinário e especial repetitivos)”.

³⁶³ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados. Técnicas de Formação e Aplicação.** São Paulo: Saraiva, 2019, p. 22.

³⁶⁴ PASSANANTE, Luca. **Il Precedente Impossibile.** Torino: G. Giappichelli Editore, 2018, p. 214 e ss.

ambientes processuais, pode haver precedentes vinculantes; decisões que possuem altíssima carga normativa!

Em verdade, também no caso da norma criada pelas decisões proferidas pelo Judiciário, é o Estado quem estabelece normas jurídicas que irão reger a sociedade - o que está em perfeita harmonia com a concepção de Estado Moderno, a qual está atrelada ao entendimento de que o Estado é o único *criador* do direito objetivo -, porém, não pelo órgão que, originariamente, foi instituído para tanto: o Legislativo, mas, nessa hipótese, através do Judiciário, o que, como visto, tem total pertinência e legitimidade.

Com isso, sente-se conforto em afirmar que o Estado tem o monopólio da criação do direito que *extrapola os muros do processo*; não, contudo, o monopólio da criação do direito entre as partes litigantes.

Ambas as dimensões desse *criar direito*, contudo, compõem a atividade jurisdicional.

8.4 ARBITRAGEM, SOB O PONTO DE VISTA DA CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE JURISDIÇÃO

Adotando-se a concepção contemporânea de jurisdição de que se falou³⁶⁵, anteriormente, já não se pode mais afirmar haver equivalência absoluta entre a jurisdição estatal e a arbitral.

³⁶⁵ Aquela que, decorrente da atividade criativa do juiz, acaba por criar direito para fora do caso concreto: “*Non interessa qui analizzare isolatamente il compito relativo all’assicurazione dell’esatta osservanza dela legge, che ci porterebbe nel fuoco dele antiche dispute tra positivismo e realismo giuridico, ormai superate. Oggi è universalmente diffusa la consapevolezza che l’attività interpretativa dela giurisprudenza racchiude in se ineliminabili momenti di crezione del diritto. Il giudice non è più vissuto come la mitica bouche de la loi, formula storicamente condizionata nata Oltralpe, in un periodo in cui la dottrina dela divisione dei poteri costituiva il segno che il potere era concretamente diviso tra la borghesia rivoluzionaria che aveva conquistato il potere legislativo e i residui feudali dello stato assoluto ancora incombenti sul potere giudiziario. Le espressioni diritto vivente e diritto giurisprudenziale, moneta spicciola del discorso giuridico, ci rammentano ad ogni passo una semplice e banale verità: il giudice non solo crea diritto del caso concreto attraverso l’attività di sussunzione dei fatti accertati nelle singole fattispecie legali (creando insieme così, nel tempo, un diritto dei casi identici o analoghi che non potrebbe essere appannaggio del legislatore, a meno di immaginarlo capace di abbandonarsi ad un impossibile furore analitico); il giudice crea anche regole nuove derivandole dai principi, aumentando l’estensione di clausole generali, dando rilievo all’equità, legitimando regole emergenti dalla prassi, secondo una tassonomia che prenda a prestito da Guido Alpa (...)*”. CHIARLONI, Sergio. Funzione Nomofilatica e Valore del Precedente. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 226. **Tradução livre**: “Não interessa aqui analisar isoladamente a tarefa relativa à garantia da exata observância da lei, o que nos levaria novamente às antigas disputas entre positivismo e realismo jurídico, hoje ultrapassadas. Hoje é universalmente difundida a consciência de que a atividade interpretativa do direito contém em si momentos inevitáveis de criação do

O árbitro, muito embora deva interpretar a lei, não cria o direito para fora do processo para o qual foi convocado e assumiu o múnus de atuar, como terceiro neutro. Sua decisão não tem o condão de exarar efeitos para toda a sociedade. A sua função judicante, i.e., sua investidura, decorre de um contrato celebrado entre as partes e só pode surtir efeitos, específica e unicamente, para aquele caso, ou seja, para as partes jurisdicionadas.

A situação da arbitragem, portanto, nesse particular, é totalmente diferente, o que, de certo modo, acaba por afastar esse método de resolução de conflitos do conceito de jurisdição, repita-se, do conceito contemporâneo que a jurisdição deve assumir, em face de sua realidade atual.

Os institutos, já foi dito, acabam sendo compreendidos a partir da realidade social da época em que interpretados. A realidade decorre do conjunto das circunstâncias que predominam naquele momento. Os conceitos jurídicos são construções intelectuais resultantes da cultura jurídica preponderante que podem – e devem – ser revistos e readequados quando houver mudança das circunstâncias que levaram à sua criação.

Como ensina Remo Caponi, em lição já utilizada, neste ensaio³⁶⁶: *os dogmas jurídicos são abertos a uma reconstrução evolutiva*.

Não se nega que o árbitro - assim como o juízo estatal -, quando se vê frente à necessidade de resolver o conflito que lhe foi posto à apreciação, por meio de investidura particular – fruto de um negócio entabulado entre as partes -, também tenha que exercer certa dose de criatividade, principalmente quando tem de interpretar uma regra jurídica cujos contornos não são definidos de forma minuciosa. Nesse caso, contudo, o árbitro, ao criar o direito, o faz, tão somente, entre as partes contratantes da jurisdição.

A jurisdição assumiu, nos últimos tempos, como já se observou antes, a função de, em determinadas situações, criar direito para fora do ambiente do processo. Essa função resulta do entendimento no sentido de que a construção do direito é monopólio do Estado, fruto das atuações do legislador e do juiz.

direito. O juiz não é mais visto como o mítico *bouche de la loi*, uma fórmula historicamente condicionada nascida além dos Alpes, em um período em que a doutrina da divisão de poderes constituía o sinal de que o poder estava concretamente dividido entre a burguesia revolucionária que havia conquistado o poder de legislar e os resíduos feudais do estado absoluto ainda pairando sobre o judiciário. As expressões direito vivo e direito jurisprudencial, moeda corrente do discurso jurídico, lembram-nos sempre de uma verdade simples e banal: o juiz não só cria a lei do caso concreto, através da atividade de subsumir os fatos à lei (criando assim, ao longo do tempo, um direito dos casos idênticos ou análogos que não poderia ser prerrogativa do legislador, a menos que se o imagine capaz de se entregar a uma fúria analítica impossível); o juiz também cria novas regras decorrentes de princípios, aumentando a extensão de cláusulas gerais, enfatizando a equidade, legitimando regras emergentes da prática, de acordo com uma taxonomia que eu tomo emprestada de Guido Alpa (...).”

³⁶⁶ **Prospective Overruling: bilancio di una vicenda**. Disponível em: http://www.astrid-online.it/rassegna/2012/08_02_2012.html. Acesso em: 28 ago. 2021.

A viabilidade - e, porque não dizer, a necessidade - de o Judiciário também criar direito, decorre do fato de não ser possível ao legislador disciplinar, minudentemente, os fenômenos sociais, além da existência de um alto volume de demandas repetitivas que acabam por inviabilizar o efetivo e pleno acesso ao Judiciário, seja com a notória demora nos julgamentos, seja com a influência na baixa qualidade das decisões proferidas.

Além disso, a quantidade de textos normativos que existe no país é bastante expressiva e, correlatamente, a quantidade de casos que desemboca no judiciário também é enorme, e envolve, muito frequentemente, aquilo que a doutrina convencionou, como já visto, chamar de *hard cases*.

Atualmente, o juiz não consegue decidir os casos que lhe são submetidos à apreciação se não interpretar o texto normativo, às vezes fugindo de sua literalidade.

Textos normativos contemporâneos são repletos de conceitos vagos e de cláusulas gerais, o que demanda dose significativa de criatividade no momento da interpretação. Por isso a necessidade da uniformização e de eventual imposição da decisão como precedente vinculante, uma regra que deve ser observada por toda a sociedade.

A carga normativa que caracteriza a jurisprudência pacificada e os precedentes vinculantes em sentido estrito (forte) atinge **toda a sociedade**, assim como vincula os juízes para as futuras decisões.

Aliás, já se teve a oportunidade de sustentar, em trabalho antes publicado e fruto de dissertação de mestrado, que o próprio árbitro fica sujeito ao precedente obrigatório (vinculante)³⁶⁷.

Por imperativo constitucional absoluto, decorrente dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, a carga normativa da jurisprudência, no sentido lato, abrangendo inclusive precedentes vinculantes, se estende, obviamente, a toda a sociedade, de forma que casos idênticos ou análogos devem ser decididos uniformemente e de molde que todos devam agir (pautar a sua conduta) de acordo com a norma emanada do Judiciário.

Evidentemente que a arbitragem é jurisdição, se se a considerar um meio de resolução de conflitos, através do qual as partes outorgam, por contrato, a um terceiro imparcial, poderes plenos para solucionar a controvérsia que existe ou que, eventualmente, existirá entre elas.

Entretanto, aqui se trata de uma diferença fundamental: o árbitro não é o Estado e nem o Estado é representado pelo árbitro: sua investidura e, assim, seu poder, decorre da vontade

³⁶⁷ BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem**. São Paulo: Ed. RT, 2017.

externada pelas partes, de contratar e lhe outorgar tais poderes. Logo, a decisão que vier a ser proferida para resolver o conflito jamais poderá ter o condão de atingir quem não tenha sido parte na arbitragem, nem terceiros e, muito menos, toda a sociedade.

O juiz, por sua vez, é um agente político do Estado e, nesse quadro, deve satisfação à sociedade!

A arbitragem não é instituto inspirado na imposição constitucional da isonomia.

O árbitro, uma vez que não compõe a hierarquia do Estado, não pode ser considerado como participante do processo criativo do direito – que, como visto, é monopólio do Estado –, como faz o juiz, em diversas circunstâncias e em diferentes medidas. Assim, as decisões arbitrais geram o risco, sim, de que situações idênticas ou análogas sejam decididas de forma diferente.

É claro que os árbitros podem levar em conta – e isso é desejável – a jurisprudência arbitral, para evitar que o inconveniente efeito do desrespeito à isonomia acabe ocorrendo no plano concreto. Mas, essa jurisprudência nunca será vinculante e, no âmbito da arbitragem, jamais o legislador poderá criar institutos assemelhados aos recursos repetitivos, ao IRDR ou ao IAC, que simbolizam o poder criativo da atividade do Judiciário: sua funcionalidade não é outra, senão a de criar uma regra que deve ser obedecida por toda a sociedade.

Percebe-se, com nitidez, carecer de sentido e de embasamento legal impor-se a toda a sociedade os efeitos de uma decisão jurisdicional que foi fruto de uma relação contratual estabelecida exclusivamente entre as partes e o árbitro.

A razão de ser da arbitragem – que a torna jurisdição – é a de resolver o conflito entre as partes, gerando, como se costuma tradicionalmente dizer, paz social.

A criação do direito pela jurisdição consiste numa atividade secundária que extrapola o ambiente processual primário estabelecido pelas partes em conflito e, por isso, só se coaduna com a jurisdição prestada pelo Estado.

No contexto da arbitragem, essa atividade secundária da jurisdição inexistente, uma vez que não há outra dimensão além daquela que se forma por força da vontade das partes litigantes: o, como dito, ambiente processual primário.

A arbitragem, jurisdição contratada pelas partes, com base na autonomia privada, tende a criar um *micro* ambiente jurídico, de forma que todos os atos nesse âmbito praticados não têm aptidão para, de forma alguma, surtir efeitos para fora, i.e., para o que se pode chamar de *macro* ambiente jurídico que abrange toda a sociedade.

A viabilidade e legitimação dessa extrapolação, em determinados casos, dos efeitos da decisão, oriunda da jurisdição estatal, para fora do processo em que proferida, podendo açambarcar terceiros estranhos àquela relação jurídica processual, decorre, dentre outros fatores, da soberania do Estado e do poder-dever – constitucionalmente previstos - de reger a vida da sociedade, preservando a isonomia e garantindo a segurança jurídica.

A decisão do árbitro, assim, não gera precedente na mesma acepção em que se toma o termo em relação às decisões judiciais, principalmente após o advento do CPC/2015, i.e., a decisão arbitral não cria precedente que compõe o ordenamento jurídico, mas, apenas, cria norma para o caso concreto, mesmo que a decisão do árbitro não se limite a um processo subsuntivo.

9 FORTALECIMENTO DO INSTITUTO. SEU CARÁTER (NÃO) PUBLICÍSTICO

Já se disse antes, neste trabalho, que a arbitragem, desde priscas eras, é uma forma de se resolverem conflitos. Desde quando a justiça deixou de ser feita com as próprias mãos e as organizações em sociedade precisaram desenvolver métodos pacíficos, racionais e equilibrados, a arbitragem já era utilizada para tal fim.

Comentou-se a larga utilização da arbitragem, na Grécia e Roma antigas. Viu-se, também, que durante a Idade Média, a arbitragem foi instrumento de tentativa de pacificação bastante utilizado, principalmente em decorrência da fraqueza do poder estatal, da ausência de leis, assim como em virtude dos constantes conflitos entre as potências da época: o Estado e a Igreja.

É durante a Idade Média que a arbitragem passa a ser objeto de uma efetiva contratação entre as partes³⁶⁸, com a firme intenção de gerar decisões que resolvam o conflito instaurado e que tenham força vinculante entre elas. É nesse momento que a arbitragem passa a derivar de uma obrigação que as partes assumem com o intuito de ver seu conflito resolvido, mediante a contratação do compromisso: um legítimo *contractus* e não mais um *nudum pactum*.

Portanto, é na Idade Média que começa a tomar corpo a *jurisdicionalização* da arbitragem, principalmente a partir do momento em que a sentença arbitral adquire executoriedade³⁶⁹. É nessa época, também, que surge, em paralelo à arbitragem voluntária, a arbitragem obrigatória, de forma que às partes era imposto o processo arbitral como forma de resolver determinados conflitos relacionados a, por exemplo, disputas entre condôminos ou entre comerciantes.

Com a *jurisdicionalização* da arbitragem, iniciam-se ciclos intercalados por maiores e menores índices de sua utilização - como forma paralela, à jurisdição estatal, de se resolverem conflitos.

No século XIX - pós revolução francesa -, entendia-se que a codificação das leis levaria a uma natural necessidade de que os julgados fossem proferidos pelo Estado, “*l’arbitrage s’est vu reléguer en 1806 à une place modeste, celle qu’il occupait depuis la Renaissance*

³⁶⁸ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional**. São Paulo: Forense, 1993, p. 14 e ss.

³⁶⁹ Os poderes do juiz estendem-se aos árbitros. A consolidação de Justiniano estabeleceu a possibilidade de a parte vencedora do processo arbitral, em caso de resistência da vencida a cumprir-lhe, buscar o envolvimento do magistrado público, com vistas a se dar efetividade à sentença arbitral, podendo-se, para tanto, utilizar-se de meios coercitivos, exclusivos do magistrado.

*des études de droit romain et l'affirmation du pouvoir royal a la fin du Moyen Age*³⁷⁰. Isso, porque “*Rendre la justice ne saurait, aux yeux des juristes du XIXe siècle, être l'oeuvre des particuliers: c'est une prérogative régaliennne, qui doit être réservée à l'État et aux Juridictions par lui instituées*”³⁷¹.

Como relembra Guerreiro³⁷², com base em lição de René David, no século XIX: “*apaga-se o caráter jurisdicional da arbitragem, que se afasta da justiça institucionalizada, para se confundir, quase sempre, com uma espécie de conciliação ou amiable composition, a cargo de parentes, amigos ou vizinhos das partes*”.

Magalhães³⁷³, por sua vez, em um pontual e claro retrospecto, mostra como a presença do Estado, na esfera internacional, influenciou no ressurgimento da arbitragem, a partir do início do século XX.

Isso porque, há, a partir daquela época, um incremento nas contratações, no âmbito internacional, inclusive com a participação do Estado, em um dos polos.

Os particulares e, muitas vezes também os próprios Estados – estrangeiros –, começaram a aspirar a desvinculação da aplicabilidade da legislação de Estados locais, aos contratos, como forma de se garantir uma maior isonomia entre as partes contratantes.

Os contratos passam a ser uma forma de regular as relações privadas internacionais e a pactuação da cláusula arbitral um meio de se afastar a intervenção do Estado, nessas relações, mormente com a não utilização do aparato Judiciário³⁷⁴.

As duas grandes guerras que assolaram o mundo, na primeira metade do século XX, foram um indicador de que a figura do Estado, principalmente o Estado intervencionista, estava em franca decadência o que, até intuitivamente, nos faz acreditar – e isso efetivamente ocorreu – que isso fosse um campo bastante fértil para o desenvolvimento e fortalecimento da arbitragem, como forma de resolução de disputas, sem que, para tanto, fosse necessário o envolvimento do Estado.

³⁷⁰ DAVID, René. Arbitrage du XIXe et Arbitrage du XXe Siècle. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 24, p. 197-214, 2010.

³⁷¹ DAVID, René. Op. cit.

³⁷² Aqui, enfatizamos lição já mencionada em tópico anterior. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional**. São Paulo: Forense, 1993, p. 17.

³⁷³ MAGALHÃES, José Carlos de. **Arbitragem. Sociedade Civil x Estado**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 27 e ss.

³⁷⁴ “*Nesse quadro, ressurgiu a arbitragem privada para resolver controvérsias resultantes de contratos internacionais, com o conseqüente afastamento dos Estados, mesmo sendo ele um dos contratantes. Não foi por coincidência que, a partir das décadas de 1950/1960, a legislação de diversos países passou a regular a arbitragem para atender aos anseios da comunidade empresarial*”. MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 33.

O aumento vertiginoso, naquela época, da pactuação de Convenções e da edição de leis nacionais, relativas à arbitragem, demonstram irrefutavelmente o fortalecimento desse instituto.

Exemplos, também, do momento histórico em que se percebe ter havido o encolhimento da intervenção estatal nas relações privadas e a consequente maior participação da sociedade civil, em todos os aspectos da vida quotidiana, são a queda do muro de Berlim, assim como a *Glasnost* e a *Perestroika* (na URSS), que dão início ao baque do sistema de forte intervencionismo estatal. É o início de uma fase áurea do neoliberalismo econômico e da globalização da economia.

O Estado, ainda titular do poder soberano, começa a desenvolver função muito mais voltada à organização da sociedade, focando sua atuação nos momentos de emergência ou em casos em que necessária a regulação de atividades estratégicas³⁷⁵.

A globalização³⁷⁶ da economia³⁷⁷, por sua vez, gera um movimento de “uniformização” do direito mundial, customizando-se as normas locais, transformando-as em uma espécie de legislação transnacional, contexto em que

*Floresce a arbitragem privada para dirimir controvérsias de caráter patrimonial, com o afastamento do Estado, por vontade dos interessados, substituído nessa atividade por árbitros privados, que adotam normas procedimentais elaboradas ou aprovadas pelos contratantes, sem a interferência de autoridades governamentais*³⁷⁸.

³⁷⁵ MAGALHÃES, José Carlos de. **Arbitragem. Sociedade Civil x Estado**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 36.

³⁷⁶ “A concepção formada pelo binômio monopólio jurisdicional X soberania nacional já está sendo objeto de profunda análise, questionamento ou revisão pelos estudiosos da matéria, porquanto os Estados precisam indistintamente adequar as suas respectivas Cartas Constitucionais e começar a aprender a conviver com o fenômeno chamado ‘globalização’ e intercâmbio de grandes blocos econômicos, pois o nosso planeta lentamente vai se transformando numa grande aldeia, em que as primeiras linhas do chamado ‘direito comunitário’ já foram traçadas e há muito os tribunais internacionais deixaram de ser uma utopia para se transformar em realidade, como constatado na União Europeia, através da Corte de Luxemburgo. (...) A magnitude do Estado-juiz deve residir na qualidade de suas decisões, na rapidez da prestação da tutela oferecida e na satisfação efetiva do direito subjetivo violado ou ameaçado do jurisdicionado; o exercício desse mister de grandeza ímpar prescinde do sufocamento da jurisdição paraestatal, que parece, neste cenário de fim de século e início de milênio, como forte aliada na solução dos mais diversos conflitos de ordem nacional e internacional. Trata-se do que podemos chamar de reengenharia das jurisdições externa e interna”. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: Legislação Nacional e Estrangeira e o Monopólio Jurisdicional**. São Paulo: LTr, 1999, p. 29.

³⁷⁷ Como aponta CRETILLA JÚNIOR, José: “A expansão econômica nacional e mundial do comércio é responsável pela relevância do instituto da arbitragem, em nossos dias, podendo-se, como consequência, afirmar que “não é possível a existência, hoje, de contrato internacional sério, sem que ele tenha sido proporcionado por uma convenção de arbitragem” (JEAN ROBERT e BERTRAND MOREAU, Droit Interne e Droit International de l’Arbitrage, cit., p. 2 da Introdução)”. Da Arbitragem e seu Conceito Categorical. **Revista de Informação Legislativa** ano 25, n. 98, abr/jun 1988.

³⁷⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 38.

A arbitragem, no século XX, apresenta duas características diferenciadas, em relação à arbitragem de outrora: (i) funda-se, também, em uma cláusula compromissória, negócio jurídico contratado antes da existência de um efetivo conflito – anteriormente só se vislumbrava a arbitragem, quando da já existência de uma controvérsia -; e (ii) a arbitragem institucionaliza-se: sua administração passa a ser exercida por uma organização profissional (comumente por intermédio de uma câmara especializada) e a escolha dos árbitros deixa de ocorrer em razão dos laços que os unem às partes³⁷⁹.

Em verdade, o que se procura demonstrar, ao longo do desenvolvimento deste estudo, é que a arbitragem adquire diferentes roupagens, através do tempo, assim como sua importância e sua utilização sofrem altos e baixos.

No século XX, quando o uso da arbitragem aumenta, exponencialmente, fomentado com o incremento da edição de Convenções e legislações locais, começa-se um ciclo em que se sustenta a natureza jurisdicional da arbitragem em virtude da perda do monopólio da atividade jurisdicional, pelo Estado.

Entretanto, já foi objeto de manifestação, neste trabalho, que esse dito monopólio era um dogma – quiçá ainda seja para alguns. Entretanto, a jurisdição jamais foi, historicamente, atividade exclusiva do Estado, dogma que surge juntamente com a figura soberana do Estado e que fica comprometido, ou mesmo esvaziado, quando o Estado abstém-se de intervir, de forma mais intensa, nas relações privadas, resultado de um clamor da sociedade que, por sua vez, é alçada à categoria de elemento essencial à pacificação social, com a adesão aos métodos extrajudiciais de solução de conflitos.

Esse encolhimento da atuação do Estado, em todas as áreas, propiciando, dentre outros tantos fatores, a consolidação da arbitragem, pode ser visto, no Brasil, no *caput* do art. 173 da Constituição Federal, que estabelece quando o Estado poderá explorar, diretamente, a atividade econômica - a qual, preferencialmente, deverá ser desenvolvida pelo particular -, assim como no art. 175 que estabelece que o Estado explorará os serviços públicos, mediante o regime de concessão ou de permissão³⁸⁰.

³⁷⁹ DAVID, René. Arbitrage du XIXe et Arbitrage du XXe Siècle. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 24, p. 197-214, 2010.

³⁸⁰ E essa foi uma tendência mundial: “A *tendência de reduzir a atuação do Estado na esfera do comércio internacional privado se manifestou também no processo de desregulamentação da economia interna iniciada nos Estados Unidos na década de 1980, acompanhada pela privatização de setores de serviços públicos no Reino Unido, contaminando outros países com amplitude inusitada*”. MAGALHÃES, José Carlos de. **Arbitragem. Sociedade Civil x Estado**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 35.

O Estado, com isso, frise-se, mantém uma posição de fiscal e incentivador da ordem econômica, podendo intervir, em determinadas situações, exclusivamente para a garantia da ordem, com vistas a mitigar os conflitos do Estado liberal.

O Estado intervém, porém, minimamente, e isso fica claro da leitura do art. 174 da CF.

De uma certa forma é o que ocorre, também, no campo da composição de conflitos. A figura da Ação Anulatória de Sentença Arbitral representa essa tendência. Essa ação típica será objeto de um tópico específico deste trabalho, mas que, desde já, pode-se referenciá-la, como um instrumento de fiscalização, pelo Estado, do cumprimento dos requisitos formais do processo que se desenvolveu perante a jurisdição contratada/privada. É o Estado a cancelar a legalidade do procedimento arbitral, dando-lhe ainda maior credibilidade, além daquela que decorre da confiança que as partes depositam nos árbitros.

Neste ponto do trabalho – feita menção à figura dos árbitros, que têm seu *status* alçado ao de juiz de fato e de direito, como estabelece o art. 18 da LArb – cabe uma indagação: são de direito público, as normas que regem a arbitragem, ou seriam elas de direito privado?

A afirmação que normalmente se faz no sentido de que a arbitragem teria um viés publicístico – e não são poucos os doutrinadores que assim entendem³⁸¹ -, é, ao ver do autor, reminiscência da ideia de jurisdição como sendo atividade privativa do Estado.

De outro viés, também não são poucos os que defendem a natureza eminentemente privatista³⁸² da arbitragem...

Quando se percebe, como se procurou demonstrar neste trabalho, que a ideia de jurisdição como atividade que consistiria em monopólio do Estado teve sentido, talvez, em algum período histórico, mas hoje não pode mais ser tida como verdadeira, perde sentido se dizer que a arbitragem é um instituto exclusivamente de direito público.

³⁸¹ Exemplo magistral, dessa doutrina, é a de Arruda Alvim: “Além disso, a arbitragem é disciplinada pelo direito público, porquanto objetiva à resolução de conflitos e está inserida no direito processual civil, mas a ela se aplicam também princípios e diretrizes privatistas, relativos à autonomia da vontade”. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2020, p. 239.

³⁸² José Carlos Magalhães posiciona-se pela natureza, exclusivamente, de direito privado da arbitragem. Chega, inclusive, a criticar os próprios textos da LArb e do CPC, por estabelecerem redação, a determinados dispositivos, que poderiam levar ao entendimento de que a arbitragem teria uma natureza publicística: “A decisão arbitral, provinda de cidadão comum nomeado pelas partes, não é um título executivo judicial, pois proferido fora do Poder Judiciário. Embora a nomenclatura adotada na lei de arbitragem – ‘sentença’, em vez de ‘laudo’ arbitral – seja irrelevante, a sua configuração como título executivo judicial não é, pois denota a intenção do legislador de dar configuração pública ao ato privado do árbitro. Essa a razão de incluí-lo como título executivo judicial, dentre os demais previstos no art. 515, VII, todos provindos do judiciário, dos quais é a única exceção”. MAGALHÃES, José Carlos de. **Arbitragem. Sociedade Civil x Estado**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 57.

Parece correto afirmar que a arbitragem é instituto de direito privado, regulado, eminentemente, por regras de direito privado, mas permeado por normas de direito público, em decorrência de sua finalidade e razão de ser.

A arbitragem nasce, exclusivamente, da vontade das partes e as normas que definem o procedimento da arbitragem são, comumente, aquelas fixadas pelas partes ou previamente definidas pela instituição (a Câmara) que, de comum acordo, foi eleita pelas partes, como competente e apta para administrar o respectivo procedimento.

Não há como se esquecer, contudo, que regras de inafastável aplicação da arbitragem são, como já se disse, tipicamente de direito público, como, genericamente, todas as regras processuais de caráter constitucional.

Além disso, a LArb, ao equiparar a figura do árbitro à do juiz togado, dá a conotação de atividade pública à atividade desenvolvida pelo árbitro. Essa natureza publicística fica ainda mais acentuada, ao se deparar com o teor do art. 17 da LArb que equipara o árbitro, quando do exercício de suas funções, aos funcionários públicos, para os efeitos da lei penal ou, ainda, o art. 515, inciso VII CPC que arrola a sentença arbitral como título executivo judicial.

Deve-se mencionar, ainda, o art. 14, *caput* da LArb que traz, para o bojo do procedimento arbitral, os mesmos requisitos previstos, no CPC, para a hipótese de impedimento ou suspeição dos juízes togados.

Tudo isso demonstra que a arbitragem também tem caráter público. Portanto, por que não se dizer que a arbitragem tem natureza híbrida? Parece mais razoável.

No próximo capítulo, serão tratadas algumas questões que, de certa forma, se relacionam com esse tema da hibridez do instituto da arbitragem.

10 ARBITRAGEM E PROCESSO

A partir daqui, tratar-se-á de alguns argumentos que, ao ver do autor, são oportunos com a finalidade de demonstrar a natureza jurisdicional da atividade dos árbitros e a sua dimensão. Sob certo aspecto, será traçado um paralelo das jurisdições estatal e arbitral em relação a cada um desses temas, sem a pretensão de esgotá-los.

A intenção é ilustrar, com exemplos, as consequências práticas de se considerar a arbitragem como sendo genuína jurisdição.

São temas processuais, sobre os quais serão jogadas luzes, também, no âmbito da jurisdição arbitral. Serão abordados institutos que podem se concretizar de formas diferentes no contexto do processo que tramita perante o Judiciário e no processo arbitral, em decorrência de diferenças que existem entre ambos que, entretanto, não afastam a natureza jurisdicional da arbitragem.

10.1 *PERPETUATIO LEGITIMATIONIS* E *PERPETUATIO LIBELLI*

A citação válida, no processo judicial, acarreta diversos efeitos de natureza processual e de natureza substancial.

Para o que aqui interessa, com a citação válida do réu, forma-se a relação processual e, com isso, ocorre o fenômeno denominado de *perpetuatio legitimationis* (ou: *estabilidade subjetiva da lide*), decorrente do princípio da *estabilidade subjetiva da demanda*.

Por força desse princípio, às partes e ao juiz é vedada qualquer modificação subjetiva da lide, exceção feita aos casos expressos em lei, como estabelece o art. 108 CPC, que trata da possibilidade de sucessão de parte.

O CPC em vigor aponta outras hipóteses de exceção ao princípio da *perpetuatio legitimationis*, como aquela prevista no art. 338 que possibilita ao autor, em virtude de o réu ter alegado a sua ilegitimidade, alterar o polo passivo da relação processual, requerendo a citação da parte legítima para a integração da lide.

Há, ainda, outra hipótese de exceção, no parágrafo único do art. 115 CPC, que estabelece que, em caso de litisconsórcio passivo necessário, o autor deverá requerer a citação de todos os litisconsortes para a efetiva formação do polo passivo da demanda, sob pena de o processo dever ser extinto.

A citação válida gera, ainda, a *perpetuatio libelli*, também chamada de *estabilização da demanda*, de forma que, uma vez citado o réu, ao autor é vedada a alteração da causa de

pedir³⁸³ e/ou do pedido, sem a concordância daquele. Isso pode ser inferido da leitura dos arts. 240 e 329, I do CPC.

Por outro lado, da leitura do art. 329, II CPC denota-se que, uma vez saneado o processo, nem mesmo com a concordância do réu é possível a alteração do pedido e/ou da causa de pedir. Assim leciona Cândido Rangel Dinamarco que, na sequência, já indica a mitigação com que os Tribunais vêm adotando essa regra³⁸⁴.

No processo civil, a *perpetuatio legitimationis* e a *perpetuatio libelli* são princípios que tendem a ser tratados com mais rigor – reflexos da rigidez do procedimento no sistema processual brasileiro³⁸⁵ - e que têm como principal objetivo a garantia para as partes de uma boa e correta formação das relações jurídicas processuais, evitando-se, dessa forma, o ajuizamento de lides temerárias com a desnecessária movimentação da máquina judiciária já tão excessivamente assoberbada com os milhares de processos em curso³⁸⁶.

A *perpetuatio libelli* visa à concretização do contraditório. Poder-se-ia, até, tê-la como um embrião da proibição da decisão surpresa, já que, no sistema de *civil law*, quando o autor ajuíza a ação – no *civil law*, o regime das preclusões é extremamente rígido – fecha-se o espectro do objeto litigioso, a fim de se evitar surpresas ao réu e a fim de se evitar a perenização do processo, o que seria prejudicial, não só às partes, mas, também, ao próprio Judiciário.

Diante disso, servem, mencionados princípios, como forma de se preservar a segurança jurídica que se espera na formação das relações jurídicas processuais judiciais.

De certa forma, tais princípios são aplicáveis, também, à arbitragem, porém não com o rigor que o são no processo civil.

³⁸³ Conforme lição de CRUZ E TUCCI, José Rogério: “*Complementando o lúcido pensamento, acrescenta Fazzalari que a exposição da causa de pedir é indispensável para o desenvolvimento do processo de conhecimento: ‘tal alegação representa, na verdade, o parâmetro para a determinação da jurisdição, da competência, da legitimação para agir...’*. Desse modo, a argumentação alusiva à causa petendi consiste no meio pelo qual o demandante introduz o seu direito subjetivo (substancial) no processo: ‘se é verdade que o autor deduz fatos amoldando-os no esquema de uma norma, gerando determinadas consequências jurídicas, não pode haver dúvidas de que são deduzidos fatos constitutivos da situação jurídica (substancial) preexistente e, antes de mais nada, a hipótese concreta da qual deriva a posição de preeminência em relação ao bem; vale dizer, o direito subjetivo (substancial)’”. **A Causa Petendi no Processo Civil**. São Paulo: Ed. RT, 1993 p. 107-108.

³⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. II, p. 86.

³⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...** cit., p. 78.

³⁸⁶ Essa regra tem a gênese, como leciona Renato Montans de Sá: “(i)constitucional, na previsibilidade e segurança para o exercício do contraditório (CF, art. 5º, LV); e (ii) infraconstitucional, na medida em que, ao proferir a sentença, o magistrado não poderá julgar extra, infra ou ultra petita (CPC, 492)”. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 450.

Como mencionado, mesmo na esfera judicial, a rigidez do princípio da *perpetuatio libelli* é mitigada³⁸⁷. Assim, vislumbra-se a possibilidade da alteração da causa de pedir, mesmo em processo judicial, também quando se estiver diante de **fato novo**, capaz de influir no julgamento da causa, o que deverá ser apreciado, oportunamente, pelo órgão julgador.

Se admitida a mitigação da *perpetuatio* em processo judicial, ainda mais plausível e razoável sua admissão na arbitragem, onde o ambiente litigioso formado gera reflexos, em tese, somente a essas partes, por se tratar de jurisdição contratada especialmente para tanto. Os reflexos jurídicos dos atos praticados, na arbitragem, não reverberam para fora daquele ambiente jurisdicional específico objeto da contratação das partes.

Na hipótese de não haver objeção da parte adversa em face da alteração da causa de pedir pretendida, já se decidiu:

Apresentada petição pelo autor, em que se altera a causa de pedir, nenhuma objeção apresentando o réu, que, ao contrário, cuida de negar-lhe o fundamento, é de admitir-se que consentiu na alteração. (STJ, 3.ª T., REsp 21.940/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 09.02.1993, DJU 08.03.1993)

Não é demais insistir que, no tocante ao processo arbitral, que nasce por força do princípio da autonomia da vontade das partes,³⁸⁸ uma vez que estas consentam, seria irrazoável a vedação absoluta à modificação da causa de pedir e/ou do pedido, no curso do processo arbitral.

³⁸⁷ “A aparente rigidez da regra do art. 329, II, do CPC/2015, que limita a alteração ou o aditamento do pedido e da causa de pedir ‘até o saneamento do processo’, é amenizada pelo sistema geral do Código, que estimula a autocomposição (art. 3.º, §§ 2.º e 3.º), autoriza o negócio processual, para introduzir modificações no procedimento, sem limitação de fase ou estágio do processo (art. 190 do CPC/2015), ordena sejam levados em conta, no momento do julgamento da causa, os fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito que influírem na resolução do mérito (art. 493 do CPC/2015), e prevê a reunião de ações conexas, para julgamentos conjunto, enquanto não sentenciadas (art. 55, § 1.º, do CPC/2015). Na verdade, o objetivo do art. 329, II, do CPC/2015 foi apenas o de traçar um limite à livre alterabilidade do pedido pelas partes, fora do controle do juiz. Esse sistema geral do Código desautoriza o juiz a vetar a alteração do objeto litigioso ajustada entre as partes, com a simples invocação de a fase de saneamento já houver sido ultrapassada. (...) A negociação processual, com vistas a alterar o procedimento, a fim de adequá-lo às necessidades e conveniências do caso, é autorizada, em termos amplos pelo art. 190 do CPC/2015, não havendo motivo razoável para que a alteração do pedido, consentida por ambas as partes, seja recusada apenas pelo fato de já se achar saneado o processo. (...)”

Por fim, o art. 493, prevê a superveniência de algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influente no julgamento do mérito, como **fato novo** que o juiz ou tribunal deve levar em conta, no momento de sentenciar, de ofício ou a requerimento. E assim o fazendo, terá de admitir alteração da causa de pedir, em qualquer fase do processo, inclusive depois do saneamento”. THEODORO JR., Humberto. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 244, p. 195-205, jun./2015.

³⁸⁸ Ainda sobre o princípio da autonomia da vontade, Carlos Alberto Carmona aduz que “*Ponto fundamental da arbitragem é a liberdade dos contratantes ao estabelecer o modo pelo qual o litígio será resolvido. Tal liberdade diz respeito ao procedimento a ser adotado pelos árbitros e ao direito material a ser aplicado na solução do litígio*”. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 64.

Ademais, já que marcante a influência da vontade e da liberdade das partes, na arbitragem, é natural que se exijam menos formalidades. Trata-se de uma espécie de “desformalização”, aliás, uma tendência contemporânea, também, no direito processual³⁸⁹.

Assim, havendo a concordância entre as partes, a estabilização da demanda e as regras de preclusão podem ser mitigadas³⁹⁰:

*Caso haja unanimidade, é perfeitamente possível a sua mitigação [da preclusão] naquele momento específico, sendo vedado ao árbitro valer-se dessa exceção em casos futuros, especialmente sob o fundamento de que, se já se permitiu uma vez, deve-se tolerar noutras situações, sob pena de se violar o princípio da boa-fé objetiva, v.g., os deveres de lealdade e de cooperação e a teoria dos atos próprios (venire contra factum proprium ou tu quoque)*³⁹¹.

Entretanto, importante destacar que, sempre “qualquer mitigação na estabilização da demanda deve ser feita sem prejuízo da completa e correta aplicação do contraditório e da ampla defesa”³⁹².

Nas hipóteses de arbitragens institucionais, há Câmaras que fazem constar, expressamente, de seu regulamento³⁹³ a previsão da admissão de pedido suplementar, após

³⁸⁹ “Desformalizam-se as controvérsias com a valorização de um meio paraestatal de solução de conflitos e, ao mesmo tempo, desformaliza-se o processo, assegurando-se uma quase que total informalidade, ao se permitir às próprias partes estabelecer o rito a ser observado”. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem Lei nº 9.307/96**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 75.

³⁹⁰ Nesse sentido, também, Cândido Rangel Dinamarco, pois sendo o processo arbitral “flexível por definição e não rígido como o do Código, está aberto a caminho para, com prudência, admitirem-se alterações da causa de pedir e do próprio pedido no curso do procedimento arbitral. Essa prudência é representada, acima de tudo, pela rigorosa necessidade de observar, como manda a Lei de Arbitragem, certos princípios constitucionais e, notadamente, o contraditório”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Possibilidade de emendas e alterações a pedidos e o princípio da estabilização no procedimento arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, 2012, p. 272-273.

Ainda: “Ora, a partir de quando se tome consciência de que o procedimento da arbitragem é decididamente flexível e não rígido como o do processo civil brasileiro, sendo muito menos sujeito a preclusões que este (...), dilui-se significativamente o valor do veto às modificações ou aditamentos à demanda, imposto pelos arts. 264 e 294 do Código de Processo Civil. Diferentemente do que se sucede no processo comum, aqui é bem mais aceitável que, ganhando força o princípio da liberdade (Chiovenda), possam as partes determinar legítimos desvios no curso do procedimento, inclusive mediante a dedução de pedidos novos, fazendo-o fora do período ordinariamente reservado a isso. No processo arbitral o procedimento não é, como o judicial, portador de uma radical divisão vertical da causa em fases. (...) Observando efetivamente o contraditório, exclui-se o prejuízo que os aditamentos ou alterações pudessem causar, e também por essa razão infraconstitucional nada haverá a anular, o que é uma imposição do princípio da instrumentalidade das formas (pas de nullité sans grief – CPC, arts. 244 e 249, § 1º). DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 145-146

³⁹¹ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem**: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014, p. 301-302.

³⁹² MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

³⁹³ É o caso, por exemplo, do Regulamento da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, cujo item 5.3 assim estabelece: “Após a assinatura do Termo de Arbitragem, as partes não poderão formular novas pretensões, salvo se aprovado pelo Tribunal Arbitral”.

firmado o Termo de Arbitragem, com o fito de se garantir eficácia mais abrangente à arbitragem (*princípio da eficiência da arbitragem*)³⁹⁴.

É fundamental que se persiga o resultado útil do processo arbitral. Essa busca decorre do dito *princípio* - cuja aplicação é extremamente relevante e, além disso, muito bem-vinda, na arbitragem - *da eficiência do processo*³⁹⁵, ou seja, de sua maior eficácia, sempre em busca

³⁹⁴ Chamou atenção uma sentença proferida (transitada em julgado, exatamente nos moldes em que proferida), pelo juízo da 11ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo – SP (Proc. n. 58300.2011.200971-0), nos autos de uma Ação Anulatória de Sentença Arbitral, que decidiu pela improcedência da ação que foi ajuizada sob o fundamento de que teria havido modificações do objeto da demanda arbitral, durante seu trâmite, pois que admitidas tais modificações, pelo Regulamento da Câmara administradora da arbitragem. Assim está fundamentada a sentença:

“Alegaram os autores que esse pedido foi formulado apenas em réplica, atitude essa vedada no termo de arbitragem porque contrariaria as regras de estabilização da demanda compactuadas quando da instauração do procedimento. Dessa forma, ainda segundo a inicial, os árbitros praticaram jurisdição que não possuíam. Já a ré aduziu ter desde o início formulado pedido alternativo de rescisão, e que formalismos como as regras de estabilização são altamente mitigados na arbitragem.

De fato, as formalidades típicas do direito processual civil estatal pátrio não são cabíveis na arbitragem. Respeitados os princípios gerais do direito processual, muitos dos quais presentes na Constituição Federal de 1.988, bem como os dispositivos da Lei 9.307/1.996, os contratantes podem, de acordo com sua conveniência, estipular regras visando a criação do melhor, mais adequado e mais célere procedimento para solucionar uma controvérsia.

Ou seja, basta verificar se o Procedimento Arbitral nº 7/2010 que tramitou na Câmara FGV respeitou os acordos que o instituíram, bem como a legislação pertinente aplicável. (...)

Imperioso ressaltar, inclusive, o disposto no Artigo 41, ‘j’, do Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem (fls. 217/230), in verbis: ‘Art. 41 – Do termo de arbitragem constarão obrigatoriamente: j) as modificações no procedimento de arbitragem eventualmente acordadas pelas partes’.

Ora, o termo de arbitragem foi devidamente assinado pelas partes, constituindo esse trecho do termo acima citado em um verdadeiro acordo a respeito das modificações possíveis durante o processamento da demanda. Portanto, a inclusão de um novo pedido em réplica não fere as regras de estabilização compactuadas livremente, sendo plenamente compatível com a legislação pertinente, a cláusula compromissória, o termo de arbitragem e as regras da Câmara da FGV. Para a satisfação dessa nova pretensão, bastava a existência de causa de pedir nesse sentido, o que ocorreu, ao menos em réplica, bem como a oportunidade das autoras se manifestarem, em homenagem ao princípio do contraditório.

A alegação de que o pedido declaratório de rescisão não poderia ter sido concedido em virtude da possibilidade de cumprimento do contrato não será aqui analisada. Realmente, não cabe Juízo intervir nas questões de mérito levadas ao Tribunal Arbitral escolhido pelas próprias partes, bastando apenas verificar se aquela sentença possui ou não os vícios de natureza processual enumerados nos incisos do Artigo 32, da Lei de Arbitragem.

Nessas circunstâncias, sendo o termo de arbitragem o documento onde constam as regras do jogo de maneira mais aprofundada, bem como diante da incontestável anuência da autora sobre a possibilidade da ré modificar a fundamentação e pretensões nele constantes, conclui-se pela inviabilidade do ataque previsto no Artigo 33 da Lei de 9.307/1.996, devendo a sentença arbitral permanecer intocada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE a ação”. (grifos nossos)

³⁹⁵Sobre o princípio da eficiência, no processo arbitral, a lição de Gustavo Tepedino: “O instituto da arbitragem e a sua admissão no ordenamento jurídico brasileiro têm como um de seus principais fundamentos a necessidade de conferir maior eficácia à solução de conflitos. O distanciamento da via judiciária explica-se exatamente pela intenção das partes de buscar os resultados pretendidos de forma eficiente. (...) A exposição de motivos das normas da ICC ressalta a importância da ideia de eficácia na arbitragem contemporânea. Assevera que, com a gradual remoção de barreiras comerciais e políticas e com a acelerada globalização da economia mundial, ‘new challenges have been created for arbitration institutions in response to the growing demand of parties for certainty and predictability, greater rapidity and flexibility as well as neutrality and efficacy in the resolution of international disputes’. A revolução teórica, vivenciada por toda parte, em favor da maior eficácia do direito processual, e manifestada por uma série de novos princípios, institutos e teorias

dos melhores resultados para as partes que, livremente, decidiram pactuar pela contratação da arbitragem, como a jurisdição para resolver, de forma efetiva, o seu conflito. Esse princípio, como observa Cassio Scarpinella Bueno³⁹⁶ “(...) *também repousa na locução contida no art 5º, XXXV*” da CF.

No que diz respeito às partes, em tese, no processo arbitral, elas serão, apenas, aquelas signatárias da convenção arbitral (art. 10, I da LArb) e em relação a quem surgiu o conflito. Diz-se isso, pois há hipóteses em que a convenção de arbitragem é assinada por diversos contratantes e não, necessariamente, o litígio se instaura em relação a todos.

A legitimidade para a ação (legitimidade *ad causam*), na arbitragem, é fenômeno idêntico ao da legitimação, no processo civil.

Então, de início, é importante que se destaque que, também na arbitragem, não se deve incorrer no erro, por alguns cometido, no sentido de que a legitimidade decorreria do interesse em ser parte, em virtude da lesão sofrida.

Em verdade, cogita-se da legitimidade, em momento anterior ao que se cogita do interesse de agir³⁹⁷.

O interesse de agir, conforme Barbosa Moreira³⁹⁸, baseia-se no binômio necessidade-utilidade e não se relaciona com a existência concreta do direito subjetivo que se visa a exercer. O interesse de agir, enquanto condição da ação, é considerado sob o aspecto estritamente processual, de forma que difere do interesse material. Ele, comumente, resulta da demonstração de que a outra parte praticou ou deixou de praticar ato que dê ensejo ao acesso ao Judiciário³⁹⁹.

– *economia processual, instrumentalidade das formas, doutrina do processo de resultados, celeridade processual etc.* -, que variam conforme o direito interno de cada país, reflete-se, com maioria de razão, sobre a arbitragem interna e internacional, em prol de soluções eficazes, aptas a alcançar, na prática, os resultados pretendidos pelas partes envolvidas no litígio. (...) A exigência de obtenção de resultados úteis, referida muitas vezes como princípio da utilidade social, tem ampla repercussão no direito processual brasileiro, e consiste, em matéria de arbitragem, na própria razão de ser do instituto, na fonte de sua legitimidade jurídica e social. (...) A tábua axiológica constitucional exige, portanto, que os procedimentos arbitrais se dirijam a uma tutela útil e eficaz dos direitos alegadamente lesados, sob pena de nulidade da sentença, nos termos do art. 39, II, da Lei 9.307/1996, por violação à ordem pública interna, consubstanciada, sob este aspecto, no valor social da livre iniciativa e no princípio constitucional de acesso à Justiça”. TEPEDINO, Gustavo. Unificação de Procedimentos Arbitrais Decorrente da Identidade Objetiva e Subjetiva das Lides. **Soluções Práticas de Direito**. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 3, p. 545-568.

³⁹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 50.

³⁹⁷ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Os Agravos no CPC de 2015**. 5. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2021.

³⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5.

³⁹⁹ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2020, p. 151.

Interesse e legitimidade são fenômenos que, nem de longe, se confundem.

A legitimidade está relacionada à titularidade do direito que se pretende discutir. É a expressão da posição de um sujeito, com relação ao objeto do processo, e em relação ao outro sujeito da relação jurídica⁴⁰⁰. Ela é definida em função de elementos que são fornecidos pelo direito material⁴⁰¹, muito embora dele ela esteja existencialmente desligada⁴⁰².

A *perpetuatio legitimationis*, em um processo arbitral, deve ocorrer no momento da assinatura do Termo de Arbitragem, quando se fixam todos os contratantes da jurisdição: não só as partes: requerente(s) e requerida(s) mas, também, o Tribunal Arbitral eleito assim como a Câmara que administrará o procedimento, na hipótese de a arbitragem ser do tipo institucional.

Não se vê impedimento a que haja a alteração da composição dos polos ativo e passivo do processo arbitral, desde que haja a concordância da outra parte, e desde que todos tenham assinado a convenção de arbitragem.

Na prática, vislumbra-se como exemplo de modificação de partes, no processo arbitral, aquele decorrente da alegação de ilegitimidade passiva. Reconhecida tal alegação, pelo Tribunal, poder-se-ia falar em modificação do polo passivo. Outro exemplo, também, seria o aumento do número de pessoas a comporem um ou os polos da arbitragem, em caso de litisconsórcio facultativo.

Assim, ao passo que se vê, na arbitragem, formalidades muito menos rígidas do que no processo estatal, tem-se de pensar, também, que para que uma pessoa possa ser parte, no processo arbitral, ela deve ter, de forma inequívoca, manifestado a sua preferência pela jurisdição arbitral, em renúncia à jurisdição estatal.

⁴⁰⁰ PROVINCIALI, Renzo. Delle Impugnazioni in Generale. In: CARNELUTTI, F. (Dir.). **Trattato del Processo Civile**. Nápoles: Morano, 1962.

⁴⁰¹ “É moeda corrente entre os discípulos de Liebman que, como em relação às demais condições da ação, também esta envolve uma questão de direito processual, mas cuja resposta tem de ser buscada no direito material. Com efeito, a verificação do requisito, ainda uma vez, tem de ser feita a partir da suposição de ter razão o autor: se tal for o caso, será o autor o titular do ‘interesse subordinante’ e o réu o do ‘interesse subordinado’? E, a toda evidência, em se tratando daquela ‘pertinência subjetiva’ em que consiste a legitimação ordinária (e só dela cogitamos por ora), a resposta só pode vir do exame do vínculo jurídico-material afirmado. Nada que se situe no plano estritamente processual pode dar resposta à questão, porque a relação de ‘pertinência’ à qual se alude outra coisa não é senão a identidade, de um lado, entre o autor e o ‘credor’ (latíssimo sensu) e, de outra banda, entre o réu e o ‘devedor’ (em sentido igualmente largo)”. FABRICIO, Adroaldo Furtado. Extinção do Processo e Mérito da Causa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 58, p. 7-32, 1990.

⁴⁰² ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2020, p. 155.

Só há falar-se em legitimação para a jurisdição arbitral, uma vez que as partes tenham externado - mesmo que tacitamente -, porém de forma inequívoca, a sua intenção de resolver um conflito ou um potencial ou futuro conflito, por meio da arbitragem.

A necessidade de que seja inequívoca a intenção de contratar deve ser vista de modo especial no caso de contratação da jurisdição arbitral, na medida em que se estará **abrindo mão de um direito constitucionalmente assegurado**, decorrente do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

As partes, a fim de sujeitarem sua relação jurídica à arbitragem, devem, efetivamente, assim ter contratado, pois que, da interpretação da Lei n. 9.307/96 (LArb), há se falar em: “*obrigatoriedade de se utilizar a via arbitral, se uma das partes assim preferir, sempre que houver cláusula compromissória previamente firmada para a solução de conflitos emanados daquela relação jurídica (art. 7º da Lei n. 9.307/1996); (...)*”⁴⁰³. (grifou-se)

Na hipótese de alguém ser provocado para integrar um processo arbitral, **sem que tenha expressado inequivocamente o seu desejo no sentido de que seu conflito seja dirimido por um tribunal arbitral**, esse tribunal não tem jurisdição sobre tal pessoa.

Portanto, em função da sua ilegitimidade, essa pessoa não está submetida à sentença proferida contra si, que fica, irremediavelmente, comprometida.

De se mencionar, neste ponto, que o tema relacionado à intervenção de terceiros, na arbitragem, será objeto de considerações, ainda neste trabalho.

Por fim, importante que se mencione que, em qualquer hipótese de alteração no processo arbitral, seja do pedido seja das partes, isso pode ter o condão de impactar na atuação dos árbitros, em virtude de, por exemplo, eventual aumento do trabalho a ser desenvolvido ou, ainda, da entrada, no processo, de parte que, porventura, possa acarretar a parcialidade do árbitro, o que, antes, não ocorria.

É necessário, portanto, que, sempre, os árbitros estejam de acordo com a alteração, seja complementando seu dever de revelar, seja recebendo, com base nas regras procedimentais aplicáveis, honorários complementares, seja declinando do encargo assumido por incompatibilidade ou discordância com os novos elementos constantes da arbitragem.

A arbitragem, como se disse, é instituto contratual na sua gênese e assim deve ser tratada, como negócio jurídico que é, de forma que qualquer alteração subjetiva ou objetiva desse negócio deve ter a concordância de todas as partes contratantes.

⁴⁰³ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 236.

Assim - a título de nota final a este tópico -, temos que, na arbitragem, existe a possibilidade de alargamentos objetivo e subjetivo, a depender da situação, valendo mencionar que, para o primeiro caso, Manuel Pereira Barrocas⁴⁰⁴ dá como exemplo a hipótese de arbitragens complexas (a possibilitar o alargamento objetivo da arbitragem).

10.2 TUTELAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA

O art. 294 do Código de Processo Civil estabelece que as tutelas provisórias poderão fundar-se na urgência ou na evidência, ao passo que seu parágrafo único prevê que a tutela de urgência pode ser concedida sob a técnica satisfativa (antecipada) ou assecuratória (cautelar) e em caráter antecedente ou incidental.

A tutela de urgência pode ser concedida sempre que houver elementos a evidenciar a probabilidade do direito discutido e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, como se infere do teor do *caput* do artigo 300 do Código, donde já se pode notar a unitariedade de tratamento às tutelas de urgência (antecipadas e cautelares). Questão topográfica – *tratamento em um único dispositivo legal* - que demonstra a efetiva aglutinação a que procedeu o Código, no que se refere a essas figuras processuais.

As tutelas de urgência, até por serem dessa natureza, merecem tratamento específico e caracterizam objeto de uma tutela diferenciada, sumarizada, que, no escólio de José Roberto dos Santos Bedaque⁴⁰⁵: “*são precedidas de cognição não exauriente. Trata-se de elemento comum a todas elas, cuja função é impedir que o tempo de duração do processo possa comprometer sua efetividade. É a eterna luta do sistema processual contra o tempo*”.

Os pedidos de tutela de urgência demandam pronta resposta por parte da autoridade judicante, com o fito de se evitar dano irreparável ou de difícil reparação em vias de se perpetrar, dando-se, com isso, o devido acatamento ao disposto no inciso XXXV do artigo 5º, CF. Esse dispositivo garante aos jurisdicionados não só a prestação da atividade jurisdicional, mas, também, uma atividade eficaz e adequada, o que se liga, dentre outras coisas, à tempestividade aferida em conformidade com o direito invocado pela parte⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 180.

⁴⁰⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 122.

⁴⁰⁶ A tutela provisória, modalidade de tutela jurisdicional, na lição de Teori Zavascki, normalmente está atrelada à urgência e, privilegiando o valor “*efetividade, caracteriza-se: (b.1) por estar necessariamente referenciada a um pedido de tutela definitiva, à falta do qual não tem ou perde sua razão de ser; (b.2) por ter como pressuposto uma situação de urgência, entendida em sentido amplo, compreendendo-se como tal a situação fática que, de alguma forma, compromete a regular prestação da tutela definitiva; (b.3) por ser formada à base de cognição sumária, assim considerada a cognição menos aprofundada, no seu nível vertical,*

A tutela de urgência terá por objeto, sempre, a regulação de uma situação de perigo a demandar a imediatidade de sua apreciação, mediante o exercício de cognição sumária - e, portanto, revogável ou modificável a qualquer tempo - por parte da autoridade judicante, com a emissão de um comando (decisão) de cunho provisório e que tenha por fim mediato ou imediato a proteção do bem da vida que se visa, definitivamente, discutir.

A urgência é o elemento que, comumente, caracteriza a tutela sumária, o que dá ensejo ao pedido de um provimento jurisdicional fora de seu tempo normal. Em face da impossibilidade de a parte esperar que o procedimento siga seu curso normal, até que tenha uma resposta à sua pretensão, ou ao menos parte dela, ou, ainda, que alguns efeitos da pretensão sejam adiantados, a urgência legitima o pedido de uma precoce - *por antecipação* - apreciação, pela autoridade jurisdicional, caso contrário a prestação jurisdicional – *prerrogativa constitucional dos jurisdicionados* – inexistirá com as garantias que lhe devem ser ínsitas: tempestividade e adequação, binômio que leva à eficácia da jurisdição.

Além dessa situação, que é ordinariamente tratada pela literatura jurídica, quando se pensa em perigo na demora, deve-se, também, cogitar da possibilidade de um provimento jurisdicional de urgência ser concedido quando, além do perigo decorrente da espera do tempo necessário ao que o processo siga o seu curso normal, existe, também, a possibilidade de que o réu, com sua conduta, esvazie eventual provimento de mérito posterior, retirando-lhe a potencialidade de ser eficaz.

A urgência estará sempre atrelada a uma situação de perigo (o *periculum in mora*) que se pretende evitar mediante a concessão da tutela.

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro⁴⁰⁷, ao abordar o tema, trata de elemento bastante relevante que dá respaldo à concessão da tutela de urgência, que consiste em se evitar a ocorrência dos danos marginais:

Não se pode furtar à ideia de que o lento andar do processo, por vezes, traduz-se em fonte exclusiva de dano à parte. É o chamado dano marginal.... É importante registrar que no âmbito da tutela de urgência objetiva-se neutralizar um risco de dano potencialmente diferente desse dano marginal, que não decorre do processo, mas sim da lesão irreparável ou de difícil reparação ao direito da parte. Soa inevitável que quem tem

*que a cognição exauriente própria da tutela definitiva a que se acha referenciada; (b.4) por ter eficácia limitada no tempo, não perdurando por prazo maior que o da concretização da sua finalidade ou o da duração do processo no qual é buscada a tutela definitiva correspondente; (b.5) por ser precária, não submetida à imutabilidade da coisa julgada, podendo ser modificada ou revogada a qualquer tempo, desde que haja mudança no estado de fato (que acarrete o desaparecimento, o surgimento ou a modificação da situação de urgência que lhe serve de pressuposto) ou no estado da prova (que acarrete nova compreensão sobre os fatos e o direito afirmado)". ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40.*

⁴⁰⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela Provisória**. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 197.

razão tem (ou deve ter) pressa na solução do litígio. Destarte, a solução da questão passa pela necessidade de qualificar, adjetivar essa pressa. Assim, se a pressa encontra fundamento no risco de lesão ao direito da parte prejudicada, sob pena de irreparabilidade ou perecimento, deve o magistrado fazer um juízo de ponderação para avaliar qual o mal maior e, para tanto, deverá trabalhar com duas hipóteses: manter o status quo ou cogitar de uma tutela de urgência com o propósito de salvaguardar o bem litigioso ou inverter o ônus do tempo, concedendo, desde já e antecipadamente, aquilo que a parte pretende.

Hoje, o Código estabelece que, uma vez detectada a probabilidade do direito discutido e havendo perigo de dano (*periculum in mora*) - seja para o bem da vida em si, seja para o resultado do processo - deve-se conceder a tutela provisória sob a técnica antecipada ou cautelar, tendo em vista a urgência⁴⁰⁸.

A tutela de urgência pode ser de natureza cautelar ou antecipada, caracterizando-se (i) por ser concedida mediante um pronunciamento baseado em cognição não exauriente, (sumária, portanto); (ii) pela sua provisoriedade e revogabilidade; (iii) pela sua instrumentalidade e (iv) por sua referibilidade.

Nesse aspecto, Eduardo Lamy⁴⁰⁹ pondera que:

As chamadas `tutelas de urgência`, na verdade correspondem a uma única tutela de urgência; uma tutela não definitiva, que possui executividade e cognição apenas sumárias. Aquelas a que se acostumou chamar de tutelas cautelar e antecipada constituem, na verdade, apenas técnicas para a prestação da tutela urgente.

Assim, basicamente, dois são os requisitos para qualquer das modalidades de tutela de urgência: (i) probabilidade do direito - *que nada obsta continuemos a denominar fumus boni iuris* - e (ii) *periculum in mora* no que tange ao bem da vida (mérito da ação) ou ao resultado do processo (instrumentalidade).

No tocante ao procedimento das tutelas de urgência, chama a atenção a previsão da estabilização da tutela antecipada concedida, em caráter antecedente, caso a parte prejudicada não interponha recurso contra a decisão que concedeu a medida (art. 304 CPC).

⁴⁰⁸ “Como visto, o CPC/2015 unificou, em grande medida, os pressupostos das medidas cautelares e antecipatórias ao aludir à necessidade de demonstração de probabilidade do direito e de perigo do dano ou risco ao resultado útil do processo. Nesse passo, eventuais distinções a serem feitas dirão respeito ao caso específico”. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. A Fungibilidade entre Tutela Cautelar e Antecipatória no CPC/2015. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; LAMY, Eduardo de Avelar; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coords.). **Tutela Provisória. Direto ao Ponto**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 240.

⁴⁰⁹ LAMY, Eduardo. **Flexibilização da Tutela de Urgência**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

Assim, estando as partes conformadas⁴¹⁰ com a decisão concessiva da tutela antecipada em caráter antecedente, em sede de cognição sumária e, portanto, desprovida da aptidão de formar coisa julgada, não se há obrigá-las a prosseguir no feito, apenas para obter uma decisão final e que, portanto, faça coisa julgada material. Essa é a racionalidade do disposto no art. 304.

Na arbitragem, até o advento da Lei n. 13.129/2015, não havia tratamento específico positivado para a concessão, pelos árbitros, de tutela de urgência, muito embora isso já acontecesse, por força da natureza jurisdicional da arbitragem, a comportar a antecipação da atividade jurisdicional, seja para garantir o bem da vida, seja para garantir o resultado útil do processo, como ocorre no processo civil.

A jurisdição é exercida mediante a plena cognição da causa submetida aos árbitros, aí se incluindo a cognição de natureza cautelar ou antecipada. Os árbitros só não têm o poder de coerção...

Muito embora houvesse a previsão constante do § 4º, do art. 22 LArb (revogado pela Lei n. 13.129/2015) no sentido de que, em face da necessidade de medidas cautelares, os árbitros poderiam solicitá-las ao Judiciário, já era tendência o entendimento no sentido de que os próprios árbitros tinham a jurisdição para tanto.

A melhor compreensão do disposto no mencionado dispositivo revogado era aquela⁴¹¹ no sentido de que os árbitros podiam conceder medidas de urgência e, sendo necessária sua

⁴¹⁰ A doutrina discute sobre se o não conformismo da parte contra a decisão concessiva da tutela antecipada deve ser externada mediante a interposição de recurso, efetivamente, ou se a apresentação de contestação, somente, já bastaria para evitar a estabilização da tutela. Doutrina que sustenta a primeira hipótese (interposição de recurso) o faz com base na literalidade da lei, como: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. I, p.676; CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 165. A nós, parece mais sensata a interpretação ampliativa do termo *respectivo recurso*, constante do *caput* do art. 304, filiando-nos à doutrina de BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1, p. 708; ALI, Anwar Mohamad. **Estabilização da Tutela Provisória**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2020, p. 69. Se o intuito do 304 foi o de tornar a tutela estável quando se estiver diante da conformação da parte, a apresentação de contestação, a nosso ver, já é uma forma de expressar discordância, de forma que o termo recurso como mencionado no art. 304 deve ser interpretado de forma ampla, açambarcando qualquer tipo de impugnação pela parte.

⁴¹¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009: “É do árbitro a competência para decidir demanda cautelar encetada por qualquer dos litigantes acerca da matéria sujeita à decisão arbitral. E para configurar tal competência, não é preciso encontrar na convenção arbitral poderes expressos para proferir decisão que diga respeito a tutela cautelar. Insisto nesse ponto: se as partes concederam poderes ao árbitro para resolver suas pendências acerca de um determinado contrato, para solucionar uma disputa de sócios de uma determinada companhia, para estabelecer a responsabilidade pela prática de dado ato, estes poderes também envolvem os decorrentes da tutela cautelar (eventual e instrumental). Surgindo então a necessidade de adotar-se providência cautelar, o árbitro será instado pela parte interessada a manifestar-se sobre o cabimento da medida; julgando-a pertinente – e o contraditório, sempre necessário, poderá ser diferido por conta da urgência na concessão da medida – oficiará ao juiz competente para que dê cumprimento às providências cautelares por ele, árbitro, deliberadas (desde que haja resistência da parte em face de quem tais medidas foram manejadas)”.

efetivação, em virtude da negativa da parte em cumprir a determinação arbitral, os árbitros poderiam utilizar-se do poder coercitivo do Judiciário.

A possibilidade de concessão de tutelas de urgência, pelos árbitros, já tinha, inclusive, a chancela do Poder Judiciário, conforme reiteradas decisões exaradas pelo STJ, sendo ilustrativa, a respeito, aquela de relatoria (para acórdão) da Ministra Nancy Andrichi⁴¹², onde se decidiu, também, que, na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, é possível que a parte busque, perante o Judiciário, a tutela de urgência pretendida e, uma vez formado o Tribunal, os autos devem ser encaminhados a ele, para que assuma a condução da ação, reapreciando a tutela conferida, mantendo-a, revogando-a ou alterando-a, conforme o caso.

Isso, ao ver da jurisprudência – e, ao deste autor, também -, não viola o princípio *Kompetenz-Kompetenz*, em vista da impossibilidade, temporária, de apreciação do pedido de concessão de tutela de urgência, pelo Tribunal Arbitral (em face da ausência, naquele determinado momento, de sua constituição). Essa prática não acarreta a alteração da jurisdição para o Estado, mas, apenas, confere-lhe uma jurisdição precária, evitando-se, com isso, que o perigo do dano – decorrente da demora - atinja o bem da vida objeto da arbitragem ou prejudique o resultado do processo.

Como mencionado, acima, a Lei n. 13.129/2015 positivou a matéria, inserindo os arts. 22-A e 22-B e seus parágrafos únicos à LArb, consolidando a posição já adotada nas arbitragens e ratificada pelos Tribunais.

Dessa forma, a LArb estabelece que, antes de instituída a arbitragem, as partes poderão requerer medida de urgência perante o Poder Judiciário (art. 22-A, *caput*), hipótese em que, se concedida, deverão requerer a instituição da arbitragem, no prazo de 30 dias, da data da efetivação da decisão, sob pena de cessação de eficácia da medida concedida.

Uma vez instituída a arbitragem, o Tribunal Arbitral poderá manter, modificar ou revogar a medida de urgência concedida pelo Judiciário, pois que terminada a jurisdição transitória do Estado e, tratando-se de tutela provisória, ela é precária, não estando sujeita à imutabilidade (art. 22-B, *caput*).

Nesse cenário - em que a tutela antecipada é requerida, em caráter antecedente, perante o Poder Judiciário -, pode-se falar em estabilização da tutela, com base no art. 304 CPC?

A resposta é bastante objetiva e concisa – muito embora haja diversos outros fundamentos para a posição aqui adotada: não se mostra consentâneo com a jurisdição contratada pelas partes a possibilidade de se estabilizar a tutela antecipada concedida em

⁴¹² AgRg na MC 19226/MS, 3ª T., julgamento em 21.06.2012.

sede de Judiciário, impedindo-se, com isso, que os árbitros – a quem, efetivamente, as partes decidiram conferir os poderes jurisdicionais – possam apreciar, ou reapreciar o pedido relativo à tutela antecipada, pois que a mesma teria se estabilizado, por força de ato de uma outra jurisdição que, perante as partes, se caracteriza como uma jurisdição transitória.

Se, contudo, a arbitragem já estiver em curso, qualquer medida de urgência deve ser requerida, diretamente, ao Tribunal Arbitral, o que nem seria necessário ter expressa previsão legal, pois que isso decorre, naturalmente, da natureza jurisdicional da arbitragem e do princípio *Kompetenz-Kompetenz*.

Há regulamentos, tratando-se de arbitragem institucional, onde se prevê a possibilidade de, havendo opção da parte, nomear-se um árbitro de emergência, como é o caso, por exemplo, do Regulamento de Arbitragem da CCI que prescreve tal figura, em seu art. 29⁴¹³ e em seu Apêndice V.

Essa previsão institucional é uma forma de se dar guarida, em sede de um procedimento arbitral – via escolhida pelas partes – aqui, mais expedito, ao pedido da parte fundado na urgência, evitando-se, com isso, a necessidade do ajuizamento de medida judicial.

Essa opção, contudo, não afasta o direito de a parte requerer a medida, baseada na urgência, perante o Judiciário⁴¹⁴.

Para as hipóteses em que o direito da parte tiver alto grau de probabilidade, a tutela jurisdicional pode ser antecipada, com base na evidência do direito da parte⁴¹⁵, para o que é desnecessária a demonstração do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (art. 311, CPC).

⁴¹³ “*Árbitro de emergência. I A parte que necessitar de uma medida urgente cautelar ou provisória que não possa aguardar a constituição de um tribunal arbitral (‘Medidas Urgentes’) poderá requerer tais medidas nos termos das Regras sobre o Árbitro de Emergência dispostas no Apêndice V. Tal solicitação só será aceita se recebida pela Secretaria antes da transmissão dos autos ao tribunal arbitral nos termos do artigo 16 e independentemente do fato de a parte que requerer a medida já ter apresentado seu Requerimento de Arbitragem*”.

⁴¹⁴ O artigo 29 do Regulamento CCI ilustra bem a colocação no sentido de que a previsão da arbitragem de emergência, em regulamento institucional, é uma opção da parte e não retira o direito da parte de, se preferir, provocar o Judiciário para tanto: “*7 As Disposições sobre o Árbitro de Emergência não têm a finalidade de impedir que qualquer parte requeira medidas cautelares ou provisórias urgentes a qualquer autoridade judicial competente a qualquer momento antes de solicitar tais medidas e, em circunstâncias apropriadas, até mesmo depois de tal solicitação, nos termos do Regulamento. Qualquer requerimento de tais medidas a uma autoridade judicial competente não será considerado como infração ou renúncia à convenção de arbitragem. Quaisquer pedidos e medidas adotadas pela autoridade judicial deverão ser notificados sem demora à Secretaria*”.

⁴¹⁵ Como ensina Luiz Fux, a tutela de evidência está vinculada “*àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do mandamus ou o direito documentado do exequente*”. FUX, Luiz. **Tutela da Segurança e Tutela da Evidência**. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 305.

A tutela de evidência é uma espécie de tutela provisória que, se ocorrer uma das hipóteses elencadas nos incisos I a IV do art. 311 CPC, pode ser deferida pelo juiz, com vistas a se evitar a demora do processo e, conseqüentemente, os danos marginais⁴¹⁶.

Essa evidência pode decorrer das hipóteses previstas nos incisos I a IV do art. 311: quando ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte (inciso I); quando as alegações de fato puderem ser comprovadas exclusivamente por documentos, já havendo tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (inciso II); se se tratar de pedido reipersecutório com base em prova documental de contrato de depósito (inciso III); e se a petição inicial estiver instruída com prova documental suficiente do direito do autor e o réu não logre opor prova capaz de gerar dúvida razoável em relação àquele direito (inciso IV). Para os casos previstos nos incisos II e III, a tutela de evidência pode ser deferida, liminarmente (parágrafo único, art. 311); para os demais não, por *evidente* impossibilidade temporal (a evidência surgirá da ação/omissão da outra parte).

O rol de hipóteses elencadas nos incisos do art. 311 não é taxativo. A lei prevê outras hipóteses como, por exemplo, as liminares possessórias (arts. 554 e seguintes CPC), a liminar em sede de embargos de terceiro (art. 687 CPC) assim como as hipóteses de liminares previstas nos incisos constantes do § 1º, do art. 59 da Lei n. 8.245/1991 – Lei de Locações).

Nada impede, ainda, que se configure hipótese de evidência não tipificada em lei.

Rogéria Dotti⁴¹⁷, ao sustentar a não taxatividade das hipóteses de evidência que embasam a concessão da tutela provisória, independentemente do *periculum in mora*, anuncia que:

(...) algumas situações jurídicas, por suas especificidades, autorizam esse tratamento processual diferenciado. Nelas, inverte-se a lógica de que a contestação vai ser séria. O que se pressupõe, a partir da própria lei, é que a contestação será inconsistente e, portanto, a antecipação da tutela deve ser autorizada. Trata-se de fenômeno semelhante àquele que se verifica nos títulos de crédito. Ou seja, acredita-se antecipadamente que o autor tem razão e, com base nessa aposta legislativa, permite-se uma posição processual de vantagem, consistente na autorização da antecipação da tutela do direito.

⁴¹⁶ Conforme leciona Daniel Penteadó: “o ‘dano marginal stricto sensu’ prescinde da comprovação de dano ou iminência de sua consumação e decorre da inevitável demora do processo, o tempo consumido do jurisdicionado para gozar do bem da vida pretendido, à espera do exaurimento de todo o iter procedimental, até imprimir efetividade à pretensão deduzida em juízo”. CASTRO, Daniel Penteadó de. **Antecipação de Tutela sem o requisito da urgência**: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 149.

⁴¹⁷ DOTTI, Rogéria. Tutela da Evidência: Enfrentando Questões Polêmicas. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; LAMY, Eduardo de Avelar; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coords.). **Tutela Provisória. Direto ao Ponto**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 78.

A lição retro transcrita é o ponto inicial de apoio ao nosso entendimento no sentido de que a tutela de evidência é, também, instituto aplicável na arbitragem.

Isso porque, se se estiver diante de um caso em que o objeto da arbitragem tenha por fundamento um dispositivo legal que autoriza a concessão da tutela de evidência – suponhamos, por exemplo, uma ação de despejo cujo pedido se funda no descumprimento do acordo anteriormente celebrado entre as partes, nos termos do art. 59, § 1º, inciso I Lei de Locações – não se vê qualquer impedimento a que o árbitro conceda tal tutela, uma vez requerida pela parte.

Mas não é só! A tutela de evidência é elemento que compõe a própria atividade jurisdicional, de forma que não teria sentido afastar o poder do árbitro sobre a concessão dessa tutela provisória, quando este tem jurisdição para tanto: as partes assim contrataram. A concessão da tutela de evidência, configurada a hipótese legal em que deve ser concedida, é um dever do árbitro, a fim de bem se desincumbir de seu múnus.

Assim, na hipótese de o árbitro, mediante provocação, entender pelo alto grau de probabilidade do direito da parte, assim como em situações já previamente elencadas em leis específicas, como as aqui antes mencionadas, ele deverá conceder tutela de evidência.

Tendo em vista que a tutela de evidência é espécie do gênero tutela provisória, ela é, por isso, caracterizada pela precariedade, de forma que pode, a qualquer momento e mediante fundamentação específica, ser objeto de revogação ou alteração, face a fatos novos, provas novas ou, ainda, direito superveniente aplicável ao caso, com base nas regras de direito intertemporal.

Deve ser mencionado fundamento que poderia servir para embasar posição diversa da, até aqui, defendida: a tutela de evidência não é cabível no processo arbitral, uma vez que sua origem não está na Constituição, como, diferentemente, ocorre na tutela de urgência (com base no art. 5º, XXXV). Isto porque, somente os institutos de natureza processual com raiz constitucional teriam aplicabilidade, na arbitragem.

Tal argumento, entretanto, não sensibiliza, pois há regras constantes do CPC que não têm, necessariamente, raízes constitucionais, mas que, até por disposição expressa, são aplicáveis à arbitragem, como é o caso dos arts. 144 e 145 CPC, por força do que estabelece o art. 14, *caput* da LArb.

Em verdade, por força da aplicação do princípio da universalidade e a depender do instituto, a sua assimilação pela jurisdição arbitral é algo que se mostra consentâneo com o

sistema assim como com as necessidades de se garantir o bom e efetivo funcionamento do conjunto consistente nos Métodos de Resolução de Conflitos (MESC's).

Porém, parece inaceitável o pedido de tutela de evidência, perante o Judiciário, antes de instaurado o procedimento arbitral, por faltar jurisdição ao Estado para tanto, uma vez que o que legitima tal acesso judicial, no tocante às tutelas provisórias é a urgência, característica da qual não se reveste a tutela de evidência, pelo menos em regra.

Por fim, as partes podem, expressamente, prever a inaplicabilidade do instituto, no procedimento arbitral, o que se afigura absolutamente legítimo, pois é alternativa alicerçada na vontade das partes e que não viola os bons costumes, tampouco a ordem pública.

A factibilidade da antecipação de tutela: de urgência e da evidência, no procedimento arbitral, contudo, com base no que aqui se sustentou, independe de sua adoção expressa, pelas partes, na convenção arbitral e/ou no Termo de Arbitragem⁴¹⁸.

10.3 PRECLUSÕES

Sob o ponto de vista da jurisdição, o tempo é elemento de alta relevância.

O propósito de resolução do conflito é inerente à ideia de jurisdição. Importante que o resultado seja alcançado com eficiência e, para tanto, o tempo é crucial. O tempo do processo é de interesse social. A solução de um conflito propicia espaço para que, na sequência, outro também possa vir a ser solucionado...

No escólio de Italo Andolina⁴¹⁹:

Il tempo – superfluo ricordarlo – è una componente essenziale del processo.

Il concetto stesso di processo – scolpito nel sua etimo – evoca la dimensione diacronica, il percorso temporale lungo il quale – ed entro il quale – si dispiegano ed organizzano i fatti del processo (atti, attività, comportamenti), i segmenti che ne compongono la tessitura, tutti tra loro concatenati e tutti coerentemente finalizzati alla produzione del risultato giustiziale.

Il processo non è quindi pensabile fuori dal tempo.

⁴¹⁸ Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona: “Não haverá necessidade de encontrar na convenção de arbitragem autorização para que os árbitros antecipem tutela, pois tal autorização é implícita: as partes investem os árbitros de poderes para resolver todas as questões controvertidas que as envolvem, cabendo aos julgadores (...) zelar pela justa solução do litígio, adotando todas as providências necessárias ao pleno exercício do poder jurisdicional que lhes foi concedido pelos contendentes”. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 330.

⁴¹⁹ Il Tempo nel Processo. In: RAITI, Giovanni (ed.). **Il Tempo e il Processo. Scritti Scelti di Italo Andolina**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009. v. 1, p. 33.

Assim é que mecanismos deve haver no processo, de forma que este não se estenda, excessiva ou indefinidamente, no tempo. Afinal, é princípio legal e constitucional: a razoável duração do processo⁴²⁰.

As preclusões têm essa peculiar função de gerenciamento do tempo, no processo, baseadas em valores como os de segurança jurídica e de efetividade⁴²¹.

Para a doutrina clássica, com base na causa que deu origem à preclusão, esta pode ser de três espécies: a temporal, a consumativa e a lógica. A essa agregamos - compartilhando entendimento de parte dominante da doutrina – uma quarta modalidade⁴²²: a preclusão *pro judicato* (esta, sempre consumativa ou lógica, pois que para o juiz a preclusão não se liga ao desvencilhar-se de um ônus⁴²³).

Como ensina Teresa Arruda Alvim⁴²⁴:

De fato, da preclusão não se pode prescindir, sob pena de não se poder conceber o processo.

(...)

Há a preclusão quando se perde, se extingue ou se consuma uma faculdade processual, por se ter perdido o prazo ou deixado de praticar o ato na ordem ou nos termos peremptórios previstos pela lei; por se haver realizado atividade incompatível com o exercício da faculdade; ou por já se haver exercido validamente a faculdade.

Melhor teria sido se se tivesse usado o termo ônus, no lugar da faculdade. É à ideia de ônus que se liga a de preclusão, isto é, à ideia de uma atividade que, se concretizada ou realizada, terá (provavelmente) seus resultados revertidos em benefício daquele que a desempenhou. Por outro lado, as consequências danosas decorrentes da omissão com relação à atividade consubstanciada num ônus devem atingir aquele que se omitiu, aquele que deveria ter realizado a atividade, e não realizou.

⁴²⁰ Art. 4º, CPC e art. 5º, LXXVII, CF. “Essa previsão constitucional de razoável duração do processo (um processo sem dilações desnecessárias) trouxe não apenas um direito fundamental – de natureza deontológica e condutor da atuação dos poderes, agentes e instituições públicos -, mas também uma garantia de efetividade da justiça”. MARTINS, Humberto. Acesso à Justiça e Duração Razoável do Processo no Código de Processo Civil de 2015: considerações sobre elementos essenciais ao Sistema de Justiça. In: CRUZ, Felipe Santa; FUX, Luiz; GODINHO, André (orgs.). **Avanços do Sistema de Justiça: Os 5 Anos de Vigência do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: OAB Nacional Editora, 2021, p. 332.

⁴²¹ GIANNICO, Mauricio. **A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80.

⁴²² Para aqueles que têm a preclusão como elemento ligado exclusivamente às partes, existem três modalidades de preclusão. Essa doutrina desconsidera a preclusão *pro judicato*, pois esta liga-se ao juiz e não às partes. Em nosso entendimento, a preclusão pode estar relacionada às partes, assim como ao juiz, motivo pelo qual nos filiamos à doutrina (como de SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**: atualizado de acordo com a nova reforma processual: Leis ns. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Atlas, 2006) que, com base na causa que lhe deu origem, há quatro espécies de preclusão: temporal, lógica, consumativa e *pro judicato*.

⁴²³ Os poderes do juiz não estão abrangidos pela preclusão temporal, conforme FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A Preclusão no Direito Processual Civil**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 91.

⁴²⁴ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Os Agravos no CPC de 2015**. 5. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2021, p. 383.

A preclusão temporal (art. 223 CPC) ocorre quando o escoamento do tempo impossibilita a prática do ato que deveria ter sido praticado em um determinado lapso temporal anterior.

A ocorrência da preclusão consumativa (art. 507) impede a prática do ato em virtude de este já ter sido praticado e a preclusão lógica (art. 1000) se dá quando um ato realizado anteriormente é incompatível com o que se pretende, posteriormente, praticar, de forma que sua prática se torna impossível.

A preclusão *pro judicato*, por sua vez, convive com as preclusões relacionadas às partes⁴²⁵: temporal, consumativa e lógica e é direcionada ao juiz, isto é, tem a ver com a impossibilidade de o juiz redecidir questões já decididas (art. 494 CPC).

O entendimento predominante, atualmente, no que se refere à preclusão *pro judicato*:

*É no sentido de que em todas as hipóteses em que se admite que o juiz conheça de ofício da questão, proferindo decisão a qualquer tempo e grau de jurisdição, há também de se admitir que ele reanalise e decida a matéria, inclusive manifestando entendimento contrário ao anteriormente exposto. Em uma sentença, então: tudo o que puder ser decidido de ofício poderá também ser redecidido*⁴²⁶.

O instituto da preclusão está intimamente associado ao regime das nulidades.

Assim se afirma, pois as nulidades absolutas não precluem: podem ser alegadas a qualquer momento. Podem, aliás, ser decretadas de ofício e ser rediscutidas⁴²⁷ acaso já tenham sido resolvidas por uma decisão interlocutória, no curso do processo.

As nulidades relativas, por sua vez, precluem, uma vez que não tenham sido arguidas pelas partes, na primeira oportunidade em que se manifestarem, nos autos (art. 278 CPC) ou no prazo que a lei prevê para que essa alegação seja feita, como se dá, por exemplo, no caso da incompetência relativa.

A preclusão que ocorre no âmbito do processo estatal é ideia indissociável da concepção de um procedimento que tenha começo, meio e fim, pois gera um contínuo “fechar de portas”, de molde a impedir que se volte para trás⁴²⁸...

⁴²⁵ THEODORO JR. Humberto. A Preclusão no Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 784, p. 11-28, fev./2001.

⁴²⁶ TOSCAN, Anissara. **Preclusão Processual Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 68.

⁴²⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcellos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. **Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença**: Comentários ao CPC de 2015. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 528.

⁴²⁸ “A preclusão interfere em toda a dinâmica do andamento processual. Ela é a espinha dorsal do processo, no que respeita a seu andamento, pois é o instituto através do qual, no processo, se superam os estágios procedimentais, e não deixa de ser também um instituto propulsor da dinâmica processual, na medida em que for acatada pela legislação positiva”. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 706.

Os primeiros “fechar de portas” que ocorrem no processo estatal se concretizam por meio da *perpetuatio jurisdictionis, perpetuatio libelli e perpetuatio legitimationes*.

No entanto, é importante observar que o processo civil contemporâneo prevê a possibilidade de haver brechas para que as partes possam escapar do fenômeno da preclusão. Existe, por exemplo, a hipótese de o próprio juiz dilatar os prazos processuais peremptórios, com o objetivo de adequar o procedimento às peculiaridades da causa (art. 139, inciso VI CPC).

Por outro lado, também as partes podem gerir o tempo do processo, fixando, por exemplo, um calendário para a prática de atos (art. 191, *caput* CPC).

Apesar dessas brechas, parece que ainda se pode dizer que o Código de Processo Civil em vigor *não alterou substancialmente a rigidez de nosso sistema de preclusões*. Tanto é assim que não é dado às partes realizar negócio jurídico processual de forma a estenderem os prazos processuais peremptórios⁴²⁹, como o da contestação e o da apelação.

A necessidade do sistema de preclusões existe em qualquer tipo de procedimento, já que todo procedimento tem uma finalidade e esta não é atingida, pelo menos de forma eficaz, se não se estabelecer um tempo para que os atos de que se compõe sejam praticados.

Entretanto, o fato de se tratar de um processo que corre perante qualquer órgão estatal, inclusive de natureza administrativa, é que dá ao sistema de preclusões uma relevância diferenciada, pois conforme leciona Chiovenda⁴³⁰:

Lo Stato tende alle definizione della lite per la via più rapida e col minimo possibile impiego d'attività processuale: lo Stato ha fretta di liberare i proprii organi dal peso e dalla responsabilità del processo. Pur garantendo alle parti la maggior libertà di difesa, la lege procede per via di preclusioni, in ogni caso in cui da considerazioni generali, e più o meno esatte, di equità approssimativa, di probabilità, di normalità, si sente autorizzata a farlo. Questo istituto della preclusione trova riscontro ad ogni modo, sebbene in diversa misura, nei processi d'ogni tempo.

No que diz respeito à arbitragem, o tópico inicialmente versado, neste capítulo, relacionado ao tempo no processo, deve ser objeto de uma abordagem diversa, pois, em regra, no procedimento arbitral (entre particulares) não há o envolvimento do interesse

⁴²⁹ Às partes não é dada a possibilidade de, sem a intervenção do juiz, dilatar prazos, contudo, isso é possível, uma vez que o juiz assim o consinta (art. 139, VI CPC).

⁴³⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1993. v. I, p. 237. **Tradução livre:** “O Estado tende a resolver uma disputa da maneira mais rápida e com o menor uso possível da atividade processual: o Estado tem pressa em liberar seus órgãos do ônus e da responsabilidade do julgamento. Muito embora garantindo às partes a maior liberdade de defesa, a lei age através da preclusão, em todos os casos em que se sente autorizada a fazê-lo por considerações gerais e mais ou menos exatas de equidade aproximada, probabilidade e normalidade. O instituto da preclusão é encontrado de algum modo, embora em graus variados, em processos de todos os tempos”.

social: a solução de um conflito em sede de arbitragem não acarreta a criação de um novo *espaço* para que novos conflitos sejam solucionados.

Ademais, o problema da demora do processo, quando este tramita perante um Tribunal Arbitral, não diz respeito, senão às partes, aos árbitros e à instituição eleita (em caso de arbitragem institucional).

A arbitragem, como já se teve a oportunidade de afirmar neste trabalho, é um micro ambiente jurisdicional criado, especificamente, pelas partes com o intuito de resolução de um conflito, diferentemente da jurisdição estatal, disponível a todos por ser uma atividade desenvolvida pelo Estado em prol da comunidade.

Como diz José Carlos Magalhães⁴³¹: “*E aí reside a grande distinção entre o juiz, integrante do Poder Judiciário, e o juízo arbitral, pois aquele possui jurisdição – autoridade genérica para dizer o Direito – mesmo que não haja litígio a resolver*”.

Enquanto se tem, no processo judicial, a necessidade da previsão de preclusões rígidas, com vistas a que o processo marche, sempre, em frente – isso decorre, frise-se, do interesse público -, o mesmo não ocorre na arbitragem, uma vez que a fluência do processo arbitral é de interesse exclusivo das partes.

É natural, portanto, que na arbitragem haja uma maior flexibilização de determinados institutos processuais, na medida em que naquela jurisdição privada não há interesse público a ser preservado, afinal, também como já, por diversas vezes, mencionado neste ensaio, a autonomia da vontade das partes é o princípio norteador da concepção da arbitragem.

Como afirma Marcos Montoro⁴³²:

(...) na arbitragem o instituto da preclusão é, muitas vezes, mitigado, atenuado. Para diversos árbitros, quando uma das partes alega ter ocorrido preclusão, a questão deve ser resolvida verificando-se se há algum prejuízo para as partes ou para o desenvolvimento da arbitragem. Se a realização do ato supostamente precluso não causar prejuízo, esse poderá então ser praticado, apesar da preclusão. Veja-se assim que o panorama é completamente diferente do que geralmente ocorre nos procedimentos judiciais estatais.

A arbitragem não tramita perante órgãos públicos, de forma que se a conduta das partes gerar um prolongamento indevido do processo, não importa em qual de suas fases, a respectiva consequência, como o aumento dos respectivos custos, por exemplo, é problema, exclusivamente, delas, as partes.

⁴³¹ **Arbitragem. Sociedade Civil x Estado.** São Paulo: Almedina, 2020, p. 267.

⁴³² MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do Procedimento Arbitral.** Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

Naturalmente que, em qualquer situação, os princípios processuais de índole constitucional, como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa etc., devem ser respeitados.

Como se pode notar da LArb, somente os arts. 23 e 30 estabelecem regras a respeito de prazos, nos procedimentos arbitrais.

O art. 23 estipula que, nada tendo sido convencionado, a sentença arbitral deverá ser proferida no prazo de seis meses, a contar da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

O art. 30, por sua vez, estabelece o prazo para apresentação do pedido de esclarecimentos à sentença, pelas partes.

Nos regulamentos - na hipótese de arbitragem institucional -, é possível se ver alguns outros prazos já previamente estabelecidos - normalmente aqueles prazos relacionados a atos que devem ser praticados, pelas partes, antes da assinatura do Termo de Arbitragem (ou Ata de Missão, como se estabeleceu chamar esse documento, no âmbito do Regulamento CCI).

É o caso, para ilustrar, do art. 5.1 do Regulamento CCI que concede o prazo de 30 dias para a apresentação de resposta ao requerimento de instauração de arbitragem. De se notar que o art. 5.2, por sua vez, já prevê a possibilidade de prorrogação desse prazo.

Via de regra, os prazos são estabelecidos no cronograma definido entre partes e árbitros, no Termo de Arbitragem, não havendo qualquer proibição a que os prazos sejam modificados, de comum acordo, pelas partes.

Note-se, por exemplo, o art. 39 do Regulamento CCI, que trata especificamente da modificação de prazos, prevendo que as partes poderão acordar acerca da redução de prazos estipulados no Regulamento, desde que, se isso ocorrer após a constituição do tribunal arbitral, este concorde com a modificação pretendida.

Uma menor rigidez do sistema, contudo, não significa total liberdade das partes de agir, como e quando bem entendam.

Muito embora a arbitragem tenha respaldo no princípio da autonomia da vontade, espera-se que o respectivo procedimento esteja, necessariamente, respaldado nos princípios constitucionais processuais, como o do devido processo legal. É por isso que o art. 21, § 2º LArb disciplina que deverão, sempre, ser respeitados, no procedimento arbitral, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Diante disso, não se vislumbra a possibilidade da prática de atos que aviltem esses princípios como, por exemplo, ao ter, a parte, a oportunidade de sustentar seu direito, não o fazendo, no primeiro momento que lhe seja possível, agindo, outrossim, de forma contraditória com aquilo que poderia ter afirmado, não terá ela o direito de guardar uma *opção* para o futuro. Nesse caso, parece inevitável a aplicação da preclusão consumativa a impedir a prática do ato, posteriormente.

Exemplo do que aqui se afirma é o quanto estabelecido no art. 20, *caput*, LArb, no sentido de que, uma vez que a parte pretenda arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver para se manifestar no procedimento.

O mencionado dispositivo legal ratifica o princípio *Kompetenz/Kompetenz* (cuja racionalidade é a de que o árbitro é o juiz para dizer acerca de sua própria jurisdição) afirmado no art. 8º, parágrafo único da LArb e estabelece uma regra de preclusão, no procedimento arbitral.

Isso porque, se a parte não arguir alguma das questões previstas no citado art. 20 *caput* LArb, oportunamente⁴³³, perante o Tribunal Arbitral, acaba por perder o direito de assim o fazer, seja no procedimento arbitral, seja via ação anulatória, perante o Judiciário, conforme melhor interpretação que se deve dar à parte final do § 2º do art. 20:

Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

Esse é o entendimento que vem se formando, no âmbito do STJ, como ilustra o acórdão proferido no REsp n. 1.082.498/MT⁴³⁴:

Com efeito, após implantada a arbitragem, esse juízo assume a exclusividade na apreciação da lide, inclusive quanto às questões relativas à sua competência, suspeição ou impedimento de seus árbitros, devendo a parte interessada argui-las no primeiro momento que tiver para se manifestar, sob pena de operar-se a preclusão, impossibilitando que, finda a arbitragem, seja intentada demanda judicial visando à sua anulação.

⁴³³ No primeiro momento em que tiver para se manifestar, após a instituição da arbitragem, como estabelece a lei. Contudo, nada impede que essa manifestação ocorra antes mesmo de que se tenha constituído o Tribunal Arbitral ou conforme prazos estabelecidos pelas partes ou, ainda, conforme previsão constante do regulamento adotado para a administração do procedimento.

⁴³⁴ 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 04.12.12.

Com isso, tem-se que, não se tratando de matérias de natureza cogente, uma vez que a parte não exerça o seu direito de atacar o ato, tal inércia serve como uma espécie de renúncia à objeção que lhe cabia, de forma que perde o direito, também, de discutir a matéria por intermédio do ajuizamento da ação anulatória.

Até aqui, tratou-se de questões relacionadas, eminentemente, com a esfera da vontade das partes.

No que toca às questões de ordem pública, assim como ocorre no processo civil, essas, via de regra, não se convalidam, pelo que podem ser atacadas a qualquer momento, inclusive após o fim do exercício da atividade jurisdicional arbitral, mediante o ajuizamento da ação anulatória, perante o Judiciário, conforme se tratará, em item específico, mais à frente, neste trabalho (*item 10.10*).

É o que ocorre, por exemplo, com questões relacionadas à convenção de arbitragem: se se tratar de nulidade absoluta, estar-se-á diante de vício, em tese, insanável, pois que, nos termos do art. 169 CC, o negócio jurídico nulo não convalida em virtude da inércia da parte⁴³⁵.

Se, no entanto, tratar-se de nulidade relativa (o ato anulável), volta-se à situação antes mencionada: aplicação da regra de preclusão!

Como sustenta José Carlos de Magalhães⁴³⁶, roborando a posição por um regime de preclusões menos rígido, na arbitragem, o que se pretende alcançar, nessa jurisdição, é, eminentemente, uma sentença completa e o exaurimento do quadro probatório estipulado pelas partes, ou assim entendido como necessário, pelos árbitros.

10.4 ACORDO QUANTO A PROVAS. CONVICÇÃO DO ÁRBITRO

A começar com uma definição, tem-se, na clássica lição de Jeremy Bentham⁴³⁷, que, prova “[E]n el más amplio sentido de esa palabra, se entiende por tal un hecho

⁴³⁵ “Entende-se que, em algumas hipóteses que não encerram matérias cogentes, se as partes não se queixaram no momento determinado pela lei, perdem o direito de, posteriormente, requerer a nulidade da sentença arbitral. (...) Quanto à nulidade da convenção, nos parece que a interpretação deve ser feita de forma sistemática com o Código Civil, que trata das nulidades dos negócios jurídicos. Por assim a questão, a nulidade absoluta (arts. 104 e 166 CC) não convalida jamais, de tal sorte que não pode ser esta espécie que demanda a manifestação na primeira oportunidade sob pena de preclusão”. SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 156.

⁴³⁶ **Arbitragem. Sociedade Civil x Estado**. São Paulo: Almedina, 2020.

⁴³⁷ **Tratado de las Pruebas Judiciales**. Buenos Aires: Librería El Foro, 2003. Tomo I, p. 23. **Tradução livre**: “No sentido mais amplo da palavra, isso é entendido como um fato supostamente verdadeiro que se presume deve servir de base para a credibilidade quanto à existência ou não existência de outro fato”.

supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de outro hecho”.

Em verdade, a prova é “*aquilo que mostra a verdade de uma proposição ou a realidade de um fato*”⁴³⁸. Sob o aspecto jurídico, a prova é o instrumento de que se utilizam as partes, com o fim precípua de demonstrar os fatos e/ou as respectivas proposições sustentados, no processo.

Carnelutti, em ensaio também clássico, afirma que a prova recai, não sobre o fato, mas sobre a afirmação do fato. Para ele, *em virtude de uma mudança no sentido original da linguagem* é que se tem a prova não somente como a comprovação, em si, da proposição acerca do fato, mas, também, como a prova do próprio fato⁴³⁹.

Provar, conforme Carnelutti, não significa, simplesmente, demonstrar a verdade dos fatos, mas, sim, os ter determinados, no processo, por meio de procedimentos específicos.

⁴³⁸ Definição extraída de AULETE, Francisco Júlio Caldas. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 6. ed. Lisboa: Bertrand, [19--].

⁴³⁹ “*En rigor, pues, la prueba debe diferenciarse del procedimiento empleado para la verificación de la proposición (afirmada), la distinción surge clarísima del ejemplo de la operación aritmética: la prueba (del resultado) de una operación se hace mediante otra operación, que es la operación de prueba. Así, la prueba de la afirmación acerca de la existencia de un hecho, se hace mediante el conocimiento del hecho mismo; el conocimiento no es la prueba, pero de la prueba de la afirmación. En este sentido, justo es reconocer que objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones, las cuales no se conocen pero se comprueban, mientras que aquéllos no se comprueban, sino que se conocen. Sin embargo, ya en el lenguaje común se produce una transposición (traslación) en el significado del vocablo, en virtud de la cual, prueba no designa tan sólo la comprobación, sino asimismo el procedimiento o la actividad usada para la comprobación; la prueba no es ya la demostración de la exactitud de la operación aritmética obtenida mediante otra operación, sino esta misma operación; prueba no es ya la comprobación de la verdad de una afirmación mediante el conocimiento del hecho afirmado, sino este mismo conocimiento cuando se obtiene para la comprobación de la afirmación. Se opera así un cambio entre resultado y procedimiento o actividades, que responde en substancia a una función intransitiva o transitiva del vocablo. En este sentido, es justo decir que objeto de la prueba son los hechos y no las afirmaciones: los hechos se prueban, en cuanto se conozcan, para comprobar las afirmaciones”.* CARNELUTTI, Francesco. **La Prueba Civil**. 2. ed. Tradução: Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1982, p. 39-40. **Tradução livre:** “De rigor, portanto, a prova deve ser diferenciada do procedimento utilizado para a verificação da proposta (afirmada), a distinção surge muito claramente do exemplo da operação aritmética: a prova (do resultado) de uma operação se faz por meio de outra operação, que é a operação da prova. Assim, a prova da afirmação sobre a existência de um fato é feita pelo conhecimento do fato em si; o conhecimento não é a prova, mas a prova da afirmação. Neste sentido, é justo reconhecer que o objeto da prova não são os fatos, mas as afirmações, que não são conhecidas, mas são provadas, enquanto que os fatos não são provados, mas são conhecidos. Entretanto, já na língua comum existe uma transposição (tradução) no significado do vocábulo, em virtude do qual a prova não designa apenas a comprovação, mas também o procedimento ou atividade utilizada para tal comprovação; a prova não é a demonstração da correção da operação aritmética obtida por meio de outra operação, mas essa mesma operação; a prova não é mais a verificação da verdade de uma afirmação através do conhecimento do fato afirmado, mas esse mesmo conhecimento quando é obtido para a verificação da afirmação. Há, portanto, uma mudança entre resultado e procedimento ou atividade, que responde em substância a uma função intransitiva ou transitiva do vocábulo. Neste sentido, é certo dizer que o objeto da prova são os fatos e não as afirmações: os fatos são provados, enquanto conhecidos, a fim de comprovar as afirmações”.

Nessa esteira, novamente a lição de Jeremy Bentham⁴⁴⁰, agora, no sentido de que: “*Así, pues, el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas*”.

No escólio de Marinoni e Sérgio Arenhart, a respeito da finalidade da prova⁴⁴¹:

[Ela] assume, então, um papel de argumento retórico, elemento de argumentação, dirigido a convencer o magistrado de que a afirmação feita pela parte, no sentido de que alguma coisa efetivamente ocorreu, merece crédito.

A prova, no diálogo entre partes e juízes, protagoniza a importante função de convencer o Estado acerca de qual é a verdade no processo, quando da prestação da função jurisdicional. Sua finalidade é dar base às proposições controversas das partes acerca dos fatos⁴⁴².

Em verdade, a prova serve de subsídio para que o juiz possa exercer seu livre convencimento racional/motivado que propiciará o necessário estofamento à sentença a ser proferida e, como ensina Carnelutti, esse livre convencimento motivado tem por base aquilo que esse jurista denomina de teoria da prova legal⁴⁴³:

a) para el conocimiento del hecho controvertido, el juez no puede servirse más que de percepciones obtenidas de determinado modo;
b) el juez no puede servirse libremente de los hechos así percibidos para sus deducciones, sino que debe utilizarlos según reglas determinadas.
El conjunto de reglas relativas a la percepción y a la deducción de los hechos por parte del juez, constituye el sistema o la teoría llamada de la prueba legal.

O exercício da jurisdição culmina com a prolação da sentença que - como se sabe, porém será aprofundado ainda mais, posteriormente -, deve estar assentada numa clara e eficiente fundamentação que, por sua vez, lastreia-se, dentre outros elementos, nas provas carreadas aos autos (art. 371 CPC).

⁴⁴⁰ BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las Pruebas Judiciales**. Buenos Aires: Librería El Foro, 2003. Tomo I, p. 14. **Tradução livre**: “Assim, a arte do processo não é outra coisa senão a arte de administrar provas”.

⁴⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 63.

⁴⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

⁴⁴³ **La Prueba Civil**. 2. ed. Tradução: Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1982, p. 18. **Tradução livre**: “a) a fim de apurar o fato controvertido, o juiz só pode fazer uso das percepções obtidas de uma determinada maneira;

b) o juiz não pode fazer livre uso dos fatos assim percebidos para suas deduções, mas deve utilizá-los de acordo com certas regras.

O conjunto de regras relativas à percepção e dedução dos fatos pelo juiz constitui o chamado sistema ou teoria da prova legal”.

Não se pode deixar de mencionar que, com base em uma visão mais contemporânea do processo civil, a prova tem por finalidade, não só dar subsídios ao juiz, a fim de que julgue com segurança e racionalidade, mas, também, “*a finalidade de permitir às próprias partes a formação de seu convencimento acerca dos fatos da causa*”⁴⁴⁴. Nesse sentido, o Enunciado 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(art. 369; art. 370, caput) *Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz*”.

Essa posição, no sentido de se adotar um espectro maior de destinatários das provas produzidas no processo, a qual este autor se filia, pode ser claramente notada no art. 381, caput CPC, ao estabelecer hipóteses de admissão de produção antecipada de provas com vistas a: “*viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito*” (inciso II), assim como que “*o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação*” (inciso III).

O ônus de provar, via de regra, incumbe àquele que alega.

Afirma-se, via de regra, em virtude da *interpretação conjugada do caput do art. 373 CPC*: que impõe: (*inciso I*) ao autor a incumbência de provar o fato constitutivo de seu direito e (*inciso II*) ao réu a de demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor; *com o disposto no parágrafo 1º desse mesmo artigo* que estabelece a carga dinâmica das provas, no sentido de que, em determinadas situações e sem causar o desequilíbrio entre as partes, o juiz poderá, fundamentadamente, atribuir o ônus da prova de modo diverso, como uma forma de se propiciar o melhor desempenho de seu livre convencimento motivado.

Além disso, a distribuição diferenciada do ônus da prova pode ser objeto de convenção entre as partes, como prevê o art. 373 § 3º, desde que não ocorrentes as hipóteses impeditivas de tal negócio jurídico, conforme estipulado nos incisos I e II desse mesmo dispositivo processual.

Muito embora a lei preveja como sendo das partes o *onus probandi*, é certo que o juiz desempenha, ou deve desempenhar, papel relevante nesse aspecto do cenário processual, pois que, ao fim e ao cabo, ele é o destinatário das provas com base nas quais poderá melhor se desincumbir do dever de bem fundamentar sua decisão.

⁴⁴⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2, p. 57.

Doutrina mais antiga costumava sustentar⁴⁴⁵, com base eminentemente no princípio dispositivo, a impropriedade de o juiz assumir qualquer papel de investigador, no processo, a fim de que sua imparcialidade não fosse afetada, de forma que não se havia falar na hipótese de o juiz tomar qualquer iniciativa em relação à produção de provas, cabendo-lhe, tão somente, apreciar as provas cuja produção houvesse sido requerida pelas partes.

Pensamento mais moderno, como o de Moacyr Amaral Santos⁴⁴⁶, posiciona-se no sentido de que o juiz desempenha atividade supletiva ou complementar à das partes, no que se refere às provas do processo.

Balizada doutrina atual, por sua vez - com respaldo em concepção desenvolvida por Cappelletti⁴⁴⁷ – podendo-se ilustrar com, dentre outros: José Roberto dos Santos Bedaque⁴⁴⁸ e Michele Taruffo, reformulando o princípio dispositivo, defende um espectro mais amplo dos poderes instrutórios do juiz:

O problema dos poderes instrutórios do juiz pode, pois, ser sintetizado nestes termos: a atribuição desses poderes e seu efetivo exercício – naturalmente com respeito rigoroso aos direitos processuais das partes – correspondem a uma necessidade epistêmica, tratando-se de instrumentos que têm como fim atingir o escopo da apuração da verdade. Vice-versa, a oposição a um papel ativo do juiz na produção das provas parece motivada exclusivamente por opções ideológicas: tais opções, além de histórica e politicamente infundadas, configuram-se em termos claramente antiepistêmicos⁴⁴⁹.

Neste trabalho, adota-se a posição daqueles que sustentam a possibilidade de os poderes instrutórios do juiz estarem além de, simplesmente, apreciar as provas produzidas com base nos requerimentos das partes.

Ao juiz deve ser dada a possibilidade de sentir segurança para bem julgar, afinal, como já dito acima, deve-se desincumbir, da melhor forma, de seu encargo de julgar e isso só pode ocorrer mediante o máximo de elementos que lhe for possível amealhar, no curso do processo, principalmente, na fase instrutória.

Parece razoável adotar-se posição no sentido de que, uma vez que as partes não produzam provas ou, uma vez produzidas, em qualquer situação o juiz ainda não se sinta

⁴⁴⁵ Como notícia LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 65 e ss.: “Essa orientação se harmonizava com a ideologia liberal do fim do séc. XIX, que restringia os poderes do juiz no processo, uma vez que este era considerado ‘coisa das partes’ (Sache der Parteien)”.

⁴⁴⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

⁴⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Iniziative Probatorie del Giudice e Basi Pregiuridiche della Struttura del Processo. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. XXII, n. 3, p. 407-427, 1967.

⁴⁴⁸ **Poderes Instrutórios do Juiz**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

⁴⁴⁹ TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade. O Juiz e a Construção dos Fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 208.

convencido para proferir seu julgamento, a ele deve ser conferido o poder de indicar as *suas provas*.

Nem se diga que com a proposição acima apresentada estaria, o juiz, advogando ou sendo imparcial⁴⁵⁰. Nesse caso, entende-se que, pelo bem da jurisdição e, portanto, em prol da melhor resolução do conflito e, naturalmente, também em prol das partes, ao juiz deve ser possibilitada a produção da prova que entender necessária para que possa bem julgar.

Contudo, para que os princípios dispositivo e da imparcialidade do juiz não sejam comprometidos, aconselhável que a atividade probatória do juiz seja exercida na justa medida da necessidade que tem para a formação de seu convencimento, propiciando-lhe o exercício do poder-dever que tem de decidir.

Há evidências, no próprio Código, de que o juiz tem esse poder de que aqui se trata.

É o que se verifica, por exemplo: (i) na hipótese de o juiz tomar, de ofício, o depoimento pessoal das partes (arts. 139, VIII e 385); (ii) na possibilidade de que o juiz ordene, de ofício, a exibição de livros e documentos (art. 421); (iii) quando o juiz determina, de ofício, a oitiva de uma testemunha mencionada pelas partes ou por outra testemunha (art. 461, inciso D); (iv) em situação em que o juiz designa, de ofício, nova perícia, por entender que a matéria não está suficientemente esclarecida (art. 480, § 1º); assim como (v) na hipótese de realização, de ofício, de inspeção judicial de pessoas ou coisas (art. 481).

Em verdade, entende-se que o juiz deve exaurir a possibilidade de produção de todas as provas que julgue necessárias para o deslinde do processo, uma vez que é nas provas do processo que deve fundar sua decisão. Ao juiz é defeso se utilizar do seu conhecimento pessoal a respeito dos fatos do processo sob pena de se entender que sua atuação não é imparcial.

O juiz não pode invocar seu conhecimento privado para julgar, de forma que, tudo o que chegou a seu conhecimento, mas que não consta dos autos, não pode servir de base para o ato de decidir: *o que não está nos autos, não está no mundo*.

Neste aspecto, importante abrir-se um parêntesis a fim de destacar que o conhecimento pessoal do juiz não se confunde com as regras de experiência, das quais pode – e, sempre que necessário, deve –, o juiz, se utilizar, como estabelece o art. 375 do Código, já que são

Noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de

⁴⁵⁰ Entender-se dessa forma poderia levar à inconstitucionalidade de dispositivos como aqueles concernentes ao poder do juiz de rearranjar o ônus da prova (art. 373, § 1º) e de alterar a ordem da produção das provas em prol do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito (art. 139, VI), por se entender que, também nessas hipóteses, estaria, o juiz, advogando em prol de uma parte, o que, definitivamente não é o caso, sendo que tais dispositivos estão em plena consonância com os princípios constitucionais vigentes.

*que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro*⁴⁵¹.

As regras de experiência são noções de caráter genérico resultantes da observação do que ocorre no dia a dia⁴⁵². São generalizações do conhecimento sobre o mundo e sobre a vida que o juiz agrega ao processo, pois:

*Constituiria, aliás, um absurdo patente exigir do juiz que, ao exercer suas funções judicantes, se despojasse de todas as noções por ele apreendidas como homem, ao longo da vida, sob condições análogas às dos restantes membros da comunidade*⁴⁵³.

O conhecimento derivado das regras de experiência deve ser utilizado sempre que o fato probando não estiver diretamente provado, nos autos, ou seja, sempre que o juiz precisar se valer de indícios, com o fim de compreender e verificar a verdade (processual). “São os critérios que ordenam o raciocínio entre indício e fato presumido”⁴⁵⁴.

Como lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, as regras de experiência servirão para “o juiz compreender um fato e, especialmente, a relação entre o indício e o fato essencial, ainda que não sejam capazes de garantir a incontestabilidade do raciocínio inferencial que ligou um ao outro”⁴⁵⁵.

Considerando-se a manifesta subjetividade das máximas de experiência e sua íntima ligação com a discricionariedade – afinal, elas atuam dentro da margem de liberdade comumente conferida ao juiz -, é certo que, assim como ocorre com todas as cláusulas abertas, deve haver um esforço no sentido de que seja impressa alguma objetividade dogmática sobre as regras de experiência. Isso, certamente, permitirá que se imponham limites – o quais são necessários - ao julgador, de forma que se evitem abusos. Afinal, a utilização das regras de experiência pressupõe a inserção, no processo, do conhecimento *privado* do magistrado, mas que não é *só dele* e que não deixa de estar sujeito a equívocos.

Nesse sentido, ressalta Taruffo que

Em muitos casos as noções formuladas nas máximas de experiência não exprimem qualquer generalização fundada em alguma base cognoscitiva;

⁴⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. **Temas de direito processual – 2ª série**. São Paulo: Saraiva, 1988.

⁴⁵² ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Ed. RT, 2016.

⁴⁵³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados... cit. Nesse sentido, também: CRESCI SOBRINHO, Elício de. O juiz e as máximas da experiência. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 82, n. 296, p. 430-436, out./dez. 1986.

⁴⁵⁴ SCHMITZ, Leonard. **Presunções judiciais**: raciocínio probatório por inferência. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 230.

⁴⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 369 ao 380. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 276-277.

*ao invés disso, exprimem nada mais do que lugares-comuns, preconceitos e estereótipos, consolidados em alguma medida no senso comum (que não correspondem, contudo, a qualquer conhecimento efetivo de algo)*⁴⁵⁶.

É importante mencionar que a aplicação de regras de experiência não deve estar relacionada ao fato probando, mas, apenas, a fatos laterais, gerais, secundários, cujo conhecimento se faça necessário para o desenvolvimento do raciocínio do magistrado no momento de julgar. Trata-se de instrumento na aplicação de presunções judiciais.

Uma nota, aqui, sobre a diferença entre regras de experiência e o fato notório (do que também pode se utilizar o juiz, com vistas a decidir), pois que não se confundem: enquanto o fato notório diz respeito a um fato específico, cujo conhecimento como verdadeiro dispensa a produção probatória; as máximas de experiência dizem respeito ao que “normalmente acontece” e que, por isso, espera-se aconteça, de novo, no futuro.⁴⁵⁷

As regras gerais relacionadas às provas de que, até aqui, se tratou, parecem ser – e não haveria por que não -, também aplicáveis no âmbito dos procedimentos arbitrais.

Começando pelo dever do árbitro de fundamentar a decisão⁴⁵⁸ que põe fim ao conflito objeto da arbitragem, ao assim fazer, deve o árbitro lastrear-se nas provas produzidas no processo, podendo, inclusive, determinar a produção de provas, de ofício, como estabelece, expressamente, o *caput* do art. 22 da LArb.

Como os árbitros, via de regra, lidam apenas com questões de direito patrimonial disponível, não parece poder-se afirmar que os seus poderes instrutórios sejam tão amplos quanto aqueles de que pode fazer uso o juiz.

Já que as partes podem livremente dispor de seus direitos, assim também o podem no que toca à prova no procedimento arbitral, do que se poderia afastar a possibilidade de o árbitro determinar a produção de determinada prova *ex officio*.

⁴⁵⁶ TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 355, p. 101-118, 2001.

⁴⁵⁷ “Regras de experiência são juízos universais a respeito daquilo que ordinariamente acontece, enquanto fatos notórios são constatações de fatos concretos, ainda que tenham impacto generalizado sobre uma determinada comunidade ou população”. SCHMITZ, Leonard. **Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferência**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 259.

⁴⁵⁸ Conforme lição de William Santos Ferreira, acerca da prova como elemento propiciador do dever de fundamentar do juiz, tem-se que: “O livre convencimento motivado enaltece a ausência de critérios rígidos para analisar as provas e julgar a lide. Contudo, esta liberdade de convencimento não significa arbúrio ou decisão por intuição: há um freio que é a obrigatoriedade de fundamentar, motivar, este convencimento, o que não somente se encontra na norma do qual se extraiu o princípio (art. 131), mas também no art. 165”. **Princípios Fundamentais da Prova Cível**. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 288-289.

Nesse sentido, mostra-se possível que as partes convençionem, no Termo de Arbitragem, por exemplo, acerca da não produção de determinadas provas em um certo processo arbitral.

O entendimento deste autor, porém, é no sentido de que, também na arbitragem, o julgamento deve ser fundamentado e, para que assim o seja, deve ter clareza e completude. Para tanto, deve o árbitro lançar mão de todos os instrumentos lícitos para a formação de seu convencimento que, também na arbitragem, deve ser motivado (art. 21, § 2º, LArb).

Por isso é que o art. 22, *caput*, LArb, confere ao árbitro o poder de determinar provas de ofício. Afinal, as provas são, como visto, o instrumento mais potente e eficaz no processo de busca da verdade processual.

Some-se a isso a natureza jurisdicional da arbitragem o que, conforme o art. 18 da LArb alça o árbitro à figura do juiz de fato e de direito. Assim, não há por que devam os poderes instrutórios do árbitro ser mais limitados do que aqueles que o sistema, comumente, confere ao juiz togado.

Situação interessante, na arbitragem, é a de que as partes têm a liberdade de indicar como árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a sua confiança (art. 13, *caput*, LArb), de forma que podem ser árbitros pessoas dos mais diferenciados campos do conhecimento e não só pessoas que tenham por ofício a operação do direito, muito embora a escolha destas é que acaba sendo o *lugar comum* da arbitragem, na vida prática.

É possível que um painel arbitral seja composto por um profissional da área que se relaciona mais estreitamente com o objeto da arbitragem como, por exemplo, um engenheiro a atuar como árbitro em um processo que verse sobre um complexo contrato de engenharia.

Nesse caso, seria possível que o árbitro se utilizasse de sua *expertise* na matéria para afastar a produção de prova pericial que as partes, ou uma delas, tenha pretendido produzir?

A resposta é negativa. Mesmo que o árbitro tenha a competência técnica necessária para compreender todos os elementos da causa, uma vez que as partes requereram aquela específica prova, esta deve ser admitida, como forma de se preservar a garantia ao princípio do contraditório.

Nesse caso, a técnica do árbitro deve servir como um facilitador para a compreensão da matéria, mas não como elemento exclusivo da formação de seu livre convencimento, mormente quando as partes, efetivamente, querem a produção da prova técnica.

O mesmo raciocínio se aplica ao juiz que seja, por acaso, formado em engenharia.

Diferentemente seria a hipótese em que as partes afastam a necessidade da produção da prova – seja antes ou durante o processo –, porém o árbitro considera-a necessária para a

formação de seu convencimento. Para essa hipótese, a própria lei legitima a prova determinada, *ex officio*, pelo árbitro.

A atuação probatória do árbitro, portanto, é complementar à das partes.

Como já se disse, e agora se repete, para hipóteses relacionadas às provas, no processo arbitral, é aconselhável que a atividade probatória do árbitro seja exercida na justa medida da necessidade que tem para a formação de seu convencimento, propiciando-lhe o exercício do poder-dever que tem de decidir, preservando-se, dessa forma, a garantia aos princípios dispositivo, do contraditório e da imparcialidade do árbitro.

É por isso que parece viável o indeferimento de uma prova pelos árbitros, mediante decisão fundamentada, se estes a entenderem, naturalmente, desnecessária para a formação de seu convencimento.

A questão probatória, na arbitragem, assume papel de ainda maior relevância, considerando-se que a sentença arbitral é irrecorrível (art. 18, LArb), de forma que seu conteúdo deve ser o mais completo e claro possível: devidamente fundamentado e amparado nos princípios constitucionais processuais, sob pena de ensejar ação anulatória (art. 32, incisos III e VIII, LArb).

Um último ponto que se julga interessante destacar, neste tópico: a produção antecipada de provas, quando as partes tiverem convencionado a jurisdição arbitral.

O que torna a questão interessante, ao ver deste autor, são as hipóteses elencadas nos incisos II e III do *caput* do art. 381 CPC que não tratam, propriamente, da produção de provas antecipada baseada na urgência, esta última hipótese prevista no inciso I do mesmo dispositivo processual.

Para o caso da produção de prova antecipada derivada da urgência, afigura-se aplicável o regime das tutelas de urgência, de que já se tratou em item anterior, neste trabalho (*item 9.2*).

Porém, e para as situações (incisos II e III) em que se pretende a produção antecipada da prova para que à parte seja possível definir se, efetivamente, é o caso de litigar e/ou decidir de que forma litigará ou, ainda, se lhe é mais viável a celebração de um acordo? Qual o *foro* competente para a tramitação do respectivo procedimento? Arbitral ou Estatal?

Naturalmente, que se está a tratar de situações em que a convenção de arbitragem não foi expressa a esse respeito, i.e., as partes não acordaram previamente a possibilidade de uso dessa espécie de produção de prova, tampouco, em caso positivo, de que forma tal procedimento deveria ser instrumentalizado.

A resposta parece derivar do próprio Código, quando o inciso II estabelece que é admissível a produção antecipada de prova “*suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito*”, ou seja, a parte poderá lançar mão do Judiciário, até, para se certificar de qual a melhor medida para a apreciação de seu conflito, assim como para que esteja apto para a adoção do caminho arbitral.

Afigura-se, portanto, plausível que a parte se utilize do Judiciário para essa produção de prova antecipada – sem que se viole a jurisdição arbitral –, até porque, nessa espécie de procedimento, inexistente qualquer juízo de valor acerca das provas produzidas, por parte da autoridade perante a qual o procedimento tramitou (art. 382, § 2º, CPC), de forma que não há qualquer revolvimento do mérito da relação jurídica que, eventualmente, será objeto da arbitragem (jurisdição eleita pelas partes)⁴⁵⁹.

10.5 *IURA NOVIT CURIA*

Já se teve a oportunidade de manifestação a respeito deste tema, em ensaio desenvolvido para obra coletiva⁴⁶⁰, onde se explorou a etimologia do brocardo *iura novit curia* que provém do latim e significa: *o juiz conhece o direito*⁴⁶¹. Tem íntima ligação com outro axioma: *da mihi factum dabo tibi ius* que, também proveniente do latim, quer dizer: dá-me os fatos que lhe darei o direito.

Esse adágio surgiu há tempos. Como ensina José Rogério Cruz e Tucci⁴⁶²: a gênese do *iura novit curia* estaria no período da *extraordinaria cognitio* do direito romano, claro que

⁴⁵⁹ Já se sustentava a possibilidade de antecipação da prova, perante o Judiciário, mesmo para as hipóteses que não tratassem de urgência, conforme: YARSHELL, Flavio Luiz. **Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁴⁶⁰ Breves Considerações sobre o *Iura Novit Curia* e a sua aplicação, (também) na arbitragem. In: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro et al (coords.). **Temas Atuais de Direito Processual**: estudos em homenagem ao professor Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

⁴⁶¹ Em artigo sobre o tema, publicado na RePro, Thadeu Augimeri Goes Lima faz uma breve análise sintática do axioma: “*A multissecular locução ora tratada consiste em um adágio, axioma, aforismo ou brocardo, vale dizer, uma sentença ou máxima doutrinal dotada de significação jurídica e exarada de forma breve e objetiva, e é comumente traduzida na expressão ‘o juiz conhece o direito’.* Em sua formulação latina, analisada sintaticamente, tem-se que *curia* desempenha a função de sujeito, correspondendo atualmente no vernáculo a juiz, juízo, tribunal ou, genericamente, órgão judicial. *Novit* é o núcleo do predicado verbal, que constitui a terceira pessoa do singular do pretérito perfeito de *nosco*, *noscis*, *noscere*, *novit*, *notum*, e, vertido a português no infinitivo impessoal, significa conhecer/ saber. *Iura*, por sua vez, traduz-se mais exatamente por direitos, sendo o plural do termo *ius*, direito, e ocupa na oração a posição de núcleo do objeto direito”. LIMA, Thadeu Augimeri Goes. *Iura novit curia* no processo civil brasileiro: dos primórdios ao novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, p. 127-158, jan./2016.

⁴⁶² CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A causa petendi no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

não com essa alcunha que, conforme Giacomo Primo Augenti⁴⁶³, teria surgido, aproximadamente, nos séculos XVI e XVII, quando do advento do direito moderno⁴⁶⁴.

Poder-se-ia considerar – e assim, aqui, será feito - o *iura novit curia* como uma técnica de julgamento, através da qual o julgador se utiliza de seu conhecimento a fim de dar o devido e correto enquadramento jurídico à questão que lhe foi posta à apreciação.

O *iura novit curia* tem maior reconhecimento em países onde vige o sistema romano-germânico⁴⁶⁵: o *civil law*, em virtude da peculiaridade desse sistema, em que a atuação do juiz, paralela à das partes, é bastante relevante; o juiz tem significativa participação na busca da verdade.

Em virtude do *iura novit curia*, tem o julgador a possibilidade de (i) adotar, quando do julgamento do litígio, fundamento legal não invocado pelas partes; (ii) dar outra caracterização jurídica aos fatos apresentados pelas partes; ou (iii) qualificar juridicamente, de forma diversa, os fatos⁴⁶⁶.

No entanto, o julgador estará, sempre, vinculado aos fatos assim como narrados pelas partes.

Nesse aspecto, Fritz Baur⁴⁶⁷ externa posição bastante limitativa em relação à postura do julgador com base no *iura novit curia*, afirmando que:

O monopólio do Tribunal, ao aplicar a lei (iura novit curia) não é, absolutamente ilimitado, além da fixação do objeto do litígio e que a maioria das doutrinas relativas ao objeto do litígio julgam existir tal limitação... As relações entre as partes e o Tribunal encontram-se ligadas: o Tribunal não é chamado a decidir senão quando as partes lhe tenham solicitado, e somente no limite determinado pelas partes. É dentro das

⁴⁶³ AUGENTI, Giacomo Primo. **L'onere della prova**. Roma, 1932, *apud* MELENDO, Santiago Sentís. *Iura novit curia*. **Revista de Derecho Procesal**, Buenos Aires, n. 3/4, 1947.

⁴⁶⁴ Não se pode, contudo, deixar de mencionar a lição de Fritz Baur, publicada em um dos primeiros volumes da Revista de Processo (BAUR, Fritz. Da Importância da Dicção “*Iura Novit Curia*”. Tradução: Arruda Alvim. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 3, p. 169-177, jul./set. 1976), onde ele afirma que a origem do *iura novit curia* é duvidosa, porém, *não nos vem do direito romano*. Uma questão histórica que merece estudo à parte, mas sobre a qual não se debruçará, aqui. Por ora, será adotada a posição de José Rogério Cruz e Tucci, pois que definida e fundamentada.

⁴⁶⁵ Muito embora sua aplicação também se dê em países de *common law*.

⁴⁶⁶ Nesse diapasão, CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A Causa Petendi no Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009: “*Embora o nomen iuris e/ou o fundamento legal porventura invocado pelo autor possa influenciar o raciocínio do julgador, não há qualquer impedimento, dada a incidência do aforismo iura novit curia, a que se requalifique juridicamente a demanda, emoldurando-a em outro dispositivo de lei: o juiz goza de absoluta liberdade, dentro dos limites fáticos aportados no processo, na aplicação do direito, sob o enquadramento jurídico que entender pertinente (art. 126). E isto, certamente, ainda que ambos os litigantes estejam concordes com a tipificação legal deduzida na peça vestibular. Na verdade, ‘o rótulo que se dá à causa é irrelevante perante a ciência processual, atendendo apenas a conveniências de ordem prática. Trata-se de resquício da teoria civilista sobre a natureza jurídica da ação’”.*

⁴⁶⁷ BAUR, Fritz. Da Importância da Dicção “*Iura Novit Curia*”. Tradução: Arruda Alvim. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 3, p. 169-177, jul./set. 1976.

balizas de tais limites que o Tribunal deve esclarecer os fatos e aplicar o direito.

Pode-se afirmar que o *iura novit curia* é elemento que compõe o devido processo legal, frise-se, cuja intrincada textura é integrada, também, pelo princípio do contraditório.

O contraditório, por sua vez, é constitucionalmente garantido às partes litigantes e o juiz também tem sua participação no contraditório, cujo exercício se dá no momento de decidir, quando é imperativo que ele demonstre que analisou o que lhe foi posto à apreciação pelas partes: argumentos, provas e pedidos, entregando a elas a atividade jurisdicional, mediante a prolação de sentença e a aplicação do direito.

Essa participação do juiz, no contraditório, pode ser vista, atualmente, também como decorrência do princípio da cooperação, nos moldes do que estabelece o art. 6º, CPC.

A partir do contraditório exercido pelas partes é possível ao julgador decidir o caso, devendo fundamentar sua decisão, com base em todo o ordenamento jurídico aplicável. Essa fundamentação deve ocorrer com estofo nos elementos de fato - trazidos aos autos por meio das provas - e de direito, invocados pelas partes, que têm por fim o convencimento do juiz acerca de como deve ser a decisão a respeito do bem da vida em discussão. Isso é o contraditório⁴⁶⁸.

A fundamentação da decisão é a parcela da autoridade judicante no exercício do contraditório⁴⁶⁹ e, para tanto, o juiz pode – e deve –, se for o caso, fundado no brocardo *iura*

⁴⁶⁸ O contraditório, atualmente, tem uma dimensão maior, passando a ostentar uma noção mais ampla de contraditoriedade. Tal noção deve ser entendida como garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do magistrado, contribuindo na descrição dos fatos, na produção de provas e no debate das questões de direito. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O princípio contraditório e a cooperação no processo**. Disponível em: <https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/publicacoes/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>. Acesso em: 20 set. 2021.

Também de se trazer a sempre bem-vinda lição de Arruda Alvim: “*Saliente-se que, modernamente, o contraditório é entendido como possibilidade de ciência prévia, manifestação das partes e sujeitos processuais e possibilidade de tais manifestações influírem no rumo dos atos processuais e das decisões judiciais.*

A propósito, explicam Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. que, de acordo com o pensamento clássico, o magistrado efetiva, plenamente, o contraditório, simplesmente ao dar ensejo à ouvida das partes, ao deixar as partes falarem, em igualdade de condições. E, deixando que ambas as partes tenham esta oportunidade, dá-se o contraditório no sentido da bilateralidade.

Mas não é apenas a isso que se refere o contraditório. É preciso, ainda que se observe o chamado ‘poder de influência’. De nada adianta permitir que parte, simplesmente, participe do processo, que ela seja formalmente ouvida; ‘é necessário que se permita que ela [a parte] seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do Magistrado’. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (org.). **Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 133-144, pp. 136.

⁴⁶⁹ “O contraditório, em suas mais recentes formulações, abrange o direito das partes ao diálogo com o juiz: não basta que tenham aquelas a faculdade de ampla participação, é preciso que também este participe intensamente, respondendo adequadamente aos pedidos e requerimentos das partes, fundamentando decisões e evitando surpreendê-las com decisões de-ofício inesperadas”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 285.

novit curia, adotar fundamentação diversa daquela ou complementar àquela apresentada pelas partes, em suas razões. Ou seja, o *iura novit curia* possibilita a efetiva fundamentação da decisão. Sem ele, poderíamos ter, em determinado caso, uma fundamentação incompleta, por exemplo.

Esse é o efetivo e pleno contraditório que, se desrespeitado, acarreta violação ao devido processo legal⁴⁷⁰. E, desrespeita-se o contraditório quando a fundamentação da decisão é falha. É falha a fundamentação, por sua vez, quando o julgador se atém, exclusivamente, aos fundamentos legais apontados pelas partes, quando não seria o caso de o fazer, i.e., quando teria sido imprescindível, para bem decidir, dar uma interpretação aos fatos diferente da que lhe tenha sido fornecida pelas partes.

O mesmo ocorre quando teria sido necessária a recharacterização jurídica dos fatos e o juiz deixou de fazê-lo sob o pretexto de não ter legitimidade/competência para tanto, em virtude da ausência de manifestação das partes ou de tratar-se de postura contrária à atuação das partes.

O *iura novit curia*, pode-se aqui afirmar, garante o devido processo legal. Ele propicia um julgamento mais justo; possibilita uma decisão mais consentânea com o direito, ao se considerar que o juiz está livre para adotar, por exemplo, fundamentação jurídica diversa daquela, a seu ver, erroneamente adotada pela parte.

Para a jurisdição - na figura de seu aplicador: o juiz ou (já adiantando posição) também o árbitro -, o direito está, nessa hipótese, sendo corretamente aplicado, quiçá, mais bem aplicado e isso só foi possível em virtude do *iura novit curia* que propiciou um julgamento mais adequado⁴⁷¹.

Muito embora se possa dizer, com esteio, por exemplo, nos arts. 2º (princípio dispositivo), 329, 336 e 342 (estabilização da demanda); do CPC, que o juiz está, de forma absoluta, atrelado às alegações das partes, devendo julgar o mérito da demanda tal qual posta

⁴⁷⁰ Conforme Eduardo Arruda Alvim, do princípio do devido processo legal *decorrem todos os demais princípios processuais insculpidos no texto constitucional, tais como a proibição da prova obtida por meio ilícito, o contraditório propriamente dito, a publicidade dos atos processuais etc.* ARRUDA ALVIM, Eduardo; GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 166.

⁴⁷¹ “A noção de devido processo legal significa, portanto, a exigência de um processo justo. O processo justo não é apenas aquele que está formalmente preestabelecido em lei, mas o processo previsto de forma adequada e razoável para a consecução de sua finalidade primordial no Estado Democrático de Direito, que é a garantia e proteção dos direitos fundamentais. Assim, em seu natural significado processual, o devido processo também compreende um aspecto material ou substancial vinculado às ideias de razoabilidade e de proporcionalidade, que condicionam a própria criação legislativa do processo. O devido processo não é apenas o processo legal, mas o processo legal, justo e adequado”. V. por todos, MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 430.

pelo autor e respondida pelo réu, ou seja, estritamente conforme o objeto do litígio, há balizada doutrina⁴⁷² no sentido de que a participação do juiz, no contraditório do processo - inclusive com base em lei, como, por exemplo, na França e em Portugal - tem por fundamento o processo justo e efetivo, devendo a intensidade dessa participação ser compatibilizada com os demais princípios constitucionais do processo.

De uma acurada leitura e interpretação do art. 141 CPC⁴⁷³, pode-se, inclusive, concluir pela positivação da aplicação do *iura novit curia*, no Código de Processo Civil. Isso, porque: se é vedado ao juiz conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte... Nos demais casos isso, portanto, não seria vedado, inclusive no que diz respeito à fundamentação jurídica não invocada pelas partes.

Não se defende, com isso, que o juiz tenha liberdade ilimitada, ao fundamentar sua decisão. Ele deve-se ater ao pedido das partes – em virtude do princípio dispositivo -; antes disso: deve-se ater aos fatos que lhe foram apresentados. A isso ele está, efetivamente, jungido. No entanto, não à fundamentação legal; não à caracterização jurídica que as partes tenham atribuído aos fatos. É nesse espectro que o juiz pode atuar sob o manto do *iura novit curia*, sem que isso implique a alteração do objeto litigioso.

A aplicação da técnica não pode levar à modificação da causa de pedir, tampouco do pedido. Na lição de Teresa Arruda Alvim⁴⁷⁴:

O juiz pode decidir a causa baseando-se em outro texto legal que não o invocado pela parte, mas não lhe é dado escolher, dos fatos provados, qual

⁴⁷² “Não importa que haja críticos da cooperação que se manifestam contrários ao papel interventivo do juiz no contraditório a pretexto de ensejar risco de o magistrado atuar como ‘parte’ no processo. O certo é que, não só no Brasil, mas em legislações modernizadas como a francesa e a portuguesa, a participação ativa e passiva do juiz no contraditório é expressamente prevista e determinada, como norma basilar do processo justo e efetivo (art. 16 do Código Francês de 1976, e art. 7º, I, do Código Português de 2013); e assim, deve ser interpretado e aplicado na prática forense, sem embargo dos opositores teóricos. O que cumpre aos operadores é usá-lo de maneira a compatibilizá-lo com os demais princípios constitucionais do processo, e nunca ignorá-lo ou desprezá-lo. Sua adoção pelo legislador deveu-se a uma opção político-normativa. *Legem habemus*”. THEODORO JR., Humberto. “Iura Novit Curia” e o moderno Direito Processual Civil. **GenJurídico**, São Paulo. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/12/16/iura-novit-curia-processual-civil/>. Acesso em: 24 set. 2021.

⁴⁷³ “O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”.

⁴⁷⁴ ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 326-327). Aprofundando-se, ainda mais sobre o tema, a mesma jurista (Teresa Arruda Alvim), em **Embargos de Declaração. Como se motiva uma decisão judicial?** 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 108, assim sustenta: “As partes narram fatos, qualificando-os juridicamente e extraem, desta conexão, uma conclusão, que é o pedido. O juiz, segundo o princípio do *iura novit curia* (ou *damihi facti dabo tibi ius*) pode alterar a qualificação dos fatos, como num pedido de indenização por responsabilidade contratual, pode conceder a indenização, mas com base na responsabilidade extracontratual. Não é demais insistir na necessidade de que seja proporcionada às partes a possibilidade do exercício do contraditório, antes que esta possibilidade se concretize, em qualquer grau de jurisdição, inclusive nos Tribunais Superiores”.

deve ser o fundamento de sua decisão, se o fato eleito for diferente daquele alegado pela parte, como fundamento de sua pretensão... Note-se que alterar-se o fundamento jurídico da inicial (qualificação jurídica da causa de pedir, e não a sua versão fática) na sentença não a torna extra petita.

Porém, uma vez que o juiz opte pela fundamentação, mesmo que em juízo de mera probabilidade, diversa ou complementar à adotada pelas partes, não há como se negar o direito ao contraditório, mediante a oportunidade de nova manifestação, antes que qualquer decisão seja proferida, em vista da proibição – hoje positivada no Código – da prolação de decisão surpresa, como insculpido no art. 10, CPC.

Essa, aliás, é uma tendência mundial – evitar-se a decisão surpresa – como se pode inferir, por exemplo, da leitura dos Princípios Transnacionais Unidroit de Processo Civil⁴⁷⁵. Não só isso: é tendência mundial, também, a aplicação do *iura novit curia*, no processo civil, independentemente do sistema legal vigente: *civil* ou *common law*.

O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Unidroit), como se sabe, é uma organização independente e intergovernamental que se dedica ao estudo das necessidades e métodos para a modernização e a harmonização do direito privado, entre Estados. É uma entidade que visa a facilitar a harmonização da legislação de países de diferentes nacionalidades.

No sítio eletrônico do Unidroit, é possível encontrar um conjunto de normas relativas ao processo civil, os chamados Princípios Transnacionais Unidroit de Processo Civil, dentre as quais, para o nosso tema, interessa a de número **22.1**, que assim estabelece: *The court is responsible for considering all relevant facts and evidence and for determining the correct legal basis for its decisions, including matters determined on the basis of foreign law.*

Na sequência⁴⁷⁶, os Princípios Transnacionais Unidroit estabelecem que, sempre mediante a oitiva das partes, o juiz poderá basear-se em uma teoria jurídica ou na

⁴⁷⁵ *International Institute for the Unification of Private Law*. Disponível em: <https://www.unidroit.org/publications/unidroit-publications>. Acesso em: 24 set. 2021.

⁴⁷⁶ “22.2 *The court may, while affording the parties opportunity to respond:*

22.2.1 *Permit or invite a party to amend its contentions of law or fact and to offer additional legal argument and evidence accordingly;*

22.2.2 *Order the taking of evidence not previously suggested by a party; or*

22.2.3 *Rely upon a legal theory or an interpretation of the facts or of the evidence that has not been advanced by a party”.*

Tradução livre:

“2.2 O tribunal pode, enquanto concede às partes a oportunidade de responder:

22.2.1 Permitir ou convidar uma parte a complementar seus argumentos de direito ou de fato e oferecer respectivos argumentos legais e provas adicionais;

22.2.2 ordenar a obtenção de provas não requeridas anteriormente por uma parte; ou

22.2.3 Basear-se em uma teoria jurídica ou uma interpretação dos fatos ou das provas que não tenham sido adiantadas por uma parte”.

interpretação dos fatos ou das provas que não tenha sido aventada pelas partes. Eis o *iura novit curia* positivado em uma *soft law*...

Como é cediço, a *soft law* é um instrumento legal não vinculante que,

[E]m seu sentido mais genérico, aponta para todos os instrumentos regulatórios dotados de força normativa limitada, isto é, que em princípio não são vinculantes, não criam obrigações jurídicas, mas ainda assim produzem certos efeitos concretos aos destinatários⁴⁷⁷.

A arbitragem é um espaço onde a aplicação da *soft law* é abundante. Em verdade, diversos são os diplomas, de caráter não vinculante, que, em sede de arbitragem, principalmente de âmbito internacional, servem de parâmetro aos árbitros para a condução dos procedimentos e sinalizam as melhores práticas a serem adotadas, no processo⁴⁷⁸. Veremos alguns exemplos, mais adiante.

Muito embora a *soft law* tenha por objetivo a harmonização da legislação de diferentes nações, isso não impede sua aplicabilidade a uma arbitragem doméstica, inclusive à arbitragem regulada pelo direito brasileiro.

Tem-se, na atualidade, *soft law* que expressamente estabelece a aplicabilidade do *iura novit curia*, nos procedimentos arbitrais estrangeiros, o que, repetindo, é, também, parâmetro para a condução de procedimentos arbitrais que tramitem sob a vigência da lei brasileira.

O instrumento da *soft law* apenas reforça, no âmbito das arbitragens em que aplicável o direito brasileiro, a legalidade da utilização da técnica do *iura novit curia* pelo árbitro.

Diz-se isso porque não há como se negar a legalidade da aplicabilidade do *iura novit curia*, na arbitragem de direito brasileiro. E, para se chegar a essa conclusão, usou-se como fundamento aquilo que se defende, neste trabalho: a arbitragem é jurisdição, pelo que à arbitragem se aplicam todos os parâmetros segundo os quais a jurisdição deve ser exercida.

Repita-se que, basicamente, o que diferencia a *arbitragem* do *processo civil* é o fato de que, na primeira, as partes decidem levar seu conflito à apreciação de uma autoridade - o

⁴⁷⁷ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 10.

⁴⁷⁸ “Soft law instruments that are not incorporated by reference are not therefore contractually binding and hence it is queried whether their application in arbitral proceedings is justified as a form of trade usage, custom or best practice. Much like general international law, soft law instruments are an important component in the field of international arbitration”. BANTEKAS, Ilias. **An Introduction to International Arbitration**. Cambridge: Cambridge Press, 2015, p. 66. **Tradução livre**: “Os mecanismos de *soft law* não incorporados pelo sistema não são contratualmente vinculantes e, portanto, questiona-se se sua aplicação em procedimentos arbitrais se justifica como uma forma de usos comerciais, costumes ou melhores práticas. Assim como o direito internacional, os mecanismos de *soft law* são um componente importante no campo da arbitragem internacional”.

Tribunal Arbitral -, livremente **escolhida e contratada** pelas partes especificamente, para esse mister.

No mais, a Lei n. 9.307 estabelece que o procedimento arbitral terá as mesmas características, a mesma força e surtirá os mesmos efeitos que o processo estatal: (i) o árbitro, no exercício de suas funções, é equiparado aos funcionários públicos, para os fins da lei penal (art. 17); (ii) o árbitro é juiz de fato e de direito e sua sentença não está sujeita a recurso ou homologação pelo Judiciário; e (iii) a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Judiciário, constituindo, quando condenatória, título executivo (art. 31).

Assim, à arbitragem aplicam-se os princípios constitucionais processuais, como insculpido no § 2º, do art. 21 da Lei n. 9.307/96: “*serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento*”.

A doutrina especializada, inclusive no âmbito da arbitragem internacional, leciona que “*A fundamental requirement for enforceability of an award is adherence by the tribunal of due process, in its widest form*”⁴⁷⁹.

Nosso modelo de processo é constitucional, o qual, na lição de Cândido Rangel Dinamarco⁴⁸⁰, é *um modelo particularmente garantístico, com severos ditames preordenados ao processo justo e à preservação das liberdades*.

A partir da afirmação de que o *iura novit curia* é técnica decorrente da aplicação do devido processo legal à atividade jurisdicional, torna-se lógica e imperativa a conclusão de sua aplicabilidade na arbitragem, para os casos em que as partes estabeleceram, na convenção arbitral, a aplicação do direito brasileiro.

Conforme termo cunhado por Gabrielle Kauffman-Kohler⁴⁸¹, esse instituto, no âmbito do direito arbitral, pode ser denominado de *iura novit arbiter*.

⁴⁷⁹ LEW, Julian D. M. *Iura Novit Curia and Due Process*. Queen Mary University of London, School of Law, **Legal Studies Research** Paper n. 72/2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1733531. Acesso em: 25 set. 2021. **Tradução livre**: “Um requisito fundamental para a exequibilidade de uma sentença é a adesão do tribunal ao devido processo, em sua forma mais ampla”.

⁴⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 202.

⁴⁸¹ KAUFMANN- KOHLER, Gabrielle. 'Iura Novit Arbiter' - Est-ce bien raisonnable? Réflexions sur le statut du droit de fond devant l'arbitre international. In: LACHAT, A. Hériter ; HIRSCH, L (eds.). **De Lege Ferenda - Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch 71**. Genebra: Éditions Slatkine, 2004.

Assim como no processo civil, necessário, também na arbitragem, que se garanta o efetivo contraditório das partes, para que a aplicação do *iura novit arbiter* se mantenha nos padrões do *due process of law*. Isso, porque, complementando e, em certo aspecto, repetindo o que já se disse, os princípios do contraditório e da ampla defesa compõem o princípio do devido processo legal, mediante o qual as partes têm o direito a um processo equitativo, entenda-se: um ambiente onde as partes vivenciem um *processo legal, justo e adequado*⁴⁸², também no âmbito da jurisdição arbitral.

Um dos temas sobre os quais bastante se discute⁴⁸³, nas arbitragens internacionais, é a melhor fórmula para se estipular a lei aplicável ao julgamento da demanda, nas hipóteses em que as partes não a tenham previamente escolhido. Essa questão, como pontua Julian Lew⁴⁸⁴, decorre, também de:

*[u]nlike a national court, an international tribunal has no personal 'national' law which applies except where the parties have agreed and/or the national conflict of law rules provide that some 'foreign law' is to be applied. The international tribunal also has no national substantive or procedural law; it equally has no foreign law to apply or consider. In an international arbitration all national laws are what they are; there is no foreign law, only another national law or non-national law*⁴⁸⁵.

Também no âmbito das demandas internacionais, outra questão que chama a atenção é o fato de haver países cujo sistema trata a legislação internacional como questão de fato e

⁴⁸² V. por todos, CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 430.

⁴⁸³ *To determine what law governs (national or non national), many books and studies have been published, and methodologies have been developed conversant the applicable choice of law provisions in national arbitration laws and under international and ad hoc arbitration rules. By contrast, comparatively little attention is given to the process by which the arbitrator ascertains sufficient knowledge of the content of that applicable law.* LEW, Julian D. M. *Iura Novit Curia and Due Process*. Queen Mary University of London, School of Law, **Legal Studies Research Paper n. 72/2010**. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1733531. Acesso em: 25 set. 2021. **Tradução livre:** “Para determinar qual lei rege (nacional ou não), foram publicados muitos livros e estudos, assim como metodologias foram desenvolvidas para conhecer a escolha das disposições legais aplicáveis nas leis de arbitragem nacionais e sob regras de arbitragem internacional e ad hoc. Por outro lado, comparativamente pouca atenção é dada ao processo pelo qual o árbitro adquire o conhecimento suficiente do conteúdo daquela lei aplicável”.

⁴⁸⁴ LEW, Julian D. M. Op. cit. **Tradução livre:** “Assim como um tribunal nacional, um tribunal internacional não tem nenhuma lei ‘nacional’ pessoal que se aplique exceto quando as partes concordaram e/ou as regras nacionais de conflito de leis estabeleçam que alguma ‘lei estrangeira’ deva ser aplicada. O tribunal internacional também não tem nenhuma lei substantiva ou processual nacional; ele também não tem nenhuma lei estrangeira a ser aplicada ou considerada. Em uma arbitragem internacional, todas as leis nacionais são o que são; não há lei estrangeira, apenas outra lei nacional ou não nacional”.

⁴⁸⁵ “[N]a arbitragem internacional não há direito estrangeiro. De fato, o árbitro não deve confundir direito estranho (que lhe é estranho) com direito estrangeiro”. LEITE, Antonio Pinto. *Iura Novit Curia e a Arbitragem Internacional*. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 169-186, out./dez. 2012, p. 174.

aqueles para os quais a legislação estrangeira é uma questão de direito o que, evidentemente, dentre outros fatores, pode acarretar uma forma diferenciada de julgar.⁴⁸⁶

É interessante, ainda, mencionar que, normalmente, em jurisdições de *common law*, atribui-se um papel mais passivo ao juiz, não tendo este, portanto, tanta liberdade para a tomada de iniciativas, seja no campo das provas, seja no do direito. Inversamente, nos países de *civil law*, nos últimos tempos, vem se atribuindo, ao juiz, um papel mais ativo.

Nas últimas seis ou sete décadas, aproximadamente, a figura do juiz vem deixando de ser o *convidado de pedra*, tendo, os sistemas positivos, paulatinamente, colocado nas mãos do julgador poderes mais amplos, inclusive, no âmbito probatório, da administração do processo, da formação do direito etc. Isto sem falar, na aplicação do *iura novit curia* que, para os países de tradição de *civil law*, já é uma realidade...

Entretanto, quando se trata de arbitragem internacional, o mais indicado e que, portanto, deve ser considerado como o caminho correto é que se adotem as práticas em relação às quais existe um expressivo consenso no sentido de que sejam as melhores.

Independentemente de se tratar de jurisdição de *civil* ou de *common law* ou de se tratar a lei estrangeira como questão de fato ou questão de direito, fato é que um árbitro internacional, criterioso, sensato e empenhado - também tendo-se presente o patamar de exigência em que a arbitragem internacional coloca o julgador⁴⁸⁷ -, deve, através da aplicação do princípio, ou de como se vem tratando neste trabalho, da técnica do *iura novit curia*, pesquisar a respeito da lei estrangeira aplicável e, se o caso, trabalhar com a hipótese de recharacterização dos fatos apresentados na arbitragem e/ou, com base em fundamentação jurídica diferente ou complementar àquela apresentada pela parte, para bem decidir⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ “Simply put, there are two main approaches. Some jurisdictions regard foreign law as a fact which must be proven by the parties and others as law on which the court may ex officio conduct its own research”. KAUFMANN- KOHLER, Gabrielle. “The Governing Law: Fact or Law?” - A Transnational Rule on Establishing its Contents. **ASA Swiss Arbitration Association**. Disponível em: <https://lk-k.com/wp-content/uploads/The-Governing-Law-Fact-or-Law-%E2%80%93-A-Transnational-Rule-on-Establishing-its-Content.pdf>. Acesso em: 26 set. 2021. Conferência realizada, em Zurique, em 27 de janeiro 2006. **Tradução livre**: “Em termos simples, existem duas abordagens principais. Algumas jurisdições consideram o direito estrangeiro como um fato que deve ser objeto de prova pelas partes e outras como direito sobre o qual o tribunal pode, ex officio, conduzir suas próprias investigações”.

⁴⁸⁷ LEITE, Antonio Pinto. *Jura Novit Curia* e a Arbitragem Internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 169-186, out./dez. 2012.

⁴⁸⁸ Nesse sentido: “‘Knowledge of law’ must be understood in a manner related to the specific case. The arbitrator is not obliged to know all the laws, but his mission is to use the legal tools (within the rules of the game) to settle the dispute in accordance with justice. Is it not precisely for this reason that they were appointed by the parties? It would be absurd to say that a tribunal exercises its powers to settle the dispute only on the basis of what has been said by the parties”. COLLANTES, Christian. Give me the Facts and I'll give you the Law: What are the limits of the *Iura Novit Curia* Arbitrator Principle in International Arbitration?. **Kluwer Arbitration**, Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/10/give-me-the-facts-and-ill-give-you-the-law-what-are-the-limits-of-the-iura-novit-arbitrator-principle-in-international->

Em verdade, as partes esperam; seja num procedimento judicial, seja em uma arbitragem nacional ou estrangeira; uma sentença completa e bem fundamentada e, para isso, é necessária uma investigação profunda do direito aplicável.

O *iura novit curia*, numa certa dimensão, retira as amarras do árbitro, dando-lhe o poder – para não se dizer o dever - de ir a fundo na busca, na análise e na aplicação do direito. Como ensina Antonio Pinto Leite⁴⁸⁹: “*a ética arbitral reclama o princípio iura novit curia na arbitragem internacional*”.

A adoção da técnica/princípio do *iura novit curia* tem sido uma tendência, nas arbitragens internacionais e um bom exemplo disso é o artigo 7⁴⁹⁰ das *Rules on Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration*, também conhecidas por *Prague Rules*, espécie de *soft law* editada em janeiro de 2018, que estabelece, expressamente, a aplicação do *iura novit curia*, nas arbitragens internacionais.

Diante desse cenário, não se pode deixar de lado a imprescindibilidade, também no âmbito das arbitragens internacionais, de se dar, às partes, a possibilidade de manifestação, quando do uso da técnica, antes de a decisão ser proferida.

De fato, deve-se reconhecer que, se há um princípio que tem marcada vocação para se internacionalizar, esse é, justamente, o do *due process of law*, de cuja núcleo, como já se disse, fazem parte, tanto o contraditório, quanto o *iura novit curia*.

Assim, é nesse contexto que boa doutrina internacional defende a necessidade do exercício do contraditório, na hipótese aventada, como leciona Gary Born⁴⁹¹, ao sustentar a

[arbitration/](#). Acesso em: 25 set. 2021. **Tradução livre:** “O ‘conhecimento do direito’ deve ser entendido de forma relacionada ao caso concreto. O árbitro não é obrigado a conhecer todas as leis, mas sua missão é utilizar as ferramentas legais (de acordo com as regras do jogo) para resolver a disputa com justiça. Não é precisamente por essa razão que eles foram nomeados pelas partes? Seria absurdo dizer que um tribunal exerce seus poderes para resolver o conflito apenas com base no que foi dito pelas partes”.

⁴⁸⁹ LEITE, Antonio Pinto. *Jura Novit Curia e a Arbitragem Internacional*. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 169-186, out./dez. 2012.

⁴⁹⁰ “7.1. *A party bears the burden of proof with respect to the legal position on which it relies.*

7.2. *However, the arbitral tribunal may apply legal provisions not pleaded by the parties if it finds it necessary, including, but not limited to, public policy rules. In such cases, the arbitral tribunal shall seek the parties’ views on the legal provisions it intends to apply. The arbitral tribunal may also rely on legal authorities even if not submitted by the parties if they relate to legal provisions pleaded by the parties and provided that the parties have been given an opportunity to express their views in relation to such legal authorities”.*

Tradução livre:

“7.1. Uma parte tem o ônus da prova no que diz respeito à posição legal em que se baseia.

7.2. Entretanto, o tribunal arbitral pode aplicar disposições legais não invocadas pelas partes se julgar necessário, incluindo, mas não limitando a, normas de ordem pública. Nesses casos, o tribunal arbitral buscará a opinião das partes sobre as disposições legais que pretende aplicar. O tribunal arbitral também pode recorrer às autoridades legais, mesmo que não tenham sido indicadas pelas partes, se elas estiverem relacionadas com as disposições legais invocadas pelas partes e desde que as partes tenham tido a oportunidade de expressar suas opiniões em relação a tais autoridades legais”.

⁴⁹¹ BORN, Gary. **International Commercial Arbitration**. 2. ed. Holanda: Wolters Kluwer, 2014. v. 2, p. 2.721. **Tradução livre:** “É claro que o tribunal deve, por uma questão de justiça processual, fornecer às partes

obrigatoriedade da oitiva das partes, antes de que se profira decisão, quando o árbitro tiver de aplicar normas de caráter cogente, ao procedimento arbitral, mesmo que não invocadas pelas partes. É o *iura novit curia* conjugado ao contraditório: “*Of course, the tribunal must as a matter of procedural fairness provide the parties with adequate notice of any intention to consider relying on a mandatory law not raised by the parties themselves*”.

10.6 TERCEIROS NÃO SIGNATÁRIOS DA CONVENÇÃO ARBITRAL

Já se afirmou, por algumas vezes, que o *elemento chave* da arbitragem é a autonomia da vontade; é a liberdade de escolha que as partes exercem, no sentido de renunciar à jurisdição estatal, dando preferência à eleição de um Tribunal Arbitral para o julgamento de seu conflito.

É por esse motivo que a LArb estabelece que a convenção arbitral deve ser estipulada, sempre, por escrito. O art. 4º, § 1º assim o determina para a hipótese de cláusula compromissória, enquanto o art. 9º, § 2º assim o prevê para o caso do compromisso arbitral.

A preocupação do legislador em prever a regra de que a manifestação de vontade no sentido de participar de um processo Arbitral, abrindo mão da jurisdição estatal, seja por escrito, na verdade significa que ela deve ser inequívoca, ou seja, não deve haver dúvidas no sentido de que alguém realmente abriu mão do direito de submeter, à apreciação do Judiciário, um determinado conflito que existe ou que venha a existir, preferindo à jurisdição arbitral. Portanto, o que se tem é uma regra não absoluta, já que a própria conduta da parte, no processo arbitral, pode significar que ela aceitou ser ré, como se tivesse manifestado sua intenção, anteriormente, por escrito.

Há hipóteses em que terceiros não signatários da convenção arbitral participarão ou poderão participar ou, ainda, deverão participar do processo arbitral, a fim de que tal processo alcance, efetivamente, seu resultado com o devido respeito ao *due process of law*.

A legitimação para a jurisdição arbitral ocorre, desde que as partes tenham externado - mesmo que tacitamente -, de forma inequívoca, a sua intenção de submeter um conflito ou um potencial ou futuro conflito, à arbitragem.

A necessidade da inequivocidade da intenção de contratar deve ser vista de modo especial quando se trata da contratação de jurisdição arbitral, pois que, nessa hipótese, se

um aviso adequado de qualquer intenção de considerar a possibilidade de basear-se em uma lei obrigatória não levantada pelas próprias partes”.

abre mão de um direito constitucionalmente assegurado, decorrente do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Essa certeza, contudo, não precisa resultar, exclusivamente, da contratação por escrito da convenção arbitral.

Há vezes em que mesmo aqueles que não assinaram – ou não contrataram diretamente – a convenção arbitral, também acabarão por ser atingidos pela decisão do árbitro. A partir do momento em que se verificar a inexorabilidade de esses terceiros serem atingidos pela eficácia da sentença arbitral, em função de algum “desvio de curso”, ele deverá integrar o processo e exercer seu direito ao contraditório ainda que não tenha sido contratante da convenção arbitral (neste trabalho, esse indivíduo será chamado de *terceiro*). Esse terceiro também estará obrigado a participar do processo, sob pena de sofrer os reflexos de sua ausência processual.

A participação do terceiro no processo pode resultar de sua intenção de assim agir ou decorrer de sua chamada pela(s) parte(s) já litigante(s) na arbitragem.

Neste tópico do trabalho, tratar-se-á de como o terceiro pode ser vinculado à arbitragem, não em virtude da assinatura da convenção, mas em virtude de outras circunstâncias, fáticas ou contratuais.

Basicamente, como leciona Marcela Kohlbach de Faria⁴⁹², três são as hipóteses em que um terceiro pode vir a participar de um processo arbitral originado de convenção que não subscreveu.

A primeira delas é a transmissão da cláusula compromissória, em virtude da transferência de obrigações contratuais, resultante da assunção ou da modificação de certas posições contratuais. É o que, comumente, se denomina de circulação da cláusula compromissória⁴⁹³, como acontece, por exemplo, na sub-rogação⁴⁹⁴ de contrato, na cessão de posição contratual ou na cessão de crédito.

⁴⁹² FARIA, Marcela Kohlbach de. **Participação de Terceiros na Arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 55 e ss.

⁴⁹³ “*Tradicionalmente, considera-se que existem dois mecanismos permitindo a circulação da cláusula compromissória: a transmissão e a extensão. A transmissão é a operação pela qual uma pessoa recebe direitos já nascidos (adquiridos) que lhe são transmitidos em estado natural. É o caso, por exemplo, dos herdeiros, do cessionário de crédito ou de contrato e de certos casos de sub-rogação de direitos. A pessoa inicial é, então, desobrigada de sua obrigação. (...) Pode-se considerar que, com a transmissão, a cláusula segue o contrato no qual ela figura*”. CLAY, Thomas. A Extensão da Cláusula Compromissória as Partes não Contratantes Fora Grupos de Contratos e Grupos de Sociedades/Empresas. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 74-82, out./dez. 2005.

⁴⁹⁴ Interessante destacar, neste ponto, o acórdão proferido em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira - SEC 14930 / EX – de lavra da Corte Especial do STJ, com relatoria do Ministro Og Fernandes (julgamento em 15.05.2019), o qual, por maioria de votos, decidiu pela homologação da sentença arbitral

Nesses casos, um terceiro – estranho à relação contratual estabelecida, originariamente –, assume um dos polos do contrato, em adição ou em substituição a uma das partes contratuais originárias.

É aconselhável que, para essas hipóteses de cessão de posição contratual, além do cumprimento dos demais requisitos e solenidades próprios desse negócio jurídico, conforme previsão do direito material, as partes envolvidas cuidem de reiterar, expressamente, a contratação da cláusula compromissória, com vistas a se evitarem discussões a respeito de sua intransmissibilidade, seja porque não expressamente pactuada a arbitragem, entre as partes, seja porque, por força da autonomia da cláusula compromissória, esta não acompanharia, naturalmente, a sorte do contrato objeto de cessão o que, para tanto, necessitaria de uma manifestação expressa de todos os envolvidos.

A posição deste autor é no sentido de que, uma vez transferido o contrato, a cláusula compromissória deve seguir o fluxo natural e, portanto, ser, também, considerada objeto de cessão, até porque a parte que assume a posição contratual, para tanto, deve ter conhecimento da integralidade do instrumento e concordar com o seu inteiro teor. Caso contrário, não assumiria tal posição.

Por outro lado, tratando-se de compromisso arbitral, necessário que o instrumento seja anunciado pelo cedente, como corolário de sua boa-fé e como requisito de eficácia extensiva ao terceiro cessionário.

Importante que se aponte, também, como exemplos da primeira hipótese aqui versada, (i) aquela relativa a estatuto social de sociedade por ações (S/A) que, uma vez alterado, adota

proferida em procedimento que tramitou perante a Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI).

O interessante desse acórdão, para este trabalho, é a observação, em determinados votos feita, no que diz respeito à diferença entre a sub-rogação legal e a sub-rogação contratual, sustentando-se a posição de que, na primeira (a sub-rogação legal), não seria possível o entendimento pela cessão da cláusula compromissória, o que, contudo, seria permitido, para o caso da sub-rogação contratual.

Muito embora o acórdão, repita-se, por maioria, tenha entendido pela homologação da sentença arbitral estrangeira, deixando de entrar nas questões ventiladas pela Requerida, com vistas a sustentar sua posição pela não homologação, por entender, o acórdão, que tais matérias se relacionariam com o mérito da sentença e, portanto, vedada sua reanálise já que fora do juízo de deliberação do STJ, bastante importante, a nosso ver, foi a questão aventada na decisão e relacionada à possibilidade de prorrogação da cláusula compromissória somente quando se tratar de sub-rogação contratual. A despeito de entendimentos doutrinários contrários, assim como a posição contrária externada no voto do próprio relator e de outros ministros votantes, foi evidente a tônica adotada, no voto do Ministro João Otávio de Noronha, no sentido de que o instituto da sub-rogação deve ser tratado de forma distinta, quando o for *ex vi legis* e quando o for *ex vi voluntates*, no que diz respeito à cessão da cláusula compromissória. A posição deste autor é no sentido de que, também no caso da sub-rogação legal, o sub-rogado receberá incólume, também, a cláusula compromissória, ou seja, o sub-rogado submeter-se-á ao efeito vinculante da cláusula compromissória, nos termos do quanto disposto no **art. 786** do Código Civil: *“Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano”*, mormente porque a cláusula compromissória não tem *intuitu personae*, terreno que, decididamente, a sub-rogação não pode abarcar. (grifamos)

a cláusula compromissória arbitral para a resolução de conflitos entre sócios e sociedade, tendo havido sócios discordantes em relação à inserção dessa cláusula e, igualmente, (ii) novos acionistas que passam a integrar a comunidade de sócios de S/A cujo estatuto social prevê a cláusula compromissória estatutária, sem que, expressamente, concordem com a cláusula.

Em virtude da relevância que se pretende dar ao tema, isto é, a possibilidade de extensão da aplicação da cláusula compromissória aos acionistas (terceiros) não expressamente acordes com ela, será aberto subitem específico para discorrer a respeito.

A segunda hipótese vislumbrada é aquela em que a extensão dos efeitos da cláusula compromissória ao terceiro se dá em virtude de seu consentimento implícito em relação à adesão à jurisdição arbitral. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando se verifica a atuação determinante do terceiro em alguma, algumas ou em todas as etapas que compõem a relação contratual discutida na arbitragem.

Como se tem sustentado⁴⁹⁵:

(...) tratando-se de consentimento implícito, são analisadas basicamente as seguintes situações: a) a prática de atos pelos terceiros que atraíam a incidência da convenção de arbitragem; b) as circunstâncias fáticas do litígio que justificam a vinculação do terceiro não signatário; c) eventual benefício ou proveito (jurídico ou econômico) auferido pelo terceiro decorrente da relação contratual em que há uma cláusula compromissória; d) a existência de conexão indissociável entre relações jurídicas, sendo que uma delas encontra-se regulada por contrato em que há cláusula compromissória.

Exemplo bastante ilustrativo e comum desta segunda hipótese de vinculação de terceiro não signatário, à convenção arbitral, é a figura dos *contratos coligados*⁴⁹⁶: conjunto

⁴⁹⁵ FARIA, Marcela Kohlbach de. **Participação de Terceiros na Arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

⁴⁹⁶ “*Muchos autores han tratado el tema de los contratos coligados señalando que hay ‘una pluralidad coordinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja’.* Hay un negocio único que se desmembra em distintos contratos (...). Esta conexión entre los contratos puede darse unilateralmente (contrato accesorio de um principal), recíprocamente (contratos dependientes entre si por uma operação econômica). Siguiendo com la tesis de Galgano, se indica que la relevância principal de este instituto es que, si bien los contratos mantienen su individualidad, los efectos de uno (invalidéz, resolución) pueden repercutir sobre el outro”. LORENZETTI, Ricardo. *Redes Contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 8, out/dez. 1998. Tradução livre: “Muitos autores trataram do tema dos contratos coligados ressaltando que existe ‘uma pluralidade coordenada de contratos, cada um dos quais respondendo a uma causa autônoma, mesmo que, quando juntos, tendam à realização de uma operação econômica unitária e complexa’. Existe um único negócio que é desmembrado em diferentes contratos (...). Esta conexão entre contratos pode ocorrer unilateralmente (contrato acessório a um contrato principal) e reciprocamente (contratos dependentes um do outro por uma operação econômica). De acordo com a tese de Galgano, indica-se como a principal relevância desse instituto que, embora os contratos mantenham sua individualidade, os efeitos de um (invalidade, resolução) podem ter repercussões sobre o outro”.

de instrumentos contratuais que estipulam diferentes relações jurídicas, entre diversas partes, porém essas mencionadas relações jurídicas estão todas interligadas, com vistas a um objetivo comum.

O Superior Tribunal de Justiça⁴⁹⁷ já decidiu que contratos coligados são instrumentos através dos quais as partes celebram um complexo de negócios jurídicos que visam a um conjunto econômico e, por isso, é criada uma relação de interdependência desses contratos, de forma que o contrato tido por principal determina as regras que serão aplicáveis, também, aos demais instrumentos, inclusive no que diz respeito à cláusula compromissória, não se mostrando razoável que uma cláusula que estipula a arbitragem, no contrato tido por principal, não tenha seus efeitos estendidos aos demais acordos dele dependentes.

Contudo, foi, também, o Superior Tribunal que, muito acuradamente, ao julgar Recurso Especial sob a relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrighi⁴⁹⁸ estabeleceu que não se pode esquecer do critério norteador da arbitragem e consistente na autonomia da vontade das partes, de forma que:

A coligação contratual pode, eventualmente - e não necessariamente - ensejar a extensão da cláusula compromissória arbitral inserida no contrato principal ao contrato acessório a ele conexo se a indissociabilidade dos ajustes em coligação, evidenciada pela ausência de autonomia das obrigações ajustadas em cada contrato, considerado o elevado grau de interdependência, tornar impositiva a submissão de ambos os contratos à arbitragem, sem descurar, na medida do possível, da preservação da autonomia da vontade das partes contratantes de se submeterem à arbitragem. (grifamos)

A terceira hipótese que se menciona não está ligada propriamente a um consentimento tácito do terceiro em relação à cláusula compromissória, mas tem a ver com a sua conduta no âmbito da relação jurídica - em que insere a convenção de arbitragem -, mais especificamente com a prática de atos fraudulentos, atuação com abuso de direito ou má-fé.

Esta última situação açambarca a desconsideração da personalidade jurídica⁴⁹⁹, nas hipóteses em que o direito material possibilita a superação episódica da pessoa jurídica, com

⁴⁹⁷ REsp n. 1.639.035/SP, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em: 18.09.2018, por maioria.

⁴⁹⁸ REsp n. 1.834.338/SP, 3ª T., Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. em: 01.09.2020, por maioria.

⁴⁹⁹ Fenômeno aplicável em caso de sociedades em que a responsabilidade dos sócios seja limitada, como a S/A e as sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Instituto que surgiu como um mecanismo de repressão aos abusos e fraudes praticados por sócios e/ou administradores, através da utilização da pessoa jurídica. Visa à proteção desta, mediante a retirada episódica da autonomia patrimonial da sociedade em relação a seus sócios. Mitiga-se, com isso, o princípio da autonomia patrimonial. Alguns exemplos de posituação da desconsideração da personalidade jurídica: art. 28 do Código de Defesa do Consumidor; art. 50 do Código Civil (a cláusula geral de desconsideração da personalidade jurídica); e art. 4º, Lei n. 9.605/98.

vistas a se alcançar a responsabilização patrimonial dos sócios e/ou administradores por atos praticados com abuso da personalidade jurídica.

Há quem sustente a inviabilidade da desconsideração da personalidade jurídica com a expansão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiro dela não signatário e, *in casu*, sócio e/ou administrador ou outra sociedade componente do grupo de empresas, também aqui, em virtude de não haver cláusula escrita expressamente aceita por esse terceiro, de forma que não se teria como expandir a eficácia da convenção arbitral sem se violar o princípio da autonomia da vontade.

Nesse aspecto, por todos, cite-se Renato Resende Beneduzi⁵⁰⁰, para quem:

(...) não se quer dizer obviamente, que não seja possível vincular um terceiro à convenção arbitral mediante o emprego de outras teorias, como a do grupo de sociedades (embora não se trate, a rigor, de uma autêntica extensão). A desconsideração da personalidade jurídica, no entanto, não deve servir de fundamento para esta vinculação em razão de seu caráter essencialmente sancionatório. Como resumem Fouchard, Gaillard e Goldman, fazendo referência a uma sentença arbitral ICC de 1990, ‘... because of the contractual basis of arbitration, the scope of arbitration agreement should not be extended to punish the behaviour of a third party. Such measures should only be taken by the courts, before which a party will always be able to argue that the corporate veil should be lifted’.

Com a devida vênia, não se concorda com o fundado posicionamento, pois o terceiro que será atingido pelos efeitos da cláusula agiu com abuso da personalidade jurídica, desviando a finalidade da pessoa jurídica ou praticando atos que acarretem a confusão do patrimônio da sociedade e de seus sócios; enfim, utilizando-se da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e/ou praticar ato ilícito de qualquer natureza.

Por isso, aquele que agiu em desconformidade com o direito, disso tirando proveito, não pode furtar-se à jurisdição contratada entre as partes, em cujo negócio esse terceiro se envolveu, sob a alegação de que não contratou a arbitragem e, com isso, esquivar-se dessa modalidade de resolução de disputas, quando foi ele – o terceiro - quem, efetivamente, deu azo ao conflito!⁵⁰¹

⁵⁰⁰ BENEDUZI, Renato Resende. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Arbitragem. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 290, p. 473-492, abr./2019.

⁵⁰¹ “Muito embora a fonte da arbitragem seja o contrato, não se pode olvidar que o seu resultado é jurisdicional, de tal modo que situações como aquelas previstas no CPC ao idealizar e regular os terceiros no processo, uma vez que fundadas diretamente na relação de direito material e situações de incindibilidade do direito em discussão, não podem ser ignoradas também no universo das disputas arbitrais”. MAZZONETTO, Nathalia. A discussão em torno dos terceiros na arbitragem e a modernização da lei de arbitragem brasileira. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Coords.). **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 16.05.2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 443-460, pp. 455.

Em verdade, há jurisdições, como a americana, por exemplo, que têm flexibilizado o princípio da autonomia da vontade das partes para, em certas hipóteses como a aqui tratada de desconsideração da personalidade jurídica, alargar a força vinculativa da cláusula compromissória, à partes não signatárias, dependendo de circunstâncias fáticas e/ou contratuais.

Nesse sentido, é uma das teorias surgidas, no direito norte-americano, denominada, pelas cortes daquele país, de *direct benefits estoppel theory* (teoria do impedimento de benefícios diretos) para a qual

*A non-signatory plaintiff seeking the benefits of a contract is estopped from simultaneously attempting to avoid the contract's burdens, such as the obligation to arbitrate disputes. The underlying principle behind this doctrine is that a nonparty [to a contract] cannot both have his contract and defeat it too*⁵⁰².

Nosso atual Código de Processo Civil, em seu art. 133 e seguintes, prevê o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica - o IDPJ -, instituto festejado por grande parcela dos operadores do direito, tendo em vista seu propósito maior que é o de dar a possibilidade do exercício do contraditório ao terceiro, cuja figura se pretende trazer ao processo, por força da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Entende-se pela não aplicação, na arbitragem, do IDPJ do CPC. Essa é uma figura típica do processo civil. Em sede de processo arbitral, porém, ao terceiro que se pretende trazer ao processo, com base na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, deve-se, inexoravelmente, conceder o direito ao exercício do contraditório, não só por força do disposto no art. 21, § 2º, da LArb, mas também em respeito ao devido processo legal, pois que, como já afirmado, o contraditório é elemento daquele meta princípio, todos eles princípios que derivam da Constituição.

A essas três hipóteses de intervenção de terceiro, agrega-se uma mais: aquela em que um terceiro quer participar do processo, por algum interesse que tenha –jurídico ou econômico – e as partes envolvidas concordam com tal participação. Nesse caso, mesmo que

⁵⁰² *Um requerente não signatário, buscando benefícios do contrato, está impedido de, simultaneamente, tentar evitar os encargos desse contrato, como a obrigação de arbitrar disputas. O princípio subjacente a essa doutrina é que uma parte não signatária de um contrato não pode aceitá-lo e, também, negá-lo.* CROZIER, Christina; TRACHTENBERG, Mark Ryan. **Arbitration-Related Litigation in Texas**. Disponível em: <http://www.haynesboone.com/publications/estoppel-doctrine-allows-arbitration-provisions-to-be-enforced-by-and-against-nonsignatories>. Acesso em: 05 out. 2021. **Tradução livre:** “um demandante não signatário que busca se beneficiar de um contrato não pode tentar simultaneamente evitar os ônus desse contrato, tais como a obrigação de arbitrar disputas. O princípio subjacente a essa doutrina é que uma ‘não-parte’ [de um contrato] não pode, ao mesmo tempo, aceitar e rejeitar o contrato”.

o processo arbitral já tenha iniciado, entende-se que não há como os árbitros negarem a participação pretendida.

Lembre-se, contudo, que nessa hipótese a atuação dos árbitros pode ser impactada, por força de aumento de trabalho, por exemplo, ou a ocorrência de conflito que, anteriormente, não existia, de forma a influenciar na sua imparcialidade. Para tanto, deve o árbitro ser informado e, se assim o pretender, declinar do encargo.

A intervenção de terceiros, na arbitragem, pode ocorrer antes ou durante o processo. Antes, ela ocorrerá quando apenas se discutir a respeito do alcance da cláusula compromissória a terceiro não signatário. Sobre essa hipótese, já se tratou, anteriormente.

No que toca à intervenção durante o processo arbitral, a intenção de que isso ocorra pode provir das partes em litúgio ou do próprio terceiro. E essa intervenção pode dizer respeito a um terceiro signatário da cláusula compromissória, mas que, contudo, não participa do processo desde seu início, ou pode ter a ver com um terceiro não partícipe originário do processo e também não signatário da cláusula.

Exemplo bastante emblemático da situação em que um terceiro não signatário da cláusula pretende participar do processo foi objeto de julgamento no Conflito de Competência n. 139.519⁵⁰³, perante o STJ.

Muito embora se tenha tratado de Conflito Positivo de Competência surgido entre a Justiça Federal e a Corte Internacional de Arbitragem da CCI, chamou atenção o entendimento majoritário da Seção, seguindo o voto divergente da Ministra Regina Helena Costa, no sentido de que um terceiro interessado, não signatário da cláusula compromissória (*in casu*, o Estado do Espírito Santo), pode intervir no processo.

Mas, em uma situação como essa, quais seriam os reflexos processuais decorrentes de uma eventual recusa das partes na admissão do terceiro na arbitragem? E, ainda, se as partes pretendem venha ao processo, um terceiro, e este se recusa, qual a consequência?

E, para que se possa responder a esta pergunta, serão apontados, a seguir, os conceitos gerais do instituto do litisconsórcio, no âmbito do processo civil, efeitos de sua não formação e, por fim, sua aplicação ou não na arbitragem.

Ao ver deste autor, contrariamente à fundada doutrina⁵⁰⁴, a formação do litisconsórcio, na arbitragem, pode decorrer da intervenção de terceiro signatário ou não da cláusula compromissória.

⁵⁰³ 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia, j. em 11.10.2017, votação por maioria.

⁵⁰⁴ “a formação de litisconsórcio não pode ser banida do campo arbitral, visto que ali, tanto como no processo comum, poderão estar em jogo situações em que a lei exige a observância do cúmulo subjetivo. Basta ressaltar

Um terceiro, uma vez que intervenha no processo e que se forme o litisconsórcio, torna-se parte. Há litisconsórcio, quando houver mais de uma parte, no processo, seja no polo ativo, seja no passivo.

O litisconsórcio comporta diferentes formas de classificação. Para o que aqui interessa: (i) *ativo*, quando de autores ou *passivo*, quando de réus (ou *misto*, quando de ambos); (ii) *necessário*, quando obrigatória a sua formação⁵⁰⁵, seja por força de lei, seja pela natureza da relação jurídica controvertida ou *facultativo*, quando não; e (iii) *simples* ou *unitário*, classificação relacionada à sorte dos litigantes no âmbito do direito material, de forma que o juiz, no litisconsórcio unitário, não poderá decidir de forma diferente em relação aos litisconsortes⁵⁰⁶.

O sistema, com o fim de preservar a economia processual, a razoável duração do processo, a estabilidade das relações jurídicas assim como a segurança jurídica, dentre outros princípios, criou determinados efeitos para o caso da não formação do litisconsórcio necessário ou do litisconsórcio unitário.

O art. 115 CPC, ao cuidar dos efeitos decorrentes da falta da regular formação dos polos do processo, estabelece, no seu inciso I, que a sentença será nula, quando houver ausência de litisconsorte necessário unitário, ao passo que ineficaz (inoponível para aqueles que não foram citados), quando faltar litisconsorte necessário simples (inciso II)⁵⁰⁷.

Conjuga-se, neste trabalho, da posição de parte da doutrina no sentido de que ao dizer nula (art. 115, I), o legislador teria querido dizer que será inexistente a sentença quando

os frequentes negócios plurissubjetivos e, principalmente, os complexos negociais formados por cessão de direitos ou por contratos conexos (ou complexos) (...) A legitimidade das partes para o procedimento arbitral, por isso, só se estabelece entre os sujeitos contratuais. A única via de legitimação, ativa ou passiva, para quem queira participar ou seja chamado a participar da arbitragem condiciona-se à própria convenção arbitral. Pouco importa, portanto, seja necessário ou facultativo o litisconsórcio. Sua formação só será admissível, de forma cogente, entre os que celebraram a convenção arbitral. Assim, se todos os que devem ser litisconsortes são aderentes à convenção arbitral, tudo se desenvolverá dentro da força contratual". THEODORO JR., Humberto. A Arbitragem e Terceiros - Litisconsórcio Fora do Pacto Arbitral. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, v. 4, n. 14, 2001, pp 378/379.

⁵⁰⁵ “A *necessariedade do litisconsórcio reside na indispensabilidade da inclusão de partes plúrimas, resolvendo-se em uma questão de legitimidade ad causam ativa ou passiva: dizer que o litisconsórcio é necessário significa negar a legitimidade de uma só pessoa para demandar ou para ser demandada isoladamente, carecendo de ação o autor que insistir na demanda isolada*”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p 76.

⁵⁰⁶ Exemplo acadêmico de litisconsórcio unitário é a hipótese de anulação de contrato com diversos contratantes. Uma vez anulado, a anulação atingirá a todos os contratantes.

⁵⁰⁷ Thereza Alvim assim leciona: “(...), *o litisconsórcio necessário é aquele que deve ser formado compulsoriamente, por força de lei, sob pena de não se poder considerar integrada a relação jurídica processual, não podendo, pois, o magistrado, aí, proferir decisão eficaz*”. **O Direito Processual de estar em Juízo**. São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 150;175.

ausente um litisconsorte unitário. Isso porque, no regime da unitariedade, a parte só estará integrada quando citados todos os litisconsortes⁵⁰⁸.

Em verdade, as sentenças proferidas sem a formação do litisconsórcio unitário não são aptas a formar coisa julgada: elas não existem juridicamente⁵⁰⁹, pois ausente um pressuposto de existência do processo, que é a citação da parte (no sentido lato, formada pelos litisconsortes unitários)⁵¹⁰.

Trazendo esses conceitos à arbitragem, pode-se tirar, num primeiro momento, as mesmas conclusões que aquelas mencionadas acima, no âmbito do processo civil.

Contudo, considerando-se que na arbitragem vigora o princípio da autonomia da vontade, como se disse a chave mestra desse método de resolução de disputas, não há, meramente, se falar em chamada do terceiro ao processo e, no caso de sua inércia, aplicar-se os respectivos efeitos, a depender da espécie de litisconsórcio.

O árbitro não tem poder – mais especificamente, não tem jurisdição – para compelir um terceiro, não signatário da convenção arbitral ou que não tenha, inequivocamente aderido a ela, a ingressar num processo arbitral.

Tratando-se, nesse caso, de litisconsórcio necessário simples, a sentença arbitral proferida, será inoponível ao terceiro. Entende-se pela aplicação do conceito que deu origem ao disposto no inciso II do art. 115, CPC. É uma questão conceitual assimilada pelo sistema e, por isso, aplicável à arbitragem.

⁵⁰⁸ Essa conclusão, a nosso ver, pode ser extraída da própria lei, mais especificamente do art. 117, CPC: “*Os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos, exceto no litisconsórcio unitário, caso em que os atos e as omissões de um não prejudicarão os outros, mas os poderão beneficiar*” (de se notar que o art. 48, CPC/73 não fazia alusão expressa à situação do litisconsórcio unitário). Nesse sentido, também, a lição, novamente, de Thereza Alvim: Op. cit., p. 164: “*Por esse regime da unitariedade, albergado na natureza das coisas e com fundamento na primeira parte do art. 48, do Código de Processo Civil, que prevê disposição em contrário a considerar-se os litisconsortes como partes distintas, os litisconsortes unitários são considerados partes não autônomas. Os litisconsortes unitários, na exata medida em que discutem, em juízo, uma só lide, que a todos diz respeito, como o nome indica, têm que agir em verdadeira unidade*”.

Ainda nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Litisconsórcio Unitário**. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 172: “*No litisconsórcio unitário, os comportamentos determinantes só produzem seus efeitos típicos quando manifestados pela totalidade dos litisconsortes*”.

⁵⁰⁹ A despeito de o CPC tratar a citação no campo da validade (art. 239), assim como haver balizadíssima doutrina contrária à posição aqui sustentada, como é o caso de Cândido Rangel Dinamarco: “*A ineficácia, ditada no art. 47 do Código de Processo Civil, decididamente não significa inexistência jurídica da sentença e tampouco se confunde com a mera nulidade, conforme já se expôs. Mesmo as sentenças gravadas de nulidade absoluta são ordinariamente capazes de produzir todos seus efeitos e efetivamente os produzirão a partir de quando, mercê da eficácia sanatória do trânsito em julgado, libertam-se das consequências do vício que as macula (é pensar, v.g., numa sentença sem motivação, ou proferida com cerceamento de defesa*”. **Litisconsórcio**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 316-317.

⁵¹⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 251.

Porém, se de arbitragem que tenha por objeto relação jurídica plúrima e incindível se tratar, na hipótese de que o terceiro (litisconsorte necessário unitário) não componha a relação jurídica arbitral, entende-se ser o caso de extinção do feito, a fim de se evitar a prolação de sentença vazia ou, tecnicamente, juridicamente inexistente⁵¹¹.

Da mesma forma, deve-se haver absoluto critério, tanto por parte dos árbitros, como por parte dos litigantes, no que toca à recusa de terceiro que pretenda ingressar em relação jurídica arbitral em que o litisconsórcio seja necessário simples e, principalmente, quando se referir à relação jurídica arbitral em que o litisconsórcio necessário seja unitário. No primeiro caso, a fim de que já se alcance uma solução que abranja também a esse terceiro e, no segundo caso, para que, frise-se, se evite o episódio de um processo arbitral que culmine em uma não-sentença, pois que não devidamente integrado um dos polos processuais.

10.6.1 Intervenção de Terceiros

Neste tópico, serão destacadas as principais espécies de intervenção de terceiros de que, atualmente, trata o Código de Processo Civil, a fim de, na sequência, se averiguar a possibilidade de seu cabimento, na esfera do procedimento arbitral.

Primeiramente, faz-se menção à assistência, figura prevista nos arts. 119 a 124 CPC, que terá cabimento em virtude do interesse jurídico que nutre, o terceiro (*C*), no sentido de que a decisão de mérito seja favorável a alguma das partes (*A* ou *B*), pois que, de alguma forma essa decisão poderá afetá-lo de modo mais ou menos intenso.

A intensidade com que a sentença possa atingir o terceiro é que determinará a forma pela qual ele poderá intervir, no processo, por força da assistência: se o terceiro for atingido indiretamente (de forma reflexa) pela sentença, estar-se-á diante de hipótese de assistência simples. Se, entretanto, seu interesse (entenda-se, aqui, direito) for “igual” ao da parte, de forma que a sentença possa dispor sobre a relação jurídica existente entre ele e o adversário do assistido, será caso de assistência litisconsorcial (art. 124).

Na assistência simples, o terceiro e a parte não são titulares do mesmo direito. A perspectiva, porém, de que a sentença possa influir no direito deste terceiro, legitima seu

⁵¹¹ Como leciona Teresa Arruda Alvim: “É interessante a situação da sentença proferida com infração do art. 114, isto é, da sentença proferida em processo em que há litisconsórcio necessário (por lei ou pela natureza da relação jurídica), sem que estejam presentes todos os colegitimados. Em qualquer caso, i.e., sendo o litisconsórcio necessário simples (por lei) ou necessário unitário (pela natureza da relação jurídica), o vício será o da inexistência jurídica, que leva à ausência de formação de coisa julgada”. ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 71.

ingresso no processo. O assistente litisconsorcial tem, assim, um interesse jurídico mais intenso que o do assistente simples.

O assistente, ao ingressar no processo, independentemente do tipo de assistência, será, sempre, terceiro no processo⁵¹², ao contrário das demais espécies de intervenção de terceiros que, uma vez admitidas, transmudam a situação do terceiro para a situação de parte.

Com a denunciação da lide (arts. 125 a 129), conforme as hipóteses de cabimento previstas no Código de Processo Civil, possibilita-se o exercício do direito de regresso de uma parte (autor ou réu), em relação a um terceiro, formando-se, com isso, uma lide paralela e eventual, no processo (entre denunciante e denunciado).

No que tange à lide principal, o terceiro (denunciado) assume a qualidade de parte, formando litisconsórcio ativo ou passivo.

Por fim, o chamamento ao processo (art. 130 a 132), consiste em figura de intervenção, mediante a qual o réu pode trazer ao processo, a fim de que adquira a posição de litisconsorte e, portanto, parte, terceiro que, juntamente com o réu, tem uma dívida comum perante o autor. Forma-se, nesse caso, um litisconsórcio passivo, facultativo e simples, em ação de natureza condenatória⁵¹³.

Dessa breve análise da essência dessas modalidades de intervenção de terceiros, afigura-se claro, como já mencionado, que a assistência é a única delas em que o terceiro, uma vez admitido ao processo, não se torna parte, mas uma espécie de “aderente” à ação: permanece terceiro.

Na arbitragem, qualquer figura de intervenção de terceiro que implique a transformação de um terceiro que está fora do processo – e não signatário da convenção arbitral - em parte, a rigor, é impossível, por falta de jurisdição da arbitragem perante esse terceiro, exceto nas hipóteses – excepcionais - de que se tratou, no item anterior.

Contudo, no caso do assistente, tecnicamente essa impossibilidade é, de certa forma, amenizada, pois esse terceiro não assume a condição de parte, no processo arbitral, assim como no processo civil, não havendo que se falar, portanto, em jurisdição ou não sobre seu

⁵¹² A situação do assistente litisconsorcial é peculiar, porque, se de um lado ele pode ser considerado, realmente um terceiro, já que não formula pedido e, contra si, pedido algum é formulado, por outro lado a sentença de mérito deve atingi-lo como se ele parte fosse. Isto porque, o assistente litisconsorcial é titular do direito material sobre o qual se discute, portanto pode se dizer que ele é parte, no sentido material, porém não processual.

⁵¹³ O art. 132 prevê que a sentença de procedência da ação formará título executivo em favor do réu que assumir a integralidade da dívida, perante o autor, em relação ao(s) chamado(s) ou ao chamante, a depender de quem liquidou a dívida. Disso, extrai-se que o chamamento ao processo é instituído cabível, via de regra, em ação de cunho condenatório.

direito, pois não é especificamente a relação titularizada pelo assistente que será objeto de julgamento.

A intervenção de terceiro, na jurisdição do Estado, é figura que visa a, precipuamente, concretizar a economia processual, princípio que, em tese, não vige na arbitragem.

Assim, a intervenção de terceiros, nas jurisdições arbitral e estatal, acaba por ter tratamento e efeitos diferentes, seja em virtude desse princípio, seja por força de o terceiro, na jurisdição estatal, não poder se negar a ser réu, mas, na arbitragem, sim, pois a jurisdição arbitral tem por limite a justa medida da vontade das partes de levarem um conflito àquele *forum*.

10.6.2 Cláusula Compromissória Estatutária

No âmbito empresarial, mais especificamente no caso das sociedades por ações, a lei não deixou de acompanhar as modificações necessárias para facilitação – até com maior segurança – da discussão dos interesses de todos os envolvidos nessa figura societária, inclusive do acionista minoritário⁵¹⁴, mediante a utilização da cláusula compromissória a possibilitar a resolução de eventual conflito societário, através a arbitragem.

Foi por isso que a Lei n. 10.303/2001 trouxe alterações à redação do art. 109 da Lei n.6.404/76 (Lei das S/A), estabelecendo que:

Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembleia-geral poderão privar o acionista dos direitos de: ... § 3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.

Quando dessa alteração legislativa, diversas foram as discussões acerca da validade da adoção da cláusula compromissória estatutária. Entretanto, a este autor sempre pareceu válida essa cláusula, seja para os acionistas que aprovaram a sua inserção, seja para os que votaram negativamente, durante a assembleia para esse fim, seja, ainda, para os acionistas que adquiriram ações da companhia, posteriormente à inserção da cláusula, no estatuto social, desde que, obviamente, respeitado o princípio majoritário nas deliberações sociais (art. 136, Lei das S/A).

⁵¹⁴ “O problema da tutela da minoria foi, por isso, adquirindo sempre maior importância no desenvolvimento das sociedades anônimas e a doutrina e a jurisprudência foram, progressivamente, sempre melhor evidenciando as normas a respeito”. ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Ed. Quorum, 2008, p. 489.

O que o §3º do art. 109 da Lei das S/A estabelece já era o suficiente para afastar qualquer discussão sobre a validade da cláusula compromissória estatutária. Ela decorre de lei e, independentemente da situação do acionista, desde que, repita-se, respeitado o princípio majoritário nas deliberações sociais, vincula a todos os acionistas.⁵¹⁵

A fim de colocar pá de cal sobre qualquer discussão a respeito, a Lei n. 13.129, de 26.05.2015, ao trazer relevantes modificações no instituto da arbitragem – principalmente para consolidar, via legislativa, entendimentos já solidificados doutrinaria e jurisprudencialmente -, criou o *caput* do art. 136-A, assim como seus parágrafos e incisos, da Lei das S/A.

Da leitura desse dispositivo,⁵¹⁶ é de claríssima percepção o intuito do legislador de, uma vez respeitado o princípio majoritário nas deliberações sociais, vincular todos os acionistas da Companhia à cláusula compromissória estatutária, criando a válvula de escape do direito de recesso ao acionista, porventura dissidente, mediante o reembolso do valor de suas ações.

A previsão normativa acerca da aplicabilidade da já existente cláusula compromissória estatutária ao sócio entrante na companhia, é despicienda, já que o potencial acionista, se discordar da cláusula compromissória estatutária, tem a opção de não adquirir ações daquela

⁵¹⁵ “Qualquer entendimento contrário suprimiria da cláusula arbitral toda a efetividade e todos os benefícios que ela seria capaz de proporcionar. Isto porque a cláusula compromissória só trará benefícios à sociedade e de um modo geral aos acionistas se todos os acionistas estiverem vinculados a elas. Caso contrário se apenas alguns acionistas estiverem vinculados à arbitragem, qualquer demanda de interesse geral de uma certa categoria de acionistas poderá suscitar a propositura de demandas paralelas, tanto na via arbitral, como na via judiciária, com sério risco de decisões conflitantes e com um inegável desperdício de recursos”. ENEI, José Virgílio Lopes. A Arbitragem nas sociedades anônimas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 129, p. 136-173, jan./mar. 2003, p. 137 e ss.

Ainda, sobre o princípio majoritário, nas Sociedades por Ações, importante a lição de Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira: “O funcionamento das sociedades por ações não prescinde do princípio majoritário: exigir-se o consenso unânime dos acionistas seria a imobilização da sociedade. Em verdade – observa D’Orthé (1962, v. 1, p. 363) – toda organização coletiva baseada sobre uma comunidade de interesses recíprocos está obrigada à adoção do regime majoritário, para a tomada de decisões”. **A Lei das S.A.** Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 457.

⁵¹⁶ “Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45.

§ 1º A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou.

§ 2º O direito de retirada previsto no caput não será aplicável:

I - caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe;

II - caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas ‘a’ e ‘b’ do inciso II do art. 137 desta Lei”.

companhia. Cumpre-se, com isso, o requisito do elemento volitivo necessário à validade da convenção de arbitragem.

Além disso, também fruto da alteração legislativa tratada nos parágrafos anteriores, o inciso I do § 2º do art. 136-A da Lei das S/A trouxe hipótese de exceção (i.e., não cabimento) ao direito de retirada do acionista que dissente da inserção da cláusula compromissória no estatuto da companhia, quando tal inserção

Represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe.

Como se verá adiante, o segmento de listagem em bolsa de valores tem por fim precípuo garantir os interesses dos acionistas, por força da governança corporativa que se pretende impor às companhias abertas, em prol de seus acionistas, sobretudo minoritários, de forma que não faria qualquer sentido à lei mestra das relações societárias (Lei das S/A) excluir o direito de o acionista dissidente retirar-se da companhia, em caso de adoção obrigatória da cláusula compromissória estatutária, se entendesse que isso lhe seria prejudicial.

Insistindo na posição pela validade da cláusula compromissória estatutária, antes mesmo da novidade trazida pela Lei n. 13.129/2015, não se pode deixar de reiterar a existência, já àquela época, de posicionamento doutrinário minoritário, no sentido de que só estariam vinculados à ela (cláusula) os que expressamente a aceitassem⁵¹⁷.

A posição dominante, contudo, antes mesmo da inovação do art. 136-A, através da edição da Lei n. 13.129/2015, já era no sentido de que, também aos acionistas que entrassem no quadro societário, após a inserção da cláusula no estatuto da companhia, esta era vinculante⁵¹⁸, sob pena de se adotar interpretação “extremamente restritiva e formalista”⁵¹⁹

⁵¹⁷ “A aplicação de cláusula compromissória apenas aos que tenham subscrito atende ao princípio fundamental de que na sociedade não pode ocorrer qualquer restrição ao direito de disponibilidade dos direitos essenciais dos sócios, no caso, o de socorrer-se do Poder Judiciário para a declaração ou a imposição dos seus interesses”. Modesto Carvalhosa; Nelson Eizirik apud ENEI, José Virgílio Lopes. A Arbitragem nas sociedades anônimas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 129, p. 136-173, jan./mar. 2003.

⁵¹⁸ “Em que pese o respeitável entendimento desses autores, somos da opinião de que novos acionistas, ao integrarem a sociedade, estarão automaticamente vinculados à cláusula arbitral que porventura conste do estatuto social da companhia, sendo desnecessária qualquer outra exigência, como adesão específica em termo separado”. ENEI, José Virgílio Lopes. A Arbitragem nas sociedades anônimas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 129, p. 136-173, jan./mar. 2003.

⁵¹⁹ ENEI, José Virgílio Lopes. Op. cit.

do contido no art. 109 da Lei das S/A, a contrariar, não só o próprio sistema, mas, também, a utilidade da arbitragem.

Carece de sentido, também, pensar-se que a adoção da arbitragem, como meio de resolução de controvérsias para os acionistas da companhia (minoritários, ou não – entrantes após, ou já nessa qualidade, quando da inserção da cláusula arbitral estatutária – acordos, ou não a essa inserção), violaria o disposto no §2º do art. 109 da Lei das S/A,⁵²⁰ pois que, como já repisado, neste trabalho, a arbitragem tem natureza jurisdicional.

Ainda nesse aspecto, não teria qualquer razão de ser, porque corromperia regras básicas de hermenêutica, entender-se a inserção do § 3º, ao art. 109 da Lei das S/A, estabelecendo a possibilidade do manejo da arbitragem, para a solução de litígios de natureza societária, no âmbito das sociedades anônimas, se tal instituto estivesse em contradição ao anteriormente mencionado § 2º desse mesmo art. 109. Ainda sob o aspecto da hermenêutica, o texto do § 3º deve ser lido como complementar ao disposto no § 2º, do art. 109 da Lei das S/A.

A arbitragem é uma modalidade de acesso à jurisdição, em perfeita consonância com o art. 5º, XXXV da CF ao que, aliás, o CPC vigente se amoldou, ao estabelecer, por força do sistema multiportas adotado, que: “*art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão de direito. § 1º. É permitida a arbitragem na forma da lei*”.

O argumento de que ao acionista, que adquiriu participação acionária, posteriormente à inclusão da cláusula compromissória, não teria sido dada a possibilidade de manifestar sua vontade – elemento volitivo: requisito necessário para a validade da cláusula compromissória estatutária – parece carecer totalmente de respaldo jurídico.

Frise-se que o elemento volitivo é manifestado, pelo acionista, no momento em que decide e, efetivamente, adquire ações de uma determinada companhia, anuindo, portanto, com todas as condições constantes do estatuto social.

Neste caso, o *elemento volitivo* está atrelado à *liberdade de escolha do investidor* (optar por qual companhia pretende adquirir posição acionária), assim como à ampla divulgação e ao fácil acesso que se tem, já de há muito, às informações relativas às companhias listadas em bolsa de valores, sobretudo ao seu instrumento de gênese (o estatuto social), do qual consta a cláusula compromissória.

Outro aspecto que poderia ser apontado como elemento a invalidar a cláusula compromissória estatutária não aceita, expressamente, pelo acionista entrante, seria o

⁵²⁰ “§ 2º Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia-geral”.

entendimento de que o estatuto social configuraria típico contrato de adesão, ao que seria aplicável o disposto no art. 4º, § 2º da Lei n. 9.307/96⁵²¹.

Parece, contudo, perigosa a tentativa de interpretação extensiva de institutos que, por muitas das vezes, acaba por, não só distorcer a intenção do legislador, mas, também, alterar a natureza jurídica dos institutos, implicando falhas do próprio sistema.

E, “confundir-se” o estatuto social - já que este ostenta natureza contratual – com o contrato de adesão é qualificar-se, juridicamente, este fenômeno de maneira equivocada. De fato, não há como se enxergar no estatuto social um contrato de adesão. Trata-se de fenômenos substancialmente diferentes.

Conforme a clássica e sempre atual lição de Tullio Ascarelli, a sociedade nasce de um contrato purilateral⁵²².

A sociedade anônima, que nasce de contrato plurilateral, não é figura jurídica de simples análise. Esse contrato possui nuances, peculiaridades que o tornam essa figura diferenciada em relação aos contratos comuns, motivo pelo qual o direito comercial sempre teve o cuidado de regradar as relações derivadas desse negócio jurídico.

Sempre foi evidente a contínua adaptação do direito à realidade. Isto não poderia ser diferente em relação à adaptação da legislação à atualidade das operações e figuras societárias, com o intuito de se preservarem os direitos e interesses dos acionistas, inclusive minoritários, e que passem a integrar o quadro societário, posteriormente à fundação da companhia⁵²³, até porque essa constante rotatividade de acionistas é elemento característico das sociedades anônimas abertas.

⁵²¹ “§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

⁵²² “Creio que a solução do problema possa ser encontrada distinguindo-se na categoria dos contratos, uma subespécie que poder-se-ia denominar a do contrato plurilateral, levando em conta suas características formais. Essa categoria distingue-se, com efeito: a) pela possibilidade da participação de mais de duas partes; b) pelo fato de que, quanto a todas essas partes, decorrem do contrato, quer obrigações, de um lado, quer direitos, de outro. (...) Na sociedade, ao contrário, há a possibilidade de uma verdadeira pluralidade de partes: os cinco, dez, ou cem sócios, que podem concorrer na constituição de uma sociedade, representam cinco, dez, cem partes, não havendo possibilidade de reagrupá-los em ‘dois’ grupos, em ‘duas’ partes”. ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Ed. Quorum, 2008, p. 374-388.

⁵²³ “Mas, se as partes não estão todas presentes, é evidente que ao participarem do contrato mais de duas partes, o iter contratual destinado à reunião de todos os consentimentos se apresenta bem mais complexo do que geralmente. A quem, de fato, devem ser fiadas as várias adesões? Deverá cada parte comunicar a própria adesão a todas as outras? Em que momento é aperfeiçoado o contrato? No domínio das sociedades comerciais, o direito preocupa-se, sempre, com essa hipótese. Com efeito, quanto às sociedades por ações, nas quais esse problema se apresenta com particular gravidade, o direito disciplina, quer a constituição baseada na adesão simultânea dos subscritores, quer, de um modo especial, uma constituição chamada sucessiva. (...) Na realidade, na constituição ‘sucessiva’ há, tão somente um processo para disciplinar a conclusão de contrato social entre ausentes. Cada manifestação de vontade é comunicada aos fundadores (ou àquele fundador que

Ainda com base na concepção de Ascarelli, a sociedade anônima, por ser objeto de um contrato plurilateral, tem característica, *sui generis*, de contrato aberto o que, conforme lição de José Virgílio Lopes Enei, na já citada obra, possibilita

Via de regra, o constante ingresso de novas partes, bem como a possibilidade de desistência daqueles que dele participem, sem que se faça necessária a reforma do contrato. A natureza aberta da sociedade anônima, que guarda certa semelhança com a natureza do contrato de adesão, é na verdade decorrência da natureza plurilateral.

Contudo, as características da sociedade anônima não permitem que nela se reconheça um contrato de adesão - muito embora alguma semelhança possa existir - e a confusão entre esses institutos não deve existir, evitando-se, assim, consequências sérias que este equívoco pode gerar, no plano prático.

O contrato de adesão é

*Negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas*⁵²⁴⁻⁵²⁵.

As regras para os contratos de adesão, nas palavras de Giorgio Biachi⁵²⁶: “*aplicam-se tão somente aos contratos de caráter permutativo (sinalagmáticos), e não aos contratos associativos*”.

Além disso, mesmo que se possa cogitar de hipóteses em que o acionista esteja em situação de hipossuficiência, seja quando de seu ingresso na sociedade, seja durante, ou mesmo quando de sua retirada, existe farta legislação específica a regular e resguardar os seus direitos.

No caso das sociedades por ações, o diploma mestre a regular as relações delas decorrentes é a Lei das S/A, além de tantas outras leis correlatas.

*seja para tal fim indicado pelos demais), dada a dificuldade prática de comunicá-la, individualmente, a todos os subscritores. Na realidade, entre os vários contratos plurilaterais, a sociedade é aquela que goza de uma disciplina juridicamente mais bem elaborada. Esta característica é ainda mais evidente quando se levam em conta as relações externas (ou seja, aquelas para com terceiros)”. ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Ed. Quorum, 2008, p. 390;391;43.*

⁵²⁴ Orlando Gomes *apud* RODOVALHO, Thiago. **Cláusula Arbitral nos Contratos de Adesão**. Almedina. 2016, p. 44

⁵²⁵ Conforme Thiago Rodovalho, Op. cit., p. 44-45: “os contratos de adesão são caracterizados pela uniformidade, predeterminação ou predisposição unilateral, e rigidez ou inalterabilidade, com generalidade e abstratividade, que se consubstanciam no modo objetivamente idôneo de atingir sua finalidade...”.

⁵²⁶ *Apud* ENEI, José Virgílio Lopes. A Arbitragem nas sociedades anônimas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 129, p. 136-173, jan./mar. 2003.

Há, também, normas administrativas de caráter cogente e que não são menos protetivas do direito dos minoritários – muito pelo contrário – como é o caso das Instruções editadas pela CVM.

Outras entidades, ainda, regulam essa questão, *v.g.* a BMF&Bovespa (atual B3) e o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC).⁵²⁷

A B3 disponibiliza, em seu sítio eletrônico⁵²⁸, informações relevantes de interesse de acionistas (acerca de seus direitos) ou potenciais acionistas⁵²⁹ (no que se incluem os investidores de mercado, de qualquer origem e em qualquer de seus setores), inclusive aquelas relativas à adesão aos segmentos especiais de listagem de companhias, segmentos esses que foram criados com vistas a se fornecer maior transparência e credibilidade aos investidores, quando da aquisição de ações de companhias negociadas em mercado, por força da governança corporativa imposta por lei.

Dentre os segmentos de listagem, consta o de Nível 2 de governança corporativa,⁵³⁰ cujo Regulamento estabelece, no item 3.1 (v) de sua Seção III,⁵³¹ a obrigatoriedade da adoção da cláusula compromissória estatutária, para as empresas que pretendam aderir a esse segmento.

⁵²⁷ <http://www.ibgc.org.br>

⁵²⁸ www.b3.com.br

⁵²⁹ Conforme texto divulgado no sítio eletrônico, os segmentos especiais de listagem da B3 – Bovespa Mais, Bovespa Mais Nível 2, Novo Mercado, Nível 2 e Nível 1 – foram criados no momento em que se percebeu que, para desenvolver o mercado de capitais brasileiro, era preciso ter segmentos adequados aos diferentes perfis de empresas.

Todos esses segmentos prezam por regras de governança corporativa diferenciadas. Essas regras vão além das obrigações que as companhias têm por força da Lei das Sociedades por Ações (Lei das S/A) e têm como objetivo melhorar a avaliação daquelas que decidem aderir, voluntariamente, a um desses segmentos de listagem.

Além disso, tais regras atraem os investidores. Ao assegurar direitos aos acionistas, bem como dispor sobre a divulgação de informações aos participantes do mercado, os regulamentos visam à mitigação do risco de assimetria informacional.

É possível conhecer os regulamentos do Bovespa Mais, Bovespa Mais Nível 2, Novo Mercado, Nível 2 e Nível 1, acessando a página de cada segmento. A B3 possui ainda o Segmento Básico, segmento de listagem que não conta com regras diferenciadas de governança corporativa.

⁵³⁰ https://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/solucoes-para-emissores/segmentos-de-listagem/nivel-2/

⁵³¹ “3.1 Autorização para Negociação de Valores Mobiliários no Nível 2 de Governança Corporativa. A BM&FBOVESPA poderá conceder autorização para negociação de valores mobiliários no Nível 2 de Governança Corporativa para a Companhia que preencher as seguintes condições mínimas:

(...)

(v) tenha adaptado o seu estatuto social às cláusulas mínimas divulgadas pela BM&FBOVESPA, em especial a que se refere à Cláusula Compromissória”.

Esse mesmo Regulamento possui Anexo específico com a discriminação das Cláusulas Mínimas Estatutárias do Nível 2, onde é disponibilizada a redação da cláusula compromissória estatutária.⁵³²

Os direitos de acionistas, mesmo para a hipótese de sua hipossuficiência, portanto, estão mais do que resguardados por farta normatização a respeito, a qual tem por legítima a adoção da cláusula compromissória estatutária.

Nesse sentido, vale a pena a transcrição da, ainda, lição de José Virgílio Lopes Enei⁵³³:

A expressão 'contratos de adesão' não faz parte do vocabulário próprio da legislação societária, sendo ignorada, por exemplo, pela Lei 6.404/1976. Trata-se de termo consagrado em outras áreas do direito, sobretudo no direito do consumidor, onde, aliás, encontramos a única definição legal da expressão, conforme art. 54, caput, do Código de Defesa do Consumidor, a seguir reproduzido: 'contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo'.

O surgimento do art. 136-A da Lei das S/A, ao prever o direito de retirada para o acionista dissidente, consolida a validade da cláusula compromissória estatutária, enfatizando o cumprimento do requisito da manifestação da vontade, em relação ao instituto da arbitragem como forma de solução de controvérsias no âmbito das sociedades anônimas, pois concede ao acionista dissidente a possibilidade de não se sujeitar à cláusula, despedindo-se do negócio.

Sob esse prisma, a situação do acionista entrante afigura-se mais simples, pois este tem acesso a todas as informações que lhe são necessárias e pertinentes à companhia, para a tomada de decisão de investir, ou não, naquele negócio, inclusive aos termos do estatuto social - do qual consta a cláusula compromissória estatutária -, por força do disposto nos arts. 94 e 135 § 1º, da Lei das S/A.

⁵³² “Art. [=] – A Companhia, seus acionistas, Administradores e os membros do Conselho Fiscal, obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, toda e qualquer disputa ou controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada com ou oriunda, em especial, da aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação e seus efeitos, das disposições contidas na Lei das Sociedades por Ações, no estatuto social da Companhia, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes do Regulamento do Nível 2, do Regulamento de Arbitragem, do Regulamento de Sanções e do Contrato de Participação no Nível 2 de Governança Corporativa”.

⁵³³ ENEI, José Virgílio Lopes. A Arbitragem nas sociedades anônimas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 129, p. 136-173, jan./mar. 2003

Nesse sentido e, por fim, farta a doutrina a respeito⁵³⁴, assim como o Enunciado n. 16 aprovado na I Jornada de Direito Comercial promovida pelo Conselho da Justiça Federal, realizada em março de 2013:

O adquirente de cotas ou ações adere ao contrato social ou estatuto no que se refere à cláusula compromissória (cláusula de arbitragem) nele existente; assim, estará vinculado à previsão da opção da jurisdição arbitral, independentemente de assinatura e/ou manifestação específica a esse respeito.

10.7. SENTENÇA. DEVER DE FUNDAMENTAR

São muitas as razões que a doutrina aponta como sendo a base para a necessidade de que as decisões judiciais sejam fundamentadas.

A fundamentação tem o condão de demonstrar a imparcialidade do juiz, de forma a se propiciar um julgamento que possa ser tido por justo. Isso porque “*não basta ao juiz ser imparcial; deve demonstrar-se imparcial*”⁵³⁵, o que se faz através da fundamentação que deve ser límpida e racional, demonstrando que não foi fruto do arbítrio.

A fundamentação é importante, ainda, para a correta interpretação do julgado, “*para a determinação precisa do respectivo conteúdo – o que pode revestir grande significação quando se queira delimitar o âmbito da res iudicata*”⁵³⁶. Com a obrigatoriedade de motivar/fundamentar a decisão, abre-se à autoridade judicante a possibilidade de demonstrar se bem exerceu seu dever jurisdicional, afastando-se da arbitrariedade.

A fundamentação, além de propiciar a possibilidade de demonstrar o bom exercício do poder judicante, em determinados casos, como os de utilização de conceitos vagos/abertos e em hipóteses de exercício da discricionariedade, viabiliza a demonstração da boa interpretação e aplicação do direito, ou seja, a boa escolha realizada pelo aplicador da lei.

Enquanto a causa de pedir qualifica o pedido, a fundamentação qualifica o *decisum*. A fundamentação deve ser o mais completa possível, sendo resultado de exercício de intelecção judicial. O juiz deverá fundamentar seu ato (art. 371, CPC) em conformidade com todos os elementos depreendidos dos autos.

⁵³⁴ v.g. CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Ed. RT, 2017, p. 429; ARAUJO, Marcelo Barbosa. Um regime Jurídico mais seguro para a arbitragem societária: o art. 136-A da Lei das S/A. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Coords.). **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26.05.2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 374.

⁵³⁵ ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Da Fundamentação das Decisões Judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 194–213, jul./set. 1992, p. 201.

⁵³⁶ Barbosa Moreira, José Carlos. **Temas de Direito Processual Civil – Segunda série**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 86.

Neste ponto, abre-se um parêntesis, fazendo um paralelo entre o ato judicial consistente na sentença que, evidentemente, pressupõe interpretação do direito e dos fatos, e a lição de escola moderna de teatro encabeçada por Peter Brook⁵³⁷ - grande conhecedor de Shakespeare -, ao desenvolver o tema relativo à palavra como sendo o resultado de algo muito maior:

Também, em relação a Shakespeare, ouvimos ou lemos o mesmo conselho – ‘Represente o que está escrito’. Mas o que está escrito? Alguns signos no papel. As palavras de Shakespeare são registros das palavras que ele queria que fossem pronunciadas, palavras que saiam como som da boca do povo, em que altura, pausa, ritmo e gestos compunham seu significado. A palavra não começa como palavra – é o produto final que começa como um impulso, estimulado pela postura e pelo comportamento que ditam a necessidade de expressão. Esse processo ocorre dentro do dramaturgo, e é repetido interiormente pelo ator. Ambos podem estar conscientes só das palavras, mas tanto para o autor como, mais tarde, para o ator, a palavra é uma pequena parte visível de uma gigantesca formação invisível.

Assim como o texto de dramaturgia - que aglutina emoções - e os demais elementos que compõem o roteiro de uma peça teatral são as ferramentas de que se utiliza o ator para interpretar, a sentença é a palavra final (a interpretação), fruto da convicção judicial decorrente da análise de todos os elementos constantes dos autos, em consonância com a integralidade dos elementos jurídicos que devem permear o *decisum* adotado.

Autores especializados chegam a comentar que a própria noção do que seja “decisão fundamentada” sofreu variações substanciais ao longo da história. Basta pensar-se na fase imediatamente posterior à Revolução Francesa, quando predominava o entendimento de que o direito se reduzia à norma escrita, que deveria ser compreendida em sua literalidade: nesse contexto, é evidente que a mera menção ao dispositivo legal, em que se baseava a decisão, era considerada o suficiente para que se pudesse afirmar que a decisão tinha sido adequadamente fundamentada.

No contexto sociocultural em que hoje vivemos, parece aceitável a ideia de que a necessidade de que as decisões sejam fundamentadas surge do imperativo de que as partes as compreendam e as “aceitem” pela sua racionalidade⁵³⁸. É necessário que se demonstre,

⁵³⁷ BROOK, Peter. **O Espaço Vazio**. Tradução: Roberto Leal Pereira. Rio de Janeiro: Ed. Apicuri, 2015, p. 22.

⁵³⁸ “(...) na maior parte dos ordenamentos processuais modernos existe para todos os órgãos jurisdicionais o dever de motivar suas decisões, não sendo rara a previsão desse dever no âmbito constitucional, como no caso do art. 111 comma 6 da Constituição italiana. Em outros ordenamentos, como na Inglaterra, não existe dever expresso de motivação, mas existe nesse sentido uma prática judiciária consolidada. Em todos esses casos deve o juiz justificar sua decisão, enunciando as razões pelas quais essa é considerada válida e racionalmente fundada. O dever de motivar diz particular respeito ao juízo sobre os fatos, (...)”. TARUFFO, Michelle. **Uma Simples Verdade. O Juiz e a Construção dos Fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 271.

na sentença, não se tratar de decisão fruto de arbitrariedade ou de parcialidade da autoridade prolatora da decisão. Só assim, a sentença (assim como deve ser com qualquer decisão) estará de acordo com a lei e com o direito.

Conforme leciona Teresa Arruda Alvim:

Essa ideia tem uma série de desdobramentos que se aplicam, nitidamente, ao processo, ainda que digam respeito à toda atividade estatal. A motivação:

1. Oferece elementos concretos para que se possa aferir a imparcialidade do juiz [TARUFFO, Michele (Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione cit., p. 43) afirma o seguinte: 'É chiaro che il giudice non è imparziale solo se dice o pensa di esserlo, e del resto indipendenza e imparzialità rischiano di essere vanificate se risultano affermate solo in astratto. Occorre invece che dimostri di esserlo, e per questo è indispensabile che la sentenza sia motivata'];

2. Possibilita a verificação da legitimidade da decisão;

3. Garante às partes a possibilidade de constatar terem sido ouvidas, na medida em que o juiz terá levado em conta, para decidir, o material probatório produzido e as alegações feitas pelas partes [Destes dois pontos se tratará com mais vagar nos subitens 4.4.6.9.1. e 4.4.6.9.2.]⁵³⁹.

A racionalidade da fundamentação da decisão é uma forma que tem, o órgão decisor, de “prestar” contas às partes, a respeito de como exerce o poder jurisdicional. De rigor, o dever de fundamentar está relacionado ao próprio Estado de Direito. Em verdade, a justificação caracteriza o Estado de Direito; é o “Estado que se justifica”⁵⁴⁰.

A atividade jurisdicional responde à necessidade de os jurisdicionados terem suas controvérsias resolvidas pela autoridade competente e a respectiva decisão deve ser fundamentada com o fito de demonstrar que o fim almejado pelo jurisdicionado foi alcançado, ou seja, de ter tido seu direito de ser ouvido respeitado.

Na lição de J. C. Barbosa Moreira⁵⁴¹:

Trata-se de garantir o direito que têm as partes de ser ouvidas e de ver examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado...é na motivação que se pode averiguar se e em que medida o juiz levou em conta ou negligenciou o material oferecido pelos litigantes; assim, essa parte da decisão constitui 'o mais válido ponto de referência' para controlar-se o efetivo respeito daquela prerrogativa. (grifamos)

Nesse sentido é, também, que:

A fundamentação das decisões – o que, repita-se, inclui a motivação – mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão... Todas as decisões devem estar

⁵³⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial?**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 248.

⁵⁴⁰ Brüggemann *apud* J. C. Barbosa Moreira. **Temas de Direito Processual Civil - Segunda Série**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 89.

⁵⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual Civil - Segunda Série**. cit., p. 88.

*justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de carácter jurídico... Trata-se de uma verdadeira 'blindagem' contra julgamentos arbitrários... A fundamentação é, em síntese, a justificativa pela qual se decidiu desta ou daquela maneira. É, pois, condição de possibilidade de um elemento fundamental do Estado Democrático de Direito: a legitimidade da decisão*⁵⁴². (grifamos)

A motivação da decisão deve ser clara, completa, linear⁵⁴³. A fundamentação, hoje em dia, é elemento essencial das decisões e, repitamos, resulta do Estado de direito. É a plena manifestação da prestação da atividade jurisdicional, que só estará em conformidade com o princípio do *due process of law* se for suficiente a garantir uma decisão completa. A sentença, como já mencionado, é um discurso jurídico que presta contas⁵⁴⁴.

Como diz Chaim Perelman⁵⁴⁵, motivar uma sentença é justificá-la. “*Não é o mesmo que fundá-la de uma maneira impessoal e, por assim dizer, demonstrativa. É persuadir um auditório (...) mostrar que o julgamento é oportuno, razoável*”.

O juiz labora com base em seu livre convencimento, porém este deve ser motivado com base nos fatos apresentados e suas respectivas provas – quando necessárias⁵⁴⁶ -, a fim

⁵⁴² GOMES CANOTILHO, J. J.; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1324.

⁵⁴³ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Embargos de Declaração. Como se motiva uma decisão judicial?** 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁵⁴⁴ FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 31.

⁵⁴⁵ PERELMAN, Chaim. La Motivation des décisions de justice, Essay de synthèse. In: PERELMAN, Chaim ; FORRIERS, P. (coords.). **La Motivation des décisions de justice**. Bruxelas: Éditions Juridiques et Scientifiques, 1978, p. 425.

⁵⁴⁶ “(...) o Código de Processo Civil é pemeado de técnicas por meio das quais se permite ao juiz considerar existentes fatos que não tenham sido objeto de prova, como, por exemplo, fatos não contestados ou não contestados de forma específica”. ARRUDA ALVIM, Teresa. **Embargos de Declaração...** cit., p. 145.

de que se garanta o devido processo legal⁵⁴⁷, afinal a motivação da sentença é dever inerente à própria atividade jurisdicional⁵⁴⁸. A sentença deve ser *racionalmente* fundamentada⁵⁴⁹.

Este autor já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que:

A decisão judicial, em metáfora agora adotada, parece se aproximar mais da figura de um mosaico, pois que o juiz deve entregar o melhor de seus desenhos, para não se dizer o único, para aquela determinada pretensão que lhe foi posta à análise. E esse desenho será fruto da coleta de diversos elementos (pedaços e cores) constantes do processo, todos eles costurados com a utilização do enquadramento normativo (subsunção do fato à norma)⁵⁵⁰.

O dever de fundamentar foi alçado a dever constitucional conforme estabelece o art. 93, IX, CF e, no processo civil, está expressamente previsto nos arts. 11, 371 e 489.

Dos mencionados dispositivos processuais, o Código trouxe um bastante denso em relação ao dever de fundamentar as decisões, inclusive estabelecendo hipóteses em que a decisão não se considera devidamente fundamentada. É o que se denota dos incisos constantes do § 1º, de seu art. 489.

Da leitura do citado dispositivo processual, fica evidente a obrigação do Estado-juiz de prestar contas, pormenorizadamente, ao jurisdicionado, inclusive no sentido de dever

⁵⁴⁷ “No Estado-de -Direito, em que o poder se autolimita e seu exercício só se considera legítimo quando fiel a regras procedimentais adequadas (Niklas Luhmann, Elio Fazzalari), é natural que à liberdade de formar livremente seu convencimento no processo corresponda, para o juiz, o dever de motivar suas decisões. Daí a regra do livre convencimento motivado, que é inerente ao contexto de legalidade contido na cláusula *due process of law* (Const., art. 5º, LIV) e expresso na fórmula de equilíbrio fornecida pelo art. 131 do Código de Processo Civil (José Rogério Cruz e Tucci)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 2, p. 1077.

⁵⁴⁸ “Se, come si è appena visto in estrema sintesi, la funzione extraprocessuale della motivazione incide sensibilmente anche sulla definizione del concetto generale di ‘attività giurisdizionale’, ne discende che di tutto ciò occorra tener conto in sede di definizione degli effetti che derivano dalla violazione dell’obbligo di motivazione. Anche a questo riguardo, tuttavia, ci si trova di fronte ad una consolidata tradizione, assestata su un quadro dogmatico per molti aspetti insoddisfacente, pur se coerente con i dati normativi dell’ordinamento anteriore all’entrata in vigore della Costituzione.

In tale prospettiva, nella quale confluiscono la concezione endoprocessuale della motivazione e la sua sostanziale svalutazione di fronte alla componente volontaristica e autoritativa del *dictum* giurisdizionale, risulta corretta la collocazione del vizio di motivazione nel novero delle cause di nullità della sentenza”. TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Padova: CEDAM, 1975. v. 3, p. 462.

⁵⁴⁹ “La rationalité conçue comme justifiabilité de la décision englobe plusieurs valeurs. Elles sont différentes dans les différentes idéologies de l’application judiciaire du droit. Mais, sauf les versions extrêmes de l’idéologie de la libre décision, on demande toujours que la décision soit objective, c’est-à-dire fondée sur des critères au-delà des émotions irrationnelles, des ‘hunch’ du juge; ces critères sont divers: du texte de la loi traité de la façon la plus rigoureuse jusqu’aux valeurs de justice et d’équité, qui demandent d’aller au-delà de la loi. La motivation sert à la construction de la règle de décision dans le cas concret. La fonction idéologique de la motivation est de déterminer les ‘sources’ de la décision d’une façon intelligible, de donner les arguments qui soutiennent la décision dans les contextes de la controverse qui avait lieu pendant le procès”. WRÓBLEWSKI, Jerzy. Motivation de la Décision Judiciaire. In: PERELMAN, Chaim; FORRIERS, P. (coords.). **La Motivation des Décisions de Justice**. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1978, p. 126.

⁵⁵⁰ BELLOCCHI, Márcio. A fundamentação das decisões judiciais e sua natureza (não) discricionária. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 268, p. 99-115, jun./2017.

“enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (inciso IV).

Razão inexistente para que tudo o que se disse, até aqui, não se aplique, também, à arbitragem. Também no que diz respeito à arbitragem, o dever de fundamentar decisões tem raiz constitucional, assim como decorre da própria lei, como prevê o art. 26, inciso II da LArb e como estabelece o art. 21, § 2º da mesma lei, ao dispor que, na arbitragem, deverão ser respeitados determinados princípios processuais, como o do livre convencimento (motivado).

Da leitura do mencionado art. 26, *caput* e incisos, da LArb, é de fácil constatação que, assim como no processo civil, também na arbitragem são devidos o respeito e a garantia ao *due process of law*, culminando-se com a prolação de uma sentença final que entregue às partes exatamente aquilo que esperam e para o que contrataram os árbitros: a atividade jurisdicional plena.

Para tanto, a sentença arbitral, assim como as sentenças proferidas pelo Poder Judiciário, deve ser fundamentada, garantindo-se ao jurisdicionado conhecer, efetivamente, como e porque foi aquela a solução à controvérsia.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que o princípio do contraditório assegura às partes: (i) o direito de informação; (ii) o direito de manifestação; e (iii) o direito de ter suas razões efetivamente consideradas pelo julgador⁵⁵¹. (grifo deste autor)

O contraditório, em verdade, só tem sentido se, entre as partes, houver um observador imparcial, de forma que a participação do juiz e do árbitro, no contraditório, se revela, exatamente, pela fundamentação da decisão⁵⁵².

O dever de fundamentar, na arbitragem, torna-se ainda mais importante e valioso, considerando-se o fato de a decisão ser irrecorrível e o mérito do processo arbitral não ser passível de reapreciação pelo Judiciário. O comando constante da sentença deve ser claro, completo, assim como as bases legais e factuais que formaram o convencimento do Tribunal Arbitral.

⁵⁵¹ Mandado de Segurança n. 24.268/MG, Órgão Pleno, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, DJU 17.09.2004.

⁵⁵² "Conforme a doutrina, a regra da dialeticidade - ônus do recorrente de apresentar os fundamentos de sua irresignação - constitui reflexo do princípio constitucional do contraditório e da necessária interação dialógica entre as partes e o magistrado, revelando-se como a outra face da vedação do árbitro, pois se o juiz não pode decidir sem fundamentar, 'a parte não pode criticar sem explicar'". Trecho das informações de inteiro teor de julgamento da Corte Especial do STJ nos EREsp 1.424.404-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 20/10/2021, Info 715.

Mediante a prolação da sentença arbitral é que se dá a solução definitiva ao conflito, não havendo possibilidade de as partes provocarem a reapreciação do quanto decidido. Por essa razão, os litigantes, na arbitragem, têm o direito a que o painel arbitral se manifeste sobre a totalidade dos argumentos defendidos, seja para admiti-los ou para explicitar por qual motivo foram afastados.

Ousa-se, até, dizer que a expectativa das partes, no que diz respeito à fundamentação da sentença arbitral é ainda mais alta. As partes contratam a arbitragem por diversos motivos: um deles é o intuito de ter o conflito resolvido por pessoas com profundo conhecimento a respeito da matéria. É por isso que esperam conhecer a integralidade dos motivos que levaram o Tribunal Arbitral a decidir de determinada forma.

As partes querem ter o conforto de que o caso foi devida e completamente resolvido e isso só pode se dar mediante a efetiva fundamentação da sentença arbitral.

Espera-se, na arbitragem, por ser uma via paralela à judicial, uma **fundamentação ainda mais robusta** proveniente do Tribunal Arbitral encarregado **especificamente** do caso para o qual foi formado. Espera-se maior empenho, esforço e tempo do que o que se dispõe pelo Judiciário. Esse, também, é um dos pontos diferenciais da arbitragem e que não pode ser perdido com o passar dos tempos...

Na sentença arbitral, o Tribunal deve

Buscar identificar todas aquelas questões que possam ser dispositivas na demanda, não apenas sob os seus próprios olhos, mas também sobre os olhos das partes, e explicar o processo decisório subjacente a cada uma delas. (...) Se as partes confiam ao árbitro a resolução da controvérsia – excluindo da apreciação do Poder Judiciário o mérito da desavença -, é de se supor que ele deva amparar tal atribuição de responsabilidade, trazendo uma fundamentação ampla e detalhada dos fatos trazidos por ambas as partes e quais deles exerceram mais grau de convencimento, este sendo o principal ato discricionário do árbitro⁵⁵³.

Uma das razões que leva à necessidade de que as decisões judiciais sejam fundamentadas, é a de que a fundamentação *possibilita tecnicamente* o recurso, já que, no recurso, o que se impugna, em verdade, é a fundamentação. O *decisum* se esvazia, por consequência, por ter sido acolhida, pelo tribunal, a impugnação à decisão. Mas não se diga que, porque não cabe recurso da decisão arbitral, o dever de fundamentação seria menos intenso. Definitivamente, não!

Mais uma vez, citando Barbosa Moreira:

⁵⁵³ BARROS, Octávio Fragata Martins de. **Como julgam os árbitros**: uma leitura do processo decisório arbitral. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 220.

Sob este enfoque, a justificação se faz necessária tanto em relação às decisões impugnáveis quanto com respeito àquelas que são a última palavra acerca do litígio. 'É nesse instante que a necessidade de justificação se faz particularmente aguda: o pronunciamento final, exatamente, porque se destina a prevalecer em definitivo, e nesse sentido representa (ou deve representar) a expressão máxima da garantia, precisa, mais do que qualquer outro, mostrar-se apto a corresponder à função delicadíssima que lhe toca. Não é admissível que a garantia se esvazie, se despoje de eficácia, no momento culminante do processo mediante o qual é chamada a atuar'⁵⁵⁴.

Na arbitragem, assim como no processo civil, a sentença vaga também é falha em sua fundamentação, por insuficiência de argumentos. Como leciona Teresa Arruda Alvim, desde antes da entrada em vigor do atual Código: **fundamentação inadequada insuficiente e contraditória equivale à ausência de fundamentação**⁵⁵⁵, pois, nessa hipótese, não se garante ao jurisdicionado o pleno entendimento do alcance do comando contra si proferido, por não ser possível a compreensão do motivo que formou o convencimento do julgador.

⁵⁵⁴ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Embargos de Declaração. Como se motiva uma decisão judicial?** 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 249.

⁵⁵⁵ “Segundo pensamos, os dizeres dos julgados citados na nota de rodapé precedente vão ao encontro do que temos sustentado: fundamentação inadequada é o mesmo que fundamentação inexistente, infringindo-se, nesse caso, o art. 93, IX, da CF. Observe-se, a propósito, que fundamentação concisa não equivale a ausência de fundamentação, ou a fundamentação deficiente [Não se considera nula a sentença que tenha fundamentação concisa: 'Inexiste afronta aos arts. 458, 474 e 535 do CPC quando o aresto recorrido contém fundamentação adequada e clara, ainda que concisa, em relação aos pontos controvertidos'. STJ, AgRg no AREsp 848.188/RS, 4ª T., j. 18.08.2016, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 23.08.2016. Mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1539929/MG, 2ª T., j. 16.06.2016, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 02.08.2016].

Estas três hipóteses podem, a nosso juízo, dar azo à propositura de ação rescisória por manifesta infração a norma jurídica (art. 966, V, do CPC) [Nesse sentido, cf. STJ, REsp 265.351/SP, 3ª T., j. 23.11.2000, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 05.02.2001, TJ-MS, AR 1401846-72.2014.8.12.0000, Primeira Seção Cível, j. 07.07.2014, rel. Des. Claudionor Miguel Abs Duarte, DJe 15.07.2014].

A falta ou o vício de motivação, como se disse, são causas de nulidade da sentença. Taruffo inclina-se a considerar até como inexistente a sentença a que falte um 'conteúdo mínimo', indispensável, de motivação, para que nela se reconheça o exercício legítimo do poder jurisdicional [La motivazione... cit., p. 464].

Trata-se de um vício particularmente grave, e que, por isso, foi tratado de forma especial pelo legislador, de maneira que fique claro não se poder aplicar a este tipo de vício o princípio da sanatória geral da coisa julgada. A insuficiência da disciplina a respeito da fundamentação da sentença gera, ainda segundo Taruffo [Idem, p. 465], além de evidente incongruência dogmática, dois inconvenientes: a possibilidade de haver casos em que não se possa nem mesmo determinar o quantum judicatum; e, por outro lado, o fato de que esta sentença, passando o prazo da ação autônoma de impugnação (que, no direito brasileiro, seria a ação rescisória), passe a ser inatingível – uma sentença carecedora dos elementos mínimos para que possa ser chamada de ato jurisdicional”. ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 282.

10.7.1 Consequência da Falha de Fundamentação da Sentença Arbitral

Como se viu, o art. 26, II da LArb estabelece que a fundamentação é um dos requisitos essenciais da sentença arbitral, exigência essa que se apoia no comando constitucional do art. 93, IX, no sentido de que todas as decisões devem ser fundamentadas.

O art. 32, III da LArb, por sua vez, determina que será nula a sentença arbitral se lhe faltar um dos requisitos previstos no art. 26 da LArb, do qual, repita-se, consta o dever de fundamentar, padecendo, nesse caso, a sentença, de vício formal.

O art. 33 da LArb disponibiliza, para tanto, o ajuizamento da respectiva ação para se buscar a anulação da sentença arbitral, sobre o que se tratará em tópico específico, mais adiante.

Mesmo que não houvesse previsão legal expressa a respeito da nulidade da sentença arbitral para a hipótese aqui tratada, a respectiva ação, mesmo assim, seria cabível, com apoio no princípio constitucional do devido processo legal.

Por fim de se apontar a lição de José Carlos Magalhães⁵⁵⁶, no sentido de que as partes podem estabelecer que os árbitros não terão o dever de fundamentar sua decisão.

Muito embora se possa estar de acordo com essa conclusão - afinal o princípio da autonomia da vontade autoriza as partes a definirem as “regras do jogo” como bem entenderem, desde que não se violem os bons costumes e a ordem pública -, difícil visualizar-se hipótese em que assim se disponha, pois não se afigura natural que as partes afastem a necessidade de se justificar/motivar a decisão proferida, o que só lhes seria prejudicial e poderia gerar ainda mais dúvidas acerca da adequação da decisão, já que a satisfação completa das partes, não sob o ponto de vista técnico, mas sob o ponto de vista psicológico, provém, necessariamente, da compreensão da racionalidade da decisão, mesmo quando em seu desfavor.

⁵⁵⁶ “Trata-se da motivação, sem a qual a sentença judicial será nula. Todavia, o processo arbitral não se rege pelas normas do processo judicial, podendo as partes autorizar os árbitros decidir a controvérsia sem motivação. Prevalece, nesse caso, a vontade das partes expressa na convenção arbitral. Isto porque nem todo litígio requer motivação da sentença que o resolve, como é o caso da fixação do valor da diferença de preço pago pelo comprador de determinado produto não entregue pelo vendedor e adquirido pelo comprador de terceiros por preço maior. Nesse caso, se as partes anuíram não ser necessária a motivação da decisão, mas tão somente a constatação da diferença de preço do mesmo produto, paga pelo comprador, trata-se de dado objetivo que não requer fundamentação. Ou quando, pela singularidade do caso verifica-se a desnecessidade da motivação”. **Arbitragem. Sociedade Civil x Estado**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 310.

10.8 HIPOTECA JUDICIÁRIA

A hipoteca judiciária é um efeito imediato e anexo da sentença:

A sentença tem eficácia direta, reflexa e anexa. A eficácia direta da sentença é aquela que atinge a relação jurídica deduzida em juízo de modo principal. A eficácia reflexa é aquela que alcança a relação jurídica conexa àquela alegada em juízo. A eficácia anexa é aquela que advém da lei, sem necessidade de pedido. (...). Exemplo típico de eficácia anexa da sentença é a produção de hipoteca judiciária (art. 495, CPC)⁵⁵⁷.

Assim, constitui-se a hipoteca judiciária, independentemente de pedido da parte interessada e/ou de manifestação expressa do juiz, já que que tal fenômeno decorre de lei. A decisão do juiz, nesse caso, é mera manifestação que declara o que o que determina a lei!

Conforme estabelece o *caput* do art. 495 CPC, valerão como título constitutivo da hipoteca judiciária “*a decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária*”, pelo que, frise-se, a hipoteca judiciária é efeito imediato e anexo, portanto, de toda e qualquer sentença condenatória.

Constituirá hipoteca judiciária, a sentença condenatória, mesmo que genérica, também quando o credor puder promover o cumprimento provisório da sentença assim como quando ainda puder ser impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo (art. 495, § 1º e incisos, CPC).

O art. 31 da LArb estabelece que a sentença arbitral “*produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo*”. Da leitura desse dispositivo, não há como se chegar à outra conclusão que não aquela no sentido de que também a sentença arbitral valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, com o fim de constituir garantia que recai sobre os bens do devedor⁵⁵⁸.

Se a hipoteca judiciária é efeito imediato da sentença, e a sentença arbitral, por força de lei, produz os mesmos efeitos que a sentença judicial, a conclusão aqui sustentada parecer ser natural...

⁵⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 630.

⁵⁵⁸ REsp n. 1.963.553/SP, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 14.12.2021.

Nesse sentido, o escólio de José Rogério Cruz e Tucci⁵⁵⁹: “*Cumprir enfatizar, a propósito, que a hipoteca judiciária é efeito imediato da sentença condenatória judicial ou arbitral, (...)*”, seja ela final ou parcial.

10.9 COISA JULGADA

Já foi visto que a jurisdição tem a característica, ou como diz Rocco⁵⁶⁰: a índole, da substitutividade. E, para que essa substituição ocorra de “*forma segura, eficiente e imutável, necessário se faz a existência de um atributo, ou uma qualidade a ser agregada a essa atividade substitutiva, que é, precisamente, a qualidade de imutabilidade da sentença*”⁵⁶¹.

Se é jurisdição, como sustentado, pode-se afirmar, com tranquilidade, que para que a atividade jurisdicional decorrente da arbitragem seja exercida de forma segura e eficiente - como esperam as partes em disputa - a respectiva decisão deve ser imutável⁵⁶². Com isso, garante-se a segurança jurídica⁵⁶³; até porque a regra é a de que o mérito da sentença arbitral não é suscetível de revisão pelo Poder Judiciário.

Esse princípio está insculpido na própria LArb, mais especificamente no art. 31, que, como já visto no item anterior, estabelece que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos⁵⁶⁴ - e, tem, também, as mesmas características - da sentença proferida no âmbito do Poder Judiciário, tanto que constitui título executivo judicial.

⁵⁵⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Hipoteca judiciária como efeito da sentença arbitral condenatória. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-28/paradoxo-corte-hipoteca-judiciaria-efeito-sentenca-arbitral-condenatoria>. Acesso em: 30 dez. 2021.

⁵⁶⁰ ROCCO, Alfredo. **La Sentenza Civile**. Milano: Giuffrè, 1962.

⁵⁶¹ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Tratado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1996. v. 1, p. 193.

⁵⁶² Pode-se extrair essa conclusão, também, da lição de TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e Sua Revisão**. São Paulo: Ed. RT, 2005. Nesse sentido: “*a sentença arbitral produz coisa julgada, de molde que seus efeitos revestem-se da característica da imutabilidade, inerente à atividade jurisdicional, que é definitiva por natureza*”. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Coisa Julgada: Extensão e Limites Objetivos. Soluções Práticas de Direito**. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 4, p. 198.

⁵⁶³ “*É do supremo interesse da ordem social que se garanta, pela eficaz aplicação do princípio da autoridade da coisa julgada, a certeza da estabilidade das relações da vida jurídica, como condição essencial à marcha evolutiva dos estados e das nações*”. GUSMÃO, Manoel Aureliano de. **Coisa julgada: no cível, no crime e no direito internacional**. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica, Saraiva & C. - Editores, 1922, p. 8.

⁵⁶⁴ “*A partir do momento em que o ordenamento jurídico admite a arbitragem, a contradição entre a decisão do árbitro e a do juiz é tão prejudicial à coerência do direito e à segurança jurídica quanto as decisões judiciais que decidem uma mesma questão de maneira distinta. A sentença do árbitro, porque proferida em um sistema ancorado no direito, goza de tanta autoridade quanto a sentença do juiz, de modo que ninguém que vai à arbitragem pode supor que as questões decididas pelo árbitro podem ser negadas ou livremente rediscutidas*”. MARINONI, Luiz Guilherme. Arbitragem e Coisa Julgada sobre Questão. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 58, p. 99-117, jul./set. 2018.

Assim, a sentença arbitral faz coisa julgada⁵⁶⁵:

A equiparação entre a sentença estatal e a arbitral faz com que a segunda produza os mesmos efeitos da primeira. Por consequência, além da extinção da relação jurídica processual e da decisão da causa (declaração, condenação ou constituição), a decisão de mérito faz coisa julgada às partes entre as quais é dada (e não beneficiará ou prejudicará terceiros). Sendo condenatória, a sentença arbitral constituirá título executivo (art. 475-N, IV do Código de Processo Civil), e permitirá a constituição de hipoteca judiciária (art. 466 do Código de Processo Civil)⁵⁶⁶.

Interessam, aqui, os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, para o que importante retomar o conceito de parte.

Na clássica lição de Chiovenda⁵⁶⁷ *o conceito de parte entronca-se no conceito do processo e da relação processual: parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada. Ainda, a relação processual assim como as partes existem baseados na simples afirmação da ação.*

Partes, na dicção de Liebman, por sua vez, são os sujeitos contrapostos na dialética do processo:

⁵⁶⁵ Este autor já se manifestou a esse respeito, de forma mais profunda, em **Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem**, p. 119-121: “A sentença arbitral, conforme o art. 31 da LArb, produz os mesmos efeitos daquela proferida pelo Poder Judiciário.

Aqui, o termo efeitos, a nosso ver, deve ser entendido em seu sentido lato e, portanto, abranger todos os elementos que compõem a sentença, inclusive suas características. Queremos dizer que a lei, ao mencionar que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença estatal, teve o intuito, parece-nos, de dizer que ambas as sentenças possuem as mesmas características.

A sentença arbitral, por força do disposto no art. 31 da LArb e em virtude da própria natureza jurídica do instituto em comento, faz coisa julgada, até porque uma vez que julga mérito e se é fruto do exercício da atividade jurisdicional que é delegada aos árbitros, deve ser objeto da coisa julgada!

Muito embora tenhamos o ensinamento de Liebman no sentido de que a coisa julgada não seja, propriamente, um efeito da sentença, mas, sim, a característica da imutabilidade de seus efeitos, se considerarmos o termo efeitos em seu sentido lato, como propomos neste ensaio, torna-se absolutamente compreensível a posição formulada nos parágrafos anteriores.

Ademais, como bem assevera Cândido Rangel Dinamarco: ‘a coisa julgada não é instituto confinado ao direito processual. Ela tem, acima de tudo, o significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que erigida em garantia constitucional’.

A roborar a tese aqui sustentada, vale mencionar o direito comparado: países como Portugal e França possuem dispositivos legais expressos no sentido de que a sentença arbitral faz coisa julgada entre as partes. Por fim, é relevante mencionarmos que sobre os efeitos da sentença arbitral já se posicionou, também, o STJ, conforme voto-vista proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão, no acórdão exarado em Conflito de Competência: ‘Assim, com a edição da Lei de Arbitragem, o instituto assumiu patamar inédito, porquanto o fortalecimento da cláusula compromissória ensejou a equiparação dos efeitos da sentença arbitral aos da decisão judicial, o que teve como corolário a exclusão da jurisdição estatal a partir da instauração do Tribunal Arbitral e a autonomia dos árbitros’.

⁵⁶⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 393.

⁵⁶⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965

O princípio tradicional, segundo o qual se produz a coisa julgada entre as partes e só entre as partes, não pode bastar e exaurir o tema da extensão subjetiva da sentença. Êle permanece muito exato, ..., mas é necessário completá-lo, de certo modo, para dar-se conta de um dado de fato que não adianta negar e muito menos se pode suprimir, isto é, o da coexistência, ao lado da relação jurídica que foi objeto de decisão e sobre a qual incide a coisa julgada, de inúmeras outras relações a ela ligadas de modo variado⁵⁶⁸.

O conceito de parte deve, em alguma dimensão, ser mais amplo, já que

Além do autor e do réu, também adquirem a 'qualidade' de parte (eadem condicio personarum – D.44.2.12) todos aqueles que forem citados, substituindo a parte originária (sucessor), ou que intervenham, defendendo direito próprio (oponente), ou em auxílio da parte, figurando como titular das diversas posições ativas ou passivas inseridas na dinâmica da relação jurídica processual (interveniente litisconsorcial), ou ainda por provocação de uma das partes originárias (denunciado, chamado ou nomeado). Também passa a ser parte aquele que sofre os efeitos da desconsideração incidental da personalidade jurídica⁵⁶⁹.

Complementando o conceito aqui tratado, imprescindível a lição de Thereza Alvim⁵⁷⁰, ao explicar ser possível que parte processual não coincida com a parte que é assim identificada, por ser titular do direito material, elencando as diferentes categorias de parte:

Nessa exata medida, unicamente aquele que pode agir em juízo, por preencher os pressupostos da capacidade para estar em juízo e legitimação processual, é que pode vir a perfazer as condições da ação, é quem pode ser parte. Esta parte pode ser qualificada de 'formal', para que não seja confundida com aquele que é titular do direito material. Por outro lado, se for dito que ela é 'parte integral', será objetivando esclarecer que é capaz de estar em juízo e que sua legitimidade é ordinária. Como se viu, composta será a parte se sua capacidade para estar em juízo tiver que ser integrada em menor ou maior grau, ou, ainda, quando só puder agir através de representante, enquanto complexa será a parte quando o atuar é o do legitimado extraordinário.

O enfoque mais amplo do conceito de parte resulta em que, na prática, os efeitos da coisa julgada possam vir, não só a beneficiar, mas, também, prejudicar alguém que não tenha atuado no processo, mas não porque se trataria de um terceiro em relação àquele processo, mas, sim, porque seria considerado parte: justamente pois seria atingido pelos efeitos da sentença e pela própria coisa julgada. Estariam, nesta hipótese, os casos de substituto processual e de legitimado autônomo.

⁵⁶⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1945, p.68.

⁵⁶⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Comentários ao Código de Processo Civil**: (arts. 485 ao 538). 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018, p. 217.

⁵⁷⁰ ALVIM, Thereza. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 110-111.

Em relação ao terceiro, conforme lição de Liebman, integralmente adotada por nosso sistema, há situações em que a coisa julgada pode extrapolar o âmbito do processo, de forma a atingir terceiros titulares da relação jurídica que é objeto do processo, embora aqueles não tenham integrado a lide.

Cruz e Tucci⁵⁷¹ sustenta que, em virtude da interdependência das relações, assim como da complexidade dos negócios, o princípio da relatividade da coisa julgada é mitigado (pode-se dizer: o que deve ocorrer em proporções cada vez maiores, em vista do aumento de volume da interconexão das relações jurídicas, por força do cada vez maior dinamismo da vida social), vislumbrando-se, com isso, a hipótese de extensão dos efeitos da decisão, assim como, em determinados casos, da expansão da própria autoridade da coisa julgada, formada *inter alios*, a terceiros.

A esta altura, é necessário que se lembre não se poderem confundir efeitos da sentença com a autoridade da coisa julgada, o que, por muito tempo, foi objeto de confusão. Esta confusão pode ser afastada com o uso da terminologia que parece a mais adequada.

A eficácia da sentença⁵⁷² pode nascer com a sua prolação (publicação), a depender do quanto dispõe a legislação acerca dos respectivos recursos cabíveis. Essa é a razão de ser da regra geral estabelecida no *caput* do art. 995 CPC: *Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso*. A eficácia da sentença, portanto, é uma consequência do próprio ato processual, quando o recurso cabível for desprovido de efeito suspensivo.

Os efeitos da sentença, em relação às partes, podem ser declaratórios, constitutivos ou condenatórios. Há, ainda, os que adotam uma classificação quinária, considerando, assim, as sentenças mandamentais e as executivas *lato sensu*. O critério dessa classificação, como se vê, baseia-se nos efeitos produzidos pela sentença.

Em verdade, todas as sentenças têm natureza declaratória. Há aquelas que são meramente declaratórias: têm por fim declarar a inexistência ou a existência de uma relação jurídica e há aquelas que são, antes de tudo, declaratórias e, então, condenatórias ou constitutivas ou desconstitutivas de um direito.

⁵⁷¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Comentários ao Código de Processo Civil**: (arts. 485 ao 538). 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018, p. 218.

⁵⁷² “A eficácia dos atos jurídicos, em linha de princípio, pode manifestar-se desde o próprio momento em que são praticados, ficar diferida para momento posterior, ou até reportar-se a momento anterior.... Não há supor que a sentença constitua exceção à regra”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada. **Temas de Direito Processual Civil – 3ª Série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 100.

Partilha-se, neste trabalho, da opinião que se apoia na classificação quinária dos efeitos da sentença e, para tanto, traz-se a doutrina de Teresa Arruda Alvim, no sentido de que:

*Parte da doutrina entende haver diferenças substanciais entre sentenças mandamentais e executivas lato sensu, a ponto de justificar a admissão destas duas outras categorias. Faz alusão à classificação quinária das ações, concebida por Pontes de Miranda. Segundo esses autores, as sentenças mandamentais contêm ordem para o réu, cujo descumprimento pode caracterizar crime de desobediência e este é seu conteúdo principal. As sentenças executivas, por seu turno, contêm, além da autorização para executar (tal como ocorre na sentença condenatória), aptidão intrínseca para levar à efetiva satisfação do credor, independentemente de nova demanda de execução*⁵⁷³.

A coisa julgada, por sua vez, é a característica de imutabilidade de que a decisão se reveste, uma vez transitada em julgado e, portanto, não mais passível de ser desafiada por recurso. Esse é o teor do art. 502 CPC.

Neste aspecto, deve ser lembrada a lição, novamente, de Cruz e Tucci⁵⁷⁴:

Não se confunde a eficácia própria do ato que tende à extinção da fase de conhecimento do processo com a imutabilidade do conteúdo decisório da sentença que é alcançada com o trânsito em julgado. A eficácia sentencial, portanto, não se vincula à coisa julgada. Passada em julgado a sentença, adquire ela uma nota característica: a imutabilidade.

De rigor, portanto, entende-se que o que é atingido pela coisa julgada é a decisão, em si mesma. A coisa julgada é a qualidade de imutabilidade que se agrega à sentença e sobre o que as partes não podem dispor.

No que diz respeito aos efeitos da sentença, estes têm ou podem ter lugar muito antes da formação da coisa julgada, de forma que por ela não são atingidos.

Para Liebman:

*A autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas sim modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado*⁵⁷⁵.

Os destinatários imediatos da sentença, como visto, são as partes. A sentença, fruto da atividade jurisdicional, ato de Estado, é imperativa entre as partes. É perante estas que, fundamentalmente, a sentença tem eficácia direta. Até porque é sobre a relação jurídica que existe entre as partes que dispõe, diretamente, a sentença.

⁵⁷³ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação ou Alteração na Jurisprudência Firme ou de Precedentes Vinculantes**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

⁵⁷⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 167.

⁵⁷⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvido Aires. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1945, p.36.

E, por ser ato de Estado, muito embora proferida entre partes, lei, portanto, para estas, a sentença não pode passar despercebida perante terceiros. Os terceiros são, também, obrigados a reconhecer que existe tal julgado:

Como todo ato jurídico... tocante às partes entre as quais intervém, existe a sentença e vale em relação a todos. Como o contrato entre A e B, assim a sentença entre A e B vale em relação a todos, enquanto fôr sentença entre A e B. Não convém, pois, estabelecer como princípio geral o de que a sentença prevalece só entre as partes; antes é mister dizer que a sentença não pode prejudicar aos que foram estranhos à lide... Todos somos obrigados a reconhecer o julgado entre as partes; não podemos, porém, ser pôr êle prejudicados⁵⁷⁶.

Tem-se, na lição de Chiovenda, dois pontos que se complementam: a sentença, enquanto ato estatal, é fato jurídico que não pode ser objeto de alegação de desconhecimento, não só pelas partes para as quais proferida, mas, também, por terceiros, assim como os efeitos da sentença, em regra, atingem, somente, as partes, havendo situações, no entanto, em que esses efeitos alcançam a terceiros.

Conforme lição mais atual⁵⁷⁷:

*É possível concluir que os efeitos da decisão não ficam limitados apenas às partes e repercutem, naturalmente, sobre diversos interesses de terceiros. Contudo, se alguém for prejudicado em sua esfera jurídica pela eficácia da decisão, proferida em processo do qual não tenha participado, poderá, por via de regra, ajuizar a sua própria demanda para buscar um pronunciamento jurisdicional em sentido diverso, não se aceitando a oposição de coisa julgada para impedi-lo de rediscutir a questão anteriormente decidida *inter alios*.*

Então, a despeito de a regra dos efeitos da sentença só ter alcance perante as partes, haverá exceções em que, por força da interconexão das relações jurídicas, terceiros sofrerão os efeitos daquela decisão, pois que seu direito está intimamente ligado à relação jurídica objeto da decisão proferida *inter alios*.

Como professa Cruz e Tucci⁵⁷⁸:

*Numerosos são os sujeitos para os quais a sentença proferida *inter alios* pode ser relevante; mais limitado é, ao invés, o âmbito de terceiros contra os quais a decisão pode produzir eficácia jurídica. E isso ocorre, de fato, apenas quando a existência do direito de um terceiro vem prejudicada pela decisão sobre outra relação jurídica, em decorrência do particular nexo intercorrente entre as duas situações jurídicas.*

⁵⁷⁶ Chiovenda apud LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1945.

⁵⁷⁷ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Coisa Julgada e Questões Prejudiciais. Limites Objetivos e Subjetivos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 513.

⁵⁷⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 173.

O terceiro, em verdade, poderá ser atingido pela eficácia da sentença e da coisa julgada – uma vez imutável a decisão, já que não mais sujeita a recurso -, em virtude da qualidade de seu interesse em relação àquela relação jurídica antes discutida e decidida, *inter alios*. Os efeitos da sentença podem prejudicar ou beneficiar terceiros. Os efeitos da autoridade da coisa julgada, contudo, só podem beneficiar a terceiros interessados⁵⁷⁹. É o que dispõe o art. 506, CPC.

Mas, o que caracteriza esse interesse que autoriza a extensão dos efeitos da coisa julgada, a terceiros?

E, prossegue Cruz e Tucci:

Pois que: para que a sentença possa produzir efeitos em relação à situação jurídica do terceiro é necessária a existência de um vínculo jurídico entre duas relações; não basta que a decisão interesse de qualquer modo à esfera jurídico-patrimonial do terceiro (titula de um interesse de fato), mas deve incidir sobre um direito subjetivo deste, prejudicando-lhe a existência⁵⁸⁰.

A resposta objetiva é: não são os portadores de um interesse de fato e/ou de um interesse econômico, mas, sim, são os que ostentam um interesse jurídico e que possam ter a sua órbita de direito alcançada pelos efeitos da decisão ou, mais, pela *res judicata* de decisão proferida *inter alios*, sempre em seu benefício, jamais em prejuízo.

Importante que se lembre que, em relação àquele que é o titular do direito discutido em juízo, mas que, em virtude de lei, não participou da relação processual, não haverá limites para a extensão dos efeitos da coisa julgada: seja em benefício, seja em prejuízo, pois que, como dizia Chiovenda, ele é o efetivo titular do bem da vida pretendido, no processo. Neste aspecto, interessante importar lição de Proto Pisani, para quem *partes são: (a) os sujeitos dos atos processuais; b) os sujeitos dos efeitos do processo; e c) os sujeitos dos efeitos da sentença*⁵⁸¹.

Como leciona Cavalcanti⁵⁸², para ocorrer a extensão subjetiva da autoridade da coisa julgada, em benefício de terceiro, devem estar presentes os seguintes pressupostos: (a) a

⁵⁷⁹ “Conclui-se, assim, que enquanto a eficácia da sentença pode trazer prejuízo ao terceiro, a imutabilidade da decisão vincula-o tão somente quando lhe propiciar benefício”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Comentários ao Código de Processo Civil**: (arts. 485 ao 538). 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018, p. 221. Posicionar-se de forma diversa, isto é, admitir-se a extensão da eficácia da coisa julgada em detrimento do interesse jurídico de terceiros seria afrontar, de morte, os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, diferentemente do que ocorre quanto à extensão da eficácia da *res judicata* em benefício de terceiros.

⁵⁸⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 173.

⁵⁸¹ *apud* CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites...** cit., p. 32.

⁵⁸² CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Coisa Julgada e Questões Prejudiciais. Limites Objetivos e Subjetivos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 514.

eficácia da decisão deve repercutir em interesse de terceiro; (b) o interesse atingido deve constituir um interesse jurídico; e (c) a eficácia da decisão deve repercutir favoravelmente no interesse jurídico.

E, para que alguém seja beneficiado pela coisa julgada, deve ser um terceiro juridicamente interessado. É a figura, conforme Cruz e Tucci, do terceiro juridicamente beneficiado:

(...) alguém estranho ao processo, pode ser beneficiado pelo resultado nele determinado. E aqui também há de fazer-se a distinção entre os terceiros beneficiados de fato, que, de forma indireta, acabam sendo favorecidos, e.g., os credores pela vitória do devedor comum numa ação reivindicatória; e os terceiros juridicamente beneficiados, que se subordinam à autoridade da coisa julgada. Nessa derradeira situação, a extensão ultra partes geralmente ocorre porque o terceiro, no plano do direito material, situa-se na mesma posição jurídica de um dos demandantes ou então é titular de relação conexa com a res de qua agitur⁵⁸³.

Ao terceiro, quando beneficiado pela coisa julgada, falta interesse de agir para rediscutir a questão objeto da *res judicata inter alios* e que influencia, sob o ponto de vista jurídico, sua esfera de interesses⁵⁸⁴.

Segundo Marinoni, a possibilidade de a coisa julgada beneficiar terceiros está intimamente ligada à abrangência, atualmente, da coisa julgada sobre as questões decididas no processo:

Realmente, a aceitação da coisa julgada sobre questão facilita muito a percepção de que a decisão da questão também diz respeito a terceiros e de que a coisa julgada, por conta disso, não pode ficar limitada às partes. Daí obviamente não ter sido um acaso a relação entre os artigos 503 e 506 do Código de Processo Civil (LGL\2015\1656)⁵⁸⁵.

O CPC alterou a abrangência da coisa julgada material sob a ótica de seus limites objetivos. Preenchidos alguns pressupostos (art. 503, § 1º), a coisa julgada material passa, segundo o Código, a abranger, também, as questões prejudiciais.

A finalidade desse dispositivo foi, certamente, imprimir maior coerência e harmonia ao sistema jurídico, já que o “homem comum” nunca foi capaz de compreender por qual motivo, por exemplo, um contrato pode ser considerado válido para efeitos de cobrança de

⁵⁸³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Comentários ao Código de Processo Civil:** (arts. 485 ao 538). 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018, p. 221.

⁵⁸⁴ “A sua sujeição, não apenas aos efeitos, mas à própria auctoritas rei iudicante, decorre do sistema, porquanto, ainda que em tese seja possível a sua irresignação, carece ele de interesse processual para discutir o decisum”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Comentários...** cit., p. 223.

⁵⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Arbitragem e Coisa Julgada sobre Questão. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 58, p. 99-117, jul./set. 2018.

juros e inválido para fins de seu próprio adimplemento, quando o juiz decidia sobre a validade do contrato, numa primeira ação, apenas *incidenter tantum*.

De fato, no sistema anterior, esse tipo de contradição teórica era permitido, sem que deixasse de causar estranheza no espírito daqueles que aprendiam como funcionava o sistema. Tradicionalmente, porém, nos sistemas de *civil law*, incongruências, apenas lógicas ou teóricas, sempre foram toleradas, isto é, aquelas incapazes de gerar incompatibilidades no plano dos fatos.

Entendeu-se, também, que o fato de se estender a autoridade de coisa julgada material às questões prejudiciais teria o potencial de, além de gerar um ambiente mais seguro e coerente, impedir a propositura de novas ações⁵⁸⁶.

No entanto, os autores divergem quanto a qual teria sido a inspiração do legislador. Uns entendem que o novo sistema teria sido fruto da inspiração do regime da coisa julgada que existe nos países do *common law*⁵⁸⁷; outros sustentam que essa figura teria surgido com o objetivo de resolver os problemas do próprio direito brasileiro, sem nenhuma específica inspiração no direito estrangeiro e decorrido de uma evolução legislativa do direito brasileiro, como se pode depreender da lição de Marcos de Araújo Cavalcante⁵⁸⁸.

Na arbitragem, como já dissemos, também temos a imutabilidade (a formação da coisa julgada material) como uma das características da decisão de mérito - parcial ou final – proferida pelos árbitros: é a coisa julgada arbitral. Isso porque, assim como na jurisdição do Estado, também na arbitragem se espera que, uma vez resolvido o conflito, atinja-se a segurança jurídica das relações, concretizada na estabilidade das decisões.

A abrangência da coisa julgada, no âmbito da jurisdição arbitral, é restrita, exclusivamente, às partes litigantes, assim como a eficácia direta da sentença, não se

⁵⁸⁶ “Ademais, a ampliação dos limites objetivos de modo a abranger as questões prejudiciais permite maior previsibilidade, elemento constitutivo da liberdade de agir. (...). Por outro lado, menciona-se que o direito aceita contradições lógicas, não admitindo apenas as contradições práticas. Essa afirmação, contudo, apresenta conteúdo arbitrário, pois não se explica a razão pela qual a jurisdição conviveria com desarmonias lógicas de julgado, as quais deslegitimam a atuação jurisdicional. O critério para definir as contradições lógicas e práticas é que precisa ser justificado, sobretudo quando soa incorreto para os cidadãos, pois permite decisões contraditórias sobre um mesmo tema”. SILVA, Ricardo Alexandre da. **A Nova Dimensão da Coisa Julgada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 227-228.

⁵⁸⁷ Na lição de MARINONI, Luiz Guilherme, a coisa julgada sobre questões prejudiciais trazida pelo atual CPC teria sua origem na técnica do *collateral estoppel*, figura típica do *common law*. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. São Paulo: Ed. RT, 2016. Ainda, conforme o mesmo autor, o *colateral estoppel* é “sinônimo de *collateral preclusion*. O termo *collateral* serviu para distinguir o efeito do julgamento da demanda (*claim ou cause of action*), que obsta a repositura da ação, do efeito da decisão sobre a questão, que veda a relitigação da questão em diferente ação entre as mesmas partes”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Sobre Questão**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

⁵⁸⁸ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Coisa Julgada e Questões Prejudiciais. Limites Objetivos e Subjetivos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 338 e ss.

havendo falar na ampliação subjetiva da abrangência da coisa julgada, nem nos efeitos da sentença a terceiros. Salvo os indiretos, inexoráveis.

A coisa julgada que se forma no bojo da jurisdição estatal (a coisa julgada judicial), proveniente do Poder Judiciário – o qual deve conviver em harmonia com os demais Poderes do Estado e que exerce uma função estatal permanente que visa à pacificação social – pode, como visto, atingir terceiros, para beneficiá-los.

Isso faz sentido, pois a coisa julgada judicial emana da jurisdição desenvolvida pelo Estado soberano que exerce seu poder perante toda a sociedade.

Diferentemente, na arbitragem, a jurisdição terá sido contratada pelas partes e, especificamente, para resolver determinado litígio. A arbitragem não tem um *quê de social*. Ela é um método de composição de conflitos, mas com um fim específico. É uma atividade transitória e temporária, cujo resultado atingirá, exclusivamente, as partes envolvidas no litígio, sendo que somente elas poderão ser atingidas pela coisa julgada.

Nessa medida, não se concebe como a coisa julgada arbitral poderia atingir terceiros, mesmo que em seu benefício. Terceiros não podem ser alcançados por atos decorrentes de uma jurisdição que lhes é estranha, que lhes é inexistente.

Entretanto, deve-se destacar e, de certa forma repetir, porém, agora, em relação à arbitragem, que, a despeito de a regra dos efeitos da sentença só alcançarem as partes, existirão exceções em que, por força da interconexão de relações jurídicas, terceiros poderão ser atingidos pelos efeitos da decisão arbitral, ainda que indiretos, pois que seu direito está intimamente ligado à relação jurídica objeto da decisão arbitral proferida *inter alios*.

As relações jurídicas que se formam à luz da disciplina posta pelo direito material, frequentemente são interligadas, de molde a que o que venha a acontecer a alguma delas seja capaz de interferir em outras. Por isso, então, a sentença que decide sobre o rumo de determinada relação jurídica entre *A* e *B* pode refletir na relação jurídica entre *A* e *C*.

Suponha-se, por exemplo, que *A* rescinda o contrato que tinha com *B* – do qual constava cláusula compromissória - e celebre outro contrato com *C* com o mesmo objeto. *B*, inconformado, provoca a instauração de processo arbitral contra *A* para reverter a rescisão por este perpetrada. Neste caso, vê-se a possibilidade de *C*, caso assim o queira, intervir no processo arbitral entre *A* e *B*. Seria uma típica hipótese de assistência, já mencionada anteriormente, no item relativo à intervenção de terceiros.

A intervenção voluntária desse terceiro significa, juridicamente, a sua anuência para com a convenção arbitral.

O CPC, frise-se, alargou os limites objetivos da coisa julgada, conforme redação do art. 503 CPC, a fim de que, também as questões prejudiciais, uma vez preenchidos os requisitos constantes do mencionado dispositivo processual, transitem em julgado.

Ao ver deste autor, também no âmbito da arbitragem, a racionalidade dessa nova regra, constante do Código de Processo Civil deve ser assimilada, de forma que, além do dispositivo da sentença arbitral (o *decisum*), também a decisão relativa às questões prejudiciais ao mérito – uma vez exercido o efetivo contraditório a respeito, com a chance de uma plena produção de todas as provas necessárias e uma adequada discussão a respeito – pode e deve fazer coisa julgada, desde que as questões digam respeito a direito disponível⁵⁸⁹.

⁵⁸⁹ Neste aspecto, importante que destaquemos a revogação do art. 25 da Lei n. 9.307/1996 pelo art. 4º da Lei n. 13.129/2015.

Mencionado art. 25 estabelecia que: “*Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral. Parágrafo Único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem*”.

A revogação desse dispositivo da LArb, a nosso ver, não confere ao árbitro poderes para decidir a respeito de direitos indisponíveis, ou seja, sua revogação não altera a arbitrabilidade objetiva fixada pelo *caput* do art. 1º da LArb: são arbitráveis, apenas, direitos patrimoniais disponíveis.

Essa revogação, também a nosso ver, não teve o condão de alterar esta possibilidade, que está contida no sistema. Com isso, queremos significar que nada impede que, uma vez se tendo verificada a existência de questão prejudicial consistente em matéria não arbitrável, possa essa ser levada ao Judiciário, com a suspensão do procedimento arbitral. “*Não está mais o juízo arbitral, contudo, obrigado a suspender o procedimento, podendo decidir, casuisticamente, se a questão prejudica, de fato, o julgamento do mérito da arbitragem e em que medida*”. SCHMIDT, Gustavo da Rocha; FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à Lei de Arbitragem**. São Paulo: GEN-Editora Método, 2021, p. 222.

Em verdade, essa revogação não poderia, mesmo, ter o condão de permitir ao árbitro decidir sobre questões não arbitráveis, nem proibir que houvesse suspensão da arbitragem para que se submetesse essa questão ao Judiciário.

O intuito do legislador, ao revogar esse dispositivo, foi, exclusivamente, o de evitar abusos que podem desestimular o uso da arbitragem, criando embaraços a sua real eficiência. Isto porque, a ocorrência de abusos é muito mais provável em função da existência da previsão expressa dessa possibilidade, na lei. Como dissemos, entendemos que a regra subsiste, apesar da revogação expressa do dispositivo que a previa. O fato de não existir previsão explícita, contudo, evita a “fabricação” de hipóteses de questões não arbitráveis pela parte que entende correr risco de perder e, por isso, tenta desacreditar a via eleita.

Conforme Adendo a Parecer ao Projeto de Lei n. 406/2013 (que deu origem à Lei n. 13.129/2015), de relatoria do Senador Vital do Rêgo, apresentado a CCJ do Senado: “*Quanto ao art. 25, observamos que as medidas de que trata esse dispositivo podem ser utilizadas de má-fé, principalmente pelas partes que buscam nelas uma forma de tangenciar o processo arbitral, procrastinando seu andamento, a partir da ‘criação’ de questões de direito indisponível. A sua supressão é uma forma de se prestigiar ainda mais a arbitragem, evitando com isso paralisações e ingerências judiciais indevidas. A exclusão do artigo não tem a intenção de dar ao árbitro competência para resolver questões de direitos indisponíveis. Isto é vedado pelo próprio art. 1º da Lei. Se o árbitro entender que a discussão envolve direito indisponível, ele deverá suspender ou mesmo extinguir a arbitragem*”.

Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4412856&disposition=inline>. Acesso em: 24 out. 2021.

A previsão da coisa julgada sobre questões, no atual Código de Processo Civil, é uma resposta ao anseio social de maior previsibilidade e segurança nas decisões, mediante uma probabilidade maior de que não sejam proferidas decisões contraditórias.

Com base no princípio da universalidade, pode-se afirmar que o direito é uno, de forma que se afigura absolutamente plausível que essa racionalidade do processo civil seja aplicável também à arbitragem, já que não é desejável que haja contradição entre decisões, também neste âmbito ou entre a jurisdição arbitral e a estatal.

Mais do que isso, a regra de formação de coisa julgada sobre questões, na arbitragem, ao ver deste autor, sempre existiu, mesmo antes da vigência da atual lei processual, pois que essa parece ser a melhor lógica a prevalecer e a evitar contradições entre decisões.

Entende-se que a coisa julgada ter sua autoridade restrita à parte decisória da sentença é que era exceção. A racionalidade jurídica indica que toda a sentença não pode ser rediscutida. Como exceção, demandava expressa e explícita menção e disciplina legal.

Ainda sobre o tema, surge uma indagação: caberia, na arbitragem, a possibilidade de as partes convencionarem a incoerência da coisa julgada, seja em relação à decisão que aprecia questões prejudiciais ao mérito, seja em relação ao próprio *decisum*?

A resposta deve ser afirmativa, para ambas as hipóteses, seja em virtude da autonomia da vontade das partes, seja por força do quanto dispõe o art. 2º, § 1º, LArb, no sentido de que as partes podem, livremente, escolher as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. Tal opção, no entendimento deste autor, não viola os bons costumes tampouco a ordem pública.

Contudo, essa opção das partes seria, no mínimo, estranha, em vista dos altos custos envolvidos num procedimento arbitral. Nesse sentido, para que serviria todo o procedimento, para se culminar em mera decisão sem característica de ato jurisdicional, pois que não gozaria de imutabilidade?

Essa decisão, a título de curiosidade, poderia ser equiparada àquela proferida no âmbito do *arbitrato irrituale* do direito italiano, para o que se abrirá um parêntesis, neste trabalho.

10.9.1 Arbitrato Irrituale do Direito Italiano

O *arbitrato irrituale* é espécie de procedimento que se contrapõe ao *arbitrato rituale*, conforme disposto no Código de Processo Civil Italiano. O primeiro está previsto no art. 808 *terzo*, enquanto o segundo no art. 806 e seguintes.

O *arbitrato rituale* identifica-se com o processo arbitral comum: é objeto de jurisdição, tem natureza jurídica mista e sua decisão gera os mesmos efeitos de uma decisão proferida pelo juiz estatal. Conforme art. 824 *bis*: *Salvo quanto disposto no art. 825, o laudo tem, a partir da data de sua assinatura, os efeitos da sentença proferida pela autoridade judiciária.*

O art. 825 exige a homologação como requisito para que o laudo arbitral adquira exequibilidade, de forma que o laudo tem eficácia jurídica equiparada à da sentença, por força de lei, independentemente de sua homologação judicial, a qual, somente é necessária, para que o laudo possa ser executado, em território italiano.

A arbitragem irritual, também denominada de arbitragem livre, possui natureza meramente contratual e a decisão proferida é dotada de efeitos de negócio jurídico. Nela, não há jurisdição e sua decisão não tem eficácia executiva.

A arbitragem irritual é criação pretoriana⁵⁹⁰. Foi positivada mediante o Decreto Legislativo 40/2006. Com a previsão do instituto, em lei, nota-se que o legislador deu preferência à arbitragem ritual, ou seja, a jurisdicional, como se pode concluir da redação do fim do *caput* do art. 808 *terzo*: *As partes podem estabelecer, por escrito, em derrogação ao disposto no art. 824 bis, que a controvérsia seja definida por árbitros mediante determinação contratual. Caso contrário aplicar-se-á o disposto no presente título.*

A doutrina tem que a arbitragem irritual se funda em ato de investidura privada, conferindo-se, aos árbitros, o exercício de uma *atividade negocial*, em substituição às partes, sem característica de jurisdicionalidade⁵⁹¹.

⁵⁹⁰ A primeira decisão a tratar do instituto foi exarada pela Corte de Cassação de Torino, no ano de 1904, conforme BONATO, Giovanni. **Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro.** Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/208504/mod_resource/content/0/BONATO%2C%20Arbitragem%20na%20Fran%2C%20A7a%20e%20na%20Italia..pdf. Acesso em: 26 out. 2021.

⁵⁹¹ *L'arbitrato irrituale si fonda su un atto di investidura privata con il quale viene demandata agli arbitri un'attività negoziale in sostituzione delle parti e non una funzione giurisdizionale... Il c.d. arbitrato irrituale, che costituisce espressione dell'autonomia privata costituzionalmente garantita, consente alle parti, sempre che si verta una materia non attinente ai diritti fondamentali, di scegliere altri soggetti, quali gli arbitri, per la tutela dei loro diritti in luogo dei giudici ordinari, ai quali è demandata la funzione giurisdizionale...* TARUFFO, Michele; CARPI, Federico. **Commentario Breve al Codice di Procedura Civile.** Milano: Wolters Kluwer, 2017, p. 3765. **Tradução livre:** “A arbitragem irritual é baseada em um ato de investidura privada pelo qual os árbitros são incumbidos de uma atividade de negociação no lugar das partes e não de uma função jurisdicional... A arbitragem irritual, que é uma expressão de autonomia privada constitucionalmente

Na arbitragem livre (irritual), as partes confiam aos árbitros o poder de decidir, como se seus mandatários fossem, em substituição à vontade delas, partes. A decisão dos árbitros, que se equipara a uma manifestação de vontade deles, árbitros, não necessita de motivação⁵⁹².

Em virtude da natureza da arbitragem irritual, é incomum a entrega, aos *arbitri irrituali*, de questões das quais possa surgir uma decisão condenatória, em sentido técnico. Isso porque, frise-se, não há necessidade de fundamentação das decisões exaradas no âmbito da arbitragem livre, o que, certamente, desmotiva as partes à uma decisão sem que possam entender a plausibilidade da decisão.

A tendência da jurisprudência italiana é no sentido de entender que, na dúvida do que foi contratado entre as partes, a arbitragem deve ser considerada na sua modalidade irritual, considerando-se a característica excepcional que tem a arbitragem ritual, de derrogar a jurisdição estatal⁵⁹³.

A diferença entre esses dois institutos aqui tratados fica bem evidenciada na lição de Taruffo, Carpi e Colesanti⁵⁹⁴:

La distinzione tra arbitrato rituale e irrituale deve fondarsi sulla circostanza che nell'arbitrato rituale le parti intendono ottenere un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825, con l'osservanza del regime formale di cui agli artt. 816 ss., mentre in quello irrituale esse si propongono di remettere all'arbitro la soluzione

garantida, permite às partes, desde que o assunto em questão não esteja relacionado a direitos fundamentais, escolher outros sujeitos, como os árbitros, para a tutela de seus direitos em vez dos tribunais ordinários, aos quais é confiada uma função jurisdicional”.

⁵⁹² *Nell'arbitrato irrituale o libero, che si traduce in una regolamentazione contrattuale della contesa, le parte se affidano alla volontà espressa dagli arbitri, quali loro mandatari, in sostituzione della volontà delle parti stesse; tale manifestazione non è soggetta all'obbligo della motivazione... L'oggetto dell'incarico ad arbitri irrituali non è la transazione, ma l'accertamento sostitutivo della volontà dei contraenti.* TARUFFO, Michele; CARPI, Federico. **Commentario Breve al Codice di Procedura Civile.** Milano: Wolters Kluwer, 2017, p. 3766. **Tradução livre:** “Na arbitragem irritual ou livre, que resulta em uma regulamentação contratual da disputa, as partes confiam na vontade expressa pelos árbitros, como seus mandatários, em substituição à vontade das próprias partes; esta manifestação não está sujeita à obrigação de motivar... O objetivo da nomeação de árbitros não é o acordo, mas a substituição da vontade das partes contratantes”.

⁵⁹³ *Il permanere del dubbio interpretativo circa l'effettiva volontà dei contraenti impone, come corretta opzione interpretativa, la dichiarazione dell'irritualità dell'arbitrato, tenuto conto del carattere del tutto eccezionale dell'arbitrato rituale, introduttivo, pur sempre, di una deroga alla competenza del giudice ordinario.* TARUFFO, Michele; CARPI, Federico. *Op. cit.*, p. 3768). **Tradução livre:** “A persistência da dúvida interpretativa quanto à vontade real das partes contratantes impõe, como opção interpretativa correta, a declaração da irritualidade da arbitragem, levando em conta a natureza excepcional da arbitragem ritual, a indicar uma exceção à jurisdição dos tribunais ordinários”.

⁵⁹⁴ *Op. cit.*, p. 3876. **Tradução livre:** “A distinção entre arbitragem ritual e irritual deve se basear no fato de que na arbitragem ritual as partes pretendem obter uma sentença com força executiva e que produza os efeitos referidos no art. 825, sujeito às regras formais estabelecidas nos arts. 816 e seguintes, enquanto na arbitragem irritual as partes se propõem a submeter ao árbitro a solução de disputas que surgiram ou surgirão somente através de negociação, por meio de uma composição amigável ou de uma declaração atribuível às próprias partes, que se comprometem a aceitar a decisão como expressão de sua vontade, daí a inaplicabilidade à arbitragem irritual tanto do Art. 824-bis como do Art. 825”.

di controversie insorte o insorgende soltanto attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibili alle stesse parti, le quali si impegnano ad accettare la decisione come espressione della loro volontà, da ciò consegue l'inapplicabilità all'arbitrato irrituale tanto dell' art. 824 bis che dell'art. 825.

10.10 IMPUGNAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL

Porque nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode estar fora da possibilidade de ser submetida à apreciação do Judiciário, no direito brasileiro, por força de disposição constitucional, é que a decisão do árbitro, em determinados casos excepcionais, também está sujeita ao controle do Judiciário.

Por isso, não se pode dizer que haja uma *equivalência absoluta* de *status* entre arbitragem e a jurisdição estatal, muito embora de jurisdição, também, aqui se trate.

No entanto, são vários os aspectos que diferenciam as jurisdições arbitral e estatal, como já se teve a possibilidade de apontar, neste trabalho.

A ação anulatória, por um lado, chancela a credibilidade da arbitragem⁵⁹⁵⁻⁵⁹⁶, ao conceder ao poder soberano do Estado a possibilidade de corrigir vícios formais que, porventura, tenham ocorrido no processo arbitral. Essa ação é um exemplo expressivo do regime de cooperação que deve haver – e como efetivamente há - entre as jurisdições estatal e arbitral e sobre o que não mais se discute⁵⁹⁷.

Nesse sentido:

Assim, na ação de invalidação de sentença arbitral, o controle judicial, exercido somente após a sua prolação, está circunscrito a aspectos de ordem formal, a exemplo dos vícios previamente elencados pelo legislador (art. 32 da Lei n. 9.307/1996), em especial aqueles que dizem respeito às

⁵⁹⁵Este autor já sustentou que “*O uso da ação anulatória, na medida certa e de forma coerente, acaba por incentivar o uso do instituto da arbitragem*”. BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem**. São Paulo: Ed. RT, 2017.

⁵⁹⁶No mesmo sentido, Dinamarco: “*A admissibilidade da ação anulatória de sentença arbitral, sempre circunscrita a fundamentos de natureza processual (nulidades – LA, arts. 32-33), é um temperamento do sistema de direito positivo à autonomia da arbitragem e constitui um penhor da legitimidade desta perante a ordem constitucional, particularmente a garantia do controle judicial (supra, n. 4). No sistema brasileiro essa sentença é soberana no tocante ao julgamento de mérito, não se devolvendo ao Poder Judiciário qualquer competência para o exame de possíveis erros in judicando, seja no tocante ao exame dos fatos e provas, seja quanto à aplicação ou interpretação do direito material (...)*”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 235.

⁵⁹⁷ Isso é visto com facilidade no próprio texto da LArb, em seu art. 22-C, inserido com a Lei n. 13.129/2015, que trata da carta arbitral, documento expedido pelo árbitro, tendo por destinatário o Judiciário, com o propósito de que se dê cumprimento a ato do árbitro que necessite do poder coercitivo da jurisdição estatal. Também o Código de Processo Civil prevê a figura da carta arbitral, como se denota do inciso IV do art. 237 CPC.

*garantias constitucionais aplicáveis a todos os processos, que não podem ser afastados pela vontade das partes*⁵⁹⁸.

A ação anulatória, frise-se, reforça a inexistência de equivalência absoluta entre as jurisdições arbitral e estatal, já que esta, em alguma medida, controla aquela, porém aquela (a arbitral) não controla a estatal.

Não se pode rediscutir, na anulatória, o mérito da arbitragem. Quer-se, com isso, significar que o mérito da arbitragem não pode ser reapreciado pelo Judiciário. Porém, mostra-se inevitável que, em determinadas situações, o mérito da arbitragem deva, sob determinado viés, ser objeto de reanálise pelo Judiciário, a fim de que se possa chegar à constatação acerca da nulidade que tenha ocorrido no processo arbitral.

A impugnação da sentença arbitral, exclusivamente para sua anulação, pode ocorrer via ajuizamento da ação anulatória (art. 33, § 1º, da LArb) ou mediante oferecimento de impugnação ao cumprimento da sentença, conforme arts. 525 e seguintes CPC, em caso de haver execução judicial da sentença arbitral condenatória (art. 33, § 3º, da LArb).

É uma ação de natureza desconstitutiva, ou constitutiva negativa. A carga de desconstituidade se direciona à coisa julgada da sentença arbitral⁵⁹⁹. Uma vez superada a barreira protetiva da sentença consistente na coisa julgada material, é que se torna possível obter-se a anulação da decisão em si⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ REsp n. 1.636.102/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.

⁵⁹⁹ Nesse sentido: “A demanda de sua anulação tem natureza claramente constitutiva negativa, porque a pronúncia de sua procedência tem por efeito a implantação de uma situação jurídica nova mediante a eliminação da sentença impugnada do mundo jurídico”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 236.

Reafirmando essa natureza desconstitutiva, ou constitutiva negativa: “[A] tutela jurisdicional para atacar sentença arbitral, quando qualificada como nula pela lei, considerados os vícios tipificados na norma, tem natureza desconstitutiva. Sentença arbitral viciada, nula ou anulável (na linguagem processual), desconstitui-se, não se declara a nulidade (ou decreta a nulidade como dizia a lei na versão original [versão esta posteriormente alterada pela Lei n. 13.129/2015]).

(...) A tutela não é declaratória de nulidade (como trazido pela reforma de 2015 em substituição à decretação de nulidade então prevista), mas desconstitutiva pelo vício de nulidade (processual) que na sentença se contém.

(...) Por esta razão, neste particular, em nosso entender, a reforma da Lei de Arbitragem, data venia, deu passos para trás. Aqueles que dela participaram não se aperceberam da confusão que hoje se tem a respeito, e quanto ao instituto em si, apenas trocaram ‘decretação’ por ‘declaração’, confirmando uma vez mais a confusão entre as nulidades do sistema jurídico. Mas repita-se: encerrado o procedimento por sentença, a eventual exclusão de seus efeitos se faz por desconstituição, não por declaração ou decretação.

Evidentemente a declaração ou decretação se contém na desconstituição, mas a ação de invalidação do art. 33 [da Lei n. 9.307/1996] (...) vai além de declarar ou decretar o vício, pois em razão deste defeito, ‘quebra’ a sentença, rompe sua imutabilidade, desfaz a relação jurídica dela emergente, retira os poderes e efeitos do título, até então com plena eficácia”. CAHALI, Francisco. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Ed. RT, 2018, E-book, Cap. 13, item 13.1. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina>. Acesso em: 30 jan. 2022.

⁶⁰⁰ O CPC/2015, em seu art. 1.061, conferiu outra redação ao art. 33 da Lei n. 9.307/1996, para desse dispositivo constar que: “3º. A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial”. Nesse aspecto, tem lugar o aparte a seguir, feito por Francisco Cahali: “O CPC foi

Como leciona Teresa Arruda Alvim, a carga desconstitutiva da ação, no caso anulatória de sentença arbitral, se volta não à própria sentença, mas à coisa julgada que sobre aquela se forma. Indiretamente, apenas, a ação atinge a nulidade da sentença, declarando-a⁶⁰¹.

A ação anulatória pode – na verdade deve – ser ajuizada contra a sentença arbitral parcial ou final⁶⁰², a depender do caso e, conforme estabelece o art. 33, § 1º, LArb, seguirá as regras do procedimento comum previstas no CPC. Deve ser proposta no prazo

sancionado antes, mas entrou em vigor após a reforma da Lei de Arbitragem, a qual foi sancionada depois e teve plena vigência a partir do final de julho de 2015. No caso específico, diferentemente do que acontece em relação ao Marco Legal da Mediação (...), qualquer debate a respeito de qual redação deva prevalecer é infértil, pois o conteúdo de qualquer uma delas é o mesmo, não obstante a impropriedade da redação de ambas. A Lei de Arbitragem reformada traz, erroneamente, a referência ao CPC/1973; já o CPC/2015 tem de errado a referência à ‘decretação da nulidade’, quando a sistemática proposta pela nova Lei 13.129/2015 refere-se a ‘declaração de nulidade’, conforme previsto na nova redação do caput do art. 33.

*Em nosso entender, a lei posterior, e especial, é a 13.129/2015, devendo ser considerada para efeito de verificação a data da publicação, após ter sido sancionada, e não a data de entrada em vigor. Desta forma, o art. 33 deve ter a redação desta lei, não aquela proposta (e agora revogada) pelo Código de Processo Civil de 2015. Porém, evidentemente, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, o § 3º do art. 33 da Lei de Arbitragem deve ser lido da seguinte forma: a declaração da nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante impugnação ao cumprimento da sentença, se houver execução judicial. Mas repita-se, pela exegese lógica de qualquer das regras o resultado é o mesmo”. CAHALI, Francisco. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Ed. RT, 2018, E-book, Cap. 12, subitem 12.4.4. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina>. Acesso em: 30 jan. 2022.*

⁶⁰¹ “Por outro lado, para que se atinja uma sentença nula, como é a sentença de mérito proferida por juízo incompetente, ou seja, em face da ausência de um pressuposto processual de validade (= competência absoluta), é necessária uma ação desconstitutiva. Isso porque os atos do Poder Público ficam acobertados por uma espécie de ‘manto protetor’, justamente porque são atos do Poder Público. Veja-se, por exemplo, a presunção de legitimidade de que se revestem os atos do Poder Público. Veja-se, por exemplo, a presunção de legitimidade de que se revestem os atos da Administração Pública. No caso das sentenças, essa proteção é a coisa julgada, que deve, para que se atinja a sentença nula (que terá, todavia, transitado em julgado), necessariamente ser desconstituída, para que, indireta e mediatamente, o vício seja atingido (o vício de nulidade absoluta). A coisa julgada é fenômeno típico do direito público. É um plus que se agrega à eficácia da sentença, por ser ato de membro de um dos poderes do Estado. Não é demais lembrar-se, aqui, do fenômeno análogo consistente na presunção de legitimidade dos atos do agente do Executivo. Também se está, aqui, diante de um plus, que, no processo, inverte o ônus da prova. Vê-se, pois, nessa circunstância, mais uma diferença nitidamente perceptível entre o regime das nulidades no Direito Processual Civil e no Direito Civil, pois, neste ramo do direito, nulidades são declaradas como tal e anulabilidades são desconstituídas. No processo, sentenças nulas devem ser desconstituídas, porque se deve ultrapassar o ‘manto protetor’, a coisa julgada, para se chegar, num segundo momento, à sentença. O mesmo não ocorre, entretanto, com sentenças inexistentes, que carecem de aptidão material para transitar em julgado e não precisam ser desconstituídas, mas declaradas como tal”. ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 133.

⁶⁰² Isto é, se a nulidade ocorrer na sentença parcial, o prazo decadencial para o ajuizamento da ação anulatória começa a fluir da notificação dessa decisão e não da sentença final futura.

“A justificar (...) a imediata impugnação, é de suma relevância reconhecer que a questão decidida pela sentença arbitral parcial encontrar-se-á definitivamente julgada, não podendo ser objeto de ratificação e muito menos de modificação pela sentença arbitral final, exigindo-se de ambas, por questão lógica, tão somente, coerência. A esse propósito, saliente-se que o conteúdo da sentença parcial arbitral, relativa à inclusão da ora recorrente no procedimento arbitral (objeto da subjacente medida cautelar e da ação anulatória de sentença parcial arbitral), não se confunde com o conteúdo da sentença final arbitral, que julgou o mérito da ação arbitral”. STJ, REsp. 1.543.564/SP, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. 25.09.2018, DJe 1º.10.2018.

decadencial, de, até, 90 (noventa) dias, a contar do recebimento da notificação da sentença, parcial ou final, ou da decisão do respectivo pedido de esclarecimentos porventura apresentado pela(s) parte(s) (art. 33, §1º LArb).

Questão interessante é a possibilidade de se discutir a nulidade de sentença parcial, em impugnação a futuro cumprimento de sentença arbitral iniciado, depois de 90 dias e após a prolação da decisão final, tendo por objeto, também, o conteúdo da sentença parcial eivado da nulidade, não desafiada via ação anulatória.

Para que se possa apresentar um posicionamento a respeito, começa-se pelo prazo para o oferecimento da impugnação em cumprimento de sentença arbitral.

Se a nulidade derivar da LArb, i.e., estiver relacionada aos casos apontados no art. 32 daquela lei, o prazo para o oferecimento da impugnação é igual ao da ação anulatória: 90 dias, a contar da decisão que se pretender anular, de forma que se o cumprimento de sentença for iniciado após esse prazo, o interessado não mais poderá discutir a nulidade da sentença, por força da decadência⁶⁰³⁻⁶⁰⁴.

⁶⁰³ Em comentário ao art. 33, § 1º, da Lei n. 9.307/1996, Francisco Cahali reforça que “a ação para desconstituir a sentença arbitral tem prazo decadencial de 90 dias para ser proposta, exclusivamente pela parte interessada. (...) [Passado esse] prazo, torna-se definitivamente imutável, tal qual a coisa julgada da sentença judicial após o prazo para a propositura da ação rescisória”. Na sequência, o mencionado professor alerta quanto a “situações teratológicas e excepcionais, em que, por via indireta, (...) [se pode] retirar a eficácia da sentença arbitral em razão de nulidade absoluta da convenção que a originou, como igualmente, já se sabe, pode ocorrer a ação declaratória de inexistência até mesmo de sentença judicial, mesmo já consumado o prazo para a ação rescisória”. CAHALI, Francisco. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Ed. RT, 2018, E-book, Cap. 13, item 13.1. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina>. Acesso em: 30 jan. 2022.

De mais a mais, sobre a influência do decurso do prazo decadencial de 90 dias para o ajuizamento da ação anulatória, influência esta no tocante às matérias alegáveis no curso da execução, Cahali manifesta que “os fundamentos previstos no art. 32 da Lei 9.307/1996 somente poderão ser utilizados na impugnação ao cumprimento de sentença se esta for apresentada dentro do referido prazo decadencial (...)”. Ultrapassados tais 90 dias, arremata o aludido professor, “não poderá o executado alegar quaisquer desses fundamentos na impugnação ao cumprimento de sentença”, porquanto, “[s]em dúvida, o prazo é decadencial e, como tal, a inércia de seu titular leva ao perecimento deste direito. Não apenas o seu exercício, mas o próprio direito resta comprometido, inviabilizando a sua alegação em qualquer outra circunstância, se operada a decadência na forma da Lei”. *Idem, ibidem*, Cap. 12, subitem 12.4.4. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina>. Acesso em: 30 jan. 2022.

⁶⁰⁴ No sentido de que, em impugnação ao cumprimento de sentença, o prazo decadencial de 90 dias é aplicável à arguição de nulidade fundada no art. 32 da Lei n. 9.307/1996, vale transcrever o seguinte trecho de voto: “Como bem apontou o magistrado primevo, o prazo de 90 dias fixado no dispositivo retrotranscrito [art. 33, § 1º, da Lei de Arbitragem] deve ser aplicado no âmbito da impugnação ao cumprimento de sentença, ‘porquanto o legislador utilizou o termo ‘demanda’ enquanto gênero, sem fixar previsões em contrário para este rito’ (...). No mesmo sentido é o que ensina a doutrina de Leonardo de Faria Beraldo, em sua obra *Curso de arbitragem: nos termos da Lei n. 9.307/96* [São Paulo: Atlas, 2014, p. 526]: O que não se pode, repita-se, é pretender arguir a nulidade da sentença arbitral, com base em um dos incisos do art. 32 da LA, em sede de impugnação, fora do prazo de 90 dias. E mais. Tentar se valer do inciso II do art. 475-L [do CPC/1973, correspondente ao inciso III do art. 525 do CPC/2015] (inexigibilidade do título), como via [oblíqua] (...) de atacar os vícios formais da sentença tardiamente é, a nosso ver, inadmissível (...). Assim, pelo que se infere do exposto acima, não restam dúvidas de que o prazo de 90 (noventa) dias também se aplica a arguição de nulidade da sentença arbitral em sede de impugnação de sentença”. TJMG, AI 1.0000.16.049435-7/004,

Se, contudo, a matéria atingida pela nulidade estiver abrangida por alguma das hipóteses previstas no art. 525 CPC, o interessado não terá decaído do direito de oferecer impugnação ao cumprimento de sentença, pois que, nesse caso, aplicáveis as regras do CPC⁶⁰⁵.

Na hipótese aventada, uma vez proferida sentença arbitral parcial que a parte entenda eivada de nulidade, o prazo decadencial deve ser contado da mesma forma, ou seja, 90 dias para ajuizamento da ação ou para o oferecimento da impugnação ao cumprimento de sentença. Caso não se dê início ao cumprimento de sentença pelo credor, deve o interessado cuidar de ajuizar a ação anulatória no prazo legal, sob pena de decair desse direito.

À decadência não se aplicam as regras de flexibilização, como ocorre com a prescrição, pois é nula a renúncia à decadência, assim como não aproveitam, à decadência, as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição (arts. 209 e 207, CC)⁶⁰⁶.

15ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. José Américo Martins da Costa, j. 22.06.2017, publicado em 28.06.2017.

⁶⁰⁵ Nesse sentido: “*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL AJUIZADA APÓS O DECURSO DO PRAZO DECADENCIAL PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL. IMPUGNAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL. POSSIBILIDADE LIMITADA ÀS MATÉRIAS DO ART. 525, § 1º, DO CPC/15. JULGAMENTO: CPC/15. 1. Recurso especial interposto em 19/06/2019 e distribuído ao gabinete em 06/10/2020. Julgamento: CPC/15. 2. O propósito recursal consiste em decidir acerca da aplicação do prazo decadencial de 90 (noventa) dias, previsto no art. 33, § 1º, da Lei 9.307/96, à impugnação ao cumprimento de sentença arbitral. 3. A declaração de nulidade da sentença arbitral pode ser pleiteada, judicialmente, por duas vias: (i) ação declaratória de nulidade de sentença arbitral (art. 33, § 1º, da Lei 9.307/96) ou (ii) impugnação ao cumprimento de sentença arbitral (art. 33, § 3º, da Lei 9.307/96). 4. Se a declaração de invalidade for requerida por meio de ação própria, há também a imposição de prazo decadencial. Esse prazo, nos termos do art. 33, § 1º, da Lei de Arbitragem, é de 90 (noventa) dias. Sua aplicação, reitera-se, é restrita ao direito de obter a declaração de nulidade devido à ocorrência de qualquer dos vícios taxativamente elencados no art. 32 da referida norma. 5. Assim, embora a nulidade possa ser suscitada em sede de impugnação ao cumprimento de sentença arbitral, se a execução for ajuizada após o decurso do prazo decadencial da ação de nulidade, a defesa da parte executada fica limitada às matérias especificadas pelo art. 525, § 1º, do CPC, sendo vedada a invocação de nulidade da sentença com base nas matérias definidas no art. 32 da Lei 9.307/96. 6. Hipótese em que se reputa improcedente a impugnação pela decadência, porque a ação de cumprimento de sentença arbitral foi ajuizada após o decurso do prazo decadencial fixado para o ajuizamento da ação de nulidade de sentença arbitral e foi suscitada apenas matéria elencada no art. 32 da Lei 9.307/96, que não consta no § 1º do art. 525 do CPC/2015. 7. Recurso especial conhecido e não provido”. STJ, Resp 1.900.136/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.04.2021, DJe 15.04.2021.*

⁶⁰⁶ Antônio Luís da Câmara Leal diferencia da seguinte forma os prazos decadenciais dos prescricionais: “*É de decadência o prazo estabelecido, pela lei ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. E será de prescrição quando fixado não para o exercício do direito, mas para o exercício que o protege. Quando, porém, o direito deve ser exercido por meio da ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição. Praticamente, portanto, para se saber se um prazo estatuído para a ação é de decadência ou de prescrição, basta indagar se a ação constitui, em si, o exercício do direito, que lhe serve de fundamento, ou se tem por fim proteger um direito, cujo exercício é distinto do exercício da ação. No primeiro caso, o prazo é extintivo do direito e o seu decurso produz a decadência; no segundo caso, o prazo é extintivo da ação e o seu decurso produz a prescrição*”. LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da prescrição e da decadência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 130.

Contudo, de se apontar a aplicação, por extensão, do art. 190 CC: “A exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão”.

A ação anulatória de sentença arbitral só pode ter por objeto vícios formais – jamais *error in iudicando*⁶⁰⁷ –, conforme elenco apresentado no art. 32 da LArb, que constitui rol fechado. Entretanto, apesar de se tratar de rol taxativo, nada impede que a lei de mesma hierarquia crie outra hipótese de anulação da sentença arbitral. No caso, essa outra hipótese é prevista pela própria LArb: é a da sentença que viola a ordem pública e o devido processo legal.

O rol de fundamentos para a ação anulatória de sentença arbitral é *numerus clausus*⁶⁰⁸, o que impede que seja objeto de interpretação analógica, podendo, todavia, ser interpretado extensivamente⁶⁰⁹.

A seu turno, valendo-se de um critério científico-jurídico para identificar tais prazos, Agnelo Amorim Filho complementa: “1º. *Estão sujeitas à prescrição: todas as ações condenatórias, e somente elas (...); 2º. Estão sujeitas à decadência (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito a que correspondem): as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei; 3º. São perpétuas (imprescritíveis): (a) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e (b) todas as ações declaratórias*”. AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição de decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v 49, n. 300, p. 37, 1960.

Por derradeiro Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, indo ao encontro do que já defluímos sobre ambos os institutos em comento, destacam que: “(a) a prescrição, ao contrário da decadência, pode ser suspensa ou interrompida, excetuando apenas a situação da incapacidade absoluta – art. 3º, CC (arts. 208 e 198, I, CC); (b) a prescrição só corre contra algumas pessoas, enquanto a decadência corre contra todos – *erga omnes*; (c) a decadência legal (...) não pode ser renunciada (art. 209), [diferentemente da prescrição,] a qual pode ser após sua consumação, sem prejuízo de terceiro (art. 191); (d) o prazo decadencial é fixado por lei ou por vontade unilateral ou bilateral das partes (art. 211), enquanto a prescrição somente é fixada por lei (art. 192)”. JORGE NETO, Francisco Ferreira, CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A decadência e a prescrição no direito brasileiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, jul. 2020, t. Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. MANUS, Pedro Paulo Teixeira; GITELMAN, Suely (Coord. de tomo). Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br>. Acesso em: 15 jan. 2022.

⁶⁰⁷ Afinal, a sentença arbitral não comporta recurso, conforme art. 18, LArb e a ação anulatória serve, tão somente, para o controle da legalidade da decisão proferida pela jurisdição privada.

⁶⁰⁸ Nesse sentido: “(...) [A ação] anulatória está vinculada a certas hipóteses de cabimento, especificadas em *numerus clausus* no art. 32 da Lei 9.307/1996. Ou seja, é uma ação de âmbito restrito de cabimento, cuja admissibilidade exige um prévio exame de sua subsunção à hipótese legal autorizadora de seu ajuizamento”. ARMELIN, Donald. Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 1, n. 1, jan./abr. 2004, item 11. Ainda: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 399.

⁶⁰⁹ Como esclarece Teresa Arruda Alvim, não se deve “(...) confundir interpretação *analógica com extensiva*. Ambas levam, direta ou indiretamente, à ampliação do sentido da norma. Mas por caminhos diferentes: a interpretação extensiva constitui no alargamento do núcleo conceitual: por exemplo, entender que a palavra mãe abrange mãe natural e mãe adotiva. A interpretação analógica há quando existe *lacuna*: (...) aqui, disciplina-se um *caso novo* em virtude de semelhança com aquele que é regulado expressamente. É a analogia que não se permite quando a norma é taxativa. Não a interpretação extensiva: esta, se permite”. ARRUDA ALVIM, Teresa. Um agravo e dois sérios problemas para o legislador brasileiro. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/teresa-arruda-alvim-agravo-dois-serios-problemas>. Acesso em: 01 fev. 2022.

Além de não ser vetada a interpretação extensiva, o que ocorre no caso não é exatamente isso: Há um outro dispositivo, da própria lei, que cria uma outra hipótese que formalmente não consta do elenco apresentado pelo artigo 32. Esta outra hipótese, isto sim, foi interpretada de forma extensiva, o que se admite perfeitamente: não tem sentido se negar haja homologação de sentença estrangeira que ofenda a ordem pública brasileira, e que tenha sido fruto de processo que não tenha respeitado o devido processo legal, e se permitir que sobreviva indefinidamente uma sentença doméstica que padeça desse mesmo vício.

Assim, nesse rol deve se entender como incluídas, também como hipóteses de anulação de sentença arbitral doméstica, aquelas previstas para a negativa de homologação de sentença arbitral estrangeira, quais sejam, a violação à ordem pública nacional⁶¹⁰ e ao devido processo legal⁶¹¹.

O fundamento para a anulação de sentença arbitral que ofenda a ordem pública nacional também está na redação do art. 2º, §1º, LArb: “*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*”. (grifo deste autor)

⁶¹⁰Neste sentido, Lucon: “*Tendo em vista que a sentença arbitral possui, conforme visto, a mesma eficácia e força da sentença judicial (art. 515, VII, do CPC), mostra-se coerente o raciocínio de que hipóteses de proteção à ordem pública, que justificam o cabimento da ação rescisória por vício de atividade, também podem servir de fundamento para a desconstituição da sentença arbitral por meio da ação anulatória. (...) No direito brasileiro, embora a ordem pública não esteja prevista como fundamento expresso para a anulação da sentença arbitral, representa legítimo limite à arbitragem, conforme dispõe expressamente o art. 2º, § 1º, da Lei 9.307/1996, ao assegurar às partes a escolha das regras de direito aplicáveis, ‘desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública’. A proteção à ordem pública, portanto, é imperativo decorrente não apenas do sistema jurídico em que inserida a arbitragem, mas no próprio texto da Lei 9.307/1996*”. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BARIONI, Rodrigo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A causa de pedir das ações anulatórias de sentença arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 12, n. 46, jul.-set. 2015, p. 272;275.

Também Francisco Cahali registra que “*se encontra na doutrina a inclusão de mais uma hipótese de invalidação, consistente na violação pela sentença de ordem pública, sob o argumento de que, se o pronunciamento assim proferido impede a homologação (art. 39, II, Lei 9.307/1996), por igual deve autorizar a invalidação da sentença (...)*”. CAHALI, Francisco. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Ed. RT, 2018, E-book, Cap. 13, item 13.1, nota de rodapé 9. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina>. Acesso em: 30 jan. 2022.

⁶¹¹ Como apontam: SCHMIDT, Gustavo da Rocha; FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à Lei de Arbitragem**. São Paulo: GEN-Editora Método, 2021, p. 257: “*De acordo com o STJ, o art. 32 da Lei apresenta rol taxativo (numerus clausus), admitindo-se a propositura de ação anulatória apenas nas hipóteses indicadas em seus incisos. Ressalva o próprio STJ, todavia, que, muito embora a ação tenha que fundar-se ‘em uma das específicas hipóteses contidas no art. 32’, a elas seria possível conferir uma interpretação razoavelmente aberta, com o propósito de preservar, em todos os casos, a ordem pública e o devido processo legal e substancial, inafastáveis do controle judicial*”. STJ, REsp n. 1.660.963/SP, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze.

Afigura-se plausível que a necessidade de que seja respeitada, pela sentença arbitral, a ordem pública nacional, tem origem na própria convenção arbitral, onde as partes acordam no sentido de que o **direito brasileiro** há de ser o aplicado pelo Tribunal Arbitral⁶¹².

Não se pode deixar de mencionar, também, entendimentos - como o de Edoardo Ricci⁶¹³ -, no sentido de se ampliarem as possibilidades que dão azo ao ajuizamento de ação anulatória de sentença arbitral, também para as hipóteses em que haja *certas inconstitucionalidades* na sentença arbitral.

Em verdade, é possível que se faça um paralelo entre a ação anulatória de sentença arbitral e a ação rescisória da sentença proferida pelo Judiciário.

Muito embora sejam remédios com requisitos e características próprios, a ação anulatória de sentença arbitral é o expediente de que se pode utilizar o interessado com vistas a anular a sentença arbitral, pois que não cabe rescisória, em arbitragem⁶¹⁴. Daí fazer-se esse paralelo...

A sentença que julga procedente o pedido de anulação da sentença arbitral, após desconstituir a coisa julgada que sobre aquela sentença foi formada, declarará sua nulidade e determinará, se for o caso, que o Tribunal Arbitral profira nova decisão (§ 2º do art. 33 da LArb).

Dentre as diferenças dignas de nota está a de que o Judiciário não tem jurisdição para entrar no mérito do conflito, como, diferentemente, ocorre na ação rescisória de sentença judicial. Isso, porque, na arbitragem, as partes terão elegido outra jurisdição para dirimir seu conflito e a ação anulatória nada muda, nesse sentido⁶¹⁵.

⁶¹² Grande parte dos diplomas legais que tratam de arbitragem, nos países ocidentais, têm a sentença arbitral que viole a ordem pública interna do Estado como nula. É o caso, por exemplo, do art. 1492 (5.º) do Código de Processo Civil francês; do art. 1059 (2b) do ZPO alemão; do art. 829 (a) do Código de Processo Civil italiano (que trabalha com o conceito mais amplo de violação de regras de direito); do art. 41 (1, f) da lei de arbitragem espanhola; do art. 33 (2) da lei sueca de arbitragem (que trabalha com o conceito de princípios do sistema legal sueco), do art. 1065 (1e) da lei processual civil holandesa e do art. 1704 (2 a) do Código Judiciário belga.

⁶¹³ “O prof. Edoardo Ricci propõe todavia uma ‘interpretação integrativa [do art. 32] à luz da Constituição’ para os casos em que se imputem certas inconstitucionalidades ao laudo, não havendo previsão legal entre os incisos do art. 32 da lei Arbitral. Refere-se particularmente a sentenças que hajam acolhido provas obtidas por meios ilícitos (Const., art. 5º, inc. LVI) ou infringindo o direito de ação, também constitucionalmente assegurado (art. 5º, inc. XXXV) – seja mediante a afirmação de ausência de alguma condição da ação ou pressuposto processual, seja ao negar indevidamente a decisão de mérito por suposta falta da competência arbitral (LA, art. 20). Em todos esses casos de sentenças terminativas a ação anulatória é ‘o único meio possível’ para afastar tais transgressões constitucionais, sendo por isso imperiosa a interpretação integrativa proposta, sob pena de permitir que as inconstitucionalidades permaneçam”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 242.

⁶¹⁴ ARMELIN, Donaldo. Nota sobre Ação Rescisória em Matéria Arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 11-20, jan./abr. 2004.

⁶¹⁵ “Esse ponto é relevante, porque ao reconhecer o vício de procedimento no julgamento da ação anulatória, o Poder Judiciário não poderá rejulgar o mérito da causa, como o faz na ação rescisória (juízo rescisório). No caso da ação anulatória da sentença arbitral, a procedência do pedido ensejará, como regra, a cassação

Em virtude da decisão judicial que anula a sentença arbitral, contudo, um novo julgamento deverá ser proferido em relação ao mérito. Normalmente, esse novo julgamento deverá ocorrer no âmbito da arbitragem, exceto quando a nulidade resultar no afastamento da jurisdição arbitral – como no caso da nulidade da sentença que decorre do vício constante da convenção arbitral, Art. 32, I LArb - hipótese em que o Judiciário poderá, caso a parte assim cumule o respectivo pedido, uma vez anulada a sentença arbitral, entrar no mérito do conflito.

A fim de que se possa examinar - sob um ponto de vista um pouco menos usual⁶¹⁶ - o rol de casos em que pode ser atacada a sentença arbitral, é preciso que se vá além do art. 32 LArb.

Explica-se: o art 32 elenca as causas que geram a possibilidade do manejo da ação anulatória. Mas é imprescindível que se rememore que, no processo civil, é conveniente que se adote, além da categoria das nulidades, também a da inexistência jurídica. Embora não haja unanimidade entre os autores, parece prevalecer, na doutrina contemporânea, uma abertura maior para a recepção do fenômeno da *inexistência jurídica*, principalmente no plano do processo.

Essas duas categorias: nulidade e inexistência serão objeto de tratamento, nos próximos parágrafos. Após tal incursão, será possível demonstrar que, na arbitragem, por vezes, nulidade e inexistência jurídica se misturam: diferentemente do que ocorre no processo civil, em que, via de regra, nulidade e inexistência jurídica consubstanciam-se em vícios totalmente distintos; no contexto da arbitragem, há um momento específico em que nulidade e inexistência jurídica se encontram.

Diferenciar nulidade de inexistência jurídica não é questão de cunho exclusivamente acadêmico, em vista dos efeitos processuais que cada um desses defeitos podem produzir, notadamente no que tange à forma de impugnação.

Nulidade e inexistência jurídica, quando constatadas em processos findos, têm regimes jurídicos distintos, com respectivos meios de impugnação diferentes, assim como prazos distintos para o manejo de sua impugnação.

da decisão arbitral, para que outra seja proferida, observando os critérios estabelecidos na decisão judicial. Em algumas situações, porém, não haverá essa determinação, porque a própria arbitragem estará comprometida. Assim ocorre, por exemplo, quando for reconhecida a nulidade da convenção de arbitragem (art. 32, I, da Lei 9. 307/1996). Nessas circunstâncias, evidente que o mérito poderá ser apreciado pelo órgão judicial". LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BARIONI, Rodrigo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A causa de pedir das ações anulatórias de sentença arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 12, n. 46, jul.-set. 2015, p. 273.

⁶¹⁶ Ao ver deste autor, o rol do art. 32 LArb trata tanto de hipóteses de nulidade como de inexistência jurídica da sentença arbitral.

Conforme teoria criada e desenvolvida por Pontes de Miranda, os atos jurídicos⁶¹⁷ assim o serão, em sua plenitude, por força de sua: existência, validade e eficácia.

Posteriormente conhecida como “Escada Ponteana”⁶¹⁸, mencionada teoria, conforme seu autor, está relacionada com os planos (ou “degraus”) da existência, da validade e da eficácia do ato:

1. Existir e valer. Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não se há de afirmar nem de negar que o nascimento, ou a morte (...)

⁶¹⁷ Conforme leciona Ricardo de Barros Leonel, “*fatos em sentido amplo envolvem fatos stricto sensu, ou seja[,] evento sem qualquer interferência da ação humana, bem como os atos, (...) eventos que contam com a interferência da ação humana. De modo geral, pode-se afirmar que os fatos (fatos em sentido estrito ou mesmo atos humanos) podem ser simples ou naturais, quando não apresentam nenhuma relevância para o mundo jurídico, e[,] como salienta Wald, independem da vontade do Homem [WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**: introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 154]. (...)*

*Ao lado dos fatos e atos naturais ou simples, existem os jurídicos, assim entendidos os eventos sem intervenção humana (fatos) ou com atuação do homem (atos), quando deles decorram consequências para o ordenamento jurídico, sendo aptos a determinar a criação, modificação, preservação ou mesmo extinção de direitos. (...). (...) O fator diferencial para os atos jurídicos, como anota Ruggiero[,] é a existência de uma ação humana decorrente de um ato de vontade [RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**: introdução e parte geral. Tradução Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1999. v. I, p. 310]. (...)*

Considerando que nos atos jurídicos há participação da conduta do homem, e que para tanto deverá atuar a manifestação da vontade humana, é possível analisar a existência ou não de direcionamento da vontade para o alcance de fins determinados. Assim, os fatos jurídicos são aqueles eventos que têm consequências para o mundo jurídico, mas neles não há participação da vontade humana. Já os atos jurídicos produzem efeitos no mundo do direito, decorrendo da conduta humana voluntária. (...)

*(...) [O] efeito jurídico se produz independentemente da consciência que o agente possui a seu respeito [GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 255]. Note-se que aqui a conduta humana é direcionada à prática da atividade (ou inatividade) relevante, mas não necessariamente para a produção dos efeitos, que decorrem de prescrições contidas na própria lei. É a lei que determina objetiva e precisamente as consequências do ato jurídico. São também chamados por isso, na linguagem de Pontes de Miranda, de atos-fatos ou fatos-atos [PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**: bens, fatos jurídicos. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, t. II, p. 234 e ss., 447 e ss.]*

*A nota característica dos atos jurídicos em sentido estrito está em que neles há participação da vontade humana, mas não necessariamente dirigida quanto às consequências ou efeitos da atuação, que são decorrentes da lei. Os atos jurídicos (*lato sensu*) podem ser designados como atos *stricto sensu* (...) e como *negócios jurídicos*. (...) [Estes últimos] são atos juridicamente relevantes, produzidos voluntariamente pelo homem, que busca diretamente a produção de efeitos não vedados pelo próprio ordenamento”. LEONEL, Ricardo de Barros. Fatos e atos jurídicos: planos de existência, validade, eficácia e a questão da *querela nullitatis*. **Justitia Revista Jurídica**, São Paulo, v. 65, n. 199, p. 107-143, jul./dez. 2008, pp. 111-112.*

⁶¹⁸ “**AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU e TAXA de Coleta de Lixo – Exercício de 2012 e 2013 – Município de Jundiá – Exceção de pré-executividade – Alegação de ilegitimidade passiva ‘ad causam’ – Não acolhimento da objeção processual com base no entendimento de que a fraude à execução gera ineficácia em relação ao credor e ao processo em que decretada apenas – Cabimento – A fraude à execução reconhecida pela Justiça do Trabalho não tem o condão de anular o contrato de doação do bem imóvel gerador da exação ora analisada, eis que repercute no plano de eficácia do ato jurídico, mantendo-se hígido o negócio jurídico celebrado entre a doadora e os donatários – Aplicação da Teoria da ‘Escada Ponteana’ (planos da existência, validade e eficácia do negócio jurídico) – Incidência do comando normativo previsto no artigo 792, § 1º, do CPC e do brocardo ‘dormientibus non succurrit ius’ – Decisão mantida – Recurso desprovido”.** TJSP, AI 2214749-77.2018.8.26.0000/SP, 15ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Silva Russo, j. em 13.12.2018, publicado em 17.12.2018.

valha. Não tem sentido. Tampouco, a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico, nada há que possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos jurídicos.

2. Valer e ser eficaz. Os fatos jurídicos, inclusive atos jurídicos, podem existir sem serem eficazes. O testamento, antes da morte do testador, nenhuma outra eficácia tem que a de negócio jurídico unilateral, que, perfeito, aguarda o momento da eficácia. Há fatos jurídicos que são ineficazes, sem que a respeito deles se possa discutir validade ou invalidade. De regra, os atos jurídicos nulos são ineficazes; mas, ainda aí, pode a lei dar efeitos ao nulo.

(...) Existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não-ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas jurídicas podem ser, valer e não ter eficácia (...)⁶¹⁹.

Ainda sobre *validade e eficácia* - esta última pertinente à irradiação de efeitos -, Pontes de Miranda sustenta que, para que o ato jurídico possa valer,

É preciso que o mundo jurídico, em que se lhe deu entrada, o tenha por apto a nele atuar e permanecer. É aqui que se lhe vai exigir a eficiência, quer dizer – o não-ser deficiente; porque aqui é que os seus efeitos se terão de irradiar (eficácia). A sua eficiência é a afirmação de que o seu suporte fático não foi deficiente, – satisfaz todos os pressupostos (...).

(...) [N]ão se pode ligar o conceito de invalidade (nulidade, anulabilidade) ao de eficácia. O ordenamento jurídico somente atribui validade ao ato jurídico que corresponde a suporte fático que é suficiente e eficiente, isto é, suficiente e não-deficiente ou não-deficitário: porque é suficiente, entra no mundo jurídico como negócio jurídico ou como ato jurídico stricto sensu; se bem que seja deficiente. Quando se trata de saber quais são os negócios jurídicos, ou os atos jurídicos stricto sensu, válidos, o que importa é arrolarem-se os pressupostos de validade (...).⁶²⁰

Ademais, ao tratar, especificamente, acerca da *existência e nulidade*, o professor assinala que

(...) [o] problema de ser ou não-ser, no direito como em todos os ramos de conhecimento, é o problema liminar. Ou algo entrou ou se produziu e, pois, é, no mundo jurídico; ou nele não entrou, nem se produziu dentro dele, e, pois, não é. (...) O ser juridicamente e o não-ser juridicamente separam os acontecimentos em fatos do mundo jurídico e fatos estranhos ao mundo jurídico. Assente que todo fato jurídico provém da incidência da regra jurídica em suporte fático suficiente, ser é resultar dessa incidência. Já aqui se caracteriza a distinção, primeira, entre o ser suficiente e o ser deficientemente. Para algum ato jurídico ser deficiente, isto é, para que seja deficitário, é preciso que seja⁶²¹⁻⁶²².

⁶¹⁹ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**: validade, nulidade, anulabilidade. 2. ed. Atualização: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, *E-book*, t. IV, §§ 357 e 359, p. 13-14; 17.

⁶²⁰ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**: validade, nulidade, anulabilidade. 2. ed. Atualização: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, *E-book*, t. IV, § 356, p. 12.

⁶²¹ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado...** cit. t. IV, § 358, p. 14.

⁶²² Em outra oportunidade, reforçando a importância da diferenciação entre os planos da existência e da validade, Pontes de Miranda assim externa: “*Grande mal na ciência jurídica tem sido, até há pouco, deixar-se*

Desse modo, a validade está diretamente ligada à regularidade do ato, i.e., à ausência de nulidade, assim como a eficácia do ato tem a ver com a efetiva produção de seus efeitos típicos,⁶²³ aqueles efeitos pretendidos pelo legislador.⁶²⁴

Como a ineficácia é verificável da análise do mundo empírico, ou seja, ela se confunde com a produção ou não de efeitos, não se pode estabelecer uma ligação necessária entre nulidade e ineficácia, e nem mesmo entre inexistência jurídica e ineficácia. O ato irregular pode ser eficaz, desde que tenha aptidão material para tanto. Tanto isso é verdade que existem as formas de impugnação de que tratamos, neste momento.

Daí se depreende que a nulidade é a situação irregular em que se encontra um ato, tornando-o vulnerável quanto à sua eficácia. Embora a nulidade não gere automaticamente a ineficácia, faz com que o ato tenha uma espécie de vida artificial, até que seu vício seja flagrado e ele, o ato, banido da ordem jurídica.

A decretação da nulidade ocorre, sempre, *a posteriori* da realização do ato e resulta, comumente, da aplicação de determinados princípios, como o *pas de nullité sans grief*. No processo civil, isso encontra respaldo nos princípios da economia processual, da instrumentalidade das formas e, atualmente, no festejado princípio da sanção das irregularidades processuais⁶²⁵, com vistas a se atingir o julgamento do mérito ou, como preferem alguns: o princípio da primazia da resolução do mérito.

de tratar das manifestações de vontade, em si mesmas, e dos atos-fatos, em si mesmos, em seu existirem ou não existirem. De ordinário, passava-se à consideração das nulidades e anulabilidades, ou da eficácia dos negócios jurídicos, antes de se apurar, no plano da existência, se seria ou não seria caso de se falar de declaração de vontade, ou de ato em suma, de exteriorização de vontade, ou de ato-fato. Não raro, juristas de prol tentaram inserir na teoria do erro as conclusões sobre existência da vontade, ou a consciência da exteriorização da vontade, matéria que diz respeito à existência da declaração de vontade ou do ato volitivo sem declaração, portanto anterior a qualquer noção de validade ou não-validade. Só se pode cogitar da questão de ser válido ou não-válido o negócio jurídico, ou o ato jurídico stricto sensu, depois de se saber se ele existe". PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado...** cit., t. I, § 35, p. 48-49.

⁶²³ Releva notar que subsiste discussão doutrinária quanto ao termo *eficácia*, se seria referente à *aptidão de uma norma ou ato para produzir efeitos* (= sentido jurídico), à *efetiva produção de efeitos* (= sentido sociológico, ao qual acima aludimos) ou, ainda, se tal vocábulo comportaria, na verdade, os dois sentidos, *jurídico* e *sociológico*. ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 110.

⁶²⁴ Ao ver deste autor, é nesse sentido que deve ser empregado o termo *eficácia*, embora a doutrina faça alusão a outros. Apenas em circunstâncias especialíssimas a expressão é usada no sentido de oponibilidade: por exemplo, contrato não registrado é ineficaz (inoponível) com relação a terceiros.

⁶²⁵ O CPC tem bastante marcada essa característica de possibilitar à parte a regularização do vício, como se pode notar dos arts. 76; 139, IX; 932, parágrafo único, e 1029, § 3º. Cientes disso, Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição priorizam o uso da palavra *sanabilidade* num sentido ligado a essa marcante característica do Código vigente, qual seja, a de haver "*uma acentuada tolerância em relação aos vícios do processo, evidenciada pela imensa quantidade de artigos em que se proporciona ao juiz e às partes a possibilidade de emendar o vício, de corrigir o defeito, ainda que se trate de vício grave (= nulidade absoluta, que pode ser conhecida e decretada de ofício)*", como ocorre, por exemplo, nos supramencionados arts. 76 e

A esse respeito, Alexandre Freitas Câmara esclarece que, além de aludir ao princípio da duração razoável do processo, o art. 4º do CPC consolida – ao afirmar que

(...) as partes têm o direito de obter a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa – o princípio consistente em que ‘se deve dar primazia à resolução do mérito (e à produção do resultado satisfativo do direito) sobre o reconhecimento de nulidades ou de outros obstáculos à produção do resultado normal do processo civil. Eis aí, portanto, o princípio da primazia da resolução do mérito’⁶²⁶.

Por seu turno, Humberto Theodoro Júnior acrescenta,

(...) no tocante às normas fundamentais, ao sistema dos atos processuais e ao regime das nulidades – apenas para remarcar os ângulos mais relevantes do novo Código – que se deu uma ampla ruptura com o formalismo excessivo predominante no Estatuto anterior. Fácil é entrever na lei nova ‘um novo ideário baseado na primazia do julgamento do mérito’⁶²⁷, princípio que se manifesta, no recorrente comando preconizador da obrigatoriedade, em regra, da abertura de oportunidade para que os vícios processuais sejam sempre sanados, ‘privilegiando, assim, as sentenças definitivas’⁶²⁸, evitando, pois, as decisões terminativas e, conseqüentemente, a fuga da resolução do mérito da causa. (...) [Logo,] acertadamente, foi priorizado o julgamento de mérito, tanto no primeiro grau de jurisdição quanto no plano recursal⁶²⁹, ficando esclarecido pelo legislador que em todos os graus de jurisdição prevalece o dever judicial⁶³⁰ de propiciar oportunidade à parte interessada para corrigir as falhas processuais, antes de inviabilizar a decisão de mérito⁶³¹⁻⁶³².

139, IX. ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. **Ação rescisória e querela nullitatis: semelhanças e diferenças**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 43.

⁶²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. **GenJurídico**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/07/o-principio-da-primazia-da-resolucao-do-merito-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em: 17 jan. 2022. Ainda: CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 7.

⁶²⁷ CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KAZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Ed. RT, 2017, p. 45.

⁶²⁸ CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KAZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso...** cit., p. 45.

⁶²⁹ SOARES, Leonardo Oliveira. O novo Código de Processo Civil brasileiro: um Código de princípios. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p. 406-419, jul./dez. 2016, p. 412.

⁶³⁰ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero anotam que, por força do princípio da colaboração e do princípio da economia processual, previstos, respectivamente, nos arts. 6º e 4º do CPC, “há primazia do exame do mérito no processo civil, o que exige que decisões de mérito sejam prestigiadas em detrimento de decisões puramente processuais”, estando “o meio técnico para viabilizar essa primazia do mérito (...) justamente no dever de prevenção. O dever de auxílio determina ao juiz que colabore com as partes no desempenho de seus ônus e no cumprimento de seus deveres no processo. Trata-se de dever que visa a viabilizar o adequado atendimento aos ônus e aos deveres das partes no processo”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, *E-book*, comentário ao art. 6º, item 5).

⁶³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Visão principiológica e sistemática do Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 285, p. 65-88, nov./2018.

⁶³² E, acrescenta CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. **GenJurídico**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/07/o-principio-da-primazia-da-resolucao-do-merito-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em: 17 jan. 2022. Ainda: CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 7, que, em decorrência do princípio mencionado, “combate-se a jurisprudência defensiva”, sendo, deste modo,

O sistema das nulidades, no direito privado, é marcado pela classificação bipartida: nulidades absolutas (arts. 166 a 169, CC) e nulidades relativas (arts. 171 a 179, CC). Existe também uma parte da doutrina de direito privado que revela certa dose de receptividade em relação à figura da inexistência jurídica, ainda que não haja consenso doutrinário quanto ao tratamento conferido a tal tema pelos civilistas⁶³³⁻⁶³⁴.

As características básicas do regime jurídico das nulidades absolutas são: (i) a possibilidade de sua alegação por qualquer um; (ii) não se sujeitam à preclusão; (iii) devem ser decretadas de ofício; e (iv) em princípio, não são objeto de convalidação.

As nulidades relativas, por sua vez: (i) só podem ser invocadas pelos interessados; (ii) não podem ser decretadas de ofício; (iii) são passíveis de ratificação; e (iv) uma vez não arguidas no prazo legal, passam a ser inatacáveis, “convalidando-se” com o tempo.

Essas características, muito embora elencadas em legislação de direito privado: o Código Civil, estão relacionadas à Teoria Geral do Direito, de forma que se aplicam ao direito em geral, naturalmente com as devidas adaptações.

“equivocado identificar obstáculos superáveis (à resolução do mérito) e não envidar esforços para os superar. A decretação de uma nulidade, o não conhecimento de um recurso ou a extinção de um processo sem resolução do mérito só serão legítimos, então, naqueles excepcionais casos em que se encontre vício verdadeiramente insanável ou que, havendo necessidade de atividade da parte para que seja sanado o vício, esta permaneça inerte e não o corrija, inviabilizando a superação do obstáculo”.

⁶³³ Tampouco existe um consenso em relação à visão de processualistas que reconhecem haver três planos distintos entre si, o da existência, o da validade e o da eficácia, como o faz Teresa Arruda Alvim, de cujo posicionamento – inclusive acerca da figura da inexistência jurídica – este autor é adepto, posicionamento esse minudenciado em sua obra específica sobre nulidades ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁶³⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. Fatos e atos jurídicos: planos de existência, validade, eficácia e a questão da *querela nullitatis*. **Justitia Revista Jurídica**, São Paulo, v. 65, n. 199, jul./dez. 2008, p. 123: “Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, situa as ideias de nulidade, anulabilidade e inexistência no mesmo plano, qual seja o das invalidades. O ilustre civilista afirma que são três as categorias de atos inválidos: referindo-se à nulidade quando em grau mais sensível o ordenamento jurídico é ferido; fazendo menção à anulabilidade, na hipótese em que a desconformidade à lei é menos grave; e finalmente considerando a situação da inexistência, como sendo aquela na qual se verifica a ausência dos elementos constitutivos do negócio jurídico.

Ruggiero acaba por promover a assimilação entre os conceitos de nulidade absoluta e de inexistência, ao afirmar que esta última seria um dos motivos daquela. Anota assim que a nulidade absoluta tanto pode decorrer da violação de alguma disposição de lei ditada no interesse público, como da falta, no negócio jurídico, de um dos elementos essenciais à sua existência perante o direito.

Orlando Gomes procura examinar dogmaticamente e diferenciar o negócio nulo do negócio inexistente, admitindo a existência teórica das duas categorias distintas, mas concluindo por afirmar sua inutilidade do ponto de vista prático. Deixa assente que a falta de objeto pode ser considerada causa de nulidade, e a da vontade até mesmo de anulabilidade, e não de inexistência, como procuram salientar os que pugnam pela diferenciação. Critica ainda de forma veemente a construção diferencial, alegando que do ponto de vista prático pouco importa que a invalidade do negócio jurídico seja natural ou legal. Ademais, a inexistência jurídica, quando não corresponde à inexistência de fato, significa aparência de um ato, que deve ser desfeita mediante pronunciamento judicial. Daí a conclusão de que a inexistência jurídica na prática acaba se equiparando à nulidade, ao menos do ponto de vista pragmático”.

No processo civil, ramo do direito de natureza eminentemente pública, as respectivas normas tendem, por isso, a ser de direito público, pelo que, em determinados aspectos, as nulidades terão lugar de forma distinta que têm no direito privado.

Um dos pontos que merece destaque é que o regime de nulidades no processo; a partir dessa ótica de adaptação do regime no direito privado e no direito público; é marcado pela ideia de sanabilidade. Essa possibilidade, no direito público, não se liga à circunstância de ser, a nulidade, relativa. Essa vinculação entre a sanabilidade e a anulabilidade do ato ocorre apenas no âmbito do direito privado.

Nessa esteira, bem sintetiza Francisco Cahali que

(...) [n]ão se podem baralhar nulidades civis com nulidades processuais; tampouco assimilar os efeitos de uma pela outra. As nulidades pensadas pelos civilistas (...) são absolutas ou relativas, sendo que as primeiras são insanáveis, inclusive diante da vontade das partes, e também são imunes à decadência e à prescrição (art. 169 do CC/2002). As nulidades processuais, embora também se apresentem como absolutas e relativas, têm critérios próprios para identificação do vício em uma ou outra categoria (esqueçam neste momento a referência ao Código Civil!), e, como regra, são sanáveis, por vontade das partes ou outro motivo legal, inclusive pela preclusão e pela decadência. Mesmos nomes, mas institutos distintos, com muitas semelhanças, na essência, mas também diferenças na origem e nos efeitos⁶³⁵.

As normas de direito público não estabelecem, comumente, regras acerca do regime de nulidades – ao contrário de como o faz o Código Civil –, razão pela qual José Roberto dos Santos Bedaque observa, com pertinência:

Se quisermos aproveitar ideias concebidas para o sistema das nulidades de direito material, temos que considerar não só a natureza pública do direito processual, como principalmente o caráter instrumental do processo – sob pena de desvirtuarmos sua principal característica. Não se pode, pura e simplesmente, transportar para o âmbito do processo regras e princípios concebidos para regular a validade e a eficácia de atos jurídicos substanciais, sem considerar as especificidades do direito processual – a começar pelo fato de que, nesta sede, o ato, embora absolutamente nulo, é eficaz e suscetível de convalidação pela coisa julgada, o que não ocorre no plano do direito material⁶³⁶.

Diante disso, registre-se que a aplicabilidade das normas de direito privado, com as devidas adaptações ao processo civil, se revela perfeitamente possível à luz do disposto nos arts. 4º da LINDB e 140 CPC.⁶³⁷

⁶³⁵ CAHALI, Francisco. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Ed. RT, 2018, *E-book*, Cap. 13, item 13.1. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina>. Acesso em: 30 jan. 2022.

⁶³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 445-446.

⁶³⁷ Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim: “Efetivamente, ‘por séculos o direito de forma foi confundido com o direito de fundo’, e o processo era classificado, no direito privado, como ‘mero capítulo do direito civil’

No processo civil, reitere-se, o ato nulo tem uma espécie de vida artificial, até o dia em que se declare a sua invalidação. Como leciona Antonio do Passos Cabral:

No âmbito do direito material, a nulidade priva o ato de toda eficácia, independentemente de desconstituição ou decretação judicial. O ato nulo, em tese, não produz efeitos. Já no direito processual, enquanto não pronunciada a nulidade, o ato produz efeitos e a relação processual se mantém, podendo ocorrer inclusive sanatória do vício pela coisa julgada⁶³⁸⁻⁶³⁹.

No processo civil, tanto atos nulos como anuláveis – vícios processuais que geram a invalidade do ato em si - devem, necessariamente, ser objeto de “desfazimento”, para que deixem de surtir efeitos; caso contrário ocorre uma espécie de regeneração natural e os atos convalidam-se pela superação do tempo.

Um bom exemplo de casos que consistem em nulidades absolutas são aqueles em que há desrespeito às regras que concernem aos pressupostos processuais (intrínsecos) de validade: *competência, imparcialidade do juiz* (daí as regras de impedimento e suspeição do juiz), *capacidade e legitimidade processual das partes, petição inicial não inepta e citação válida*.

Quando é proferida uma sentença de mérito apesar de, no processo, haver vício consistente na falta de pressuposto processual de validade, como, por exemplo, a competência, o remédio cabível é a ação rescisória (art. 966, II e seguintes CPC), porque a nulidade não impede a formação da coisa julgada.

[BUZOID, Alfredo. **Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 81]. Assim, *cada ramo do direito, aos poucos, historicamente, se foi desgarrando do mais ancião dos direitos.*

(...) De fato, embora, com efeito, haja comunhão de origens, a teoria das nulidades elaborada no plano do Direito Civil não pode ser transplantada para o campo do direito público, pura e simplesmente, sem profundas adaptações. Deve, portanto, necessariamente haver adaptações das regras do Direito Civil, quando se as aplicam a outros ramos do direito, que atendem aos peculiares fenômenos jurídicos de cada área (...).

*(...) Ángel Fermin Garrote [Los actos jurídicos procesales. In: MORELLO, Augusto Mario et al. **Estudios de nulidades procesales**. Buenos Aires: Hammurabi, 1980, p. 49] alude à opinião de Palácio no sentido de que todos os vícios do ato processual são convalidáveis, e recusa integralmente que se recorra ao Código Civil. Concordamos inteiramente com a forma como vê, citado professor, as nulidades do processo.*

(...) [A]ssevera Palácio que, por serem sanáveis (= emendáveis) todos os vícios do processo, seriam todos eles anulabilidades (ou nulidades relativas). A nosso ver, o caráter de sanabilidade, no direito público, não se liga à circunstância de se tratar, de nulidade relativa. (...) A vinculação entre a sanabilidade e a nulidade relativa só ocorre no direito privado, segundo a visão que propomos (...)”. ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 119-122.

⁶³⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Das nulidades: invalidades processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 434.

⁶³⁹ Essa diferença da convalidação dos atos nulos, no processo e no direito privado, pode ser verificada, nitidamente, em um confronto entre os arts. 76 e 139, IX do CPC e os arts. 168, parágrafo único e 169 do CC.

Nesses casos, o que se tem é um vício extrínseco à própria sentença, e aqui se diz **EXTRÍNSECO**, no sentido de que esse vício ocorreu em plano exterior à sentença, i. e., não é um vício intrínseco como, por exemplo, a falta de fundamentação.

E a inexistência jurídica?

É imprescindível se ter presente que quando se menciona a figura da inexistência jurídica, o que se quer com isso significar é, justamente, a inexistência JURÍDICA e não fática, pois, nesse âmbito, o ato sempre existirá: caso contrário, não haveria se falar do ato. Não se fala do que não existe, no mundo dos fatos. Ou, se se fala, fala-se, desnecessariamente.

Muito embora, nem CPC nem Código Civil tratem, expressamente, da inexistência jurídica (o art. 37, parágrafo único do CPC/73⁶⁴⁰, entretanto, previa expressamente essa figura), pode-se, com conforto, afirmar que essa categoria de ato (o juridicamente inexistente) deve ser considerada como uma das espécies de vícios processuais, já que se trata, de rigor, de um vício: o ato existe, no plano dos fatos, mas padece de um vício grave o suficiente para comprometer a sua tipicidade.

Um bom exemplo que faz compreender, de maneira clara, em que consiste um ato juridicamente inexistente é uma sentença proferida por quem não é juiz⁶⁴¹⁻⁶⁴². Enquanto sentença, o ato não existe. Exata e precisamente a mesma coisa se pode dizer a respeito de uma sentença que careça da parte propriamente decisória: é uma *não* sentença.

Na lição de Teresa Arruda Alvim:

A sentença juridicamente inexistente é, pura e simplesmente, a sentença que não pode ser chamada de sentença, por que lhe faltam elementos essenciais. Portanto, trata-se de um problema de tipicidade. Sob certo

⁶⁴⁰ “Art. 37. Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze), por despacho do juiz.

Parágrafo único. Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos”.

⁶⁴¹ Em consonância com Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição, “[a] existência jurídica e a validade da relação processual são requisitos para que se possa pensar na possibilidade de uma sentença de mérito. Para que haja processo, isto é, para que o processo exista, deve haver jurisdição. O exemplo da sentença a non iudice, proferida por um não juiz, é clássico para representar sentenças juridicamente inexistentes, que não transitam em julgado. Para que o processo exista validamente, é necessário que o juízo a que está submetido possa exercer essa jurisdição, no caso concreto, ou seja, tenha competência. O juiz que atua nesse juízo há de ser imparcial, não podendo, pois, ser impedido”. ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. **Ação rescisória e querela nullitatis**: semelhanças e diferenças. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 42-43.

⁶⁴² Nesse sentido: “Trata-se de pressuposto processual de existência subjetivo da relação jurídica processual a investidura do magistrado na função jurisdicional. Portanto, somente será considerado inexistente o processo e as decisões nele incidentes se prolatada por um não-juiz”. STJ, RHC 57.488/RS, 5ª T., Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 07.06.2016, DJe 17.06.2016.

aspecto, trata-se de um vício, já que a inexistência jurídica não se confunde com a inexistência fática. O ato existe, mas desprovido de elementos que lhe dão identidade – por exemplo, o decisum, em relação a uma sentença. Obviamente, uma sentença sem decisum não é uma sentença: é uma não-sentença (Nichturteil). É ato desidentificado, que não pode ser chamado/classificado de, v.g., sentença.

Assim, pela gravidade do vício, o ato deixa de pertencer à categoria jurídica que pretendia integrar. Voltando ao exemplo da sentença: o ato existe, mas não pode ser tido como sentença. É uma sentença juridicamente inexistente, que não pode ostentar o nomen juris sentença.

(...) Por outro lado, é claro que o direito também considera a inexistência fática de um ato. É, rigorosamente, o que ocorre com a sentença infra petita, assim qualificada porque não se teria decidido um dos pedidos formulados pelo autor.

O pedido não decidido, quando, v.g., há mais de um pedido formulado, não gera sentença nula, mas sentença inexistente, no plano dos fatos. Esta sentença, por óbvio, não transita em julgado simplesmente porque não há o que transitar em julgado. Parece-nos, portanto, que a sentença juridicamente inexistente porque não tem decisum é, no fundo, situação que muito se assemelha à da sentença inexistente no plano fático. A distinção, nesse particular, todavia, é desnecessária porque, evidentemente, qualquer que seja a posição pela qual se opte, o tratamento de uma decisão com essas características deverá ser o que se dispensa à sentença juridicamente inexistente: não há coisa julgada⁶⁴³.

Outras situações em que se pode dizer que o ato é juridicamente inexistente são aquelas em que o processo é “formado” sem que, por exemplo, tenha sido citado o réu, que tenha sido revel. Na verdade, o que se tem aqui nada mais é do que um *simulacro* de processo: é um mero procedimento, sem contraditório, que não pode ser juridicamente qualificado como um processo.⁶⁴⁴

Nesses casos, estar-se-ia, na realidade, tão somente diante do exercício do direito genérico de petição, como se extrai do ensinamento de Arruda Alvim:

O direito genérico de petição, expressamente consagrado em nossa Constituição Federal, é o meio ou veículo revelador do direito de ação, já agora situado no plano processual, à luz do preenchimento dos requisitos por esse sistema exigidos (...). (...) Para nós, e, principalmente, para nossa

⁶⁴³ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 238-239.

⁶⁴⁴ “A falta de qualquer dos pressupostos processuais de existência macula a existência do próprio processo, podendo existir, nas palavras bem colocadas de Teresa Arruda Alvim, somente ‘um simulacro de processo’”. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 185.

Nessa toada, consoante Teresa Arruda Alvim, “o processo pode ser um ‘simulacro’ de processo, não podendo ser qualificado juridicamente enquanto tal, quando, por exemplo, estiverem ausentes elementos que a doutrina elenca como integrantes da própria definição de processo. Define-se processo como a relação jurídica que se estabelece entre autor-juiz-réu. Logo, petição inicial (autor), jurisdição (juiz) e citação (réu) são a essência do processo: são os tais pressupostos da existência jurídica do processo. Sem um deles, processo, juridicamente, não há. E sentença, portanto, juridicamente, não haverá”. ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades...** cit., p. 300-301.

*lei vigente, (...) basta haver requisitos mínimos de admissibilidade jurídica do pedido do autor, aliada à legitimidade para aquela causa e ao interesse processual, para que estejam preenchidas as condições de exercício do direito subjetivo de ação*⁶⁴⁵.

Considerando as categorias de admissibilidade que há no processo, dentre as quais – afora as condições da ação (= legitimidade para a causa e interesse processual) – estão os chamados pressupostos processuais de existência, o festejado professor complementa que:

[S]ob o ponto de vista da teoria do processo, há três requisitos para que uma relação jurídica processual exista.

a) O primeiro requisito para haver um processo e, por conseguinte, uma relação jurídica processual, é o de haver uma demanda [no sentido de pedido, de pretensão], traduzida numa petição inicial, mesmo que seja esta inepta (...).

(...)

b) Outro requisito de existência da relação jurídica processual (processo) é a existência de jurisdição. A parte deve, portanto, formular o pedido a alguém investido de jurisdição, vale dizer, a um órgão jurisdicional (juízo de direito ou tribunal), pois, mesmo se incompetente (inclusive absolutamente incompetente), processo haverá.

c) Não podemos dizer que já há processo íntegro, como relação trilateral, no sentido prático e real, se não houver citação da parte contrária; afirmação diversa seria baseada em conceito estritamente técnico (desligado da ciência processual), e seria válida apenas considerando o processo como relação bilateral entre autor e juiz. O que podemos dizer é que há, com a só propositura da ação, apenas um início do processo, pois há relação jurídica entre o juiz e o autor. Sendo a relação processual triangular, isto é, que se estabelece entre autor-juiz-réu, necessariamente, tem-se que, tanto é inexistente a sentença proferida por quem não é juiz, quanto é inexistente a sentença proferida em processo em que não há réu (em que não houve citação do réu ou comparecimento espontâneo do réu).⁶⁴⁶

E, acertadamente, conclui que “tanto é inexistente a sentença proferida por quem não é juiz, quanto é inexistente a sentença proferida em processo em que não há réu (em que

⁶⁴⁵ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 146.

⁶⁴⁶ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual...** cit., p. 185-187.

não houve citação do réu ou comparecimento espontâneo do réu)⁶⁴⁷⁻⁶⁴⁸, conclusão essa também sustentada por Alexandre Freitas Câmara: “[a] ausência de algum pressuposto de existência implica a própria inexistência jurídica do processo. Dito de outro modo, faltando algum pressuposto de existência não se estará diante de um verdadeiro processo”⁶⁴⁹.

Ante o explanado, deflui-se que não há processo sem que um pedido seja formulado: uma petição inicial que não contém pedido não tem o condão de iniciar uma relação processual. Por isso é inexistente juridicamente a sentença que decide pedido não formulado pelo autor. Nessa medida, não há coisa julgada e, portanto, nada há a se desconstituir.

A inexistência jurídica consiste em uma realidade fática que não logrou se transformar em realidade jurídica, em virtude de o ato estar em dissonância com a hipótese legal que o regula. É por isso que a inexistência jurídica se reduz, ao fim e ao cabo, a um problema de tipicidade do ato⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 187. Outrossim, o professor em apreço pontua: “Não temos dúvida (...) que, apesar do Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 239, *caput*, referir à citação como indispensável à validade do processo, em verdade, diante da ciência jurídica, há de se compreender que a citação é (isto é, permanece sendo, como sempre defendemos) pressuposto processual de existência, de modo que há de se ler no art. 239, *caput*, apesar do texto, que a citação é indispensável à existência do processo como apto à decisão de mérito. Portanto, em que pese a modificação legislativa, não modificamos nossa compreensão a respeito da citação: trata-se de pressuposto processual de existência”. *Idem*, *ibidem*, p. 187.

Em outra oportunidade, Arruda Alvim asseverou que “[o] processo sem citação (ou com citação nula somada à revelia) é juridicamente inexistente em relação ao réu, enquanto situação jurídica apta a produzir ou gerar sentença de mérito (salvo os casos de improcedência liminar do pedido – art. 332 do CPC/15). Ante a essencialidade da citação para o desenvolvimento do processo, não há preclusão para a arguição da sua falta ou de sua nulidade, desde que o processo tenha corrido à revelia. Pode tal vício ser alegado inclusive em impugnação ao cumprimento da sentença proferida no processo viciado, ou até mesmo por simples petição, ou, se houver interesse jurídico, em ação própria (= ação declaratória dessa inexistência)”. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 204.

⁶⁴⁸ Nesse sentido: “QUERELA NULLITATIS INSANABILIS. Ação declaratória de inexistência de relação jurídica processual. É nula a citação realizada na pessoa de ex-sócio que deixou de integrar o quadro social da empresa. Ausência de pressuposto processual de existência. Anulação do processo desde a referida citação. Recurso provido”. TJSP, Ap. 1029360-85.2016.8.26.0071/SP, 28ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gilson Delgado Miranda, j. em 03.04.2018, publicado em 03.04.2018.

⁶⁴⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 27.

⁶⁵⁰ Reconhecendo a importância do conceito e configuração da tipicidade dos atos e fatos jurídicos, Ricardo de Barros Leonel explica que “[o] tipo nada mais é que descrição legal contendo elementos (materiais ou jurídicos) e suas consequências. Sem descer a minúcias, a prática do ato típico (fattispecie concreta), ou a subsunção dos fatos ao tipo (fattispecie abstrata), tornará o evento (fato ou ato jurídico) apto a produzir efeitos no mundo do direito. Daí a asserção de que a fattispecie, no quadro do procedimento de produção dos efeitos jurídicos do ato ou fato, não é causa, concausa, nem condição daqueles, constituindo-se ao contrário objeto de valoração dos fatos, para liberação de seus efeitos jurídicos [CATAUDELLA, Antonino. *Fattispecie*. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1967. v. XVI, p. 934 e 335]. Assim, presente o conceito de tipicidade em qualquer ramo do direito, inclusive no direito processual, ostenta suma relevância na medida em que a partir dele torna-se viável a aferição da aptidão dos eventos positivamente normados (atos e fatos) para atingirem os efeitos que lhe são inerentes, específicos e programados”. LEONEL, Ricardo de Barros. Fatos e atos jurídicos: planos de existência, validade, eficácia e a questão da *querela nullitatis*. **Justitia Revista Jurídica**, São Paulo, v. 65, n. 199, jul./dez. 2008, p. 109.

À luz do pensamento de Tullio Ascarelli, o ato juridicamente inexistente é um ato impostor: passa por algo que, efetivamente, não é!⁶⁵¹⁻⁶⁵² Pode-se dizer que, de fato, o ato inexistente juridicamente é um *não ato*, para fins de direito.

O grau de gravidade do ato inexistente juridicamente é tamanho, que não há se falar em sua convalidação⁶⁵³, no sentido de o ato se tornar inatacável apesar de viciado, independentemente do tempo decorrido da ocorrência do vício.

Os vícios que levam à inexistência jurídica impedem, naturalmente, a formação da coisa julgada. Diz-se *naturalmente*, pois não há sentido em se falar na formação de coisa julgada – uma característica eminentemente jurídica – em relação a uma sentença que, juridicamente, não existe.

Para as hipóteses de inexistência processual, existe o remédio da ação declaratória de inexistência jurídica, também denominada *querela nullitatis insanabilis / actio nullitatis*⁶⁵⁴,

⁶⁵¹ Ao distinguir inexistência e nulidade, Tullio Ascarelli considera ser a inexistência uma expressão de *tipologia da realidade*, de um ordenamento da realidade social segundo tipos, ao passo que a nulidade seria uma expressão *normativa*, de um regulamento jurídico. Sob a ótica desse professor italiano, portanto, é prescindível, em relação ao plano da existência, a comparação do fato com o tipo para que se faça uma *indagação de realidade social* e, em contrapartida, mostra-se imprescindível, em relação ao plano da validade, o confronto entre o fato real e o fato tipificado para que seja feita uma *indagação jurídica*. Em seu dizer: “*os conceitos que remetem a uma reconstrução tipológica da realidade aos fins da aplicabilidade da normativa nunca podem por sua natureza ser plenamente definidos no sistema jurídico*”. Assim, a inexistência não é determinada pelo confronto com a norma jurídica, mas sim por “*tipos de realidade*”, ou seja, a partir do reconhecimento da coisa pelo intérprete (*communis opinio interpretativa*), realizado em comparação com a realidade. SCARPARO, Eduardo Kochenborger. **As invalidades processuais sob a perspectiva do formalismo valorativo**. 2011. 388f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2011, p. 83-84, com base em ASCARELLI, Tullio. Sul concetto di titolo di credito e sulla disciplina del titolo V, libro IV, del nostro codice. **Banca, borsa e titoli di credito**: rivista di dottrina e giurisprudenza, Milano: A. Giuffrè, v. 17 (nuova serie 7), Parte Prima, p. 367-388, 1954, especialmente p. 371 e 375.

⁶⁵² Para mais a respeito do pensamento de Tullio Ascarelli: ASCARELLI, Tullio. Norma jurídica e realidade social. Tradução Maria Cristina de Cicco; Rafael Marinangelo. **Civilistica.com**: Revista Eletrônica, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/issue/view/27>. Acesso em: 28 jan. 2022; ASCARELLI, Tullio. Antígona e Pórcia. Tradução Maria Cristina de Cicco. **Civilistica.com**: Revista Eletrônica, Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/issue/view/23>. Acesso em: 28 jan. 2022.

⁶⁵³ Impossibilidade de convalidação, aqui, no sentido de o tempo decorrido impossibilitar a impugnação do ato, pois a convalidação do ato inexistente pode ocorrer em situações como, por exemplo, a ausência de citação convalidada pelo comparecimento espontâneo do réu. Trata-se, aqui, portanto, de duas espécies de convalidação.

⁶⁵⁴ Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição, considerando a doutrina de Roque Komatsu (**Da invalidade no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 154 e ss.) no que concerne ao surgimento da noção de inexistência jurídica, explicitam que, “[n]o passado, só havia a categoria das nulidades absolutas. Em face do princípio de que não há nulidade sem texto, (...) a ocorrência de vícios não previstos em lei levou à adoção desta categoria lógica, que é a *inexistência jurídica*. Assim, o princípio não seria afrontado. Então, dizer-se *actio nullitatis* decorre da mera circunstância de, à época, não se conceber a categoria dos atos juridicamente inexistentes”. ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. **Ação rescisória e querela nullitatis**: semelhanças e diferenças. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 353.

para a qual, diferentemente da ação rescisória, e como para todas as espécies de ação declaratória, não há prazo: as declaratórias são imprescritíveis...

A dicotomia rescisória/*actio nullitatis* encontra guarida, principalmente, no fato de que a inexistência jurídica impede a formação da coisa julgada da sentença – como já se viu anteriormente –, de forma que se torna absolutamente dispensável a desconstituição, via rescisória, da coisa julgada, pois que, frise-se, esta não se formou, portanto não há o que se desconstituir. Cabível, portanto, a declaratória, já que seu fim é, exclusivamente, declarar um fato: a inexistência jurídica do ato.

Importante destacar a tendência da admissão da fungibilidade entre a declaratória e a rescisória – mas, não a via inversa. Assim, tem-se admitido, para as hipóteses de cabimento da *actio nullitatis*, o ajuizamento da ação rescisória, como se colhe da seguinte ementa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO REGULAR NA SEGUNDA INSTÂNCIA. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. POSSIBILIDADE. 1. Ação rescisória ajuizada em 16.12.2011. Recurso especial atribuído ao gabinete em 25.08.2016. Julgamento: CPC/1973. 2. Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade do manejo da ação rescisória, no caso de reconhecimento de nulidade absoluta, pela falta de intimação do procurador do recorrente acerca dos atos processuais praticados no segundo grau de jurisdição. 3. Ausente o vício do art. 535, II do CPC/73, rejeitam-se os embargos de declaração. 4. A exclusividade da querela nullitatis para a declaração de nulidade de decisão proferida sem regular citação das partes, representa solução extremamente marcada pelo formalismo processual. Precedentes. 5. A desconstituição do acórdão rescindendo pode ocorrer tanto nos autos de ação rescisória ajuizada com fundamento no art. 485, V, do CPC/73 quanto nos autos de ação anulatória, declaratória ou de qualquer outro remédio processual. 6. Recurso especial conhecido e provido⁶⁵⁵.

Pelo princípio da fungibilidade⁶⁵⁶, pode-se receber dado *mecanismo processual* por outro, como, por exemplo, pode-se receber uma ação ao invés de um recurso e/ou vice-versa.

Nelson Nery Junior esclarece ser o direito de ação “um direito público subjetivo exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional”. Deste modo, “*todo e qualquer expediente destinado a dificultar ou mesmo*

⁶⁵⁵ STJ, REsp 1.456.632/MG (2014/0127080-6), 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.02.2017, DJe 14.02.2017.

⁶⁵⁶ Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição assinalam que, conforme “*a instrumentalidade do processo foi sendo privilegiada pelos processualistas contemporâneos, a fungibilidade foi assumindo nova dimensão, fora do sistema recursal, autorizando o recebimento de um mecanismo ou de um veículo processual (não necessariamente recursal) em lugar de outro, cuja utilização tenha resultado de dúvida objetiva ou, melhor dizendo, da existência de indefinição no próprio sistema”*. ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. **Ação rescisória e querela nullitatis**: semelhanças e diferenças. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 362-363.

impedir que a parte exerça sua defesa no processo civil atenta contra o princípio da ação [relacionado ao direito de o autor obter sentença de mérito] e, por isso, deve ser rechaçado”⁶⁵⁷.

Nessa toada, se estiverem “*presentes os requisitos para a incidência do princípio da fungibilidade dos recursos no processo civil e o juiz deixar de aplicá-lo, estará infringindo o princípio constitucional da garantia do direito de ação*”⁶⁵⁸.

A incidência do princípio da fungibilidade depende da existência de dúvida objetiva, uma espécie de zona cinzenta acerca de determinado instituto (dúvida que se revela mediante jurisprudência conflitante ou discussão doutrinária por ainda não haver um consenso a respeito de determinado tema)⁶⁵⁹.

Trata-se de princípio em harmonia com a ideia de instrumentalidade e que visa a garantir que o processo atinja seu fim precípua – que é a prestação da atividade jurisdicional plena e efetiva⁶⁶⁰ – com maior benefício e menor sacrifício aos jurisdicionados.

Com base na fungibilidade, o instrumento utilizado pela parte será julgado como tal e não como se, por exemplo, outro recurso fosse, o que demonstra a diferença desse princípio em relação ao fenômeno, incorporado pelo CPC – arts. 1032 e 1033 –, da conversão, onde, aí sim, há a transformação de um recurso em outro.

Especificamente no tocante à fungibilidade *actio nullitatis*/rescisória, as hipóteses de cabimento da rescisória tendem a ser mais abrangentes que aquelas a dar fundamento à ação declaratória de inexistência jurídica, havendo, entretanto, uma pequena área de intersecção

⁶⁵⁷ NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**: com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 213 e 215.

⁶⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 215.

⁶⁵⁹ Nesse sentido: “**RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXIGIR CONTAS (CPC/2015, ART. 550, § 5º). DECISÃO QUE, NA PRIMEIRA FASE, JULGA PROCEDENTE A EXIGÊNCIA DE CONTAS. RECURSO CABÍVEL. MANEJO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO (CPC, ART. 1.015, II). DÚVIDA FUNDADA. FUNGIBILIDADE RECURSAL. APLICAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Havendo dúvida fundada e objetiva acerca do recurso cabível e inexistindo ainda pronunciamento judicial definitivo acerca do tema, deve ser aplicado o princípio da fungibilidade recursal. 2. Na hipótese, a matéria é ainda bastante controvertida tanto na doutrina como na jurisprudência, pois trata-se de definir, à luz do Código de Processo Civil de 2015, qual o recurso cabível contra a decisão que julga procedente, na primeira fase, a ação de exigir contas (arts. 550 e 551), condenando o réu a prestar as contas exigidas. 3. Não acarretando a decisão o encerramento do processo, o recurso cabível será o agravo de instrumento (CPC/2015, arts. 550, § 5º, e 1.015, II). No caso contrário, ou seja, se a decisão produz a extinção do processo, sem ou com resolução de mérito (arts. 485 e 487), aí sim haverá sentença e o recurso cabível será a apelação. 4. Recurso especial provido”. STJ, REsp 1.680.168/SP (2017/0147426-8), 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, j. 09.04.2019, DJe 10.06.2019.**

⁶⁶⁰ Não é demais reforçar que o CPC de 2015 “conferiu maior destaque aos princípios da sanabilidade dos vícios de atos processuais e da instrumentalidade das formas, com a intenção de garantir maior efetividade ao processo”. ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. **Ação rescisória e querela nullitatis**: semelhanças e diferenças. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 363.

entre elas, em que se pode admitir a fungibilidade⁶⁶¹. É o caso de uma rescisória ajuizada com vistas a impugnar decisão proferida em processo em que a citação foi nula e não houve sua convalidação, mediante o comparecimento do réu: eis hipótese típica, com base no princípio da fungibilidade, de aceitação de rescisória no lugar da *actio nullitatis*.⁶⁶²

Até aqui, falou-se das invalidades e da inexistência jurídica, no âmbito do processo civil. Mas, o que se poderia apontar como relevante sobre esses institutos, no contexto da arbitragem?

Para responder a essa indagação, passa-se à análise do art. 32, LArb e seu fechado rol de hipóteses que, segundo a *cabeça* do dispositivo, levam à nulidade da sentença arbitral.

Muito embora esse dispositivo preveja serem todos casos de nulidade da sentença arbitral, a ensejar, conseqüentemente e à primeira vista, apenas o ajuizamento da ação anulatória prevista no art. 33 da LArb, para sua impugnação, já é coro robusto a doutrina⁶⁶³

⁶⁶¹ Abordando o tema das sentenças juridicamente inexistentes, Teresa Arruda Alvim e José Miguel Garcia Medina clarificam que essas sentenças não têm aptidão para transitar em julgado, não devendo, pois, ser objeto de ação rescisória, devido à ausência do pressuposto atinente à decisão de mérito transitada em julgado, mas sim ser objeto de ação meramente *declaratória* (de *inexistência jurídica*, e não de nulidade). Na sequência, todavia, registram que há certa tendência – mormente no plano jurisprudencial e verificada ainda sob a égide do CPC de 1973 – de se considerar possível a incidência do princípio da fungibilidade, em sua ampla dimensão: “a tendência é a de que se entenda ser possível a fungibilidade não só dos recursos, propriamente ditos, e como meios que são de se impugnarem decisões judiciais, mas de outros ‘meios’, hoje evidentemente úteis (...). Impossível negar-se que, no estado atual do direito, existem situações para as quais [se pode] extrair do manejo das regras jurídicas mais de uma solução ou se pode eleger mais de um caminho para se chegar a um mesmo lugar”. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**: hipóteses de relativização. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 237-239.

⁶⁶² No sentido da incidência do princípio da fungibilidade em sua ampla dimensão, além da precitada ementa respectiva ao **REsp 1.456.632/MG**, tem-se, também: **STJ, REsp 1.600.535/RS**, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andriighi, j. 15.12.2016, *DJe* 19.12.2016 (“O princípio da fungibilidade autoriza que a *querela nullitatis* assumam também a feição de outras formas de tutela – incluindo a ação rescisória –, cuja escolha dependerá da situação jurídica em que se encontrar o interessado no momento em que toma conhecimento da existência do processo (concurso eletivo): se antes do prazo de dois anos, previsto no art. 495 do CPC/73, caberá ação rescisória ou ação de nulidade; se depois de transcorrido o biênio somente esta, já que não é atingida pelos efeitos da decadência”); **STJ, AREsp 832.498/DF**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 09.05.2016, *DJe* 18.05.2016, decisão monocrática (“De todo modo, prestigiando os princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, essa egrégia Corte de Justiça tem admitido a propositura de rescisória pela não citação de litisconsorte necessário, com fundamento na violação literal de disposição de lei (art. 485, V, CPC)”).

Ainda nesse sentido, mesmo sob a égide do CPC/1973: **STJ, REsp 11.290/AM**, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 04.05.1993, *DJ* 07.06.1993 (“(...) A citação, como ato essencial ao devido processo legal, à garantia e segurança do processo como instrumento da jurisdição, deve observar os requisitos legais, [sob] pena de nulidade *pleno iure* quando não suprido o vício. A rescisória, embora não seja o meio próprio, tem sido admitida, com apoio da doutrina e da jurisprudência, como via hábil para a correção da anomalia”).

⁶⁶³ “Haverá, porém, casos verdadeiramente excepcionais, e que será necessário reconhecer a sobrevivência da via declaratória ou desconstitutiva para atacar o laudo. O exemplo mais evidente de tal situação repousaria na hipótese de não ser arbitrável um determinado litígio; proferido o laudo, não vem proposta a demanda de anulação, o que tornaria a sentença arbitral inatacável, gerando situação de perplexidade (pense-se em uma questão de estado dirimida pela via arbitral). A jurisprudência italiana, reafirmada em vários julgados da Corte de cassação, estabeleceu entendimento que poderá ser seguido no Brasil, considerando inexistente a convenção arbitral na hipótese formulada, de tal sorte a permitir a sobrevivência da via

que sustenta haver, dentre os incisos do art. 32, hipóteses de nulidade que levam à inexistência da sentença.

Via de regra, o art. 32 elenca casos de nulidade: trata-se de vícios extrínsecos (relacionados à convenção de arbitragem) ou intrínsecos (existentes no próprio procedimento arbitral)⁶⁶⁴. Contudo, frise-se que não se trata, somente, de casos de nulidade...

O inciso I estabelece que será nula a sentença, quando for nula a convenção de arbitragem.

Este autor já teve a oportunidade de sustentar, neste trabalho, que a convenção de arbitragem é um negócio jurídico processual (*arbitral*).

Como negócio jurídico que é, à convenção arbitral aplicam-se as regras concernentes às nulidades absolutas e relativas constantes do Código Civil, de forma que, a depender da situação, a convenção arbitral poderá ser absoluta ou relativamente nula.

Pode-se ilustrar a primeira hipótese (nulidade absoluta) com a contratação da convenção de arbitragem que tenha objeto ilícito ou impossível. Será caso de nulidade relativa da convenção, por sua vez, quando ela estiver eivada de algum dos vícios de consentimento previstos no inciso II do art. 171 CC.

Um exemplo acadêmico de convenção arbitral nula é aquela que estipula a arbitragem como forma de se dirimirem conflitos de natureza não patrimonial e indisponível, face ao disposto no art. 1º LArb, norma de ordem pública, sobre a qual as partes não podem dispor.

A convenção arbitral é o instrumento que dá investidura aos árbitros para o exercício do múnus de dizer o direito, investindo-os de jurisdição. Assim, a convenção arbitral é o instrumento por intermédio do qual as partes elegem uma determinada e diferenciada jurisdição – a arbitral - para composição de um conflito já existente ou que venha a existir entre elas.

Portanto, se nula a convenção de arbitragem, pode-se dizer que a jurisdição arbitral não terá sido contratada, por decorrer de um ato sem validade, e, portanto, qualquer sentença, nessa situação, é decisão proferida com ausência de jurisdição; é sentença juridicamente inexistente.

impugnativa”. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

⁶⁶⁴ SCHMIDT, Gustavo da Rocha; FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à Lei de Arbitragem**. São Paulo: GEN-Editora Método, 2021.

Se, contudo, a convenção arbitral – frise-se, típico negócio jurídico regulado, em sua formação, pelas regras de direito privado⁶⁶⁵ – for anulável, vício que, como já se viu anteriormente, é passível de convalidação e o interessado assim não o alegar, no prazo legal, tal vício estará superado e a sentença, conseqüentemente, não sofrerá de qualquer mácula.

A mesma consequência: de inexistência da sentença decorre da hipótese prevista no inciso II do art. 32 – a depender da situação -, ao dispor acerca da sentença que emanou de quem não podia ser árbitro.

Via de regra, contudo, a hipótese versada no inciso II do art. 32 leva à nulidade da sentença. É o caso, por exemplo, de árbitro que não seja imparcial ou independente, nos termos do art. 13, § 6º, LArb.

A independência e a imparcialidade do árbitro derivam, como expressa a lição de Paulo Nalin⁶⁶⁶, das garantias constitucionais processuais, de forma que sua violação significa, também, a afronta aos princípios constitucionais do processo arbitral:

Nessa medida, o princípio da imparcialidade integra o conjunto de garantias constitucionais representadas pela isonomia, pela garantia do juiz natural e, como já antes indicado, a observância do devido processo legal, todas resguardadas no rol de direitos e garantias fundamentais descritos no artigo 5º da Constituição. Do ponto de vista material e dogmático, de outra banda, a imparcialidade apresenta-se como pressuposto da própria existência constitucionalmente válida da relação jurídica processual, tanto da jurisdição pública quanto da arbitragem e, como tal, matéria de ordem pública.

Esse é, também, o entendimento do STJ⁶⁶⁷:

A prerrogativa da imparcialidade do julgador é uma das garantias que resultam do postulado do devido processo legal, matéria que não preclui e é aplicável à arbitragem, mercê de sua natureza jurisdicional. A inobservância dessa prerrogativa ofende, diretamente, a ordem pública nacional, razão pela qual a decisão proferida pela Justiça, alienígena, à luz de sua própria legislação, não obsta o exame da matéria pelo STJ.

Da mesma forma, como entende a doutrina:

⁶⁶⁵ “Como visto anteriormente, a teoria dos negócios jurídicos processuais origina-se a partir da relativização da antítese entre direito público e privado, assim como entre direito material e processual. Nesse sentido, verifica-se o fenômeno da contratualização do processo, observado não só no Brasil, como em outros países. Analisando o contexto francês, Loïc Cadet aponta que a tendência dessa contratualização foi observada levando em consideração a expansão da arbitrabilidade objetiva, bem como a consolidação da eficácia da cláusula compromissória. No Brasil, pode-se observar os mesmos acontecimentos”. MAZZEI Rodrigo; CHAGAS, Barbara Seccato Ruis. Os Negócios Jurídicos Processuais e a Arbitragem. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

⁶⁶⁶ NALIN, Paulo. O dever de revelação e os standards de independência e imparcialidade do árbitro à luz do novo código de processo civil. **Revista Jurídica da ESA-OAB/PR**, Curitiba, v. 4, n. 2, out./2019. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/10/revista-esa-10-cap-07.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2022.

⁶⁶⁷ SEC 9412/EX, Relator Ministro Félix Fischer.

*É nula, (...), a sentença arbitral prolatada por árbitro suspeito ou impedido, nos exatos termos do art. 14 da Lei. Referido vício, todavia, só poderá ser deduzido na competente ação anulatória se a parte prejudicada tiver, oportunamente, apresentado arguição de recusa do árbitro nomeado. A recusa ao árbitro deve ser prévia e tempestivamente deduzida no procedimento arbitral, sob pena de convalidação do vício*⁶⁶⁸.

No entanto, o disposto no art. 13, *caput*, LArb⁶⁶⁹, ao estabelecer que poderá ser árbitro qualquer pessoa capaz, pode, se desrespeitado, levar à inexistência da sentença.

Diz-se isso, porque com a violação ao mencionado dispositivo legal, acaba-se por delinear uma situação jurídica bastante interessante: da invalidez da convenção decorrente da circunstância de aquele apontado como árbitro não ter capacidade para tanto, nasce a inexistência jurídica da arbitragem, por esta ter-se desenrolado perante quem não era árbitro e, portanto, não estava investido de jurisdição.

O inciso III do art. 32, ao prever a nulidade da sentença se ela não contiver os requisitos do art. 26⁶⁷⁰ da LArb também pode levar à situação de inexistência da sentença⁶⁷¹, como é o caso da decisão que, porventura, não tenha a parte dispositiva, hipótese em que, como já visto, não há, sequer, formação de coisa julgada⁶⁷²⁻⁶⁷³.

⁶⁶⁸ SCHMIDT, Gustavo da Rocha; FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à Lei de Arbitragem**. São Paulo: GEN-Editora Método, 2021.

⁶⁶⁹ “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”.

⁶⁷⁰ “Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato”.

⁶⁷¹ De acordo com Barbosa Moreira, “[j]amais se pôs em dúvida que sentença sem conclusão, sem dispositivo, a rigor não chega a ser sentença. Se se quiser, empregar-se-á ao propósito a locução sentença inexistente (...)”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. **Temas de direito processual civil**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 246.

⁶⁷² Nesse sentido: ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. **Ação rescisória e querela nullitatis**: semelhanças e diferenças. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 350-351.

⁶⁷³ Ainda sobre a não formação de coisa julgada: “*La cosa giudicata presuppone il giudizio, la sentenza che accoglie o rigetta la domanda o l’eccezione; ove manca il giudizio o, in senso più lato, la situazione vuoi positiva vuoi negativa sulla domanda o su taluna di esse, di cosa giudicata è assolutamente impossibile parlare*”. CALVOSA, Carlo. Omissione di pronuncia e cosa giudicata. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 5, n. 1, 1950, p. 258. **Tradução livre**: “A coisa julgada pressupõe uma sentença, uma sentença que acolhe ou rejeita o pedido ou a exceção; quando não há sentença ou, em um sentido mais amplo, uma situação positiva ou negativa em relação ao pedido ou qualquer um deles, é absolutamente impossível falar de coisa julgada”.

No sentido de inexistir sentença, na hipótese de ausência de *decisum*, é, também, a posição de Pedro Batista Martins⁶⁷⁴: “ausente o dispositivo, o caso é de inexistência do ato jurisdicional, pois sem ele não há comando a ser imposto. Sem ele não há *decisum* e sem este não há julgado”.

No que tange à ausência de relatório e/ou de fundamentação, sua ocorrência geraria a nulidade da decisão.

Destaca-se, contudo, que se à sentença faltar a aposição de data e/ou de lugar de sua prolação, nada impede que isso seja sanado, mesmo que posteriormente, a pedido das partes ou de ofício pelos árbitros, com o fito de evitar a movimentação desnecessária da máquina judiciária.

Essa tendência a se evitar o manejo da ação anulatória para os casos em que se trate de vícios meramente formais, sem prejuízo para as partes, é bem evidenciada no direito britânico, como se tem apontado⁶⁷⁵:

No direito britânico, o English Arbitration Act de 1996 enuncia em sua Section 68 (2) que, para anular a sentença arbitral, além de ter que se comprovar o vício formal (serious irregularity), há que ficar evidenciada injustiça substancial (presente ou futura), requisito que, nos termos postos pela House of Lords, foi imposto pela lei para eliminar ações anulatórias puramente técnicas e sem fundamento.

Há, ainda, doutrina no sentido de que a sentença, da qual não conste data e/ou local, não possui irregularidade tal que gere a sua nulidade, em vista da possibilidade de se inferir tais dados, através de outros meios, “pois chega a ser mesmo impossível formular-se um exemplo em que não se consiga, de outro modo, precisar local e data da sentença”⁶⁷⁶.

Nesse diapasão, não se pode perder de vista, também, a possibilidade, que sempre existe, de essa espécie de irregularidade, assim como as demais previstas no inciso III do art. 32, serem sanadas, mediante provocação das partes, por intermédio da apresentação do pedido de esclarecimentos.

Evidentemente, o pedido de esclarecimentos não pode ser considerado requisito para o futuro ajuizamento da ação anulatória e/ ou da *querela nullitatis*, caso se evidencie uma das hipóteses de inexistência jurídica da sentença de que se vem tratando, neste tópico.

⁶⁷⁴ **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁶⁷⁵ SCHMIDT, Gustavo da Rocha; FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à Lei de Arbitragem.** São Paulo: GEN-Editora Método, 2021.

⁶⁷⁶ BEREZOWSKI, Aluisio. **Ação Anulatória de Sentença Arbitral.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, fazendo menção a lições de Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins.

O inciso IV do art. 32 LArb, ao prever a nulidade da sentença quando proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, remete, também, à hipóteses de inexistência jurídica da sentença e não só de sua nulidade.

A convenção de arbitragem determina, conforme vontade das partes, os limites objetivos do procedimento arbitral, de forma que a decisão dos árbitros deverá estar em consonância com esses termos, em respeito ao princípio da congruência, aplicável à arbitragem, como já se teve a oportunidade de mencionar, anteriormente.

Suponha-se, para ilustrar, que o pleito da requerente tenha por objeto os pedidos A, B e C. São esses 3 pedidos, portanto, que deverão ser objeto de apreciação e julgamento pelo painel arbitral, pois segundo estabelece o inciso IV do art. 32, a sentença deverá ser proferida dentro dos limites convencionados pelas partes.

Sabe-se, entretanto, que há hipóteses em que a sentença pode ser *ultra*, *extra* ou *infra petita*. Na primeira hipótese, o julgador julga além do que foi pedido, na segunda fora do que foi pedido, i.e., diferentemente do que se pediu e, por fim, no terceiro caso, não se julga a totalidade do pedido.

Começando pelo fim, poder-se-ia entender que a LArb, com as alterações que foram trazidas pela Lei n. 13.129/2015, teria deixado de prever como hipótese de irregularidade da sentença o fato de se decidir aquém do pedido, com a revogação do constante do inciso V do art. 32.

Contudo, nada muda com tal revogação, em vista do quanto disposto no inciso IV de que ora se falou e que inclui a hipótese aventada de julgamento *infra petita*.

O que LArb trouxe de novo com a edição da Lei n. 13.129/2015 foi a possibilidade de essa irregularidade relativa ao julgamento *infra petita* ser sanada mediante o ajuizamento da ação prevista no § 4º do art. 33⁶⁷⁷.

E, essa irregularidade, é de inexistência – não jurídica, mas, efetivamente, *fática!*-, pois que não houve julgamento a respeito de determinado pedido, de forma que não existe a respectiva decisão.

Para os casos de julgamento *extra* ou *ultra petita*, por sua vez, também não se vislumbra nulidade da sentença arbitral, mas, sim, sua inexistência jurídica⁶⁷⁸, pois que o

⁶⁷⁷ Art. 33. “A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem”. Ao ver deste autor, trata-se de ação de obrigação de fazer, com vistas a compelir o renitente painel arbitral, mediante decisão judicial de cunho mandamental, a decidir aquilo que as partes o contrataram para fazer.

⁶⁷⁸ No caso da sentença *ultra petita*, a inexistência relacionar-se-á, apenas, à parte da sentença que julgou além do pedido.

Tribunal Arbitral terá decidido acerca daquilo **para o que não fora investido de jurisdição pelas partes**.

O mesmo pode ser dito, quando os árbitros tiverem sido instados a julgar com base em direito, mas, no entanto, o fazem com base na equidade: eles não têm jurisdição para tanto e sentença proferida sem jurisdição é uma não sentença, sob o ponto de vista jurídico. O remédio cabível, portanto, seria a *querela nullitatis* e não a ação anulatória.

Por outro lado, se o árbitro deixar de respeitar precedente obrigatório - formado no âmbito do Judiciário, ao qual está vinculado e que tenha aplicabilidade em caso de mesma essência jurídica e que está sob julgamento -, sem que exerça a devida distinção, também terá deixado de decidir com base no que fora estipulado pelas partes - caso o direito brasileiro tenha sido o eleito para reger a arbitragem -, acarretando, nesse caso, sim, a nulidade da sentença arbitral, como este autor já teve a possibilidade de se manifestar muito mais profundamente, em obra anterior⁶⁷⁹.

Os incisos VI e VIII do art. 32, LArb são exemplos típicos de nulidade da sentença arbitral.

A sentença arbitral será nula, caso seja proferida, comprovadamente, mediante a prática de qualquer um dos crimes de: prevaricação, concussão ou corrupção passiva ou caso desrespeite os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e/ ou de seu livre convencimento. São hipóteses próprias que ensejam o ajuizamento da ação anulatória do art. 33, LArb, no prazo decadencial de 90 dias.

Por fim, o inciso VII do art. 32 também trata de hipótese de inexistência jurídica da sentença, caso esta seja proferida fora do prazo estabelecido no Termo de Arbitragem (ou na convenção arbitral) ou, no silêncio, no prazo de 6 meses, conforme estabelecido na LArb (art. 23, *caput*) e desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, concedendo-lhe o prazo de 10 dias para a prolação e a apresentação da sentença.

A inexistência jurídica, nessa circunstância, decorre do fato de a sentença ser proferida, quando ausente a jurisdição dos árbitros, pois que decorrido o lapso temporal de sua vigência e, portanto, exaurida a jurisdição contratada. Mais uma hipótese, portanto, da possibilidade do manejo da *querela nullitatis*, com vistas a declarar a inexistência da sentença arbitral.

⁶⁷⁹ BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem**. São Paulo: Ed. RT, 2017.

10.11 RECLAMAÇÃO E ARBITRAGEM

Abre-se, aqui, um item específico para tratar, especificamente, da questão de saber se a Reclamação é remédio cabível ou não, no contexto da arbitragem. Muito embora de uma espécie de impugnação se trate, as discussões são intensas acerca de seu [des]cabimento. Por isso, a decisão de tratar dessa espécie de impugnação em capítulo próprio.

Inicia-se o tratamento do tema, com apontamentos a respeito da natureza jurídica da reclamação, instituto previsto no art. 102, inciso I, alínea l e art. 105, inciso I, alínea f; da Constituição Federal, assim como no art. 988 e seguintes do CPC e outros diplomas legais, como a Lei n. 8.038/90 e os Regimentos Internos do STF e do STJ.

A reclamação tem natureza jurisdicional⁶⁸⁰ e, atualmente, embora já tenha havido acirrada polêmica a respeito desse ponto, o CPC não deixa dúvidas de que ela consiste em **ação**, face ao teor do artigo 989⁶⁸¹ que estabelece a necessidade de citação da parte e a possibilidade de oferecimento de contestação, no respectivo procedimento⁶⁸².

⁶⁸⁰ Muito se discutiu sobre sua natureza administrativa correicional. Porém, “A natureza jurídica da reclamação é jurisdicional, e não administrativa ou correicional. Trata-se de expediente de que se podem valer as partes para provocar alteração de decisão judicial: logo, sua natureza não pode ser meramente correicional. Além disso, a decisão, na reclamação, fica acobertada pelos efeitos da coisa julgada, sendo, portanto, desde que presentes os demais pressupostos, rescindível.

Não se trata de recurso, até porque pode ser manejada contra ato administrativo. Ademais, a CF a incluiu na competência originária do STF e do STJ. Pensamos, concordando inteiramente com Leonardo Lins Morato, que se trata de uma ação”. ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 577-578.

⁶⁸¹ “Art. 989. Ao despachar a reclamação, o relator:

.....;

III - determinará a **citação** do beneficiário da decisão impugnada, que terá prazo de 15 (quinze) dias para apresentar a sua **contestação**.”

⁶⁸² Nesse sentido: “A principal conclusão que se deve elencar neste trabalho diz respeito à natureza jurídica da reclamação, isto é, que se trata de ação (pelos motivos expostos). E é ação com fundamento na Constituição Federal, por meio da qual se busca reforçar a eficácia decisória de um julgado de um Tribunal Superior, para impor o seu cumprimento e assegurar a efetiva prestação da tutela jurisdicional. É também uma ação utilizada para a preservação da competência dos Tribunais Superiores, eventualmente desrespeitada.

Outra conclusão que deve ser mencionada diz respeito à importância da reclamação. A sua finalidade é a de dar segurança e eficácia maior ao nosso Sistema Jurídico. A reclamação permite aos Tribunais Superiores restabelecerem-se em face da desmoralização contra eles praticada, por quem quer que tenha praticado o ato em desobediência, ou invadido a sua competência, esta última qualificada como competência da Corte”. MORATO, Leonardo Lins. A reclamação prevista na Constituição Federal. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 441-452.

Relevante que se transcreva, também, lição de Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, quanto à natureza de ação da reclamação. Sua lição, muito embora anterior ao atual CPC, em seu todo é aplicável à atualidade: “O primeiro argumento em favor dessa possibilidade é o de que, não sendo incidente processual, como se viu, contém-se – fora da ordem administrativa – na competência originária das cortes às quais a Constituição ou a lei a atribuem.

O segundo está na impossibilidade de caracterizá-la como qualquer outra coisa, consoante se demonstrou nos itens anteriores a este.

A reclamação, como se denota da leitura dos dispositivos que dela tratam, e que antes foram mencionados, é instrumento que, basicamente, visa a preservar a competência dos Tribunais, a autoridade de suas decisões, mormente aquelas de caráter vinculante, em seu sentido forte – os precedentes obrigatórios -, assim como os enunciados de súmulas vinculantes editadas pelo STF e as decisões proferidas, por essa Corte, em ações de controle concentrado de constitucionalidade.

O surgimento do instituto consistente na reclamação tem íntima ligação com a Teoria dos Poderes Implícitos que, por sua vez, surge na Suprema Corte Americana, quando do julgamento do caso *McCulloch vs. Maryland*.

Esse caso deriva da discussão em torno da possibilidade de criação, pelo Congresso (pois este não tinha os poderes expressamente conferidos pelo ordenamento jurídico), de um banco federal – uma espécie de Banco Central – já que os Estados Americanos sustentavam

O terceiro reside na circunstância de que a reclamação se enquadra, perfeitamente, em todos os requisitos necessários a conceitua-la como ação:

a) por meio dela se provoca a jurisdição – na espécie, das cortes a que a Constituição ou lei nesta prevista, a atribuem;

b) através dela se faz um pedido de tutela jurisdicional – o de uma decisão que preserve a competência da corte, a qual esteja sendo usurpada por outro tribunal ou juízo inferior, ou que imponha o cumprimento de decisão daquela, que não esteja sendo devidamente obedecida;

c) contém uma lide, consoante já afirmado em itens anteriores – o conflito entre quem deseja manter a competência da corte, de um lado, resistido por quem persiste em invadi-la, do outro; ou entre o que pretende seja o decurso daquela integralmente cumprido, duma banda, enfrentando a resistência, da outra, por parte do que temia em não obedecê-lo.

Possui, então, a reclamação, os três elementos da ação:

a) Partes – o reclamante, isto é, quem quer preservar a competência ou a autoridade da decisão da corte; e o reclamado, ou seja, quem está invadindo a referida esfera competencial, ou desobedecendo decisão proferida dela;

b) pedido – a decisão que resguarde a competência da corte ou imponha o cumprimento do seu julgado; e

c) causa de pedir – a invasão de competência ou a desobediência à decisão da corte.

Sujeita-se a reclamação a um juízo de admissibilidade, no qual são aferidos os pressupostos processuais (como, por exemplo, a capacidade postulatória de quem a propõe, como visto no exame da jurisprudência, ou a aptidão da inicial respectiva) e as condições da ação (e.g., o interesse de agir, a legitimidade da parte, consoante também ficou demonstrado na análise jurisprudencial).

Ultrapassada essa aferição, o tribunal examina o mérito da reclamação; tanto é assim que a decisão que nela profere – isso também ficou claro da avaliação da jurisprudência, e já foi reiterado em outras passagens deste trabalho – produz coisa julgada material, portanto só desconstituível por rescisória.

Julgando procedente a reclamatória, reconhece o tribunal que a decidir que o reclamante tem fundado direito ‘de que a resolução seja pronunciada por autoridade judicial competente; de que a decisão já prestada por quem tinha competência para fazê-lo tenha plena eficácia, sem óbices indevidos, e de que se eliminem os óbices ou estorvos que se antepõem, se põem ou se pospõem à plena eficácia das decisões ou à competência para decidir’

A reclamação, portanto, tutela direitos.

Tem-se, pois, indubitavelmente, que é uma ação.

Resta, então dizer de que tipo, e quais são suas características”. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 459-461.

que isso geraria a possibilidade de formação de um monopólio federal, em detrimento das instituições financeiras estaduais

Por volta de 1819, a Suprema Corte Norte-Americana decidiu que o Congresso Americano tinha autoridade para criar uma instituição de cunho financeiro, já que, com esteio no Artigo I, Secção 8 da Constituição dos EUA, o Congresso podia fazer todas as leis que julgasse necessárias e adequadas para levar a cabo seus poderes derivados da Constituição.

A criação do banco federal era necessária e adequada para efeitos de cobrança, inclusive de impostos, empréstimo de dinheiro, apoio às forças armadas, regulação do comércio e outras funções cruciais do governo.

Em suma: a Suprema Corte considerou que o Congresso tinha o poder de criar um banco nacional, a despeito do silêncio da Constituição nesse sentido.

A decisão declara que o Congresso tinha poderes que não lhe eram explicitamente outorgados pela Constituição, mas que eram **ínsitos e necessários à sua atividade, de forma que sua legitimação era implícita.**

Essa teoria avança pelo mundo e é incorporada pelo sistema jurídico de diversos países, como o Brasil. Tem sua abrangência ampliada, em relação ao sentido em que originalmente, concebida, de forma que passa a significar que qualquer dispositivo constitucional que estabeleça determinada finalidade para um órgão, implicitamente outorga-lhe todos os instrumentos necessários para que tal finalidade seja efetivamente obtida.

De se apontar a lição de Livia Zamarian⁶⁸³ a respeito das fases da adoção e evolução da positivação da Reclamação, no direito brasileiro:

1a) fase de formulação do instituto: iniciada a partir da criação do STF, a reclamação constitucional foi sendo construída pela jurisprudência, exponencialmente pela Reclamação n. 141, de 25 de janeiro de 1952, que baseou-se na teoria americana dos poderes implícitos [implied powers], segundo a qual, ao se conferir competência geral para determinados órgãos, abrange-se também, independentemente de previsão legal, os meios para executá-la; 2a) fase de discussão: deu-se a partir da introdução da reclamação constitucional no Regimento Interno do STF, em 1957; 3a) fase de consolidação: iniciada com a promulgação da Constituição Federal de 1967, que deu respaldo ao instituto, conferindo ao RISTF o poder de estabelecer 'o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso'(art. 115, 'c'), e mantida pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969 e n. 7 de 1977. 4a) fase de definição do instituto: a partir da EC n.7/77, que conferiu competência ao STF para

⁶⁸³ ZAMARIAN, Livia Pitelli. A Reclamação Constitucional frente às novas feições da Jurisdição Constitucional. **Revista Científica da Faculdade Dom Bosco**, Cornélio Procópio, v. 1, 2013.

avocar causas processadas em qualquer juízo, mediante pedido do Procurador Geral da República [art. 119, I, 'o'], como forma de preservação da competência daquele órgão; 5a) fase de plenificação constitucional da reclamação: que se deu com a promulgação da Constituição de 1988, a qual passou a prever expressamente o instituto denominado 'reclamação' [art. 102, I, 'l' e art. 105, I, 'f ']. Mais recentemente, com a edição da Emenda Constitucional n. 45/04, a doutrina vem afirmando já estar o instituto em sua sexta fase, vez que passou a ser cabível também como meio de garantir a eficácia das súmulas vinculantes [art. 103-A, §3o].

A citada autora menciona seis fases relacionadas ao desenvolvimento da reclamação, no ordenamento jurídico brasileiro e, uma vez que a respectiva obra foi escrita anteriormente à edição do atual CPC, este autor já aponta, então, uma sétima fase para o instituto, por força de sua positivação processual, ou seja, sua expressa previsão, no CPC.

O que é importante destacar nesses breves apontamentos a respeito da origem e da natureza jurídica da Reclamação, é que esse instituto, um verdadeiro instrumento constitucional/processual de efetividade da prestação jurisdicional, tem por finalidade **dar ao órgão (do Poder Judiciário) legitimado a praticar determinado ato (proferir uma decisão) todas as ferramentas fundamentais com vistas a que esse próprio órgão garanta a concretização e a autoridade de seu ato (autoridade de suas decisões).**

Pode haver Reclamação, aos próprios Tribunais, quando houver desrespeito, nos termos da Constituição e da lei, às suas decisões, não sendo requisito para a admissão da Reclamação o fato de o descumprimento da decisão do Tribunal partir de uma autoridade que componha a mesma estrutura funcional.

Quer-se, com isso, dizer que a possibilidade de exercício do direito à Reclamação não está ligada a quem seja a autoridade violadora da decisão.

Assim, ao ver deste autor, nada há no sistema, nem nunca houve, que impeça que também o árbitro, para muitos efeitos equiparado a uma autoridade, possa ter seus atos controlados por esta via.

Diante disso, já se externa a posição no sentido de que, uma vez descumprida, pelo Tribunal Arbitral, por exemplo, decisão de caráter vinculante do Judiciário ou uma Súmula Vinculante, sem o devido exercício da distinção entre o precedente e a súmula e o caso sob análise, vislumbra-se a hipótese do ajuizamento de Reclamação perante o Tribunal (do Judiciário, naturalmente, prolator da decisão violada).

Há quem argumente, ou já tenha argumentado, no sentido de que a Reclamação é o instrumento a ser manejado com vistas à garantia e à preservação da estrutura e da

organização do Poder Judiciário⁶⁸⁴ e, uma vez que o árbitro não faz parte do respectivo organograma, não haveria de se falar em Reclamação, nesse caso.

Com o devido respeito, ao ver deste autor, o mencionado entendimento não serve de base à posição pelo descabimento da Reclamação, já que o uso desse remédio, como se viu há pouco, não tem por requisito o fato de a autoridade violadora da decisão do Tribunal compor a mesma estrutura funcional.

Ademais, a Reclamação é instrumento cabível, também, contra ato de autoridade administrativa que viole Súmula Vinculante.

⁶⁸⁴Nesse sentido o posicionamento de Georges Abboud ao defender o não cabimento da reclamação contra a decisão arbitral que, porventura, não respeite a decisão de inconstitucionalidade proferida, em sede de controle abstrato, pelo STF, cujo ensinamento aplica-se, perfeitamente, à hipótese do precedente vinculante: “*Portanto, o árbitro do mesmo modo que o juiz estatal e os próprios particulares, deverá, obrigatoriamente, observar a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF em sede abstrata. Todavia, diferentemente do juiz estatal, contra o árbitro não será possível manejar o uso da reclamação, a fim de preservar a competência do STF (art. 102, I, da CF/1988 (LGL 1988\3)), justamente porque o árbitro não integra o organograma do Poder Judiciário, de modo que o STF não possui nenhuma ascendência hierárquica sobre ele.*

Assim, em razão de o árbitro ser um particular exercendo a função jurisdicional, ele não está situado dentro do Poder Judiciário do Estado, logo, não seria possível ajuizar contra suas decisões a reclamação para que o Pretório Excelso casse sua decisão e a reenvie para ele proferir nova sentença arbitral em conformidade com o a decisão de inconstitucionalidade do STF.

A utilização da reclamação nesses termos está vedada em nosso sistema jurídico, precisamente porque o árbitro é um particular, e a atividade da arbitragem não está dentro do nosso sistema judiciário estatal, o que impede qualquer ascendência hierárquica sobre o árbitro”. ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 214, p. 271, dez./2012. **Atualmente**, esse autor externa posição em sentido oposto, como se pode denotar da leitura de artigo: Precisamos Rejeitar Arbitragens Supremas. **Conjur**. Disponível em: [*Com relação ao ponto a\), fazemos aqui a ressalva expressa de que, após meditarmos melhor sobre o assunto e nos envolvermos em frutuosos debates acadêmicos, entendemos por bem rever a posição externada até a presente edição de nosso ‘Processo Constitucional Brasileiro’ \(5ª edição, 2021\). Fazemos essa observação porque não podemos escrever a respeito do dever de accountability sem realizarmos o nosso próprio. Nosso novo entendimento se sustenta essencialmente no redimensionamento dado pela jurisdição constitucional à reclamação e à arguição de descumprimento de preceito fundamental.*](https://www.conjur.com.br/2022-fev-01/georges-abboud-precisamos-rejeitar-arbitragens-supremas#:~:text=Precisamos%20aceitar%20de%20uma%20vez,483%20e%20ss%3B%20Georges%20Abbo ud. Acesso em: 25 fev. 2022: “(...) Nessa perspectiva, nossa proposta é a de que o controle feito pela jurisdição constitucional recaia sobre dois objetos: a) o produto decisório — os árbitros são materialmente vinculados aos provimentos judiciais vinculantes exarados pelo STF; e b) a arbitrabilidade, objetiva ou subjetiva, da matéria.</i></p></div><div data-bbox=)

Entendemos que o STF pode agir, pela via da reclamação constitucional — que é a via processual adequada para preservação da competência e autoridade das decisões do tribunal (CF 102, I, ‘I’, e 103-A, §3º) — quando, por exemplo, o tribunal arbitral se recusar a aplicar determinada súmula vinculante que determinaria outro resultado ao procedimento. Exemplo ilustrativo nesse sentido, por exemplo, seria a violação à Súmula Vinculante nº 10 a ocorrer quando a arbitrabilidade do tema for inconstitucional por contrariar Direito positivo brasileiro.

Mas não é só. (...).”

Muito embora a autoridade administrativa não componha a estrutura do Poder Judiciário, contra ato seu que viole Súmula Vinculante⁶⁸⁵, ou que, porventura, se insira em qualquer das hipóteses previstas no art. 988, *caput*, NCPC, caberá Reclamação⁶⁸⁶.

Deixa de existir qualquer dúvida a respeito do cabimento da Reclamação contra ato administrativo quando da leitura do art. 103-A, parágrafo 3º, CF⁶⁸⁷.

Assim, e como argumento *a fortiori*, se é pacífico o entendimento pelo cabimento da Reclamação contra ato administrativo, entende-se natural que o seja, também, para as hipóteses de sentenças arbitrais (fruto de atividade jurisdicional) que violem, por exemplo, precedentes judiciais vinculantes ou Súmulas Vinculantes, já que são hipóteses expressas de cabimento da Reclamação, seja por força de lei (CPC), seja da Constituição Federal.

Adicione-se, como fundamento para a posição externada, o fato de que o árbitro, além de exercer atos próprios de jurisdição, nos termos do art. 18, LArb é juiz de fato e de direito, assim como, conforme art. 31, LArb, os efeitos da sentença arbitral, como visto, são os mesmos da sentença judicial.

Neste cenário, entende-se ser inexorável considerar cabível, também a Reclamação, como forma de se desafiar a sentença arbitral, nas específicas hipóteses em que a lei e a Constituição preveem o cabimento dessa ação.

Além do exposto, não se pode basear a negativa do cabimento da Reclamação, no fato de existir outro remédio para se desafiar a sentença arbitral viciada: a ação anulatória. Uma possibilidade não exclui a outra.

Este autor já teve a possibilidade de se manifestar no sentido de que cabe ação anulatória contra sentença que não cumpra precedente judicial de caráter vinculante⁶⁸⁸ pois, nesse caso, os árbitros estariam decidindo em desconformidade com o estabelecido na convenção arbitral: a aplicabilidade do direito brasileiro.

⁶⁸⁵ “A reclamação tem previsão constitucional para a preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, I, da CF) ou, ainda, quando o ato administrativo ou decisão judicial contrariar a súmula vinculante aplicável ou que indevidamente a aplicar (art. 103-A, § 3º, da CF, incluído pela EC 45/2004)”. Rcl 9878 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje 15.08.2014.

⁶⁸⁶ “Dessa forma, sempre que existir ato judicial ou administrativo que usurpe ou interfira na competência dos tribunais, caberá reclamação com o objetivo de impedir tal conduta ou repará-la, continuamente visando à preservação da competência do respectivo tribunal”. MONTE, Douglas Anderson dal. **Reclamação no CPC/2015**: hipóteses de cabimento, procedimento e tutela provisória. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 75-76.

⁶⁸⁷ “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

⁶⁸⁸ BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem**. São Paulo: Ed. RT, 2017.

O cabimento da anulatória, entretanto, frise-se, não exclui o da Reclamação. Seria uma opção da parte interessada a escolha pelo remédio mais indicado para o seu caso. Atualmente, parece que o aforismo *quod dixit de uno negat de altero*⁶⁸⁹ não tem mais a aplicabilidade que tinha à época da edição do CPC/73, quando a intenção do legislador era a de excluir possibilidades, mantendo, apenas, uma opção para cada situação.

À época, entendia-se que, ao se considerar não haver dois caminhos para se chegar a um mesmo resultado, estar-se-ia dando mais rendimento a cada instituto⁶⁹⁰. O contrário aconteceria se se entendesse haver dois remédios com a mesma finalidade.

Entretanto, o direito atual revela haver casos de intersecção entre as finalidades de dois (ou até mais!) institutos.

Um bom exemplo para isso – mais de um caminho ou instrumento para resolver a mesma situação - é o ajuizamento de ação rescisória contra decisão de mérito que tenha sido proferida sem a citação de réu revel.

De rigor, para o caso aventado, o mais adequado seria, como já visto neste trabalho, o manejo da ação declaratória de nulidade absoluta ou de inexistência, para vulnerar sentença proferida em tais condições, pois que, com base em doutrina e jurisprudência atuais, no caso aventado no parágrafo anterior, não se está diante de sentença com trânsito em julgado, mas, sim, diante de uma sentença inexistente.

⁶⁸⁹ **Tradução livre:** “a escolha de um exclui o outro”.

⁶⁹⁰ Nesse sentido a lição de Arruda Alvim, em parecer onde assim sustentou: “*Se, na verdade, não foi ou era esta a correção pedida, deveria a autora ter-se utilizado do recurso de embargos de declaração, e, se não tivesse, e, por certo não teria obtido, correção diversa, poderia e pode propor a ação rescisória; outros caminhos, ou melhor outro caminho que, a ação rescisória, não lhe resta, para que, analisado intrinsecamente o outro processo, venha a se verificar a exatidão – contestada pela ré – do que sustenta a autora, ou a inexatidão, ao que tudo indica.*”

Todas estas dúvidas, extremamente sérias, indicam a suprema inviabilidade do presente pedido. Cabe ao Tribunal competente dirimi-las, verificando se houve, ou não, e, em que medida, sentença ‘citra petita’. Se a unanimidade dos autores nacionais ensina que, diante de uma sentença ‘citra petita’ o único caminho é o da ação rescisória, este ensinamento exclui a viabilidade desta ação, porquanto não há facultatividade na utilização de uma ação rescisória. Ainda, a própria segurança das relações jurídicas, que gravitam em torno do instituto da coisa julgada, deixa evidente que, uma vez que aquela tenha ocorrido, somente por via de rescisória se poderá rediscutir aquilo que conste, ou mesmo que não conste – segundo a A. – da sentença, revestida dessa autoridade. Por outras palavras, parece que não há dois caminhos igualmente lícitos, num mesmo ordenamento jurídico. Se a ‘communis opinio’ é pelo uso da ação rescisória, ‘ipso facto’, o caminho da ação autônoma está excluído”. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Sentença ‘citra petita’ – necessidade de ação rescisória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 4, n. 14/15, p. 235-262, abr./set. 1979, p. 238.

No entanto, repita-se, para essa hipótese, tem-se admitido o ajuizamento da rescisória, em lugar da ação declaratória, inclusive conforme jurisprudência já citada no item anterior deste ensaio⁶⁹¹.

Pelo que se expôs, não se vê, efetivamente, entrave, em nosso sistema jurídico, ao uso da Reclamação contra uma sentença arbitral.

⁶⁹¹ “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO REGULAR NA SEGUNDA INSTÂNCIA. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. POSSIBILIDADE.

1. Ação rescisória ajuizada em 16.12.2011. Recurso especial atribuído ao gabinete em 25.08.2016. Julgamento: CPC/1973.

2. Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade do manejo da ação rescisória, no caso de reconhecimento de nulidade absoluta, pela falta de intimação do procurador do recorrente acerca dos atos processuais praticados no segundo grau de jurisdição.

3. Ausente o vício do art. 535, II do CPC/73, rejeitam-se os embargos de declaração.

4. **A exclusividade da *querela nullitatis* para a declaração de nulidade de decisão proferida sem regular citação das partes, representa solução extremamente marcada pelo formalismo processual. Precedentes.**

5. **A desconstituição do acórdão rescindendo pode ocorrer tanto nos autos de ação rescisória ajuizada com fundamento no art. 485, V, do CPC/73 quanto nos autos de ação anulatória, declaratória ou de qualquer outro remédio processual.**

6. Recurso especial conhecido e provido”. STJ, Resp n. 1.456.632/MG, Rel. Min. Nancy Andriighi, j. em 07.02.2017.

11 NOTAS DE CARÁTER CONCLUSIVO

Abaixo, passa-se a listar as principais conclusões a que se pode chegar, ao longo da pesquisa realizada para a elaboração deste estudo:

1) Há muito tempo, se tem como superada a ideia de que o *jus imperium* integraria o cerne do conceito de jurisdição e que, porque o árbitro não o detém, não poderia ser inteiramente equiparação ao juiz.

O *jus imperium* é, isto sim, ínsito à soberania estatal e a jurisdição estatal só exerce este poder porque integra o Estado. Entretanto, exercer este poder não enseja a essência da atividade jurisdicional.

É de se notar, no entanto, que nesta exata medida, circunstancialmente depende o árbitro do juiz para concretizar suas determinações por meio de atos coercitivos, por exemplo, expropriatórios.

Mais uma característica do sistema que imprime credibilidade à arbitragem: é a melhor forma de se controlar o respeito à ordem pública e aos bons costumes.

2) As características básicas das funções das Cortes Superiores ligam-se umbilicalmente à ideia de jurisdição. A doutrina tem feito menção a quatro funções: a nomofilática, a uniformizadora, a dikelógica e a paradigmática.

3) Ao ver deste autor, a análise do significado atual destas funções implica o reconhecimento da possibilidade de haver carga normativa nas decisões do juiz.

A função nomofilática hoje não é mais vista como o apego à lei, já que esta tem que ser interpretada. Portanto, para que haja apego ao enunciado normativo, é necessário que antes tenha havido a interpretação do texto de que este enunciado deriva. No caso de serem possíveis várias interpretações, deve haver uma opção por parte das cortes superiores. A partir dessa opção, realiza-se concretamente a função uniformizadora. Da existência destas duas funções, que operam de forma engrenada, já se pode concluir pela existência de carga normativa nas decisões dos tribunais superiores.

Fala-se, também, na função dikelógica, sendo esta a que mais se distancia da função normativa dos atos jurisdicionais, já que consiste na adequação da decisão às necessidades de justiça do caso concreto. Por outro lado, a função paradigmática é aquela que contém, em si mesma, de forma evidente, a ideia de que da atividade jurisdicional (principalmente da atividade dos tribunais superiores) nascem normas que devem ser observadas, não só pelos demais órgãos do Poder Judiciário, mas, também, pela própria sociedade. A esta ideia retornaremos nos itens finais dessas notas conclusivas.

4) É tradicional, no direito brasileiro, a relevância da jurisprudência. É sabido de todos que na tradição da prática da advocacia no Brasil, advogados sempre citaram acórdãos em seus arrazoados, bem como os próprios Tribunais fazem, e sempre fizeram, menção à jurisprudência como apoio às suas decisões.

Embora não de uma maneira expressa e explícita, isto significa que todos já admitiam que, numa certa medida, a palavra do Judiciário desempenhava, e sempre desempenhou, historicamente, um papel relevante na construção do direito.

São inúmeros os exemplos em que a mudança da lei, que vem posteriormente, acaba não fazendo mais do que acatar a posição jurisprudencial que predominava anteriormente. Um bom exemplo disso é a alteração da LArb, através da edição da Lei n. 13.129/2015, de que se pode falar, no decorrer deste trabalho.

5) O florescimento da arbitragem é relativamente recente, no Brasil, podendo-se afirmar, sem sombra de dúvida, que a mesma tradição que caracteriza a conduta dos advogados e dos juízes, no que diz respeito à referência à jurisprudência, se detecta, também, no plano da arbitragem.

Historicamente, portanto, árbitros e juízes, no Brasil, se referem com frequência à jurisprudência produzida pelos Tribunais. Isso, entretanto, sempre foi feito com consciência plena da inexistência de dever no sentido de que essas decisões fossem respeitadas.

6) Como se observou em itens antecedentes, uma série de razões jurídicas e sociológicas levaram a uma situação de insuportável desuniformidade da jurisprudência. Dentre essas causas estão o número excessivo de Tribunais existentes, as profundas diferenças culturais que existem entre as regiões brasileiras e a litigância de massa.

A clássica noção de “jurisprudência dominante” passou a ser cada vez mais difícil de ser aferida. Tornaram-se cada vez mais comuns casos em que, mesmo nos Tribunais Superiores, há teses jurídicas sendo discutidas, que geram tamanha variabilidade de decisões, o que faz com que seja impossível detectar a presença de jurisprudência verdadeiramente “dominante”, apta a gerar o mínimo de segurança jurídica e um norte para os outros Tribunais.

7) Como se viu, isso fez com que o legislador de 2015 mudasse, radicalmente, a sua postura diante da jurisprudência, outorgando-lhe um valor muito mais significativo, no que diz respeito à orientação das demais decisões jurisdicionais e ao funcionamento do próprio procedimento.

Foi nesse contexto que o legislador de 2015 criou a tão polêmica figura do precedente vinculante. A discussão que se instalou na doutrina vai desde a constitucionalidade dessa

previsão, feita por lei infraconstitucional, até a delimitação do grupo de precedentes que são efetivamente vinculantes, como se pode notar no desenvolvimento deste trabalho.

Já se externou posicionamento a esse respeito, considerando vinculantes, no sentido forte da expressão, os precedentes cujo desrespeito enseja a possibilidade do manejo da reclamação.

As ideias por trás da criação desse tipo de precedente ligam-se a uma potencial diminuição de trabalho do Poder Judiciário, à criação de um ambiente jurídico em que haja respeito à isonomia e um grau razoável de previsibilidade: em uma SÓ palavra, segurança jurídica.

8) A partir desse momento, surgiu a necessidade de se pensar se haveria ou não diferença, entre árbitro e juiz, no que concerne à obrigatoriedade de respeito aos precedentes que a lei posta considera vinculantes.

Ao ver deste autor, os precedentes apontados pelo legislador como sendo vinculantes integram o que se poderia chamar, no sentido lato, de ordenamento jurídico brasileiro. Portanto o dever de respeitá-los decorre da cláusula constante da convenção arbitral, no sentido de que a controvérsia submetida a essa jurisdição contratada deva ser resolvida à luz do direito brasileiro.

Afastado o precedente vinculante, desrespeitada terá sido a convenção arbitral porque não terá sido aplicado o direito brasileiro. Imprescindível, nesse caso, entender-se cabível a ação anulatória bem como a reclamação.

Como foi adiantado neste trabalho, às vezes nas entrelinhas, também sob esse aspecto, podem ser equiparadas integralmente as figuras de juiz e árbitro.

9) De fato, a circunstância de as partes optarem por submeter conflito existente ou que venha a existir entre elas à jurisdição contratada, significa, pura e simplesmente, uma opção de caminho, não por um eventual resultado diferente. Razões existem que podem motivar a escolha da arbitragem: confidencialidade, celeridade, árbitros que podem ser grandes especialistas no aspecto técnico do objeto do litígio. Nada mais.

10) Decisões proferidas por árbitros ou por juízes togados podem, sim, ser diferentes umas das outras. Observou-se, ao longo deste trabalho, que hoje se admite abertamente que as decisões jurisdicionais não são fruto da aplicação literal e automática do texto de lei ao conflito que deve ser decidido. A interpretação é imprescindível e, também como se viu, os textos de direito posto são, hoje, propositadamente redigidos com expressões vagas, cláusulas gerais, com o objetivo de proporcionar ao magistrado a possibilidade de decidir de uma forma mais rente às peculiaridades dos casos concretos.

Muitas vezes, o magistrado decide casos cuja solução não está expressa e explicitamente prevista em lei, hipóteses em que acaba baseando sua decisão em analogias e também em princípios jurídicos que, via de regra, são verbalizados com uso de expressões vagas, o que também tem a potencialidade de gerar divergências interpretativas.

Exata e precisamente o mesmo fenômeno ocorre em relação ao árbitro. Este também se defronta com dificuldades de interpretação, com a necessidade de compreender textos que contêm expressões vagas e também decide com base em princípios jurídicos: portanto, em alguma medida, também o árbitro cria soluções, diferentes daquelas previstas pela literalidade do texto de lei aplicado.

Nesse contexto é que se diz que tanto o árbitro quanto o juiz, numa certa dimensão, criam uma norma para decidir o caso concreto.

11) No entanto, há um ponto, e este certamente é o mais relevante, que afasta a figura do árbitro da do juiz.

Viu-se, neste trabalho, e no começo deste item, que sempre integrou a tradição do direito brasileiro, a prática consistente na citação de acórdãos do Judiciário – tanto por parte dos juízes, quanto dos árbitros.

Agora, a partir do momento em que o atual CPC entrou em vigor, a citação de precedente vinculante que se relacione ao caso é absolutamente imprescindível. Se se tratar de precedente aplicável ao caso que deve ser decidido, não há como evitar seu uso; se se tratar de precedente apenas aparentemente aplicável ao caso que deve ser decidido, deve ser feita a devida distinção.

12) Entretanto, conforme se procurou demonstrar neste trabalho, ao longo das últimas décadas o Poder Judiciário veio assumindo uma função visivelmente mais ativa na criação do próprio direito, tendo essa tendência se solidificado, no Brasil, justamente com a criação do precedente vinculante.

Evidentemente, se teoricamente muitos jusfilósofos já observavam que o Judiciário vinha cada vez mais visivelmente contribuindo para a construção do direito, e aqui se está diante de um fenômeno que vem ocorrendo em todo o mundo, o fato de o legislador ter criado a figura do precedente obrigatório demonstra, escancarada e cabalmente, que o legislador brasileiro reconheceu que o Poder Judiciário aqui também tem essa função. A sua palavra, ao criar um precedente obrigatório, não é fonte do direito, **mas é o próprio direito**. E aqui, obviamente, a expressão é utilizada não limitada àquela decisão que soluciona o caso concreto: trata-se de direito objetivo, que se aplica a toda a sociedade.

13) Essa é uma função que, historicamente, nunca foi e, na opinião deste autor, nunca poderá ser exercida pela jurisdição contratada pelas partes. Justamente porque se trata de uma jurisdição **contratada pelas partes**, decisões proferidas nesse ambiente não podem gerar efeitos, senão para as próprias partes contratantes.

De rigor, pode-se afirmar que, nesse sentido, o árbitro não tem o poder de criar direito, ou seja, sua decisão não pode desempenhar o papel de orientação vinculativa nem para outros árbitros e muito menos para toda a sociedade.

“It is sometime necessary to write a whole book in order to work out a single truth, which may be expressed in a single sentence. In literature, like in philosophy, there is often a result of simplicity, which is got at by elaborate reasonings”.

(The Works of BENTHAM, Jeremy, published under the superintendence of his executor John Bowring – Vol X – Edinburgh – SIMPKIN – Marshal & Co., London, MDCCCXLIII, p. 382)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Autonomia do Direito**: Degeneração, Decisão e Proceduralização. Tese (Livre Docência em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.

ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs. arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 214, p. 271-298, dez./2012.

ABBOUD, Georges. Precisamos Rejeitar Arbitragens Supremas. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-01/georges-abboud-precisamos-rejeitar-arbitragens-supremas#:~:text=Precisamos%20aceitar%20de%20uma%20vez,483%20e%20ss%3B%20Georges%20Abboud>. Acesso em: 25 fev. 2022.

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional**. São Paulo: Atlas, 2014.

ACCARIAS, Calixte. **Précis de droit romain**. Paris: Pichon, 1886-1891. v. 2.

AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro. In: MELLO, Cleyson M. (coord.). **Novos Direitos**: os paradigmas da pós-modernidade. Niterói: Impetus, 2004, p. 144-188.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALI, Anwar Mohamad. **Estabilização da Tutela Provisória**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2020.

ALLORIO, Enrico. Saggio Polemico sulla giurisdizione volontaria. In: **Problemi di Diritto**. Milano: Giuffrè, 1957. v. 2.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Da Fundamentação das Decisões Judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 194–213, jul./set. 1992.

ALVIM, Thereza. **O Direito Processual de estar em Juízo**. São Paulo: Ed. RT, 1996.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **O Positivismo Jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição de decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v 49, n. 300, p. 37, 1960.

ANDOLINA, Italo. *Il Tempo nel Processo*. In: RAITI, Giovanni (ed.). **Il Tempo e il Processo. Scritti Scelti di Italo Andolina**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009. v. 1.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

ARAUJO, Marcelo Barbosa. Um regime Jurídico mais seguro para a arbitragem societária: o art. 136-A da Lei das S/A. In: CAHALI, Francisco José; RODODVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Coords.). **Arbitragem**: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26.05.2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

ARMELIN, Donaldo. Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 1, n. 1, jan./abr. 2004.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. A Fungibilidade entre Tutela Cautelar e Antecipatória no CPC/2015. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; LAMY, Eduardo de Avelar; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coords.). **Tutela Provisória. Direto ao Ponto**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Coisa Julgada: Extensão e Limites Objetivos. **Soluções Práticas de Direito**. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 4.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Jurisdição Estatal, Arbitragem e Autonomia Privada. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça (coords.). **Jurisdição e Direito Privado**: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 53-74.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: Ed. RT, 2016

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Sentença ‘citra petita’ – necessidade de ação rescisória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 4, n. 14/15, p. 235-262, abr./set. 1979.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (org.).

Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 133-144.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Tratado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1996. v. 1.

ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa. Limites à chamada “discrecionabilidade” judicial. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 157-167, out./dez. 1990.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Cada caso comporta uma única solução correta?. *In:* MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.) **Direito Jurisprudencial vol. II**. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 1219-1238.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: Civil Law e Common Law. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 172, p. 121-174, jun./2009.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito. *In:* ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 11-94.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada:** hipóteses de relativização. São Paulo: Ed. RT, 2003.

ARRUDA ALVIM, Eduardo; GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ARRUDA ALVIM, Teresa. **Embargos de Declaração. Como se motiva uma decisão judicial?**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação ou Alteração na Jurisprudência Firme ou de Precedentes Vinculantes**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ARRUDA ALVIM, Teresa. **Os Agravos no CPC de 2015**. 5. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2021.

ARRUDA ALVIM, Teresa. Um agravo e dois sérios problemas para o legislador brasileiro. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/teresa-arruda-alvim-agravo-dois-serios-problemas>. Acesso em: 01 fev. 2022.

ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. **Ação rescisória e querela nullitatis**: semelhanças e diferenças. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ASCARELLI, Tullio. Antígona e Pórcia. Tradução Maria Cristina de Cicco. **Civilistica.com**: Revista Eletrônica, Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/issue/view/23>. Acesso em: 28 jan. 2022.

ASCARELLI, Tullio. Norma jurídica e realidade social. Tradução Maria Cristina de Cicco; Rafael Marinangelo. **Civilistica.com**: Revista Eletrônica, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/issue/view/27>. Acesso em: 28 jan. 2022.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Ed. Quorum, 2008.

ASCARELLI, Tullio. Sul concetto di titolo di credito e sulla disciplina del titolo V, libro IV, del nostro codice. **Banca, borsa e titoli di credito**: rivista di dottrina e giurisprudenza, Milano: A. Giuffrè, v. 17 (nuova serie 7), Parte Prima, p. 367-388, 1954.

AULETE, Francisco Júlio Caldas. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 6. ed. Lisboa: Bertrand, [19--].

ÁVILA, Humberto. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANTEKAS, Ilias. **An Introduction to International Arbitration**. Cambridge: Cambridge Press, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Litisconsórcio Unitário**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual Civil – 3.^a Série**. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual Civil – 2.^a Série**. São Paulo, Saraiva, 1988.

BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010.

BARROS, Alberto Ribeiro de. O Conceito de Soberania no Methodus de Jean Bodin. **Discurso**, São Paulo, v. 27, p. 139-155, 1996. Disponível em: https://filosofia.fflch.usp.br/sites/filosofia.fflch.usp.br/files/publicacoes/Discurso/Artigos/D27/D27_O_Conceito_de_Soberania.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

BARROS, Octávio Fragata Martins de. **Como julgam os árbitros: uma leitura do processo decisório arbitral**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos Tribunais. *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; DINAMARCO, Cândido Rangel; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FUX, Luiz (Coord.). **Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo César Pinheiro Carneiro**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019.

BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (Org.). **Arbitragem comercial: princípios, instituições e procedimentos; a prática no CAM-CCBC**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

BAUR, Fritz. Da Importância da Dicção “Iura Novit Curia”. Tradução: Arruda Alvim. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 3, p. 169-177, jul./set. 1976.

BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e delle Pene**. [s.l.]: The Perfect Library, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BEDIN, Gilmar Antonio. **A Idade Média e o Nascimento do Estado Moderno. Aspectos Históricos e Teóricos**. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013.

BELLOCCHI, Márcio. A fundamentação das decisões judiciais e sua natureza (não) discricionária. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 268, p. 99-115, jun./2017.

BELLOCCHI, Márcio. Breves Considerações sobre o *Iura Novit Curia* e a sua aplicação, (também) na arbitragem. *In*: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro et al (coords.). **Temas Atuais de Direito Processual**: estudos em homenagem ao professor Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem**. São Paulo: Ed. RT, 2017.

BENEDUZI, Renato Resende. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Arbitragem. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 290, p. 473-492, abr./2019.

BENEDUZI, Renato. **Equity in the Civil Law Tradition**. Suíça: Springer, 2021.

BENETI, Sidnei Agostinho. A Arbitragem: Panorama e Evolução. **JTACSP**, Lex, v. 27, n. 138, p. 7-13, 1993.

BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las Pruebas Judiciales**. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2003. Tomo I.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem**: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014.

BEREZOWSKI, Aluisio. **Ação Anulatória de Sentença Arbitral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BETTI, Emilio. La Creazione del Diritto nella “Iurisdictio” del Pretore Romano. *In*: **Studi di Diritto Processuale in Onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento**. Padova: CEDAM, 1927.

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Do Positivismo ao Pós-Positivismo Jurídico. O Atual Paradigma Jusfilosófico Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BMF&Bovespa. Disponível em: www.b3.com.br. Acesso em: 09 abr. 2020.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

BODIN, Jean. **Os Seis Livros da República. Livro Primeiro**. Tradução: José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone Editora, 2011.

BONATO, Giovanni. **Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/208504/mod_resource/content/0/BONATO%2C%20Arbitragem%20na%20Fran%C3%A7a%20e%20na%20Italia..pdf. Acesso em: 01 ago. 2020; 26 out 2021.

BOOK, Peter. **O Espaço Vazio**. Tradução: Roberto Leal Pereira. Rio de Janeiro: Ed. Apicuri, 2015.

BORN, Gary. **International Commercial Arbitration**. 2. ed. Holanda: Kluwer Law International, 2014.

BORN, Gary. Keynote Address: Arbitration and the Freedom to Associate. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 38, n. 1, p. 7-24, 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1978798>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. [Código Civil (1916)]. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Brasília: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. [Código Civil (2002)]. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. [Código Comercial (1850)]. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Brasília: Presidência da República, [1973]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. [Código de Defesa do Consumidor (1990)]. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Brasília: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. [Código de Processo Civil (1939)]. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Brasília: Presidência da República, [1951]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. [Código de Processo Civil (1973)]. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Brasília: Presidência da República, [1995]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869/imprensa.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. [Código de Processo Civil (2015)]. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891)**. Brasília: Presidência da República, [1934]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília: Presidência da República, [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. [Juízo Arbitral do Commercio (1867)]. **Decreto nº 3.900, de 26 de junho de 1867**. Brasília: Presidência da República, [1867]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim3900.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. [Lei de Arbitragem (1996)]. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Brasília: Presidência da República, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. [Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1996)]. **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Brasília: Presidência da República, [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. [Sociedades por Ações (1976)]. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Brasília: Presidência da República, [1976]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. **Adendo a Parecer ao Projeto de Lei n. 406/2013**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4412856&disposition=inline>. Acesso em: 24 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). **Conflito de Competência n. 139.519/RJ**. Conflito positivo de competência. Juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal. Conhecimento. Arbitragem. Natureza jurisdicional. Meios alternativos de solução de conflito. Dever do Estado. Princípio da Competência-Competência. Precedência do juízo arbitral em relação à jurisdição estatal. Controle judicial *a posteriori*. Convivência harmônica entre o direito patrimonial disponível da administração pública e o interesse público. Conflito de competência julgado procedente. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia. 11 de outubro de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/524705866/conflito-de-competencia-cc-139519-rj-2015-0076635-2/inteiro-teor-524705872>. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Conflito de Competência n. 111.230-DF**. Processo Civil. Arbitragem. Natureza Jurisdicional. Conflito de Competência Frente a Juízo Estatal. Possibilidade. Medida Cautelar de Arrolamento. Competência. Juízo Arbitral. Relator: Min. Nancy Andrighi. 08 de maio de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864600134/conflito-de-competencia-cc-111230-df-2010-0058736-6/inteiro-teor-864600213?ref=feed>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 19.226/MS**. Processo Civil. Medida Cautelar com o fito de conceder efeito suspensivo a Recurso Especial. Possibilidade, desde que demonstrados o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Arbitragem. Juízo Arbitral não constituído. Medida Cautelar. Competência. Limites. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 21 de junho de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21922011/agravo-regimental-na-medida-cautelar-agrg-na-mc-19226-ms-2012-0080171-0-stj/inteiro-teor-21922012>. Acesso em: 09 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.456.632/MG**. Direito Processual Civil. Ação Rescisória. Embargos de Declaração. Omissão. Não Ocorrência. Ausência de Intimação Regular na Segunda Instância. Princípio da Fungibilidade. Possibilidade. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 07 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433505624/recurso-especial-resp-1456632-mg-2014-0127080-6/inteiro-teor-433505634>. Acesso em: 09 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.600.535/RS**. Direito Civil. Recurso Especial. Ação Rescisória. Termo Inicial do prazo decadencial.

Nulidade de citação. Cabimento. *Querela Nullitatis*. Fungibilidade. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863137345/recurso-especial-resp-1600535-rs-2016-0114908-6/inteiro-teor-863137355?ref=juris-tabs>. Acesso em: 09 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.900.136/SP**. Processual Civil. Recurso Especial. Ação de cumprimento de Sentença Arbitral ajuizada após o decurso do prazo decadencial para ajuizamento da ação declaratória de nulidade de Sentença Arbitral. Impugnação. Alegação de nulidade de Sentença Arbitral. Possibilidade limitada às matérias do art. 525, § 1º do CPC/15. Julgamento: CPC/15. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 06 de abril de 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205705549/recurso-especial-resp-1900136-sp-2020-0034599-1/inteiro-teor-1205705612>. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.543.564/SP**. Recurso Especial. Medida cautelar Inominada destinada a assegurar o resultado útil de ação anulatória de sentença parcial arbitral. Prolação de Sentença Arbitral parcial. Admissão, com esteio na Lei n. 9.307/1996 (antes mesmo das alterações promovidas pela Lei n. 13.129/2015), no Código de Processo Civil (com redação dada pela Lei n. 11.232/2005). Ajuizamento de Ação Anulatória, no prazo de 90 (noventa) dias, nos termos do art. 33 da Lei 9.307/1996. Observância. Recurso Especial Provido. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 25 de setembro de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/632913054/recurso-especial-resp-1543564-sp-2015-0171807-9/inteiro-teor-632913064>. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.636.102/SP**. Recurso Especial. Processual Civil. Ação de Impugnação de Sentença Arbitral. Vícios formais. Ausência. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 13 de junho de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484084727/recurso-especial-resp-1636102-sp-2016-0057629-7/inteiro-teor-484084752>. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.963.553/SP**. Recurso Especial. Processo Civil. Sentença. Cumprimento provisório. Hipoteca Judiciária. Acórdão. Reforma. Efeito substitutivo. Levantamento. Possibilidade. Trânsito em julgados. Desnecessidade. Prestação jurisdicional. Negativa. Alegação. Deficiência. Fundamentação recursal. Súmula nº 284/STF. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 14 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hipoteca-judiciario-levantada-antes.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.834.338/SP**. Recurso Especial. Ação Ordinária destinada a promover a substituição dos títulos cedidos, no âmbito de instrumento particular de cessão de direitos creditórios, correspondente à parte do pagamento avençado em instrumento particular de compra e venda de quotas de Universidade, no qual se estabeleceu Cláusula Compromissória Arbitral. Contratação

coligada. Inexistência de autonomia das obrigações ajustadas entre os contratos conexos. Reconhecimento. Extensão objetiva da Cláusula Compromissória Arbitral. Necessidade. Exceção de Jurisdição Arbitral. Acolhimento. Recurso Especial Provido. Relatora: Min. Fátima Nancy Andrichi. 01 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1951252&tipo=0&nreg=201901102496&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20201016&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.639.035/SP**. Recursos Especiais. Direito Civil e Processual Civil. Arbitragem. Contratos coligados. Conflito decorrente de contratos de “swap” coligados a contrato de abertura de crédito com cláusula compromissória. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 18 de setembro de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/638039184/recurso-especial-resp-1639035-sp-2015-0257748-2/inteiro-teor-638039241>. Acesso em: 09 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 21.940-5/MG**. Alteração da causa de pedir. Apresentada petição pelo autor, em que se altera a causa de pedir, e nenhuma objeção apresentando o réu que, ao contrário, cuida de negar-lhe o fundamento, é de admitir-se que consentiu na alteração. Incidência da ressalva contida no art. 264 do CPC. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. 09 de fevereiro de 1993. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199200107001&dt_publicacao=08/03/1993. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 11.290/AM**. Processo Civil. Rescisória. CPC, arts. 485, III e V, 488-I, 494. Cumulação de juízos. Violação de norma processual. Citação. Recurso desacolhido. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 04 de maio de 1993. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/577253/recurso-especial-resp-11290>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 1.680.168/SP**. Recurso Especial. Processual Civil. Ação de exigir contas (CPC/2015, art. 550, § 5º). Decisão que, na primeira fase, julga procedente a exigência de contas. Recurso cabível. Manejo de Agravo de Instrumento (CPC, art. 1.015, II). Dúvida fundada. Fungibilidade recursal. Aplicação. Recurso provido. Rel. Min. Marco Buzzi. 09 de abril de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/720270281/recurso-especial-resp-1680168-sp-2017-0147426-8/inteiro-teor-720270290>. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 1.082.498/MT**. Processo Civil. Recurso Especial. Arbitragem. Cláusula Compromissória. Recurso do Tribunal Arbitral pelo policitado. Extinção *ex officio* do processo sem resolução de mérito. Impossibilidade. Violação do art. 535 do CPC Configurada. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 20 de novembro de 2012. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22853233/recurso-especial-resp-1082498-mt-2008-0183081-9-stj>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso em Habeas Corpus n. 57.488/RS**. Processo penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Apropriação indébita majorada e associação criminosa. Impedimento dos magistrados. Rol numerus clausus. Não incidência do art. 252, IV, fine, do CPP. Necessidade de interesse direto no resultado do processo, com incidência dos efeitos positivos da coisa julgada penal na relação jurídica material cível. Suspeição. Rol numerus apertus. Cláusula geral do interesse indireto na causa. Não verificada subsunção à hipótese de incidência normativa do art. 254, V, do CPP. Imprescindível, mais do que o mero ajuste formal, a demonstração da suspeição por elementos concretos e objetivos do comportamento parcial do magistrado, sob pena de presunção abstrata de violação do dever funcional. Diferença entre suspeição e impedimento consubstancia-se no regime jurídico da nulidade, não nos efeitos. Impedimento decorre de vinculação direta do juiz com o objeto do processo. Hipóteses dos arts. 252 e 253 do CPP geram presunção legal de parcialidade. Matéria não sujeita à preclusão temporal ou da coisa julgada material. Suspeição. Não alegação na primeira oportunidade de manifestação nos autos, após sua ciência. Preclusão temporal e lógica. Ocorrência. As causas alegadas antecederam a resposta à acusação. Indeferimento liminar da exceção de suspeição pela magistrada. Interpretação histórica. Inaplicabilidade do art. 100, § 2º, do CPP. Error in procedendo. Impossibilidade de declaração da nulidade. Pas de nullité sans grief. Tribunal a quo analisou toda a matéria suscitada na exceção de suspeição por ocasião do julgamento do writ. Recurso desprovido. Relator: Min. Ribeiro Dantas. 07 de junho de 2016. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500471640&dt_publicacao=17/06/2016. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Especial n. 200.378/DF**. Processual Civil e Administrativo. Prequestionamento: conceitos e extensão. Instrumentalidade do Processo. Direito objetivo. Segurança Jurídica. Situações concretas antagônicas. Impossibilidade. Excepcionalidade. Conhecimento. Mandado de Segurança. Técnicos do tesouro Nacional. RAV. Limite máximo. Art. 8º da Medida Provisória 831/95. Critérios da Administração. Ordem denegada. Relator: Min. Gilson Dipp. 21 de setembro de 1999. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/346521/recurso-especial-resp-200378-df-1999-0001873-7>. Acesso em: 07 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Embargos de Divergência em Recurso Especial n 1.424.404-SP**. Embargos de Divergência em Recurso Especial. Processual Civil. Agravo Interno. Desnecessidade de impugnação de todos os capítulos autônomos e/ou independentes da decisão monocrática agravada. Inaplicabilidade da Súmula 182/STJ. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 20 de outubro de 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1317326990/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1424404-sp-2013-0230570-3/inteiro-teor-1317327025>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Reclamação n. 36.476/SP**. Reclamação. Recurso Especial ao qual o Tribunal de Origem negou seguimento, com fundamento na conformidade entre o acórdão recorrido e a orientação firmada pelo STJ em Recurso Especial Repetitivo (1.301.989-RS – Tema 658). Interposição de agravo interno no Tribunal Local. Desprovisionamento. Reclamação que sustenta a indevida aplicação da tese, por se tratar de hipótese fática distinta. Descabimento. Petição inicial. Indeferimento. Extinção do processo sem resolução do mérito. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/857229508/reclamacao-rcl-36476-sp-2018-0233708-8/inteiro-teor-857229516?ref=serp>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Sentença Estrangeira Contestada n. 9412/EX**. Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Apreciação do mérito. Impossibilidade, salvo se configurada ofensa à ordem pública. Alegação de parcialidade do árbitro. Pressuposto de validade da decisão. Ação Anulatória proposta no Estado Americano onde instaurado o Tribunal Arbitral. Vinculação do STJ à Decisão da Justiça Americana. Não ocorrência. Existência de relação Credor/Devedor entre Escritório de Advocacia do Árbitro Presidente e o Grupo Econômico integrado por uma das partes. Hipótese objetiva passível de comprometer a isenção do Árbitro. Relação de negócios, seja anterior, futura ou em curso, direta ou indireta, entre árbitro e uma das partes. Dever de revelação. Inobservância. Quebra da confiança fiducial. Suspeição. Valor da Indenização. Previsão da aplicação do direito brasileiro. Julgamento fora dos limites da convenção. Impossibilidade. Relator: Min. Félix Fischer. 19 de abril de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/467924569/sentenca-estrangeira-contestada-sec-9412-ex-2013-0278872-5/inteiro-teor-467924600>. Acesso em: 09 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Sentença Estrangeira Contestada n. 14.930/EX**. Processual Civil. Sentença Arbitral Estrangeira Contestada. Ausência de violação da Ordem Pública. Impossibilidade de análise do mérito da relação de direito material. Fixação da verba honorária. Art. 20, § 4.º do CPC/1973. Pedido de homologação de Sentença Arbitral Estrangeira deferido. Relator: Min. Og Fernandes. 15 de maio de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859665757/sentenca-estrangeira-contestada-sec-14930-ex-2015-0302344-0/inteiro-teor-859665771?ref=serp>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 832.498/DF**. Direito Processual Civil. Ação rescisória. Ação de reconhecimento de União Estável *post mortem*. Sentença anterior. Conhecimento do fato. Litisconsórcio necessário. Violação literal a dispositivo legal. Art. 485, V, do CPC. Ocorrência. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 09 de maio de 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/893322513/agravo-em-recurso-especial-aresp-832498-df-2015-0320759-0>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental no Agravo Regimental na Reclamação n. 35.572/RS**. Agravo interno no agravo interno na reclamação. Reclamação. Tributário. Base de cálculo do PIS e da Cofins. Exclusão do ICMS. Decisão reclamada que limitou temporalmente a aplicação da tese vinculante fixada. Alegação de afronta à autoridade da decisão do plenário do STF no RE 574.706 – Tema 69 da Repercussão Geral. Ocorrência. Acórdão Paradigma que não procedeu à modulação dos efeitos da decisão e considerou o quadro normativos existente à época. Reclamação procedente. Agravo interno desprovido. Relator: Min. Luiz Fux. 22 de junho de 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1108021139/agreg-no-agreg-na-reclamacao-rc1-35572-rs-0024945-9820191000000/inteiro-teor-1108021140?ref=feed>.

Acesso em: 09 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental na Reclamação n. 9.878/SP**. Reclamação Constitucional. Hipóteses de Cabimento. Arts. 102, I, L, e 103-A, § 3º, ambos da Constituição Federal. Descumprimento da Súmula Vinculante 10. Não verificado. Improcedência. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 24 de junho de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25232754/agreg-na-reclamacao-rc1-9878-sp-stf/inteiro-teor-133960275>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7 – Reino da Espanha**. Laudo Arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis – a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência no pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.09.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 12 de dezembro de 2001. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775697/agregna-sentenca-estrangeira-se-agr-5206-ep>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança n. 24.268/MG**. Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a

possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV). Relator: para acórdão Min. Gilmar Mendes. 05 de fevereiro de 2004. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769533/mandado-de-seguranca-ms-24268-mg>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação n. 23.300/SP**. Reclamação. Direito Processual Civil. Aplicação pelo Órgão *a quo* da sistemática da Repercussão Geral. Descabimento de Reclamação para apreciar a correta aplicação da sistemática da Repercussão Geral. Precedente: Rcl 7569, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe de 11/12/2009. Relator: Min. Luiz Fux. 17 de março de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=DJ&docID=10536313&pgI=1&pgF=283>. Acesso em: 10 mar. 2022, p. 89.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (28. Câmara de Direito Privado). **Apelação n. 1029360-85.2016.8.26.0071/SP**. *Querela Nullitatis Insanabilis*. Ação Declaratória de Inexistência de relação jurídica processual. É nula a citação realizada na pessoa de ex-sócio que deixou de integrar o quadro social da empresa. Ausência de pressuposto processual de existência. Anulação do processo desde a referida citação. Recurso provido. Relator: Des. Gilson Delgado Miranda. 03 de abril de 2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/562418412/10293608520168260071-sp-1029360-8520168260071?ref=serp>. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (15. Câmara de Direito Público). Agravo de Instrumento n. 2214749-77.2018.8.26.0000/SP. Agravo de Instrumento. Execução Fiscal. IPTU e Taxa de Coleta de Lixo. Exercício de 2012 e 2013. Município de Jundiaí. Exceção de pré-executividade. Alegação de ilegitimidade passiva 'ad causam'. Não acolhimento da objeção processual com base no entendimento de que a fraude à execução gera ineficácia em relação ao credor e ao processo em que decretada apenas. Cabimento. A fraude à execução reconhecida pela Justiça do Trabalho não tem o condão de anular o contrato de doação do bem imóvel gerador da exação ora analisada, eis que repercute no plano de eficácia do ato jurídico, mantendo-se hígido o negócio jurídico celebrado entre a doadora e os donatários. Aplicação da Teoria da "Escada Ponteano" (planos da existência, validade e eficácia do negócio jurídico). Incidência do comando normativo previsto no artigo 792, §1º, do CPC e do brocardo 'dormientibus non succurrit ius'. Decisão mantida. Recurso desprovido. Relator: Des. Silva Russo. 13 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://tj->

sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/660771299/agravo-de-instrumento-ai-22147497720188260000-sp-2214749-7720188260000/inteiro-teor-660771339?ref=amp. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (15. Câmara de Direito Público). **Agravo de Instrumento n. 1.0000.16.049435-7/004/MG**. Agravo de Instrumento. Cumprimento de Sentença Arbitral. Nulidade. Prazo prescricional. Crédito não submetido ao juízo da recuperação judicial. Decisão mantida. Relator: Des. José Américo Martins da Costa. 20 de junho de 2017. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/473183594/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000160494357004-mg/inteiro-teor-473183644>. Acesso em: 07 mar. 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1.

CABRAL, Antonio do Passo. Das nulidades: invalidades processuais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CABRAL, Antonio. **Per un Nuovo Concetto di Giurisdizione**. *In* **Scritti in Onore di Nicola Picardi**. Pisa: Pacini Editore, 2016. Tomo I.

CABRAL, Gustavo César Machado. Do *ordo* à *cognitio*. Mudanças Políticas e Estruturais na Função Jurisdicional em Roma. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília v. 49, n. 194, p. 227-239, abr./jun. 2012.

CAENEGEM, R. C. van. **Judges, legislators and professors: chapters in European legal history**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Ed. RT, 2017.

CAHALI, Francisco. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Ed. RT, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina>. Acesso em: 30 jan. 2022.

CALVOSA, Carlo. Omissione di pronuncia e cosa giudicata. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 5, n. 1, p. 225-260, 1950.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem Lei nº 9.307/96**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. **GenJurídico**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/07/o-principio-da-primazia-da-resolucao-do-merito-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em: 17 jan. 2022.

CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 260, p. 277-304, out./2016.

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KAZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Ed. RT, 2017.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANDIDO, Austréia Magalhães. A Tríade do Processo per Formula Formulae, Praetores, Aequitas. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 106/107, p. 655-676, jan./dez. 2011.

CAPONI, Remo. **Prospective Overruling: bilancio di una vicenda**. Disponível em: http://www.astrid-online.it/rassegna/2012/08_02_2012.html. Acesso em: 28 ago. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro. Ideologie nel Diritto Processuale. *In: **Processo e Ideologie***. Bologna: Il Molino, 1969.

CAPPELLETTI, Mauro. Iniziative Probatorie del Giudice e Basi Pregiuridiche della Struttura del Processo. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. XXII, n. 3, p. 407-427, 1967.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 20, p. 261-286, out./2001.

CARMIGNANI, Maria Cristina. *A Aequitas e a Aplicação do Direito em Roma*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 115-129, jan./dez. 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 58, p. 33-40, abr-jun./1990.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução: Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. **La Prueba Civil**. 2. ed. Tradução: Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1982.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Tradução: Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Tratado Geral de Arbitragem Interno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3.

CASTRO, Daniel Penteadó de. **Antecipação de Tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2017.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Coisa Julgada e Questões Prejudiciais. Limites Objetivos e Subjetivos**. São Paulo: Ed. RT, 2019.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CHIARLONI, Sergio. Funzione Nomofilattica e Valore del Precedente. *In*: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 225-244.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2.

CHIOVENDA, Giuseppe. **L'Idéia Romana nel Processo Civile Moderno. In Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1993. v. 3.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di Diritto Processuale Civile. Le Azioni. Il Processo di Cognizione**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 2015.

CLAY, Thomas. A Extensão da Cláusula Compromissória as Partes não Contratantes Fora Grupos de Contratos e Grupos de Sociedades/Empresas. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 74-82, out./dez. 2005.

CLÈRE, Jean-Jacques. L'arbitrage révolutionnaire: apogée et déclin d'une institution. **Revue de l'arbitrage**, n. 1, p. 3-28, janvier/mars 1981.

COLLANTES, Christian. Give me the Facts and I'll give you the Law: What are the limits of the *Iura Novit Curia* Arbiter Principle in International Arbitration?. **Kluwer Arbitration**, Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/10/give-me-the-facts-and-ill-give-you-the-law-what-are-the-limits-of-the-iura-novit-arbiter-principle-in-international-arbitration/>. Acesso em: 25 set. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. Visões Distintas do Fenômeno Jurídico. *In*: ADEODATO, João Mauricio; BITTAR, Eduardo C. B. (Orgs.). **Filosofia e Teoria Geral do Direito. Homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Júnior**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 375-396.

COUTURE, Eduardo J. El Concepto de Jurisdicción Laboral. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 5, p.157-185, out./1953.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 4. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais. Teoria e Dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CRESCI SOBRINHO, Elício de. O juiz e as máximas da experiência. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 82, n. 296, p. 430-436, out./dez. 1986.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. Da Arbitragem e seu Conceito Categorical. **Revista de Informação Legislativa** ano 25, n. 98, abr/jun 1988.

CRETELLA NETTO, José. **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CROZIER, Christina; TRACHTENBERG, Mark Ryan. **Arbitration-Related Litigation in Texas**. Disponível em: <http://www.haynesboone.com/publications/estoppel-doctrine-allows-arbitration-provisions-to-be-enforced-by-and-against-nonsignatories>. Acesso em: 05 out. 2021.

CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: José Bastos e Cia., 1908.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A causa petendi no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A Causa Petendi no Processo Civil**. São Paulo: Ed. RT, 1993.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Comentários ao Código de Processo Civil**: (arts. 485 ao 538). 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Hipoteca judiciária como efeito da sentença arbitral condenatória. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-28/paradoxo-corte-hipoteca-judiciaria-efeito-sentenca-arbitral-condenatoria>. Acesso em: 30 dez. 2021.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2007.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Ed. RT, 1996.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O princípio contraditório e a cooperação no processo**. Disponível em: <https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/publicacoes/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>. Acesso em: 20 set. 2021.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

DAVID, René. Arbitrage du XIXe et Arbitrage du XXe Siècle. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 24, p. 197-214, 2010.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille; GORÉ, Marie. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 12. ed. Paris: Dalloz, 2016.

DE LA CUEVA, Mario. **La Idea del Estado**. 4. ed. México: Fondo de Cultura Económica. Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.

DE LOYNES DE FUMICHON, Bruno. La passion de la Révolution française pour l'arbitrage. **Revue de l'arbitrage**, n. 1, p. 3-52, janvier/mars 2014.

DE MARTINO, Francesco. **La Giurisdizione nel Diritto Romano**. Padova: CEDAM, 1937.

DESCARTES, René. **Carta-Prefácio dos Princípios da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões Vinculantes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 25, n. 100, p. 166-185, out./dez. 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Possibilidade de emendas e alterações a pedidos e o princípio da estabilização no procedimento arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 227-277, out./dez. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DOTTI, Rogéria. Tutela da Evidência: Enfrentando Questões Polêmicas. *In*: ARRUDA ALVIM, Teresa; LAMY, Eduardo de Avelar; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coords.). **Tutela Provisória. Direto ao Ponto**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Londres: Bloomsbury, 2013.

Enciclopédia Mirador Internacional. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda., 1976. v. 8.

ENEI, José Virgílio Lopes. A Arbitragem nas sociedades anônimas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 129, p. 136-173, jan./mar. 2003.

ENGELMANN, Arthur. **A history of continental civil procedure**. Boston: Little Brown, 1927. (The continental legal history series, v. VII).

FABRICIO, Adroaldo Furtado. Extinção do Processo e Mérito da Causa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 58, p. 7-32, 1990.

FARIA, Marcela Kohlbach de. **Participação de Terceiros na Arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

FERRAZ JÚNIOR Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A Preclusão no Direito Processual Civil**. Curitiba: Juruá, 1991.

FERREIRA, William Santos. **Princípios Fundamentais da Prova Cível**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2014.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**: Legislação Nacional e Estrangeira e o Monopólio Jurisdicional. São Paulo: LTr, 1999.

FIUZA, César. **Teoria Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1995.

FUX, Luiz. **Tutela da Segurança e Tutela da Evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. **Teoria Geral do Processo Civil. Novos Paradigmas Frente ao CPC/2015**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcellos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. **Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença**: Comentários ao CPC de 2015. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GARAPON, Antoine; PAPAPILOS, Ioanis. **Julgar nos EUA e na França**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAUDEMET, Jean. **L'Église dans l'Empire romain: IVe-Ve siècles**. Paris: Sirey, 1958.

GIANNICO, Mauricio. **A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

GOMES CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GOMES CANOTILHO, J. J.; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GROSSI, Paolo. **Il diritto in una Società che cambia**: a colloquio con Orlando Roselli. Bologna: Il Mulino, 2018.

GROSSI, Paolo. **La Invenzione del Diritto: A Proposito della Funzione dei Giudici**. Disponível em: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Grossi_Scandicci.pdf. Acesso em: 22 ago. 2021.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. 2. ed. Tradução: Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional**. São Paulo: Saraiva, 1993.

GUSMÃO, Manoel Aureliano de. **Coisa julgada: no cível, no crime e no direito internacional**. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica, Saraiva & C. - Editores, 1922.

HILAIRE, Jean. L'arbitrage dans la période moderne (XVIe–XVIIIe siècle). **Revue de l'arbitrage**, n. 12, p. 187-226, avril/juin 2000.

HIRSCHBERGER, Johannes. **História da Filosofia na Idade Média**. 2. ed. São Paulo: Ed. Herder, 1966.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br>. Acesso em: 09 abr. 2020.

JALLAMION, Carine. Arbitrage et pouvoir politique en France du XVIIème au XIXème siècle. **Revue de l'arbitrage**, n. 1, p. 3-62, janvier/mars 2005.

JHERING, Rudolf Von. **A Evolução do Direito**. Vertido da trad. francesa de O. de Meulenaere, por Abel D´Azevedo. Lisboa: Antiga Casa Bertrand – José Bastos & C.a – Editores, [19--]

JORGE NETO, Francisco Ferreira, CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A decadência e a prescrição no direito brasileiro. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, jul. 2020, t. Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. MANUS, Pedro Paulo Teixeira; GITELMAN, Suely (Coord. de tomo). Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br>. Acesso em: 15 jan. 2022.

KAUFMANN- KOHLER, Gabrielle. “The Governing Law: Fact or Law?” - A Transnational Rule on Establishing its Contents. **ASA Swiss Arbitration Association**. Disponível em: <https://lk-k.com/wp-content/uploads/The-Governing-Law-Fact-or-Law-%E2%80%93-A-Transnational-Rule-on-Establishing-its-Content.pdf>. Acesso em: 26 set. 2021.

KAUFMANN- KOHLER, Gabrielle. 'Iura Novit Arbitrator' - Est-ce bien raisonnable? Réflexions sur le statut du droit de fond devant l'arbitre international. In: LACHAT, A. Hériter ; HIRSCH, L (eds.). **De Lege Ferenda - Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch 71**. Genebra: Éditions Slatkine, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. e. Tradução: João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 1960.

LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. 3, p. 74-86, 1961.

LACERDA, Gustavo Biscaia de. Augusto Comte e o “positivismo” redescobertos. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 17, n. 34, out./2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/wNFWrdJ7j3G4GZwgzJF4V4C/?lang=pt>. Acesso em: 29 jan. 2022.

LAMY FILHO, Alfredo e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **A Lei das S.A.** Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

LAMY, Eduardo. **Flexibilização da Tutela de Urgência**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da prescrição e da decadência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LEGROS, Robert. Considérations sur les motifs. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice: études**. Bruxelles: Etablissements Émile Bruylant, 1978, p. 7-22.

LEITE, Antonio Pinto. *Jura Novit Curia* e a Arbitragem Internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 169-186, out./dez. 2012.

LEONEL, Ricardo de Barros. Fatos e atos jurídicos: planos de existência, validade, eficácia e a questão da *querela nullitatis*. **Justitia Revista Jurídica**, São Paulo, v. 65, n. 199, p. 107-143, jul./dez. 2008.

LEW, Julian D. M. *Iura Novit Curia and Due Process*. Queen Mary University of London, School of Law, **Legal Studies Research Paper** n. 72/2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1733531. Acesso em: 25 set. 2021.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. Tradução: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1945.

LIMA, Bernardo Silva de. O art. 3º do anteprojeto do novo Código de Processo Civil: um choque contra a emancipação da arbitragem? *In*: BASTOS, Antonio Adonias Aguiar; DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **O projeto do novo Código de Processo Civil**: 2ª série. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos. Salvador: Juspodivm, 2012.

LIMA, Cláudio Vianna de. A Arbitragem no Tempo – O Tempo na Arbitragem. *In*: GARCEZ, José Maria Rossini (coord.). **A Arbitragem na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LIMA, Thadeu Augimeri Goes. *Iura novit curia* no processo civil brasileiro: dos primórdios ao novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, p. 127-158, jan./2016.

LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Ed. RT, 1999.

LORENZETTI, Ricardo. Redes Contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 8, out/dez. 1998.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BARIONI, Rodrigo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A causa de pedir das ações anulatórias de sentença arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 12, n. 46, jul.-set. 2015.

LUISO, Francesco P. **Diritto Processuale Civile**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Arbitragem. Sociedade Civil x Estado**. São Paulo: Almedina, 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. Tese (concurso público para provimento de cargo de professor titular junto ao departamento de direito processual – edital FD n. 21/2008) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Significado Contemporâneo de Jurisdição e Acesso à Justiça. *In*: ARRUDA ALVIM, Teresa BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça (coords.). **Jurisdição e Direito Privado**: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Ministra Nancy Andrichi no STJ. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 597-609.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MARINELLI, Marino. I Precedenti Giudiziari tra “obbligatorietà” e “persuasività”: note comparatistiche e riflessioni sparse a margine del nuovo CPC brasileiro e della sua “súmula vinculata”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 45, n. 304, p. 317-336, jun./2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. São Paulo: Ed. RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Arbitragem e Coisa Julgada sobre Questão. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 58, p. 99-117, jul./set. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Sobre Questão**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 369 ao 380. São Paulo: Ed. RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 1.

MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1959.

MARTINS, Humberto. **Acesso à Justiça e Duração Razoável do Processo no Código de Processo Civil de 2015**: considerações sobre elementos essenciais ao Sistema de Justiça. Em *Avanços do Sistema de Justiça: Os 5 Anos de Vigência do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: OAB Nacional Editora, 2021.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem no Direito Societário**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019.

MARTINS, Pedro A. Batista. A Arbitragem através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua implementação no Brasil. *In*: GARCEZ, José Maria Rossini (coord.). **A Arbitragem na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para sua Aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 28, n. 112, out./dez. 1991.

MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 135-175, 2006.

MAZZEI Rodrigo; CHAGAS, Barbara Seccato Ruis. Os Negócios Jurídicos Processuais e a Arbitragem. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MAZZONETTO, Nathalia. A discussão em torno dos terceiros na arbitragem e a modernização da lei de arbitragem brasileira. *In*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Coords.). **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 16.05.2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 443-460.

MELENDO, Santiago Sentís. *Iura novit curia*. **Revista de Derecho Procesal**, Buenos Aires, n. 3/4, 1947.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Meriam Webster virtual dictionary. Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/daysman>. Acesso em: 22 jan. 2020.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas D. Hobbes, Montesquieu e a teoria da ação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 108, p. 9-31, out/dez-2002.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados. Técnicas de Formação e Aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MONTE, Douglas Anderson Dal. **Reclamação no CPC/2015: hipóteses de cabimento, procedimento e tutela provisória**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MONTEIRO, Rodrigo Bentes; RAMUNDO, Walter Marcelo. O Estado de Bodin no Estado do Homem Renascentista. **Revista de História**, São Paulo, v. 152, n. 1, p. 189-214, 2005. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/19002>. Acesso em: 25 jul. 2021.

MONTESQUIEU. **De la constitution de d'Angleterre**. Disponível em: <https://mjp.univ-perp.fr/textes/montesquieu.htm>. Acesso em: 04 mar. 2022.

MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORATO, Leonardo Lins. A reclamação prevista na Constituição Federal. *In*: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 441-452.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORENO, Fernando Sainz. **Conceptos jurídicos, interpretación e discrecionalidad administrativa**. Madrid: Editorial Civitas, 1976.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução: Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Ed. RT, 2008.

NALIN, Paulo. O dever de revelação e os standards de independência e imparcialidade do árbitro à luz do novo código de processo civil. **Revista Jurídica da ESA-OAB/PR**, Curitiba, v. 4, n. 2, out./2019. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/10/revista-esa-10-cap-07.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2022.

NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal: com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015)**. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

NERY JR., Nelson: **Introdução à Ciência do Direito Privado**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **Jurisdicção A Discricionariedade Judicial como Estratégia e sua (In)Validade perante o Direito**. Tese (Doutorado em Direito) - Escola de Direito e Administração Pública, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

NOJIRI, Sérgio. **A Interpretação Judicial do Direito**. São Paulo: Ed. RT, 2005.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Sobre o Conceito de Jurisdição. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 16, p. 135-154, out./dez. 1979.

PANSIERI, Flávio. **A Liberdade no Pensamento Ocidental: Liberdade e o Estado Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Tomo II.

PASSANANTE, Luca. **Il Precedente Impossibile**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2018.

PERELMAN, Chaim. La Motivation des décisions de justice, Essay de synthèse. *In*: PERELMAN, Chaim ; FORRIERS, P. (coords.). **La Motivation des décisions de justice**. Bruxelas: Éditions Juridiques et Scientifiques, 1978.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Organizador e Revisor Técnico da Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. v. 2.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado: validade, nulidade, anulabilidade**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. *E-book*.

PRINCÍPIOS TRANSNACIONAIS UNIDROIT DE PROCESSO CIVIL. **International Institute for the Unification of Private Law**. Disponível em: <https://www.unidroit.org/publications/unidroit-publications>. Acesso em: 24 set. 2021.

PROVINCIALI, Renzo. Delle Impugnazioni in Generale. *In*: CARNELUTTI, F. (Dir.). **Trattato del Processo Civile**. Nápoles: Morano, 1962.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REDENTI, Enrico. **Diritto Processuale Civile, I. Nozione e Regole Generali**. Milano: Giuffrè, 1957.

REDENTI, Enrico. **Diritto Processuale Civile**, Milano: Giuffrè, 1952. v. 1.

REGULAMENTO DA CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CIESP/FIESP. Disponível em: <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/regulamento.html>. Acesso em: 04 mar. 2022.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela Provisória**. São Paulo: Ed. RT, 2015.

ROCCO, Alfredo. **La Sentenza Civile**. Milano: Giuffrè, 1962.

ROCCO, Ugo. **Trattato di Diritto Processuale Civile**. Torino: Utet, 1957. v. 1.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **História do Direito no Ocidente**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RODOVALHO, Thiago. **Cláusula arbitral nos contratos de adesão**. São Paulo: Almeida Brasil, 2016.

ROSSI, Lanciotto. **La Funzione del Giudice nel Sistema della Tutela Giuridica**. Roma: Athenaeum, 1924.

Rules on Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration. Prague Rules. Disponível em: <http://praguerules.com/upload/medialibrary/d29/d292354280e8ebc119bbe1ff49027b65.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2022.

SÁ, Renato Montans de. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SALDANHA, Nelson. **Sociologia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1980.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In*: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. (coord.) **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 133-201.

SANTOS, Igor Moraes. *A Aequitas como Princípio Fundamental do Direito Romano Clássico: Uma Investigação Histórico-Filosófica*. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 03, p. 1734-1765, 2018.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Maquiavel, “O Príncipe” e a Formação do Estado Moderno**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho**. Madrid: Universidad Carlos III, 2015.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. **As invalidades processuais sob a perspectiva do formalismo valorativo**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha; FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à Lei de Arbitragem**. São Paulo: GEN-Editora Método, 2021.

SCHMITZ, Leonard. **Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferência**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil: atualizado de acordo com a nova reforma processual**: Leis ns. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Alexandre Garrido da. *Direito, Correção Normativa e Institucionalização da Justiça*. **Revista de Direito do Estado**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 331-346, jan./mar. 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Ricardo Alexandre da. **A Nova Dimensão da Coisa Julgada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, p. 607-630, jan./jun. 2003.

SOARES, Leonardo Oliveira. O novo Código de Processo Civil brasileiro: um Código de princípios. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p. 406-419, jul./dez. 2016.

STRENGER, Irineu. **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: LTr, 1996.

STRUCHINER, Noel. Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: o debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. *In*: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (Org.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. Fortaleza: Imprensa Universitária – UFC, 1999.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e Sua Revisão**. São Paulo: Ed. RT, 2005.

TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Padova: CEDAM, 1975. v. 3.

TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 355, p. 101-118, 2001.

TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade. O Juiz e a Construção dos Fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TARUFFO, Michele; CARPI, Federico. **Commentario Breve al Codice di Procedura Civile**. Milano: Wolters Kluwer, 2017.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro. *In*: GARCEZ, José Maria Rossini (coord.). **A Arbitragem na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. Unificação de Procedimentos Arbitrais Decorrente da Identidade Objetiva e Subjetiva das Lides. **Soluções Práticas de Direito**. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 3, p. 545-568.

THEODORO JR. Humberto. A Preclusão no Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 784, p. 11-28, fev./2001.

THEODORO JR., Humberto. “Iura Novit Curia” e o moderno Direito Processual Civil. **GenJurídico**, São Paulo. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/12/16/iura-novit-curia-processual-civil/>. Acesso em: 24 set. 2021.

THEODORO JR., Humberto. A Arbitragem e Terceiros - Litisconsórcio Fora do Pacto Arbitral. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, v. 4, n. 14, 2001.

THEODORO JR., Humberto. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 244, p. 195-205, jun./2015.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

THEODORO JR., Humberto. Visão principiológica e sistemática do Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 285, p. 65-88, nov./2018.

TORRIJON, Edwin Flores. Restricciones al ius imperium y a la autonomia de los gobiernos locales. **Centro de Estudios de Derecho Municipal**. Disponível em: https://www.usmp.edu.pe/derecho/centro_derecho_municipal/articulos/RESTRICCIONES_AL_IUS_IMPERIUM_Y_A_LA_AUTONOMIA_DE_LOS_GOBIERNOS_LOCALES.pdf. Acesso em: 25 jul. 2021.

TOSCAN, Anissara. **Preclusão Processual Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2015.

Tratado de Jay. Disponível em: <https://www.un.org/es/icj/origin.shtml>. Acesso em: 09 abr. 2020.

VELASCO, Ignacio Maria Poveda. Direito. Jurisprudência e Justiça no pensamento clássico (greco-romano). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 101, p. 21-32, jan./dez. 2006.

VON MISES, Ludwig. **Liberalismo**. 2. ed. São Paulo: LVM Editora, 2010.

VON MISES, Ludwig. **Intervencionismo. Uma Análise Econômica**. 3. ed. São Paulo: LVM Editora, 2018.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Tradução: A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WOLFF, Hans Julius. The Origin of the Judicial Litigation among the Greeks. **Traditio**, Cambridge University Press, v. 4 (1946), p. 31-87. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/27830102>. Acesso em: 16 mar. 2020.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Motivation de la Décision Judiciaire. *In*: PERELMAN, Chaim; FORRIERS, P. (coords.). **La Motivation des Décisions de Justice**. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1978.

YARSHELL, Flavio Luiz. **Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZAMARIAN, Lívia Pitelli. A Reclamação Constitucional frente às novas feições da Jurisdição Constitucional. **Revista Científica da Faculdade Dom Bosco**, Cornélio Procópio, v. 1, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.