



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

VALÉRIO DE CASTRO RODRIGUES DE SOUZA NETO

**A NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM: análise da doutrina, legislação e
jurisprudência do STJ**

Recife
2022

VALÉRIO DE CASTRO RODRIGUES DE SOUZA NETO

**A NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM: análise da doutrina, legislação e
jurisprudência do STJ**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel(a) em Direito.

Área de concentração: Teoria Geral do Processo;

Orientador: Professor Doutor Sergio Torres Teixeira

Recife

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Souza Neto, Valério de Castro Rodrigues de.

A natureza jurídica da arbitragem: análise da doutrina, legislação e jurisprudência do STJ / Valério de Castro Rodrigues de Souza Neto. - Recife, 2022.

62 p.

Orientador(a): Sergio Torres Teixeira
(Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, , 2022.

1. Teoria Geral do Processo. 2. Jurisdição. 3. Arbitragem. 4. Natureza Jurídica. I. Teixeira, Sergio Torres. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

VALÉRIO DE CASTRO RODRIGUES DE SOUZA NETO

A NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM: análise da doutrina, legislação e jurisprudência do STJ

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel(a) em Direito.

Aprovado em: 17/10/2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Sergio Torres Teixeira (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Me. Patrícia Alves da Silva (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Me. Delmiro Borges Cabral (Examinador Externo)
Faculdade de Olinda – FOCCA

AGRADECIMENTOS

Há quem pense que existem conquistas plenamente individuais. Não sou capaz de tal ingenuidade. Sem prejuízo de todo esforço que tenho empregado ao longo de minha tão recente carreira profissional, não poderia estar aqui sem o incentivo e auxílio de tantos.

Não é possível contemplar todos que, de alguma forma, colaboraram para meu crescimento, mas certamente eu não poderia deixar de dedicar algumas linhas para os que se fizeram presente ao longo de toda jornada.

À Adriana Mertens, minha primeira incentivadora, que a seu modo e com amor incondicional me guiou aos estudos.

À Priscilla Rodrigues, que cresceu para ser a pessoa mais importante em minha vida. Sem você, já teria me perdido há muito.

À Paulo Brainer e Alessandra Mertens, meus padrinhos por escolha, que insistiram em minha educação mesmo quando eu não a dava o devido valor.

À Amanda Amorim, que desde antes da graduação acreditou e comprou qualquer ideia que eu, às vezes até apressadamente, pudesse ter. Seu companheirismo é inigualável, obrigado por tanto.

À memória de Valério Rodrigues Júnior, que tanto me ensinou sobre felicidade imotivada e que infelizmente não verá o resultado da consistência nos estudos. Continuaremos nossas conversas em outra oportunidade.

A meus amigos, agradeço pela paciência com minha não rara ausência quando dedicado a projetos profissionais, bem como pelo incentivo e colaboração.

"Eu sou eu e minha circunstância, e se não a salvo não me salvo eu". - José Ortega y Gasset

RESUMO

A tese se volta à análise da possibilidade de enquadramento da arbitragem enquanto jurisdição ou não. O motivo da pesquisa é o dissenso da doutrina na definição do que é a jurisdição e, conseqüentemente, na indicação da natureza jurisdicional da arbitragem. Para realizar a análise, o trabalho se dedicou ao estudo panorâmico da jurisdição, destrinchando conceitos de diferentes autores de maneira crítica, com o objetivo de investigar a sua delimitação. Afinal, considerando que não houve delimitação, no Brasil, pela Lei, do que seria a jurisdição, apenas a partir do estudo epistemologicamente comprometido da jurisdição que será possível defini-la e, conseqüentemente, será possível afirmar se a arbitragem tem natureza jurisdicional. Os debates doutrinários acerca do tema foram visitados, bem como a legislação específica e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Em que pese o Superior Tribunal de Justiça entender pela jurisdicionalidade da arbitragem, apoiado em desenvolvimentos da doutrina acerca do tema, as teorias que levaram a esse pronunciamento padecem de defeitos. Assim, considerando que não houve adequada delimitação do conceito de jurisdição, não foi possível afirmar a jurisdicionalidade da arbitragem.

Palavras-chave: Teoria Geral do Processo; Jurisdição; Arbitragem; Natureza jurídica.

ABSTRACT

The thesis turns to the analysis of the possibility of framing the legal nature of arbitration as jurisdiction or not. The reason for the research is the dissent of the doctrine in the definition of what jurisdiction is and, consequently, in the indication of the jurisdictional nature of the arbitration. To perform the analysis, the work dedicated itself to the panoramic study of the jurisdiction, unraveling concepts from different authors in a critical way, to investigate its delimitation. After all, considering that there was no delimitation, in Brazil, by the Law, regarding what the jurisdiction is, only from the epistemologically committed study of the jurisdiction that it will be possible to define it and, consequently, it will be possible to affirm if the arbitration has a jurisdictional nature. The doctrinal debates on the subject were visited, as well as the specific legislation and the position of the Superior Court of Justice. Despite the fact that the Superior Court of Justice claims the jurisdiction of arbitration, supported by developments in the doctrine on the subject, the theories that led to this pronouncement suffer from defects. Thus, considering that there was no adequate delimitation of the concept of jurisdiction, it was not possible to affirm the jurisdiction of the arbitration.

Keywords: Dispute Resolution Law; Jurisdiction; Arbitration; Legal nature.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI

Conflito de Competência – CC

Constituição Federal – CF

Código de Processo Civil – CPC

Código Tributário Nacional – CTN

Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) – LArb

Superior Tribunal de Justiça – STJ

Supremo Tribunal Federal – STF

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ARBITRAGEM	12
2.1 Métodos de Resolução de Conflitos	12
2.2 Conceito	13
2.3 Hipótese de Cabimento	14
2.4 Princípios Norteadores	16
2.5 Natureza Jurídica	18
2.5.1 Teoria Jurisdicional	20
2.5.2 Teoria Contratualista	23
2.5.3 Teoria Mista	24
2.5.4 Teoria Autônoma	25
3 JURISDIÇÃO	26
3.1 O Dissenso na Definição do Conceito	26
3.2 Teorias Sobre o Conceito de Jurisdição	27
3.2.1 Contextualização das Teorias e Sistematização do Estudo	27
3.2.2 Teoria Orgânica	29
3.2.3 Teoria Eficacial	29
3.2.4 Teorias Finalística-Objetivas	31
3.2.5 Teorias Sancionatórias	32
3.2.6 Teorias Finalística-Subjetivas	33
3.2.7 Teorias Finalística-Axiológicas	35
3.2.8 Teoria Finalística-Antropocêntrica	36
4 O ENTENDIMENTO DOS STJ ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM	48
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem é, por excelência, um método heterocompositivo de resolução de conflitos, utilizada quando as partes, de comum acordo, optam por ela quando em face de direitos patrimoniais disponíveis¹. Contudo, há autores que indicam que a arbitragem tem natureza jurídica de jurisdição e autores que a atribuem natureza jurídica diversa. Para tanto, é pertinente visitar o conceito de jurisdição e estudá-lo, e só após enquadrar ou não a arbitragem enquanto jurisdição: a essa análise que se propõe o presente trabalho.

Como se percebe, a problematização reside nas divergências doutrinárias acerca do tema – afinal, arbitragem pode ser enquadrada enquanto jurisdição?

Este trabalho se propôs a compreender as características essenciais do instituto, permitindo-nos a compreensão de se a arbitragem se enquadra como jurisdição ou se ela tem natureza jurídica diversa.

Sabendo que o conceito jurídico de jurisdição, no Brasil, não veio a ser definido pela legislação, sendo fruto de desenvolvimentos doutrinários e trabalhados pela jurisprudência, faz-se necessária uma compreensão panorâmica do instituto da jurisdição para que ela não seja tratada como conceito jurídico indeterminado. Assim, será possível asseverar a natureza jurídica da arbitragem e seu alcance.

Para alcançar esse entendimento, a metodologia adotada foi a revisão da bibliografia selecionada, realizando investigação rigorosa e aprofundada – excluído o aprofundamento no viés histórico do instituto em razão de sua densidade e as limitações desta monografia –, buscando entender as nuances da jurisdição e da arbitragem, especificamente quanto às suas naturezas. Afinal, apenas a partir do pleno entendimento da jurisdição e do estudo da arbitragem no Brasil, será possível entender a natureza jurídica desse método adequado de solução de conflitos.

Além disso, foi feita análise da legislação e jurisprudência selecionadas à luz dos estudos epistemológicos acerca da jurisdição e da arbitragem, tudo isso para que houvesse juízo de valor embasado acerca de como a natureza jurídica do instituto tem

¹ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 24 set 1996.

sido entendida em nosso ordenamento jurídico e se o caminho adotado pelo legislador e pelos tribunais é coerente com os institutos.

Esse tema tem relevante importância epistemológica, uma vez que a jurisdição é a base de nosso sistema de justiça. Conseqüência lógica, a definição do que é jurisdição e as conseqüências de seu exercício revelam as capacidades de intervenção no mundo dos fatos por parte dos que a exercem.

Nesse sentido, o reconhecimento da arbitragem enquanto jurisdição implica em incluí-la no sistema de justiça, ainda que de maneira privada.

Além disso, a definição da natureza jurídica da arbitragem possibilita uma visão holística do instituto, revelando seus limites de atuação. Em um viés mais pragmático, delimitar o alcance da arbitragem faz com que sua utilização seja mais eficiente e evita condutas arbitrárias por parte das que a utilizam, o que é positivo ao nosso sistema jurídico e seus métodos de resolução de conflitos.

Assim, o objetivo geral deste trabalho é, a partir de pesquisa e análise crítica e comprometida epistemologicamente com seu objeto, avaliar a possibilidade ou não de enquadramento da arbitragem enquanto instituto de natureza jurídica de jurisdição.

Para tanto, o objetivo específico é (I) análise crítica da atual doutrina processual e de sua aceção quanto à jurisdição; (II) análise da legislação referente à arbitragem; (III) investigação acerca do posicionamento dos tribunais acerca do instituto e; (IV) enquadramento ou não da arbitragem enquanto instituto de natureza jurídica de jurisdição ou outro .

2 ARBITRAGEM

2.1 Métodos de Resolução de Conflitos

Diversas são as áreas do conhecimento que se devotam a tratar do tema conflito. De acordo com o professor de conflitolgia, Eduard Vinyamata, a ciência do conflito é o compêndio de conhecimentos e técnicas para atender os conflitos e procurar sua solução pacífica e positiva.²

Há de se observar que os conflitos surgem tanto no íntimo do sujeito quanto entre sujeitos. Ao Direito predomina o interesse nos conflitos entre sujeitos, afinal, ele surge para regular a vida em sociedade, mantendo a harmonia social; como leciona o brocardo atribuído à Ulpiano: *ubi societas, ibi jus*.

É consenso na doutrina que os meios de resolução de conflitos são a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição.³

A autotutela é a maneira mais primitiva de solução de conflito de interesses e, com o amadurecimento das sociedades, passou a ser rechaçada e permitida apenas em situações excepcionais. Nela o indivíduo utiliza de sua própria força para conseguir, independente de concessão de outrem, aquilo que pretende.⁴

A autocomposição é uma modalidade de resolução de conflitos que está presente desde sistemas mais primitivos, mas que perdura até os dias atuais. Nela, os sujeitos envolvidos em determinado conflito chegam a algum consenso, geralmente alcançado a partir de concessões recíprocas.⁵ As subespécies de métodos autocompositivos mais conhecidos são a negociação, a mediação e a conciliação; esses dois últimos inclusive foram incluídos como etapas do processo judicial, no Brasil..

² VINYAMATA, Eduard; et. al. **Aprender a partir do conflito**: conflitolgia e educação. Porto Alegre: Artmed, 2005. Pág. 26.

³ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 43; Também em DUARTE NETO, Bento Herculano; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; TEIXEIRA, Sergio Torres. **Teoria Geral do Processo**. 5ª ed. Curitiba: IESDE Brasil, 2012. Pág. 9.

⁴ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Pág. 27.

⁵ *Ibidem*.

Por fim, a heterocomposição é uma modalidade em que um terceiro, geralmente alheio ao conflito e imparcial, é outorgado o poder de decidir a controvérsia. As duas subespécies de heterocomposição mais conhecidas são o processo judicial e a arbitragem.⁶ Sinteticamente, Francisco José Cahali aborda as modalidades da seguinte forma:

Deixada de lado a imposição da vontade pela força (autotutela ou autodefesa - a “lei do mais forte”), e afastado o entendimento (autocomposição), a solução do conflito é entregue ao terceiro por provocação do interessado, para harmonização das relações sociais intersubjetivas (heterocomposição).⁷

Tanto o Poder Judiciário quanto a arbitragem se enquadram enquanto métodos heterocompositivos, isso porque em ambas as modalidades se tem um terceiro substituindo a vontade das partes para solucionar a controvérsia.

Apesar de ambas as modalidades serem métodos heterocompositivos, isso não implica necessariamente dizer que ambas são jurisdição. Para enquadrar tanto o Poder Judiciário quanto a arbitragem enquanto jurisdição, primeiro será necessário delimitar o que é a jurisdição. Essa delimitação será realizada mais adiante no trabalho.

2.2 Conceito

Conforme ensina Francisco José Cahali, “a arbitragem é um instituto contemporâneo às relações sociais, através do qual as pessoas indicam um terceiro para resolver seus conflitos”⁸.

Esse instituto surgiu antes da própria justiça estatal, pois com o amadurecimento das sociedades os indivíduos passaram a evitar a autotutela e tenderam a recorrer a um terceiro para que se decidisse a contenda.⁹

⁶ DUARTE NETO, Bento Herculano; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; TEIXEIRA, Sergio Torres. **Teoria Geral do Processo**. 5ª ed. Curitiba: IESDE Brasil, 2012. Pág. 10.

⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 34

⁸ *Ibidem*. Pág. 33

⁹ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Pág. 27-29.

No Brasil, a previsão da arbitragem é antiga, estando presente desde as Ordenações Filipinas¹⁰ e sendo incorporada às normativas internas do Estado brasileiro a partir da Constituição do Império¹¹, tendo as nuances das normas referentes à arbitragem passado por diversas alterações.

Alinhado com a atual legislação referente à arbitragem no Brasil, Carlos Alberto Carmona a define como:

meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. Trata-se de um meio heterocompositivo de solução de controvérsias, diferenciando-se da conciliação e mediação em razão da imposição da solução arbitral perante as partes. Esta característica impositiva da solução arbitral.¹²

Atualmente já está em desuso a referência à arbitragem ou a qualquer outro meio extrajudicial de solução de controvérsias como “meio alternativo”. Isso porque a doutrina especializada entende que esses meios extrajudiciais não são alternativos ao processo judicial, mas sim, meios adequados de resolução de conflitos que convivem com o processo judicial.¹³

2.3 Hipótese de Cabimento

¹⁰ Dispõe o Livro III, Título 16, § 1º: “E no caso, em que fôr appellado dos Juizes arbitros , e recebida appellação, todas as provas, assi de testemunhas, como de scriptures, que per ambas as partes forem dadas perante os arbitros, farão fé perante os Juizes da appellação assi e tão cumpridamente, como já fizeram perante os arbitros (...)”. Ordenações Filipinas, Livro III. **Biblioteca do Senado Federal**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 05/12/2021

¹¹ Dispõe o artigo 160: “Nas (causas) civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.” BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil**. Rio de Janeiro, 1824. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brazil, 22 abr 1824.

¹² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário Lei à 9.307/96. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, Pág. 31.

¹³ AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. **Arbitragem e poder judiciário**: a definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016. Pág. 27; Também em CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 27; e em BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**: Volume único. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Pág. 62

Foi bem definida pela norma infraconstitucional a hipótese de cabimento da arbitragem. Conforme preceitua o artigo 1º da LArb, “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Como se percebe, a norma delimita tanto *quem* pode ser parte e *o que* pode ser o objeto da arbitragem.

Ambas as delimitações são condições essenciais para a adoção da arbitragem como meio de resolução da controvérsia. A essas duas condições a doutrina denomina de *arbitrabilidade*¹⁴, que nada mais é que a “aptidão de determinada matéria ou entidade de ser julgada pela arbitragem”.¹⁵

Ainda se divide a arbitrabilidade em arbitrabilidade objetiva e arbitrabilidade subjetiva.

A *arbitrabilidade objetiva* diz respeito ao objeto do litígio, que deve versar sobre um direito patrimonial disponível. Como leciona Isabel Gonçalves, a patrimonialidade é relativa a direitos em que é possível a avaliação pecuniária¹⁶; já a disponibilidade, conforme leciona Francisco José Cahali, diz respeito à “possibilidade de seu titular ceder, de forma gratuita ou onerosa, estes direitos sem qualquer restrição”¹⁷.

Já a *arbitrabilidade subjetiva* diz respeito à capacidade das partes de firmarem o negócio jurídico. Conforme dispõe o artigo 1º do Código Civil, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”¹⁸. Contudo, “(...) a titularidade do direito difere de seu exercício”¹⁹, razão pela qual caso os sujeitos sejam absolutamente ou relativamente incapazes²⁰, deverão ser representados ou assistidos para que possam figurar em procedimento arbitral.

¹⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 138.

¹⁵ AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. **Arbitragem e poder judiciário**: a definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016. Pág. 116.

¹⁶ GONÇALVES, Isabel. A não arbitrabilidade como fundamento de anulação de sentença arbitral na lei de arbitragem voluntária. In: GOUVEIA, Mariana França; PINTO-FERREIRA, João. **Análise da jurisprudência sobre arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2011. Pág. 146.

¹⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 139.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 11 jan 2002.

¹⁹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 137.

²⁰ Conforme artigos 3º e 4º do Código Civil. BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 11 jan 2002.

2.4 Princípios Norteadores

Neil MacCormik assevera que :

formular os princípios de um sistema jurídico com o qual a pessoa está comprometida envolve uma tentativa de lhe dar coerência em termos de um conjunto de normas gerais que expressam valores justificatórios e explanatórios do sistema.²¹

A arbitragem é um instituto jurídico que tem princípios característicos. A doutrina não é uníssona quanto aos princípios que a norteiam, por isso citaremos os princípios que parecem ser o alicerce da arbitragem, quais sejam: (I) princípio da autonomia privada; (II) princípio da *Kompetenz-Kompetenz*; (III) princípio do devido processo legal.

O princípio da autonomia privada refere-se ao poder das partes, livremente, submeterem determinado conflito à arbitragem, quer seja por cláusula compromissória ou por convenção arbitral. Ressalte-se, contudo, que esse princípio não se restringe apenas à adoção da arbitragem enquanto método de resolução de conflito, visto que a autonomia privada garante liberdade às partes, como leciona Fernanda Levy:

em diversas outras situações, como por exemplo, na liberdade de escolha dos árbitros, da legislação que será aplicada, do idioma que será utilizado, da sede da arbitragem, na utilização de regras de algum órgão arbitral institucional ou na criação de um procedimento específico.²²

Assim, percebe-se que a autonomia privada é bastante valorizada na arbitragem, pois “começa com a liberdade para a indicação da arbitragem como forma de solução do litígio; e, prossegue, com a faculdade de indicarem todas as questões que gravitam em torno desta opção.”²³

O princípio da *Kompetenz-Kompetenz* tem origem alemã e ele instrui que o “juiz, mesmo incompetente, possui a competência legal para reconhecer e validamente declarar essa situação”²⁴. Trata-se de um princípio que assegura a mínima competência

²¹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldea Barcellos; revisão da tradução Marylene Pinto Michael. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Pág. 198.

²² LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 70.

²³ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: mediação, conciliação, resolução** CNJ 125/2010. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 141.

²⁴ MUNHOZ, José Lúcio; Uma reflexão sobre o princípio "competência-competência" na arbitragem. Conjur. [S.L.]. 2020. Disponível em:

ao julgador para que possa, ao menos, reconhecer sua própria impropriedade para julgar o caso. Em se tratando de arbitragem, esse princípio revela que o árbitro tem, antes mesmo do Poder Judiciário, a atribuição de analisar a própria competência; essa previsão se encontra no artigo 8º, parágrafo único, da LArb.²⁵

A importância desse princípio reside em não retirar a celeridade característica da arbitragem, “(...) na medida em que, se ao judiciário coubesse decidir, em primeiro lugar, sobre a validade da cláusula, a instauração do procedimento arbitral restaria postergada por longo período (...)”²⁶

Quanto ao princípio do devido processo legal, trata-se de um supra-princípio que rege todo o ordenamento jurídico brasileiro, disposto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, devendo ele ser analisado sob duas perspectivas: devido processo legal substancial e devido processo legal formal.

O devido processo legal substancial diz respeito à atividade legiferante das normas jurídicas e à interpretação das normas jurídicas, devendo ambas as atividades serem exercidas de maneira razoável, gerando um resultado substancialmente apropriado. Essa perspectiva do devido processo legal é uma decorrência da razoabilidade e da proporcionalidade.²⁷

Por outro lado, o devido processo legal formal diz respeito à observância da forma correta de se proceder ao julgar uma controvérsia, respeitando-se os direitos das partes e as normas pertinentes.²⁸

Em se tratando de arbitragem, o princípio do devido processo legal deve ser observado, independentemente do procedimento e normas a serem aplicadas que as partes escolheram. Inclusive, como corolário do devido processo legal, a própria LArb definiu que, qualquer que seja a forma de julgamento pactuada pelas partes, deverão

<https://www.conjur.com.br/2020-jan-24/jose-munhoz-principio-competencia-competencia-arbitragem>. Acesso em: 08/12/2021.

²⁵ “Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.” BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 24 set 1996.

²⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 143.

²⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm: 2019. Pág. 174.

²⁸ *Ibidem*. Pág. 175.

ser observados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.²⁹

2.5 Natureza Jurídica

A discussão acerca da natureza jurídica da arbitragem parece ter ganhado espaço na academia no início do Século XX, após decisão proferida pela Corte de Apelação de Paris, no caso *Del Drago*, em 1901. No caso, foi declarado que um laudo arbitral estrangeiro equivalia a uma sentença estrangeira. Essa decisão impulsionou parte da doutrina a sustentar o caráter jurisdicional da arbitragem.³⁰

No Brasil, o parâmetro utilizado pela doutrina para classificar ou não a arbitragem enquanto jurisdição esteve em larga escala ancorado na definição estipulada por Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco.

Eles costumavam definir a jurisdição como instituto multifacetado, analisado sob a ótica do poder, função e atividade, todos esses fazendo referência à atuação do Estado.

A função seria a obrigação do Estado de pacificar os conflitos, o poder seria a manifestação da soberania estatal (uma vez que nesse raciocínio a jurisdição é uma decorrência do poder soberano do Estado), e a atividade seria a atuação do juiz no processo, cumprindo a função através do poder.³¹ Essa definição da jurisdição é encontrada na obra de tais autores pelo menos desde 1986.³²

Mesmo tendo como parâmetro de jurisdição a presença do Estado, parte da doutrina já sustentava o caráter jurisdicional da arbitragem.

Carmona, em artigo publicado em 1990, reconheceu a prevalência da definição de jurisdição como instituto multifacetado voltado ao Estado, sem prejuízo de entender

²⁹ Artigo 21, §2º “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.” BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 24 set 1996.

³⁰ GIOVANNI, Ana Elisa Preto Pereira; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nassar. **Jurisdição Arbitral e Execução**: é possível a execução judicial de título executivo em contrato que contenha cláusula arbitral?. Revista de Cidadania e Acesso à Justiça. Volume 1. Página 789 a 809. Julho a Dezembro de 2016. Pág. 793.

³¹ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. Malheiros: 2005. Pág. 139

³² ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. Pág. 83.

que as razões que conduziram a delimitação do definitivo poderiam ser utilizadas para classificar a arbitragem enquanto jurisdição.³³ Assevera o autor:

O fato de encarar-se a jurisdição como poder, atividade e função do Estado não descaracteriza, desde logo, a jurisdicionalidade da arbitragem. Trata-se, evidentemente, de participação do povo na administração da justiça - o que não afronta o art. 153, §4.º (princípio da inafastabilidade da jurisdição), da Constituição Federal e encontra respaldo no seu § 1.º, do artigo 1.º (titularidade do poder é do povo).³⁴(considerações nossas)

O que motiva Carmona a reconhecer a natureza jurisdicional da arbitragem é o fato de a figura do juiz e do árbitro em muito se aproximarem.

À época, o Código de Processo Civil de 1973 impunha que o Laudo Arbitral fosse homologado pelo Poder Judiciário e o árbitro não tinha poder para praticar certos atos, como o emprego de medidas coercitivas ou cautelares.

Esses são alguns dos entraves que não apenas tornavam a arbitragem uma etapa procrastinatória da resolução da controvérsia, mas que retraíram parte da doutrina ao reconhecimento da arbitragem enquanto jurisdição.

Carmona assentava que bastava que o legislador libertasse a arbitragem dos mecanismos de controle judicial para que ela fosse mais efetiva e reconhecida como jurisdição.

Esse reconhecimento seria etapa necessária à sua efetiva utilidade. Para ele, o problema podia ser visto sob a ótica de que *“não se encara mais o processo como coisa entre as partes, mas sim como atividade pública, de interesse estatal”*³⁵.

Com o advento da LArb, os mecanismos de controle judicial da arbitragem foram quase extintos, o que fez reviver os debates acerca da natureza jurídica da arbitragem, que enseja discussão até os dias de hoje.

De mais a mais, é pertinente visitar as correntes que assentam a natureza da arbitragem, quais sejam: Teoria Jurisdicional, Teoria Contratualista, Teoria Mista e, Teoria Autônoma. Dado o escopo do presente trabalho, a ênfase do estudo é na Teoria Jurisdicional da arbitragem.

³³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Jurisdição**. Revista de Processo, São Paulo, Volume 58. Página 33 a 40. Abril a junho de 1990.

³⁴ *Ibidem*. Pág. 33.

³⁵ *Ibidem*. Pág. 38.

2.5.1 Teoria Jurisdicional

A Teoria Jurisdicional sustenta que, sem prejuízo de a arbitragem ser instituída a partir de um negócio jurídico, seu objetivo é dirimir a controvérsia através do entendimento de terceiro.

Para os adeptos dessa teoria, a arbitragem é uma delegação do Estado ao exercício da atividade jurisdicional. Nesse sentido, o árbitro é equiparado ao juiz para todos os fins, exercendo função pública através de sua decisão, que é revestida de eficácia jurídica.

Assim, apesar de os adeptos a essa corrente entenderem que a jurisdição é um monopólio do Estado, eles entendem que o seu exercício não o é, posto que o Estado pode autorizar o exercício da jurisdição por outros meios que não o Poder Judiciário.³⁶

Clávio Valença, a partir do conceito que define a jurisdição como instituto multifacetado, repartindo-a nos planos do poder, função e atividade, assevera que o exercício da função jurisdicional pode ser repartido entre juízes e árbitros. Em suas palavras:

(...) o critério que distingue atividade e função jurisdicional é o mesmo que torna o estudo da competência distinto do da jurisdição. Enquanto o critério de competência reparte atividade, o de jurisdição reparte função. Juízes e árbitros repartem função, e não, atividade.³⁷

De mais a mais, se por um lado o juiz exerce a jurisdição a partir da autorização legal conferida pelo Estado, os árbitros a exerceriam a partir da autonomia privada das partes que lhe conferem a autoridade. Ao fim e ao cabo, a legitimação do juiz e do árbitro decorre do mesmo fenômeno.³⁸

Afinal, se por um lado as partes se sujeitam ao juízo estatal em razão das normas de determinado Estado Soberano – que exerce o poder em razão do contrato social –, as partes se sujeitam ao árbitro em razão da pactuação expressa que lhes

³⁶ GIOVANNI, Ana Elisa Preto Pereira; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nassar. **Jurisdição Arbitral e Execução**: é possível a execução judicial de título executivo em contrato que contenha cláusula arbitral?. Revista de Cidadania e Acesso à Justiça. Volume 1. Página 789 a 809. Julho a Dezembro de 2016. Pág. 793.

³⁷ VALENÇA FILHO, C. M. **A arbitragem em juízo**. 2015. 288 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Pág. 11

³⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Jurisdição**. Revista de Processo, São Paulo, Volume 58. Página 33 a 40. Abril a junho de 1990. Pág. 33.

confere autoridade. Poderia se dizer que apenas foi eliminado o Estado enquanto intermediário ao exercício da função jurisdicional.

Com o advento da LArb, boa parte da doutrina passou a se filiar à teoria jurisdicionalista da arbitragem.³⁹ Os argumentos são os mais variados, mas o ponto comum de todos eles é que a Lei conferiu prestígio à arbitragem de tal forma que ela deve ser considerada jurisdição, ainda que exercida em âmbito privado.

Fredie Didier afirma que a *Kompetenz-kompetenz* não decorre apenas da autonomia privada das partes, uma vez que a negativa de competência do árbitro na hipótese de eventual cláusula compromissória inexistente seria o exercício de jurisdição com base em permissão que jamais produziu qualquer efeito jurídico. Assim, esse instituto levaria por si só ao reconhecimento da jurisdicionalidade da arbitragem. Nas palavras do autor:

A regra da *Kompetenzkompetenz* é mais que isso: é um reconhecimento normativo por parte do Estado de que a jurisdição, em tese sob seu monopólio, pode ser exercida prioritariamente por agentes privados em algumas circunstâncias.⁴⁰

Ainda, os arts. 18 e 31 da LArb impulsionaram a teoria jurisdicional da arbitragem ao estabelecerem que o árbitro é juiz e de fato e de direito e que sua sentença produz os mesmos efeitos que uma sentença proferida pelo Poder Judiciário.

Esses dispositivos corroboram à noção de que a arbitragem se equipara à atuação do Poder Judiciário e, conseqüentemente, exerce a jurisdição.

Apesar de muito se especular com relação ao que o legislador pretendia com a declaração de que os árbitros são juízes de fato e de direito, o entendimento mais acertado parece ser o de que a Lei pretendeu evidenciar que o árbitro irá apreciar os fatos e aplicar o direito pertinente. Sobre o art. 18 da LArb, Alberto Jonathas Maia leciona que:

Ele (o árbitro) julga os fatos e o direito. Não é um magistrado, é pessoa privada contratada pelas partes para decidir a disputa. Explica-se que o

³⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009. Pág. 276.

⁴⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. **A arbitragem no novo Código de processo civil**: (versão da Câmara dos Deputados: Dep. Paulo Teixeira). Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 4, p. 73-81, out./dez. 2013. Pág. 79.

juiz e o árbitro têm função análoga, qual seja: resolver conflitos.⁴¹(considerações nossas)

Ainda, quanto ao art. 31 da Larb, a equiparação dos efeitos da sentença arbitral à sentença judicial leva parte da doutrina a ratificar seu caráter jurisdicional. Nesse sentido, Fredie Didier assevera que:

A decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada. Poderá ser invalidada a decisão, mas, ultrapassado o prazo de noventa dias, a coisa julgada torna-se soberana. É por conta desta circunstância que se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada).⁴²

No mesmo sentido é o entendimento de Carmona, que em razão deste artigo afirma que o legislador optou por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem.⁴³

Contraopondo tal linha de raciocínio, parte da doutrina entende que a equiparação da decisão arbitral à decisão do Poder Judiciário é mera questão de política legislativa, que não tem o condão de enquadrar a arbitragem enquanto jurisdição. É nesse sentido o posicionamento de Cássio Scarpinella Bueno:

Ainda que recuse, mesmo ciente de pertencer a corrente minoritária, o caráter jurisdicional da arbitragem – o órgão arbitral não produz nenhum ato revestido de imperatividade –, reconheço a possibilidade de a lei equiparar um ato não jurisdicional a um ato jurisdicional. A iniciativa não viola nenhum elemento do “modelo constitucional” e apenas atesta inequívoca política legislativa, agasalhada pelos §§ 1º a 3º do art. 3º, de incentivar meios alternativos de solução de conflitos, inclusive por intermédio da arbitragem.⁴⁴

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni entende que a diminuição dos mecanismos de controle judicial da arbitragem não tem o condão de enquadrá-la enquanto jurisdição. Para ele, admitir que a arbitragem e o poder judiciário são

⁴¹ MAIA, Alberto Jonathas. **Fazenda Pública e arbitragem**: do contrato ao processo. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 144.

⁴² DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Volume 1. 21ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. Pág. 211.

⁴³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009. Pág. 26.

⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**: Volume único. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Pág. 794.

jurisdição e que a opção de uma exclui a outra seria ferir a unidade da jurisdição, afinal, essa contradição lógica implicaria dizer que o Estado tem várias soberanias.⁴⁵

O debate acerca da jurisdicionalidade da arbitragem se estendeu por um bom tempo e, apesar de dividir opiniões, tem bastantes adeptos. Atualmente é menos recorrente a reflexão acerca da jurisdicionalidade da arbitragem, especialmente em razão de seu reconhecimento por Tribunais Superiores, conforme será trabalhado.

Para sintetizar o raciocínio utilizado por considerável parte da doutrina para sustentar que a jurisdição não necessariamente é exercida apenas pelo Estado, Ricardo de Carvalho Aprigliano afirma que a principal característica da jurisdição é a resolução de conflitos por terceiro imparcial:

Portanto, para muitos doutrinadores, ao conceito de jurisdição não é indispensável a presença ou a atuação do próprio Estado. As suas características centrais não são, necessariamente, atreladas ou associadas ao agente que realiza essa atividade. E aqui reside o ponto central, que permitirá reconhecer em outras atividades, como a arbitral, a mesma natureza jurisdicional que é própria de certa atividade realizada por agentes do Estado.⁴⁶

2.5.2 Teoria Contratualista

A Teoria Contratualista sustenta o caráter contratual da arbitragem. Para seus adeptos, a existência da arbitragem depende da manutenção do contrato celebrado entre as partes.

Essa teoria foi formulada pela *Cour de Cassation* no julgamento do caso *Roses*, sob a premissa de que se os laudos arbitrais se baseiam na convenção de arbitragem – eles são uma unidade e, portanto, compartilham a natureza contratual. Dessa forma, considerando que o laudo tem origem contratual, a sua natureza é contratual.⁴⁷

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Rápidas Observações Sobre Arbitragem e Jurisdição**. Revista jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência, Porto Alegre, Volume 56. página 19 a 26. Novembro de 2008. Pág. 21.

⁴⁶ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e Arbitragem no novo Código de Processo Civil. *In* _____: **A Reforma da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Pág. 242.

⁴⁷ GIOVANNI, Ana Elisa Preto Pereira; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nassar. **Jurisdição Arbitral e Execução**: é possível a execução judicial de título executivo em contrato que contenha cláusula arbitral?. Revista de Cidadania e Acesso à Justiça. Volume 1. Página 789 a 809. Julho a Dezembro de 2016. Pág. 795.

Nesse sentido, o descumprimento da sentença arbitral seria o descumprimento de um contrato, podendo a parte prejudicada recorrer ao Poder Judiciário para executar o laudo.

Como bem sintetizado por José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro, a teoria contratualista entende que a arbitragem não passa de um negócio jurídico, sendo a decisão do árbitro um reflexo do acordo privado entre as partes, incapaz de ter caráter jurisdicional:

Em resumo, pode-se dizer que a teoria contratualista considera que a arbitragem nasce de um ato de vontade das partes, sujeito à teoria geral das obrigações, bem como que a decisão proferida pelos árbitros não passa de um reflexo desse acordo privado, insuscetível, assim, de ostentar qualquer caráter jurisdicional, até porque não é emanado do Estado, detentor exclusivo da jurisdição.⁴⁸

2.5.3 Teoria Mista

A Teoria Mista foi criada em 1952 por Sauser-Hall, em relatório apresentado ao Institut Droit International. Nesse relatório, ele sustentou que o laudo arbitral não pode ser considerado independente de todas as normas de determinado Estado, sendo necessária lei que disponha sobre a validade da convenção de arbitragem e como se daria sua execução.⁴⁹

Assim, a arbitragem tem origem contratual por surgir do acordo entre as partes de submeter o conflito à arbitragem, mas também tem natureza jurisdicional uma vez que o laudo arbitral resolve a controvérsia de maneira heterocompositiva

Essa teoria tem notoriedade no âmbito internacional, uma vez que reflete a prática da arbitragem comercial internacional.

Sintetizando a teoria, José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro a apresentam da seguinte forma:

Em resumo, pode-se dizer que a teoria mista fixa o olhar no nascedouro da arbitragem, afirmando que a sua fonte é contratual – já que nasce do acordo de vontades exposto na convenção de arbitragem –, não

⁴⁸ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pág. 34.

⁴⁹ GIOVANNI, Ana Elisa Preto Pereira; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nassar. **Jurisdição Arbitral e Execução**: é possível a execução judicial de título executivo em contrato que contenha cláusula arbitral?. Revista de Cidadania e Acesso à Justiça. Volume 1. Página 789 a 809. Julho a Dezembro de 2016. Pág. 797.

obstante reconheça que a sentença arbitral possui caráter jurisdicional em razão de seus efeitos.⁵⁰

2.5.4 Teoria Autônoma

A Teoria Autônoma preceitua que a arbitragem é emancipada de qualquer ordenamento jurídico. Esse raciocínio foi desenvolvido em 1965 por Jacqueline Rubellin-Devichi, que enxergava a arbitragem alheia a qualquer sistema jurídico nacional, sendo regida por regras próprias.⁵¹

Essa teoria busca refletir as necessidades do comércio internacional. Nela, assim como na teoria jurisdicional, se entende o laudo arbitral como vinculante; ainda, assim como na teoria contratual, se entende que a jurisdição do árbitro decorre da vontade das partes. Contudo, se retira da arbitragem qualquer mecanismo de controle por parte dos Estados, desvinculando ela de qualquer ordenamento jurídico.

⁵⁰ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pág. 40.

⁵¹ GIOVANNI, Ana Elisa Preto Pereira; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nassar. **Jurisdição Arbitral e Execução**: é possível a execução judicial de título executivo em contrato que contenha cláusula arbitral?. Revista de Cidadania e Acesso à Justiça. Volume 1. Página 789 a 809. Julho a Dezembro de 2016. Pág. 798.

3 JURISDIÇÃO

3.1 O Dissenso na Definição do Conceito

O termo jurisdição, *iurisdictio* em latim, está presente desde o direito romano e seu significado tem variado de alcance desde então. Originalmente, a *iurisdictio* consistia em indicar o direito, isso é, que o magistrado declarava qual norma incidiria em determinada situação jurídica, que só após seria aplicada perante o *iudex* (na maioria dos casos era um árbitro escolhido pelas partes).⁵²

Apesar dessa definição, a partir do período da *cognitio* extraordinária a função jurisdicional foi unificada, sendo o direito declarado e aplicado em um só procedimento, o que por si só já desnatura o significado original do termo *iurisdictio*.⁵³

Como exposto na metodologia, este trabalho não tem a pretensão de aprofundamento no viés histórico do instituto, mas é importante ressaltar que o conceito de jurisdição sofreu alterações desde seu surgimento e que o desalinhamento no decorrer do tempo de seu sentido original e os sentidos atribuídos ao conceito apenas colaboraram para o desenvolvimento da jurisdição como um conceito jurídico indeterminado⁵⁴.

Essa percepção é reforçada não apenas pelas definições estipuladas pela doutrina – como foi possível perceber a partir da diversidade de parâmetros adotada por diferentes autores para balizar o que seria a jurisdição, ao buscarem enquadrar a arbitragem como jurisdição –, que serão sistematicamente destrinchadas adiante, mas

⁵² TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 43.

⁵³ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. Pág. 226.

⁵⁴ Por conceito jurídico indeterminado adotamos a definição de De Plácido e Silva, que o define como: “Conceito aberto. Não tem uma definição típica. Depende da análise da autoridade competente.Ex: Conduta ilibada. (gc)”. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 510.

até mesmo em decorrência da atividade legiferante, que reflete a falta de norte epistemológico que os operadores do Direito no geral têm com relação ao tema.

Exemplificando a heterogeneidade presente no ordenamento com relação à jurisdição, podemos citar o artigo 73 da Constituição Federal⁵⁵, em que há o termo no sentido de autoridade; já no artigo 193 do Código Civil⁵⁶ o termo é aplicado conotando a ideia de grau de instância; no Código de Processo Penal, há a menção ao termo conotando a ideia de competência no artigo 85⁵⁷; quanto ao Código de Processo Civil, em seu artigo 88⁵⁸, há a jurisdição voluntária, que para parte da doutrina não se trata de jurisdição propriamente dita⁵⁹.

Quanto ao dissenso doutrinário na estipulação do que é jurisdição, o marco teórico deste trabalho é o livro fruto da tese de doutorado do professor Marcelo Barbi Gonçalves, em razão de sua sistematização quanto às teorias sobre o conceito de jurisdição e proposta de novo conceito que pretende colmatar as lacunas existentes nas demais teorias.

3.2 Teorias Sobre o Conceito de Jurisdição

3.2.1 Contextualização das Teorias e Sistematização do Estudo

Como bem exposto por Gonçalves, em que pese o esforço empreendido por diversos juristas para a definição da jurisdição, não se alcançou concordância ou

⁵⁵ Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96. (...) BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988

⁵⁶ Art. 193. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita. BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 11 jan 2002.

⁵⁷ Art. 85. Nos processos por crime contra a honra, em que forem querelantes as pessoas que a Constituição sujeita à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, àquele ou a estes caberá o julgamento, quando oposta e admitida a exceção da verdade. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 13 out 1941.

⁵⁸ Art. 88. Nos procedimentos de jurisdição voluntária, as despesas serão adiantadas pelo requerente e rateadas entre os interessados. BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 17 mar 2015.

⁵⁹ MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária**. Campinas: Millenium, 2000. Pág. 15; Pág 23.

clareza quanto ao termo. O autor afirma que o que parece é que existem tantas definições de jurisdição quanto de estudiosos que se debruçaram sobre o instituto.⁶⁰

No mesmo sentido, sobre o conceito de direito, Hart afirma que:

Poucas questões respeitantes à sociedade humana têm sido postas com tanta persistência e têm obtido respostas, por parte de pensadores sérios, de formas tão numerosas, variadas, estranhas e até paradoxais como a questão “O que é o direito?”. Mesmo se limitarmos a nossa atenção à teoria jurídica dos últimos 150 anos e deixarmos de lado a especulação clássica e medieval acerca da «natureza» do direito, encontraremos uma situação sem paralelo em qualquer outra matéria estudada de forma sistemática como disciplina académica autónoma.⁶¹

O que Hart quer dizer sobre a busca de um conceito de direito é que apesar de ser uma investigação natural ao estudo dos juristas, os resultados são extremamente diversos a depender de quem é o autor.

Analisando esse comentário, o professor Pedro Parini Marques de Lima assevera, categoricamente, que:

O principal problema dessas afirmações teóricas sobre o significado de direito é que boa parte delas representa um **“exagero acerca de algumas verdades sobre o direito, mas não verdadeiras definições”**, e por essas razões são afirmações ao mesmo tempo “clarificadoras” e “perturbadoras”, assim como a ironia que perturba e clarifica contemporaneamente.⁶²

É dizer que os teóricos do tema, ao buscarem delimitar o conceito de direito, acabam por alcançar algumas características sobre o conceito, mas não o suficiente para de fato defini-lo. Para nós, essas considerações acerca do conceito de direito podem ser aplicadas, em certa medida, às teorias da jurisdição.

O termo *iurisdictio* se desnaturou não muito após seu surgimento e, como afirmado, o trabalho desenvolvido pela doutrina colaborou para o distanciamento do sentido original, além de as definições estipuladas por diferentes autores serem bastante distintas umas das outras.

⁶⁰ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 361.

⁶¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. Pág. 5.

⁶² LIMA, Pedro Parini Marques de. **A metáfora do direito e a retórica da ironia no pensamento jurídico**. 2013. 385 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. Pág. 26.

Isso ocorre porque o conceito de jurisdição é estipulativo. É dizer que o seu significado não reflete a etimologia da palavra, mas reproduz a ideia que determinado pensador atribui a ela, na tentativa de delimitação técnica do instituto.

Como decorrência disso, existem diversas teorias que pretendem definir o conceito de jurisdição e apesar das variações entre elas, todas costumam cair em algumas das teorias que serão abordadas a seguir, como alicerce comum das estipulações de diferentes pensadores.

3.2.2 Teoria Orgânica

A teoria orgânica da jurisdição foi trabalhada pela doutrina francesa e objetivava atribuir aos atos do Estado a natureza jurisdicional a partir do órgão que emana o ato, sendo jurisdicional os atos do Poder Judiciário.⁶³

Esta teoria carece de maior desenvolvimento epistemológico e é uma tentativa de simplificar a função jurisdicional. Como bem lecionado por Calmon de Passos, não é o órgão que caracteriza a função, mas a função que caracteriza o órgão.⁶⁴

Além disso, é evidente que a distribuição das funções aos diferentes órgãos não têm apenas uma natureza, podendo o órgão jurisdicional realizar atividade administrativa, como a contratação de funcionários por exemplo. Da mesma maneira é possível que um órgão jurisdicional exerça atividade legislativa, através de seus regimentos, por exemplo. Essas atividades não teriam natureza jurisdicional, uma vez que a definição da natureza de um órgão está ligada à preponderância de atribuição, não se limitando apenas a ela.

3.2.3 Teoria Eficacial

A teoria eficaz busca caracterizar a jurisdição a partir de seus efeitos, o que distinguiria a atividade jurisdicional de qualquer outra.⁶⁵ Notadamente, para esta teoria,

⁶³ *Ibidem*. Pág. 40.

⁶⁴ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Da Jurisdição**. Bahia: Universidade da Bahia, 1957. Pág. 16.

⁶⁵ ALLORIO, Enrico. Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria. In: **Problemi di Diritto**. Vol. 2. Milano: Giuffrè, 1957. *Apud* GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 41.

a coisa julgada se apresenta como atributo exclusivo da atividade jurisdicional, visto que a imutabilidade e indiscutibilidade que ela reveste determinado ato estaria limitado às decisões emanadas do Poder Judiciário.

Nessa linha de convicção, o legislativo poderia alterar substancialmente os efeitos jurídicos de determinada norma, mas ainda que isso ocorresse, os atos jurisdicionais estariam hígidos em razão de sua distintiva característica: a coisa julgada.

Não obstante à diversas proclamações judiciais estarem sujeitas à coisa julgada, é fato que existem pronunciamentos que a ela não se submetem. Podemos citar, por exemplo, as decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, que conforme artigo 102, §2º da Constituição Federal produzem eficácia contra todos e efeito vinculante.

A *contrario sensu* da hermenêutica gramatical da norma, o próprio Tribunal tem entendimento fixado⁶⁶ de que esse efeito não vincula o legislativo, o qual pode inclusive editar lei nova que contrarie os termos da decisão judicial.

Autorizar que a decisão em controle concentrado por parte da Corte Constitucional vinculasse o legislativo seria legitimar o que o relator da Reclamação Constitucional nº 2.617, Ministro Cezar Peluso, chamou de “fossilização da constituição”.

É evidente que a decisão de uma Corte Constitucional acerca de determinada controvérsia em sede controle concentrado de constitucionalidade profere tem natureza jurisdicional. Contudo, essa decisão não produz efeitos em face da atividade legiferante. Segundo a teoria eficaz, poderíamos dizer que o pronunciamento não foi jurisdicional.

Ainda na lógica do controle concentrado de constitucionalidade, podemos imaginar a hipótese de julgamento improcedente de determinada ADI e a pretensão de um legitimado de discutir a constitucionalidade da mesma norma. A propositura de nova ação está autorizada, contanto que sobre aspecto que não fora analisado pelo Tribunal.⁶⁷

⁶⁶ Informativo 386 do STF.

⁶⁷ “(...) o Colegiado assentou o cabimento da ação direta. (...) embora a Resolução 22.610/2007 do TSE, já tivesse sido objeto de controle concentrado perante o STF [ADI 3.999/DF (DJe de 17.4.2009) e ADI 4.086/DF (DJe de 17.4.2009)], a Corte apenas se pronunciara sobre a constitucionalidade formal da

Destaque-se, ainda, argumento de maior importância em oposição à teoria eficaz: a natureza de um instituto deve ser definida a partir de suas características, jamais a partir de seus efeitos, uma vez que são externos a ele. Como leciona Marcos Bernardes de Mello:

(...)Uma atitude científica há de se fixar na referência a dados que são essenciais e que, por si só, bastem à caracterização do definitivo.⁶⁸

Nesse sentido, Gonçalves entende que a coisa julgada não é um elemento essencial à jurisdição, mas uma opção política que tem pretensão de finalizar o conflito.⁶⁹

Assim, em que pese a possibilidade de a coisa julgada ser um consequente da função jurisdicional em algumas situações, ela não é suficiente a caracterizá-la.

3.2.4 Teorias Finalística-Objetivas

As teorias finalística-objetivas tem como alicerce comum a noção de que a função precípua da jurisdição é concretizar o direito objetivo, isso é, alcançar a intersecção entre os conjuntos do *ser* e do *dever-ser*. Daí a ideia de Mortara de que a jurisdição é o meio que o Estado utiliza para defender sua atividade de legislador.⁷⁰

Essas teorias são finalísticas porque a jurisdição é vista a partir de seus fins, em detrimento de outros elementos (como orgânicos, eficazes, sancionatórios ou metajurídicos), e objetivas porque intendem a atuação do direito objetivo.⁷¹

O defeito das teorias finalístico-objetivas é que utilizar a aplicação do direito objetivo como elemento caracterizador da jurisdição acaba por universalizar o instituto. Afinal, no âmbito da atuação do Estado, todos os órgãos aplicam o direito objetivo. Em

norma.” (STF - ADI: 5081 DF, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 27/05/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 19/08/2015)

⁶⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 21 ed. São Paulo, Saraiva, 2017. Pág. 172.

⁶⁹ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 234.

⁷⁰ MORTARA, Lodovico. **Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile**. Vol. 1. 4ª ed. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1906. *Apud* GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 42.

⁷¹ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 43.

verdade, para além do próprio Estado, até mesmo os particulares aplicam o direito objetivo no dia-a-dia.⁷²

Além disso, outro defeito dessas teorias é que não há como diferenciar um ato administrativo de um ato jurisdicional, posto que ambos – em um estado ideal de coisas – atuam o ordenamento jurídico.⁷³ De maneira didática, assevera Gonçalves:

A afirmação de que a aplicação do direito é o *fin* da jurisdição e um *meio* para a Administração Pública perseguir o bem comum é um mero jogo de palavras. (...) O bem comum perseguido pelo administrador é aquele que foi juridicizado, de modo que satisfazê-lo, ao cabo das contas, equivale a cumprir a lei.⁷⁴

Renomados juristas buscaram defender, a partir de seu conceito (uns mais elásticos que outros), uma teoria finalística-objetiva da jurisdição, mas os motivos acima delineados são suficientes para evidenciar os defeitos que essas teorias padecem.

Em razão da profunda influência que alguns desses autores exerceram no direito processual, especialmente o brasileiro, é válido visitar algumas definições. Para Chiovenda, a jurisdição é o poder do Estado para atuar a lei⁷⁵. Calamandrei adere à tese de Chiovenda, alteradas algumas premissas.⁷⁶ Ambas as teorias tem alicerce na noção finalística-objetiva da jurisdição e conseqüentemente são insuficientes em vista das razões acima delineadas.

3.2.5 Teorias Sancionatórias

Assim como as teorias finalística-objetivas da jurisdição, as teorias sancionatórias tem como elemento essencial a aplicação do direito. Contudo, a ênfase das teorias sancionatórias é a sanção prescrita em caso de descumprimento da norma jurídica aplicável a determinada situação jurídica. Nesse sentido, Gonçalves afirma que:

⁷² *Ibidem*. Pág. 49.

⁷³ RICCI, Gian Franco. **Pincipi di Diritto Processuale Generale**. 6ª ed. Torino: Giappichelli, 2015. *Apud* GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 52.

⁷⁴ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 52 e 53.

⁷⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. L'idea romana nel processo civile moderno. **Rivista di Diritto Processuale Civile**. vol 9, nº 1, 1932. *Apud* GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág.66.

⁷⁶ CALAMANDREI, Piero. **Limite fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile**. In: Opere Giuridiche. Vol. 1. Napoli: Morano, 1965. *Apud* GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 69.

O traço diferenciador das teorias sancionatórias consiste em atribuir à jurisdição o escopo de aplicar a sanção cominada pelo direito objetivo para o caso de sua inobservância.⁷⁷

Autores como Redenti e Rossi entendem que a jurisdição consiste na aplicação da sanção em face de um estado de coisas contrário ao Direito.⁷⁸⁻⁷⁹

Essas teorias resolveriam alguns dos defeitos das teorias finalística-objetivas, uma vez que, preponderantemente, apenas o Poder Judiciário tem a capacidade de aplicar sanções. Dessa forma, não se trata apenas de aplicação do direito objetivo, mas aplicação do elemento secundário da norma – a sanção.

Apesar de na maior parte dos casos as teorias sancionatórias colmatarem as lacunas de aplicação do Direito por parte de outras funções do Estado, ela não resolve o problema. Afinal, é possível que funções que não a judiciária apliquem sanções. Basta pensar na hipótese de impeachment por parte do congresso nacional.

Mas para além desse defeito, é importante ressaltar que a noção de sanção emoldurada por Redenti e Rossi era em sentido amplo, de forma que até mesmo a concessão de aposentadoria por parte de um órgão administrativo poderia ser caracterizada como atividade jurisdicional, uma vez que seria o imperativo secundário da norma.⁸⁰

Por fim, as teorias sancionatórias não explicam a atividade judicante de concessão de tutelas que visam inibir ilícito ou as ações de natureza declaratória. Essas últimas não visam a incidência de imperativo secundário da norma jurídica, apenas a declaração de determinada situação jurídica. Evidentemente que nessa hipótese há o exercício da atividade jurisdicional, o que revela lacunas nas teorias sancionatórias.

3.2.6 Teorias Finalística-Subjetivas

⁷⁷ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 71.

⁷⁸ REDENTI, Enrico. **Diritto Processuale Civile**. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1952. *Apud* GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 72.

⁷⁹ ROSSI, Lanciotto. **La funzione del giudice nel sistema della tutela giuridica**. Roma: Athenaeum, 1924. *Apud* GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 73.

⁸⁰ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 76.

Tal qual as teorias finalística-objetivas da jurisdição, as teorias finalística-subjetivas enxergam a jurisdição a partir de seus fins em detrimento de outros elementos, mas são subjetivas pois se voltam ao homem e rejeitam o estatualismo característico das teorias que têm o direito objetivo como pano de fundo.⁸¹

Notáveis juristas como Carnelutti sustentam que o escopo do processo é a *justa composição da lide*, sendo ela a resolução de conflito entre pessoas quando há resistência a determinada pretensão.⁸² No Brasil, há correntes como a de Daniel Mitidiero que defende que a tutela de direitos é o fim do processo, visto que a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica são os fundamentos de nosso Estado Constitucional.⁸³

Ambas teorias padecem de defeitos dentro de sua própria lógica. Quanto à primeira teoria, é relevante perceber que *lide* e processo não consistem no mesmo instituto. Para que exista lide é necessário que interesses de diferentes pessoas estejam em conflito e que este conflito seja qualificado por uma pretensão de uma das pessoas que é resistida pela outra. Perceba que a lide existe antes mesmo do processo, sendo a razão de ser do processo e seu objeto.⁸⁴ Contudo, há processos que não possuem lide, visto que o que se tutelam são interesses, como no caso de ação de interdição entre genitor e filho pródigo⁸⁵.

Ainda, poderíamos imaginar a hipótese de não haver resistência em juízo, através de confissão ou até mesmo revelia. Evidente que haveria exercício de atividade jurisdicional nessa hipótese, o que revela a lacuna da teoria de Carnelutti.

Com relação à teoria de Mitidiero, há defeito no sentido de que nem todo processo atua em direção à tutela de um direito subjetivo. A partir de sua teoria, na

⁸¹ *Ibidem*. Pág. 77.

⁸² CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del nuovo processo civile italiano**. Tomo 1. 3ª ed. Roma: Foro Italiano, 1942. *Apud* GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 80.

⁸³ MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, n. 229, mar. 2014. 529 p. 71-91. Pág. 91

⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. Lite e processo (postilla). **Rivista di Diritto Processuale Civile** vol. V, 1928. *Apud* GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 80.

⁸⁵ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 80.

hipótese de sentença improcedente ou até mesmo de procedência de ação declaratória negativa não seriam jurisdição.⁸⁶

3.2.7 Teorias Finalística-Axiológicas

As teorias finalística-axiológicas asseveram que o fim do processo é, muito além do que a mera aplicação do direito, solucionar as controvérsias de maneira justa. Essa perspectiva foi muito presente nas sociedades medievais e persiste no conceito de alguns autores até atualmente.⁸⁷ Nesse contexto, há a ponderação por parte do magistrado para que se possa aplicar ou até mesmo deixar de aplicar determinada norma, tudo isso em busca da razão de ser do Direito: a justiça.

Teorias dessa natureza ganharam muito espaço na direito processual brasileiro e tiveram grande aderência. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, definem jurisdição como:

uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.⁸⁸

Em edições anteriores de suas obras, os autores definiam a jurisdição como poder, função e atividade, sendo verdadeiro instituto multifacetado. A função seria a obrigação do Estado de pacificar os conflitos, o poder seria a manifestação da soberania estatal (uma vez que nesse raciocínio a jurisdição é uma decorrência do poder soberano do Estado), e a atividade seria a atuação do juiz no processo, cumprindo a função através do poder.⁸⁹

⁸⁶ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal. In: **Estudios de Teoría Genéral e Historia del Proceso**. Tomo1. México: Universidad Autónoma de México, 1992. *Apud* GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 83

⁸⁷ MARONGIU, Antonio. Un memento tipico della monarchia medievale: il re giudice. **Jus** vol. 5, 1954. *Apud* GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 83 e 84.

⁸⁸ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27ª ed. Malheiros: 2011. Pág. 149

⁸⁹ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. Malheiros: 2005. Pág. 139

De uma forma ou de outra, a jurisdição se apresentaria com finalidade axiológica de realizar a justiça. Essa conceituação influenciou profundamente a processualística brasileira.⁹⁰

Apesar disso, tanto Dinamarco quanto Grinover mudaram de perspectiva com relação à natureza da jurisdição, mas apesar de algumas nuances diferentes em sua caracterização, seu fim continuaria sendo a pacificação dos conflitos com critérios de justiça.⁹¹⁻⁹²

Essas teorias padecem de um defeito metafísico: a ideia do que é justo é extremamente fluida e portanto é inconsistente e imprevisível. Em razão disso, seu efeito é a insegurança jurídica e põe em cheque a legitimidade da jurisdição. Nesse sentido, Gonçalves assevera que:

A teoria finalística-axiológica da jurisdição, a despeito de bem-intencionada, legitima a arbitrariedade judicial, na medida em que autoriza que o critério de decisão seja um sentimento subjetivo em relação ao justo.

3.2.8 Teoria Finalística-Antropocêntrica

A teoria finalística-antropocêntrica da jurisdição (nomenclatura que atribuímos à tese do professor Gonçalves, em razão de seus alicerces teóricos) tem como fundamento o homem, é uma proposta de conceituação *hominem causa*, fundamentado na dignidade da pessoa humana.⁹³ Isso porque, como sustenta Gonçalves:

(...) o Estado deve construir-se em torno da pessoa humana, que tem anterioridade lógica e axiológica, e não é meio para a satisfação de interesses públicos. O homem é a razão de ser do Estado, do poder e, logicamente, da jurisdição.⁹⁴

A tentativa do autor é definir a jurisdição de maneira que não haja lacunas dentro de sua própria teoria, como acontece com os defeitos que se evidenciam em teorias já estudadas, como a situação das teorias finalística-axiológicas que padecem em razão de o conceito de justiça ser móvel.

⁹⁰ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 32.

⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Pág. 694.

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. Pág. 62.

⁹³ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 374

⁹⁴ *Ibidem*. Pág. 38.

Para tanto, Gonçalves assevera que a jurisdição consiste na *função de tutela de interesses exercida por um terceiro indiferente no processo*.⁹⁵

Como a referida teoria é bastante recente, é necessário destrinchar suficientemente o alcance e os motivos de cada termo utilizado na conceituação.

O termo função é empregado no sentido de *destinação do objeto estudado à vista de sua finalidade*.⁹⁶ Isso porque, como já visto em capítulos anteriores, os métodos heterocompositivos de resolução de conflitos precedem a existência do Estado, assim, a conceituação do instituto a partir de termos elásticos como “poder” não são suficientes para a determinação de sua essência.

Por isso, Gonçalves se distancia da noção paternalista de “poder” e opta por conceituar a jurisdição a partir da “função”, sendo verdadeira garantia individual para tutela de interesses.⁹⁷

Gonçalves entende que a efetividade da tutela jurisdicional – isso é, a ampliação da proteção de situações jurídicas por parte dos jurisdicionados – é o banco de prova de qualquer teoria da jurisdição, de forma que a definição do conceito de jurisdição estipulada por ele visa maximizar o alcance do instituto.⁹⁸

É com essa linha de pensamento que o autor abandona a noção de que a jurisdição está voltada à preservação do ordenamento jurídico, prestigiando a satisfação da expectativa dos indivíduos envolvidos em determinado processo.

Nesse sentido, a opção pelo termo “função de tutela de interesses” visa se distanciar da ideia de direito objetivo e subjetivo. Isso porque o direito subjetivo é um desdobramento da existência do direito objetivo. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

Direito subjetivo e direito objetivo são aspectos de um conceito único, compreendendo a facultas e a norma os dois lados de um mesmo fenômeno, os dois ângulos de visão do jurídico⁹⁹

Assim, o direito objetivo traduz-se em um complexo de normas que regulam a vida social; enquanto o direito subjetivo é autorização ou sua negativa, referente a

⁹⁵ *Ibidem*. Pág. 365.

⁹⁶ *Ibidem*. Pág. 375

⁹⁷ *Ibidem*. Pág. 374.

⁹⁸ *Ibidem*. Pág. 375.

⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Pág. 12

determinada conduta ou, ainda, a posição de vantagem que permite ao sujeito recorrer aos órgãos competentes para ver valer seu direito (subjeto decorrente de um direito objetivo prévio).

Dessa conceituação podemos perceber que o direito subjetivo necessita da existência de uma norma prévia. É justamente por essa razão que Gonçalves adota a terminologia “tutela de interesses”, uma vez que o alicerce de sua teoria é conceituar a jurisdição em torno da pessoa humana.

Ele entende que incluir o instituto do direito subjetivo em sua teoria refletiria uma ótica estatalista de jurisdição, tendo em vista que ele deriva do direito objetivo.

Não apenas isso, mas Gonçalves entende que o próprio termo “direito subjetivo” é problemático, tendo em vista o objetivo de maximizar a efetividade da jurisdição. Isso porque o direito subjetivo representa um caminho adotado pelos juristas para reconhecer a relevância jurídica de determinado interesse.

Historicamente, tais interesses estão ligados ao direito de propriedade e, como se tem tutelado cada vez mais direitos existenciais do homem, tais quais os direitos de personalidade, o instituto do direito subjetivo acaba por ser insuficiente, por si só, para tutelar as pretensões dos indivíduos. Por essa razão que Gonçalves sustenta que:

O conceito de Ihering (direito subjetivo é o *interesse juridicamente protegido*) é insatisfatório, já que o interesse é o escopo do direito, não seu momento substancial constitutivo. O interesse está antes do direito e para além dele.¹⁰⁰

O autor reconhece que o prestígio concedido ao homem na legislação brasileira, especialmente na Constituição, remedia de certa maneira a possível atuação limitadora do instituto do “direito subjetivo”. Contudo, isso corrobora para a inadequação do termo ao conceituar a jurisdição. Nessa linha de convicção Gonçalves assevera que:

Se o direito objetivo e o direito subjetivo, a despeito de sua autonomia conceitual, são substancialmente dois ângulos do fenômeno jurídico, a teorização do Direito Processual a partir do homem fica incompleta quando a tutela jurisdicional é outorgada desde que a *facultas agendi* espelhe a *norma agendi*.¹⁰¹

¹⁰⁰ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 387

¹⁰¹ *Ibidem*. Pág. 390

Para exemplificar a tendência à tutela de interesses em detrimento de direitos subjetivos, podemos citar o *leading case* do “Show do Milhão”¹⁰², em que por não haver resposta correta à pergunta realizada no programa (que levaria ao prêmio), tornou impossível o êxito do participante.

Notadamente, o participante não possui um direito de crédito ao montante que perdeu por não conseguir responder a pergunta. Contudo, pela aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, o STJ entendeu que ocorreu um dano passível de indenização.

É claro que não havia direito subjetivo a essa indenização, uma vez que não havia direito sendo violado, nos termos do artigo 186 do Código Civil¹⁰³. Isso porque a responsabilidade civil extracontratual necessita de um direito objetivo previamente positivado para que se considere que houve a incidência no comando “*violar direito*”.

Apesar disso, existiu interesse por parte do participante, que se viu impossibilitado de lograr êxito no programa. Nessa linha de convicção, o STJ reconheceu o interesse do participante e aplicou a Teoria da Perda de uma Chance para tutelá-lo.

Ratificando a noção de necessidade de tutelar interesse, Gonçalves distancia o interesse da relação jurídica (notadamente, elemento que compõe o direito subjetivo)¹⁰⁴ para que haja a tutela.

É tradicional a definição de Savigny acerca da relação jurídica, consistindo ela na relação entre homens determinada por regra de direito. As doutrinas mais recentes se submetem em grande medida à definição do autor Germânico. Miguel Reale entende que trata-se de relação jurídica a relação entre pessoas que se subsume a modelo

¹⁰² RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o **dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.** (...) (STJ - REsp: 788459 BA 2005/0172410-9, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 08/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/03/2006 p. 334)

¹⁰³ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 11 jan 2002.

¹⁰⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Pág. 33

normativo positivado pelo legislador. Nesse sentido, Reale destrincha a relação jurídica como se segue:

Dois requisitos são, portanto, necessários para que haja uma relação jurídica. Em primeiro lugar, uma relação intersubjetiva, ou seja, um vínculo entre duas ou mais pessoas. Em segundo lugar, que esse vínculo corresponda a uma hipótese normativa, de tal maneira que derivem consequências obrigatórias no plano da experiência.¹⁰⁵

A relação jurídica tem como pressuposto a relação entre pessoas e a existência de norma apta a regular essa relação. Ocorre que existem situações em que a inexistência de relação jurídica pode prejudicar a consecução da tutela de determinado interesse.

A título de exemplo, podemos utilizar a já mencionada hipótese da ação declaratória negativa, em que se busca a declaração de inexistência de relação jurídica. Ora, o direito subjetivo e, conseqüentemente, a relação jurídica, se mostram como empecilhos a caracterizar o atendimento a pretensões relacionadas a relações jurídicas inexistentes como jurisdição.

No direito processual civil brasileiro a ausência do direito subjetivo material prejudica o acesso à justiça na medida em que ele se revela enquanto uma das condições da ação/pressupostos processuais¹⁰⁶, uma vez que previstos no art. 18 do CPC os requisitos da legitimidade e do interesse¹⁰⁷.

A legitimidade pertence, em regra, ao titular do interesse levado a juízo. Ato contínuo, não raro se encontra a definição de legitimidade como a “pertinência subjetiva da ação”. É dizer que o titular do interesse é o sujeito titular do direito subjetivo. Nesse sentido, leciona Alexandre Freitas Câmara:

(...) pode-se afirmar que têm legitimidade para a causa os titulares da relação jurídica deduzida, pelo demandante, no processo.¹⁰⁸

¹⁰⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Pág. 243

¹⁰⁶ Este trabalho não tem pretensões de discutir a pertinência dessas nomenclaturas ante o novo paradigma processual civil brasileiro trazido pelo Código de 2015.

¹⁰⁷ Art. 18. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade. BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 17 mar 2015.

¹⁰⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 149

A falta de direito subjetivo é, em teoria, um entrave à tutela do interesse. O que se observa na prática é a crescente autorização de tutela de situações não abarcadas pelo direito subjetivo, superando o requisito da legitimidade para postular em juízo.

É possível citar o *leading case* tributário em que foi autorizado ao contribuinte de fato (não se trata efetivamente de contribuinte, apenas de sujeito em determinada cadeia que acaba por suportar o ônus financeiro do pagamento do tributo devido pelo real contribuinte) pleitear a restituição do tributo pago indevidamente.

Este *leading case* é relevante porque a restituição de tributo pago indevidamente, prevista no art. 166 do CTN¹⁰⁹, em regra, somente pode ser feita ao contribuinte de direito, que é o sujeito da relação jurídica que tem relação direta e pessoal com o fato impositivo do tributo.

Ocorre que nos chamados tributos indiretos, o encargo financeiro do tributo costuma ser repassado para o próximo sujeito da cadeia. De maneira didática, imagine que determinada distribuidora pretende vender um engradado de cerveja por R\$30,00 e que o ICMS incidente na operação é de 30%. Supondo que apenas o ICMS seja incidente na operação, para que a distribuidora receba R\$30,00 pela venda ela precisará vender o engradado por R\$39,00. Esses R\$9,00 são devidos pela distribuidora, que é a contribuinte de direito do tributo; contudo, ela repassa o valor para o próximo da cadeia. Assim, ela não arcou com o ônus financeiro do tributo, mas o transferiu ao próximo sujeito, a quem se denomina contribuinte de fato (justamente por ser quem efetivamente suporta o ônus tributário).

Pois bem, como se percebe, o CTN autoriza ao contribuinte de direito (titular do direito subjetivo) a pedir a restituição de tributo pago indevidamente. Nesse sentido, caso haja alguma ilegalidade ou descuido envolvendo a cobrança de determinado tributo que acabe por tornar o valor devido maior, a regra é que apenas o contribuinte de direito poderia pedir a restituição. Ocorre que a efetividade da restituição de indébito em tributos indiretos – que são aqueles em que é possível o repasse do ônus financeiro

¹⁰⁹ Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la. BRASIL. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 31 out 1966

do tributo ao próximo da cadeia – é muito baixa, uma vez que costumeiramente o contribuinte de direito não teve prejuízo financeiro e apenas ele pode pleitear a restituição.

Contudo, o STJ reconheceu a possibilidade de o contribuinte de fato ter legitimidade para buscar a restituição de indébito tributário relacionado à hipótese de incidência de ICMS sobre demanda contratada e não utilizada. O acórdão do *leading case* REsp 1.299.303/SC foi ementado da seguinte forma:

RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. - Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, **esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada** - O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica ao casos de fornecimento de energia elétrica. Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil.

(STJ - REsp: 1299303 SC 2011/0308476-3, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 08/08/2012, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 14/08/2012 RTFP vol. 107 p. 409 RTFP vol. 132 p. 299)

As razões de decidir nesse caso foram de que a concessionária de energia elétrica, em razão das normas que disciplinam as concessões de serviço público, estão em posição de quase total submissão ao Estado-concedente, de maneira que é contratualmente impensável à concessionária pleitear restituição de tributo indireto ao Estado.

Ainda, em razão das disposições da Lei nº 8.987/1995, a criação ou alteração de tributos (à exceção do imposto sobre a renda) implica em revisão do contrato de concessão, visando seu equilíbrio econômico-financeiro. Nesse sentido que o relator Ministro Cesar Asfor Rocha asseverou:

Sob esse enfoque é que o Estado-concedente e a concessionária do serviço público encontram-se lado a lado, no mesmo polo, em situação absolutamente cômoda e sem desavenças, inviabilizando qualquer litígio em casos como o presente.

De mais a mais, o Tribunal reconheceu que o consumidor teria legitimidade para pleitear em juízo a restituição de indébito do ICMS incidente na energia-elétrica na hipótese de cobrança de ICMS sobre o valor da energia contratada e não utilizada, uma vez que inexistente conflito de interesses entre a Fazenda Pública e as concessionárias, que jamais pleiteariam tal restituição.

Esse caso revela a tutela de um interesse, em que pese não haver, aprioristicamente, direito subjetivo ou legitimidade, tendo em vista que o contribuinte de fato não integra a relação jurídico-tributária de recolhimento do ICMS incidente na operação.

Por isso que Gonçalves adota o interesse como parte de sua conceituação de jurisdição, sendo o interesse a *expectativa de incidência normativa*¹¹⁰. A tutela de interesses se revela como o fim da jurisdição, devendo ela servir ao homem para dar concretude às pretensões relacionadas a determinada situação jurídica lamentada. Como assevera o autor:

É exato que, para satisfazer interesses, busca-se no ordenamento jurídico a regra que estabelece o comportamento devido no caso concreto. Mas essa busca é somente o meio para se tutelar os interesses. O escopo da jurisdição não é aplicar essa regra, conquanto indiretamente o faça para tutelar os interesses das partes.¹¹¹

Ainda, a jurisdição é a *função de tutela de interesses por um terceiro indiferente*. Gonçalves adota o termo terceiro indiferente para conceituar a jurisdição por entender que a indiferença é mais importante do que a imparcialidade.

Ao passo que a imparcialidade implica na justa consideração de interesses contrapostos, atribuindo igual posição valorativa a esses interesses, a indiferença implica na alienação do julgador com relação ao objeto do julgamento.

É dizer que se por um lado o julgador imparcial irá julgar conforme critérios pré determinados e não permitindo se influenciar por questões internas a ele, o resultado de seu julgamento pode ter algum impacto para si próprio.

Por outro lado, o julgador indiferente, em razão de sua alienação à controvérsia, não é impactado com relação ao resultado do julgamento.

¹¹⁰ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 426.

¹¹¹ *Ibidem*. Pág. 426.

Essa diferenciação é relevante na medida em que a imparcialidade se revela como subjetiva, dependendo do ânimo do julgador; enquanto a indiferença é objetiva, pois depende da conexão do julgador com os interesses contrapostos.

É por esse motivo que a imparcialidade se afere por meio de presunções, a partir de indícios; ao passo que a indiferença se percebe a partir da análise da conexão do julgador com a causa.

Por fim, o fundamento da imparcialidade reside no afastamento do julgador incapaz de solucionar os interesses contrapostos objetivamente, estando possivelmente influenciado por situações que o levem a não agir de forma racional. É o caso, por exemplo, de presumir como parcial o julgador que decide controvérsia que envolve sua mãe.

Já a indiferença não necessariamente se fundamenta em situações as quais se presume a incapacidade de julgamento de maneira racional, em que pese ser possível a hipótese de a indiferença e a imparcialidade coincidirem.

Assim, Gonçalves adota a indiferença como característica da jurisdição, sendo ela a posição de alienação com relação aos interesses contrapostos, aferível externamente ao ânimo do julgador, sendo possível a observação da indiferença no mundo concreto.¹¹²

Por fim, Gonçalves entende que não se pode falar em jurisdição fora do processo. Assim, a jurisdição é uma *função de tutela de interesses exercida por um terceiro indiferente no processo*.

Por processo se tem um procedimento em que há contraditório regular, em que se permite às partes que o integram o devido processo legal. É nesse sentido que Gonçalves assevera que o processo é o *método necessário* ao exercício da jurisdição.¹¹³

Exemplificando a situação, podemos imaginar um árbitro de uma partida de *beach tennis*. Esse árbitro aplica de maneira imparcial as normas pertinentes à partida, mas nem por isso ele exerce jurisdição, uma vez que os envolvidos não estão num procedimento estruturado ao debate acerca do que ocorre no jogo, sendo submetidos

¹¹² *Ibidem*. Pág. 429.

¹¹³ *Ibidem*. Pág. 445.

quase que absolutamente ao entendimento do árbitro. Assim, por não haver contraditório regular em um devido processo legal, não há exercício da jurisdição.

Em que pese o esforço do autor em criar uma teoria da jurisdição livre de defeitos dentro de sua própria lógica, sua definição merece críticas. Em um primeiro momento é notável a aproximação da teoria funcional-antropocêntrica às teorias finalísticas-subjetivas da jurisdição.

Gonçalves se distancia das teorias finalísticas-subjetivas na medida em que rejeita a necessidade de relação jurídica e, conseqüentemente, de direito subjetivo, para que haja a tutela de direitos.

Contudo, o direito subjetivo é um reflexo, em certa medida, dos clamores de determinada sociedade acerca do interesse que deve ser tutelado. Não por outro motivo a definição clássica de direito subjetivo se traduz como *interesse juridicamente tutelado*.

A positivação de interesses, não obstante não ser realizada diretamente pelo povo, o tem como verdadeiro titular. É antiga a lição de Joseph Sieyès, em seu panfleto “Qu'est-ce que le tiers état?” (O que é o Terceiro Estado?), onde demonstra que a titularidade do poder constituinte é da nação. Em suas palavras:

A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade sempre legal, é a própria lei. antes dela e acima dela só existe o direito natural. Se quisermos ter uma idéia exata da série das leis positivas que só podem emanar de sua vontade, vemos, em primeira linha, as leis constitucionais(...) (Tradução livre)¹¹⁴

Atualmente se faz referência não à nação, mas ao povo. De toda maneira, a lição que se extrai de Sieyes é de que titularidade e exercício não se confundem. Enquanto aquele se refere à quem pertence a legitimidade da atividade legiferante, este se refere a quem de fato a realiza.

Por tal motivo, a rejeição à utilização da relação jurídica e do direito subjetivo como elementos caracterizadores da jurisdição merece críticas, tendo em vista que sem prejuízo de o direito objetivo ser insuficiente para tutelar determinadas situações jurídicas lamentadas, ele é criado a partir da vontade do povo. Nesse sentido, leciona Maria Helena Diniz:

¹¹⁴ SIEYES, Emmanuel. **Qu'est-ce que le Tiers état** (French Edition) . Edição do Kindle. Posição 683 de 1181.

essas autorizações (concedidas ao exercício do direito subjetivo) são permissões concedidas pela coletividade, por meio de normas de garantia, que são as normas jurídicas.¹¹⁵

A norma jurídica não é, senão, a expressão da coletividade acerca de que interesses devem ser tutelados. Assim, pode-se sustentar que a utilização do direito subjetivo como elemento caracterizador da jurisdição não é óbice a representar a construção da jurisdição em torno do homem, uma vez que a norma é reflexo dele.

Ainda, podemos criticar a falta de posicionamento de Gonçalves com relação ao ativismo judicial consequente da tutela de interesses que não estão juridicamente protegidos.

Ora, considerando que o autor adotou o termo interesse para caracterizar o definitivo, com o objetivo de maximizar a efetividade da tutela jurisdicional, surge a necessidade de tratar adequadamente do consequente ativismo judicial que seria necessário para tutelar interesses que são alienígenas ao ordenamento jurídico.

De mais a mais, o autor se omite a essa tarefa, o que revela defeito em sua definição de jurisdição.

Ainda, em que pese o autor ter escolhido cuidadosamente as palavras a serem utilizadas para caracterização da jurisdição, merece crítica a opção pelo termo “tutela” em detrimento do termo “prestação”.

Isso porque é firme na doutrina que a prestação jurisdicional é concedida indiscriminadamente às partes interessadas que integram determinada controvérsia, ao passo que a tutela é concedida apenas à parte que vê sua pretensão reconhecida. Nessa linha de convicção, Humberto Theodoro Júnior assevera que:

Distingue-se, portanto, a prestação jurisdicional da tutela jurisdicional, visto que esta só será prestada a quem realmente detenha o direito subjetivo invocado, e aquela independe da efetiva existência de tal direito.¹¹⁶

Assim, a opção pelo termo tutela se revela insuficiente à caracterização da jurisdição, uma vez que na hipótese de determinada pessoa levar determinada

¹¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do direito civil. 39ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Pág. 11

¹¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, volume 1**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 63ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Pág. 137.

controvérsia para o julgador resolver e ele não tutele nenhum dos interesses contrapostos, não estaríamos diante de função jurisdicional.

Naturalmente, não entender essa hipótese enquanto jurisdição não seria razoável, considerando que um terceiro indiferente no processo teria conferido resposta à determinada situação jurídica lamentada.

4 O ENTENDIMENTO DOS STJ ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

Conforme estudado, diversas são as definições da jurisdição. Ada Pellegrini, Antônio Carlos Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, definem jurisdição como “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”¹¹⁷.

Outros autores, como Fredie Didier, definem a jurisdição como “(...) *a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/ efetivando /protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g)*”¹¹⁸.

Evidente que os conceitos dos autores têm alicerce comum, mas divergem quanto às suas nuances. Isso ocorre porque autores como Fredie Didier, diferente dos primeiros citados, entendem que a jurisdição não é de exercício exclusivo do Estado, mas um instituto direcionado à heterocomposição que, em razão do desenvolvimento das nações, tende a ter concentração maior no Estado, mas não se limitando a ele e podendo abarcar, por exemplo, a arbitragem.

A visão sustentada pelo autor é recente e desafia noções consagradas na doutrina tradicional, como a de que a jurisdição, instituto multifacetado e que é base da justiça, seria uma manifestação (decorrência) do poder soberano do Estado, um dever do Estado e uma atividade exercida por ele¹¹⁹.

Os argumentos desenvolvidos tanto pelos processualistas que tendem a enxergar a jurisdição como de exercício exclusivo do Estado quanto pelos

¹¹⁷ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27ª ed. Malheiros: 2011. Pág. 149

¹¹⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Volume 1. 21ª ed. Juspodivm: 2019. Pág. 189.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Volume 1. 2ª ed. Revista Dos Tribunais: 2015. Também em ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27ª ed. Malheiros: 2011. Pág. 149; E ainda em DUARTE NETO, Bento Herculano; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; TEIXEIRA, Sergio Torres. **Teoria Geral do Processo**. 5ª ed. Curitiba: IESDE Brasil, 2012. Pág. 108.

processualistas que entendem que a jurisdição passou a ser vista mais pela ótica do Estado em razão de nuances históricas e, na realidade, não se limita apenas a ele, guardam méritos e foram destrinchados.

O que se observa é que, na realidade, todas as definições de jurisdição foram estipuladas a partir de características que podem ser atribuídas ao seu exercício mas não a definem de fato, padecendo de algum defeito dentro de sua própria lógica.

É o que ocorre com a Teoria Eficacial, por exemplo, que caracteriza a jurisdição a partir de seus efeitos, atribuindo à coisa julgada como sua definidora. Ou às Teorias Finalística-Axiológicas, que entendem por jurisdição a atividade de pacificar conflitos com critérios de justiça.

A primeira, conforme trabalhado, padece de defeito porque é possível haver exercício de atividade jurisdicional sem que a coisa julgada esteja presente; quanto à segunda, seu defeito reside no fato de que o que é justo ser um conceito móvel, dependendo mais do intérprete do que da situação concreta.

Apesar desse cenário, a doutrina tem enquadrado ou não a arbitragem enquanto jurisdição a partir de alguma das delimitações possíveis ao conceito, sem se atentar aos defeitos que elas padecem.

Especialmente após a promulgação da LArb, a Teoria Jurisdicional da arbitragem ganhou adeptos. Isso ocorreu porque as alterações legislativas visaram aproximar os efeitos jurídicos das decisões proferidas em arbitragem aos efeitos jurídicos das decisões judiciais propriamente ditas.

Notadamente, a textualidade da LArb ao dispor que o árbitro é juiz de fato e de direito, bem como a equiparação da sentença arbitral à sentença judicial, foram grandes impulsionadores aos adeptos à jurisdicionalidade da arbitragem.

Nesse contexto, os debates acerca da natureza jurídica da arbitragem chegaram ao STJ. O primeiro precedente do Tribunal que enfrenta o debate acerca da jurisdicionalidade da arbitragem é o CC nº 113.260/SP. Trata-se de conflito positivo de competência instaurado por uma empresa. O acórdão de julgamento da Segunda Seção do STJ – que se dedica ao direito privado – foi ementado como se segue:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. CÂMARAS DE ARBITRAGEM. COMPROMISSO ARBITRAL. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. INCIDENTE A SER DIRIMIDO NO JUÍZO DE PRIMEIRO

GRAU. INCOMPETÊNCIA DO STJ. ART. 105, III, ALÍNEA D, DA CF. CONFLITO NÃO CONHECIDO. 1. Em se tratando da interpretação de cláusula de compromisso arbitral constante de contrato de compra e venda, o conflito de competência supostamente ocorrido entre câmaras de arbitragem deve ser dirimido no Juízo de primeiro grau, por envolver incidente que não se insere na competência do Superior Tribunal de Justiça, conforme os pressupostos e alcance do art. 105, I, alínea d, da Constituição Federal. 2. Conflito de competência não conhecido.

(STJ - CC: 113260 SP 2010/0139887-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08/09/2010, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 07/04/2011)

A empresa havia requerido procedimento arbitral decorrente de cláusula compromissória na Câmara de Mediação e Arbitragem indicada no contrato. Contudo, por não ter efetuado depósito das custas e honorários dos árbitros, o procedimento foi arquivado.

Após esse arquivamento, a parte que havia sido requerida naquele procedimento instaurou um novo procedimento arbitral, só que em outra Câmara Arbitral.

A controvérsia se deu porque ambas as Câmaras se consideraram competentes para dirimir a controvérsia, tendo dado prosseguimento regular a ambas as arbitragens. Nesse contexto, uma das partes suscitou conflito de competência perante o STJ, alegando que como as Câmaras exercem atividade jurisdicional, o conflito poderia ser conhecido.

Ao apreciar a controvérsia, a relatora Ministra Nancy Andrigli reconheceu o extenso debate acerca da natureza jurídica da arbitragem e reconheceu sua jurisdicionalidade. A Ministra analisa brevemente as correntes doutrinárias e explicita o porquê algumas correntes afirmam a jurisdicionalidade da arbitragem. Veja-se trechos de seu voto:

De todo modo, os defensores da ideia de que é jurisdicional a atividade desenvolvida na arbitragem procuram compatibilizá-la com os elementos de cada uma das três teorias principais sobre o assunto. O art. 31 da LArb, que equipara a sentença arbitral à sentença judicial, e o art. 23, I, que fixa o prazo decadencial de 90 dias para que se formule pedido de declaração de nulidade dessa sentença em juízo, estariam a demonstrar que a decisão proferida em arbitragem tem, potencialmente, aptidão para produzir efeitos análogos aos da coisa julgada. Por outro lado, a sentença arbitral tenderia à justa composição de uma lide, à medida que o procedimento se desenvolve com base numa pretensão resistida, a ser decidida por terceiro imparcial. E, por fim, na arbitragem também haveria a atuação da vontade concreta da lei, em substituição à vontade das partes (a vontade só atua na fixação da convenção de arbitragem).

Cotejando as correntes que sustentam a não jurisdicionalidade da arbitragem com as que a defendem, a Ministra utiliza a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e de Fredie Didier.

A crítica mais pungente, no entanto, é a de Luiz Guilherme Marinoni (Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2006, p. 147 e seguintes), para quem arbitragem e jurisdição não se confundem pelos seguintes motivos, em linhas gerais: (i) a escolha, pelas partes, da solução do conflito por arbitragem implica renúncia à jurisdição; (ii) o exercício da jurisdição pressupõe investidura por concurso público; (iii) a arbitragem não observa o princípio do juiz natural; (iv) o árbitro não tem aptidão para executar suas decisões.

Todas essas críticas, contudo, foram adequadamente respondidas por Fredie Didier (Curso de Direito Processual Civil, Salvador: Ed. Jus Podivm, 11ª edição, 2009, p. 82 a 85). Em resumo, argumenta o professor baiano: (i) ao escolher a arbitragem o jurisdicionado não renuncia à jurisdição, mas à jurisdição prestada pelo Estado; (ii) a jurisdição, mesmo Estatal, não é exercida apenas por pessoas aprovadas em concurso público, do que seriam exemplos as vagas destinadas aos advogados pelos arts. 94, 104, 107, I, 111-A, I, 115, 118, II, 119, II, 120, §1º, III, e 123, parágrafo único, I, da CF; (iii) o princípio do juiz natural tem como principal elemento a garantia de julgamento por um órgão cuja competência tenha sido pré-estabelecida, de modo a assegurar a imparcialidade do julgador. Os dois aspectos estão contemplados na arbitragem. A imparcialidade é prevista de maneira expressa pelo art. 21, § 2º da LArb. A prévia competência é fixada no momento em que firmada a convenção de arbitragem.

Após dialeticamente analisar as correntes, ela entende pela jurisdicionalidade da arbitragem, nos seguintes termos:

Assim, os argumentos da doutrina favoráveis à jurisdicionalidade do procedimento arbitral revestem-se de coerência e racionalidade. Não há motivos para que se afaste o caráter jurisdicional dessa atividade.

Ancorada nesse entendimento, a Ministra vota por processar o conflito de competência no Tribunal. Apesar de ter sido acompanhada por apenas um Ministro, tendo os demais aderido à divergência – que entendeu pelo não conhecimento por não se tratar de conflito de competência, mas de interpretação de cláusula de compromisso arbitral – para não processar o conflito, os integrantes da Corte quase que unanimemente entenderam pela jurisdicionalidade da arbitragem em seus votos. Os que assim não o fizeram apenas se omitiram com relação ao argumento.

À luz do estudo desenvolvido até então neste trabalho, é evidente que o STJ não se atentou a uma etapa necessária à análise da jurisdicionalidade da arbitragem: a adequada delimitação do conceito de jurisdição.

Em que pese o não aprofundamento no tema, o Tribunal continuou a afirmar a jurisdicionalidade da arbitragem em outras oportunidades.

Nesse sentido, podemos citar o CC nº 111.230/DF. No referido processo uma empresa suscitou conflito de competência ao STJ entre um Tribunal Arbitral e um juízo de primeiro grau pertencente ao Poder Judiciário. O processo foi ementado como se segue:

PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA FRENTE A JUÍZO ESTATAL. POSSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR DE ARROLAMENTO. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL. **1. A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral.** 2. O direito processual deve, na máxima medida possível, estar a serviço do direito material, como um instrumento para a realização daquele. Não se pode, assim, interpretar uma regra processual de modo a gerar uma situação de impasse, subtraindo da parte meios de se insurgir contra uma situação que repute injusta. 3. A medida cautelar de arrolamento possui, entre os seus requisitos, a demonstração do direito aos bens e dos fatos em que se funda o receio de extravio ou de dissipação destes, os quais não demandam cognição apenas sobre o risco de redução patrimonial do devedor, mas também um juízo de valor ligado ao mérito da controvérsia principal, circunstância que, aliada ao fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei nº 9.307/96, exige que se preserve a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito, evitando-se, ainda, a prolação de decisões conflitantes. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal Arbitral.

(STJ - CC: 111230 DF 2010/0058736-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08/05/2013, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 03/04/2014)

Na oportunidade, a relatora Ministra Nancy Andrichi relembrou os motivos invocados no CC nº 113.260/SP e ratificou a natureza jurisdicional da arbitragem. No mérito, ressaltou a diferença da hipótese daquele conflito de competência com relação ao que estava a julgar, o que levaria ao processamento do conflito. Confirma trecho do voto:

Vê-se, portanto, que o referido julgamento não impede que, na hipótese presente, seja adotada uma solução diversa, ou seja, que se reconheça, aqui, numa situação de conflito, notadamente porque não se trata de confrontar duas câmaras arbitrais, mas um Tribunal, por um lado, e uma Câmara arbitral, por outro, ambos afirmando-se competentes para decretar a mesma medida. E se ambos, afirmando-se competentes, avocam a mesma causa exercendo atividade jurisdicional, é possível, sob esta ótica ao menos, conhecer do conflito.

Uma das razões de decidir no caso, ressaltadas no voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão, foram os mesmos utilizados pelo Ministro Aldir Passarinho, em decisão monocrática no CC 106.121/AL. O entendimento dos ministros é de que a competência do STJ em conflito de competência contempla o julgamento de conflitos “entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, 'o', bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos”. É o que dispõe o art. 105 da CF:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

Assim, não seria necessário que a jurisdição seja exercida pelo Poder Judiciário para que se analise o conflito de competência, bastando que haja o exercício da jurisdição e que ele esteja contemplado na norma constitucional. As razões do ministro foram as seguintes:

De acordo com o art. 105, I, "d" da Constituição Federal, cabe ao STJ processar e julgar originariamente: "os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, 'o', bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos."

Não se pode pretender que tal redação pressuponha que os órgãos judicantes referidos no Texto Magno pertençam necessariamente ao Poder Judiciário, seja porque lides como a exposta permaneceriam no vácuo ou sujeitas a jurisdição dupla e eventualmente conflitante, como supostamente aqui ocorre, seja porque o escopo da Lei de Arbitragem restaria esvaziado se os contratantes que aderissem a tal modalidade na solução das controvérsias resolvessem se utilizar do processo judicial.

Também não pode estender o conceito de conflito de atribuições inserido na letra "g" do mencionado dispositivo constitucional para considerar que a expressão "autoridades administrativas" compreenda entes não judiciários. Acresça-se que eventual declaração de incompetência por este Tribunal negaria às partes a definição do órgão responsável pelo julgamento, sem oferecer o instrumento para a pacificação do embate de interesses.

Podemos citar, ainda, o CC nº 185.702/DF, em que foi suscitado conflito de competência no STJ entre dois tribunais arbitrais. O acórdão foi ementado de maneira extensa, mas podemos observar seus trechos iniciais, relevantes ao presente estudo:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. TRIBUNAIS ARBITRAIS QUE PROFEREM DECISÕES EXCLUDENTES ENTRE SI. 1. **COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA CONHECER DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE TRIBUNAIS ARBITRAIS. QUESTÃO INÉDITA, SOBRETUDO APÓS LEADING CASE CC 111.230/DF.** 2. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. 3. PROCEDIMENTOS ARBITRAIS PROMOVIDOS POR ACIONISTAS MINORITÁRIOS, DESTINADO A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS CONTROLADORES, COM BASE NO ART. 246 DA LEI N. 6.404/1976, EM LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA (AÇÃO SOCIAL DE RESPONSABILIDADE DOS CONTROLADORES UT SINGILI), A DESPEITO DE A COMPANHIA TER, ANTERIORMENTE, CONVOCADO ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA PARA DELIBERAR SOBRE AS AÇÕES DE RESPONSABILIZAÇÃO (...) 4. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O TRIBUNAL ARBITRAL DO PROCEDIMENTO ARBITRAL INSTAURADO PELA COMPANHIA LESADA. 1. **Competência do STJ para dirimir conflito de competência entre Tribunais arbitrais. Compete ao Superior Tribunal de Justiça, em atenção à função constitucional que lhe é atribuída no art. 105, I, d, da Carta Magna, conhecer e julgar o conflito de competência estabelecido entre Tribunais Arbitrais, que ostentam natureza jurisdicional, ainda que vinculados à mesma Câmara de Arbitragem, sobretudo se a solução interna para o impasse criado não é objeto de disciplina regulamentar. 1.1 Estabelecida a natureza jurisdicional da arbitragem, tem-se que a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, a partir do leading case - CC 111.230/DF - passou a reconhecer que o Tribunal arbitral se insere, indiscutivelmente, na expressão "quaisquer tribunais", constante no art. 105, I, d, da Constituição Federal. Segundo a compreensão adotada pela Segunda Seção, a redação constitucional não pressupõe que o conflito de competência perante o STJ dê-se apenas entre órgãos judicantes pertencentes necessariamente ao Poder Judiciário, podendo ser integrado também por Tribunal arbitral. (...)**

(STJ - CC: 185705 DF 2022/0023423-0, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 22/06/2022, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 30/06/2022)

No caso, foram instaurados diferentes tribunais arbitrais e ambos entenderam ser competentes para dirimir os conflitos a eles submetidos.

No julgamento deste conflito de competência, o relator Ministro Marco Aurélio Bellizze rememora os precedentes CC nº 111.230/DF e CC nº 113.260/SP, trabalhando as razões de decidir dos precedentes. A partir disso, ele entendeu que é cabível submeter o conflito de competência entre dois tribunais arbitrais ao STJ.

Isso porque já que o STJ entende que arbitragem é jurisdição, os Tribunais Arbitrais estão inclusos na expressão "quaisquer tribunais", previstas no art. 105, I, d,

da CF, o que viabiliza a apreciação desses conflitos de competência por parte do STJ.

Nos termos do voto do relator:

Esta conclusão decorre do reconhecimento de que o Tribunal arbitral, a despeito de não compor organicamente o Poder Judiciário, deve ser compreendido na expressão "quaisquer tribunais" a que a norma constitucional em questão (art. 105, I, d, CF) se refere, sobretudo, porque, tal como o Judiciário, resolve o conflito de interesses em definitivo, com aplicação da ordem jurídica.

Como se percebe, o STJ tem reafirmado a natureza jurisdicional da arbitragem em diversas oportunidades. O entendimento do Tribunal decorre das alterações legislativas que a LArb implementou, aproximando a figura do juiz e do árbitro e prestigiando os efeitos jurídicos da decisão arbitral.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão acerca do enquadramento ou não da arbitragem enquanto jurisdição é bastante antiga e não alcançou consenso. Nos mais variados debates acadêmicos que pretenderam investigar a natureza jurídica da arbitragem, o que se percebe é que as premissas dos autores, ainda que levem à mesma conclusão, são diversas.

A principal premissa, que é etapa essencial ao enquadramento da arbitragem enquanto jurisdição ou não, é a adequada delimitação do que seria, na verdade, a própria jurisdição.

As teorias sobre o conceito de jurisdição utilizam diferentes perspectivas ao buscar defini-la. Isso porque o significado de jurisdição depende da estipulação que se adota ao delimitá-lo.

A delimitação de um conceito estipulativo é uma tarefa complexa e necessita cautela para que as características essenciais de um instituto estejam adequadamente contempladas. Naturalmente, o conceito de jurisdição não foge a essa regra.

Foi demonstrado que, sem prejuízo dos méritos que as sofisticadas construções acerca do conceito de jurisdição alcançaram, as delimitações propostas por diferentes autores podem ser designadas a alguns dos blocos de teorias possíveis, tendo em vista que os alicerces teóricos se utilizam de fundamentos em comum.

Contudo, todas as teorias padecem de algum defeito dentro de sua própria lógica. Isso ocorre porque é possível que determinada situação em que seja razoável afirmar que a solução de uma controvérsia teria natureza jurisdicional, se utilizados parâmetros propostos pelos mesmos autores que desenvolveram a delimitação do conceito, seria possível descaracterizar a atividade jurisdicional em algumas hipóteses.

É dizer que as teorias sobre o conceito de jurisdição foram construídas de tal forma que, apesar de em diversas situações apontarem adequadamente determinada situação como exercício de jurisdição, ao utilizar as mesmas teorias seria possível desenquadrar um exercício evidentemente jurisdicional, apenas em razão do não cumprimento de determinado requisito.

Isso evidencia que o que a doutrina tem alcançado até então é o entendimento de algumas características da jurisdição, mas não plenamente a sua completa delimitação.

Apesar da não superação do imprescindível debate sobre o conceito de jurisdição, a doutrina e os Tribunais passaram a dialogar a possibilidade de enquadramento da arbitragem enquanto instituto de natureza jurídica jurisdicional.

Não comprometidos epistemologicamente com o estudo do instituto, se apoiaram em estipulações demonstradamente defeituosas para, de maneira precoce, debaterem a jurisdicionalidade da arbitragem.

Boa parte dos juristas parecem tratar o debate como superado. Essa perspectiva é característica de um pensamento progressista neo-iluminista. Como se o direito caminhasse com um destino certo e que todos debates que ficaram para trás estão superados e revisitá-los seria atrasar a “evolução” do direito.

Ora, tal situação é epistemologicamente escatológica.

A academia falhou de tal maneira nesse tema que com dificuldade se encontra trabalhos aptos a constranger epistemologicamente os Tribunais acerca das decisões proferidas. O que se percebe, na realidade, é que a doutrina tem corroborado para as decisões que muito pouco têm contribuído ao fomento do debate.

Nesse sentido, por não enxergarmos uma delimitação adequada ao conceito de jurisdição, se mostra temerário, apressado e inviável qualquer posicionamento com relação à jurisdicionalidade da arbitragem.

O atual estado da arte não parece permitir, sem incorrer em algum erro, a resposta ao questionamento.

REFERÊNCIAS

- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e Arbitragem no novo Código de Processo Civil. In _____: **A Reforma da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros: 2005.
- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. **Arbitragem e poder judiciário**: a definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988
- BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil, 22 abr 1824.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 13 out 1941.
- BRASIL. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 31 out 1966
- BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 24 set 1996.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 11 jan 2002.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 17 mar 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 113260 SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 08/09/2010, Segunda Seção, Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 07/04/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 111230 DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 08/05/2013, Segunda Seção, Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 03/04/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 185705 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de Julgamento: 22/06/2022, Segunda Seção, Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 30/06/2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**: Volume único. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Da Jurisdição**. Bahia: Universidade da Bahia, 1957.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Jurisdição**. Revista de Processo, São Paulo, Volume 58. Página 33 a 40. Abril a junho de 1990.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **A arbitragem no novo Código de processo civil**: (versão da Câmara dos Deputados: Dep. Paulo Teixeira). Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 4, p. 73-81, out./dez. 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Volume 1. 21ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do direito civil. 39ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

DUARTE NETO, Bento Herculano; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; TEIXEIRA, Sergio Torres. **Teoria Geral do Processo**. 5ª ed. Curitiba: IESDE Brasil, 2012.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GIOVANNI, Ana Elisa Preto Pereira; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nassar. **Jurisdição Arbitral e Execução**: é possível a execução judicial de título executivo em contrato que contenha cláusula arbitral?. Revista de Cidadania e Acesso à Justiça. Volume 1. Página 789 a 809. Julho a Dezembro de 2016.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020.

GOUVEIA, Mariana França; PINTO-FERREIRA, João. **Análise da jurisprudência sobre arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2011

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Pedro Parini Marques de. **A metáfora do direito e a retórica da ironia no pensamento jurídico**. 2013. 385 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

MAIA, Alberto Jonathas. **Fazenda Pública e arbitragem**: do contrato ao processo. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Rápidas Observações Sobre Arbitragem e Jurisdição**. Revista jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência, Porto Alegre, Volume 56. página 19 a 26. Novembro de 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Volume 1. 2ª ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária**. Campinas: Millenium, 2000.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldea Barcellos; revisão da tradução Marylene Pinto Michael. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 21 ed. São Paulo, Saraiva, 2017

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, n. 229, mar. 2014. 529 p. 71-91.

MUNHOZ, José Lúcio; Uma reflexão sobre o princípio "competência-competência" na arbitragem. Conjur. [S.L.]. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-24/jose-munhoz-principio-competencia-competencia-arbitragem>. Acesso em: 08/12/2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 12^a ed. Salvador: Juspodivm: 2019

Ordenações Filipinas, Livro III. **Biblioteca do Senado Federal**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 05/12/2021

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 34^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002

SIEYES, Emmanuel. **Qu'est-ce que le Tiers état** (French Edition) . Edição do Kindle.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 510.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, volume 1**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 63^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

VALENÇA FILHO, C. M. **A arbitragem em juízo**. 2015. 288 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

VINYAMATA, Eduard; et. al. **Aprender a partir do conflito**: conflitologia e educação. Porto Alegre: Artmed, 2005.