

A primazia da jurisdição em face do formalismo obstrutivo à arbitragem

José Celso Martins

Introdução

A jurisdição é a manifestação máxima do Estado no seu constitucional compromisso de promover a pacificação de conflitos sociais através do Poder Judiciário. A arbitragem, dentro dos limites previstos na Lei 9307/96, é procedimento que promove a pacificação de conflitos, porém o faz como jurisdição privada.

Dizer o direito diante do caso concreto é tarefa que exige um procedimento previamente conhecido pela lei ou pelo contrato e que vai determinar a forma como as partes envolvidas no litígio deverão participar, sempre com respeito aos constitucionais princípios do contraditório e da ampla defesa.

O Código de Processo Civil prescreve, a depender da natureza do caso concreto, os procedimentos adequados à obtenção da prestação jurisdicional. A legislação coloca à disposição da sociedade diversos ritos processuais que visam promover a pacificação definitiva dos conflitos

Para se obter jurisdição é mister que algumas exigências sejam observadas, sob pena de se negar a jurisdição pela ausência do cumprimento de formalidades necessárias, conforme previsões que visam permitir democraticamente o acesso à justiça.

Não se trata de negar a jurisdição, mas de se impor formalidades que façam do procedimento um instrumento democrático e isonômico. No mais das vezes, estas questões impõem tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais.

Da jurisdição

Jurisdição, do latim *juris dicere*, é o poder de dizer o direito e de fazer justiça assumido pelo Estado, em substituição aos particulares^[1]. Assim, é atribuição do Estado promover a solução definitiva de conflitos. Esta função tem a finalidade de fazer valer a ordem jurídica colocada em dúvida diante de uma lide.

A jurisdição é atividade do Estado, visto que seu resultado decorre de uma série de atos e manifestações externas e ordenadas realizadas dentro de um procedimento, que culminam com a declaração do direito e concretização de obrigações consagradas numa decisão que, se for necessário, será título executivo^[2].

Historicamente, o grande marco da assunção do Estado como senhor da jurisdição acontece no direito romano. O direito brasileiro seguiu a orientação da *civil law* na condução do que hoje é a nossa organização legislativa e judiciária.

Houve uma evolução no entendimento e prática da jurisdição no Estado Romano, que culminou com a chamada *Cognitio Extraordinaria* (Cognição Extraordinária) por volta do século III d.C., quando o Estado romano assumiu totalmente a função jurisdicional, quando o magistrado já como funcionário do Estado passou a conduzir o processo do início ao fim e a impor a sentença final.

No direito brasileiro, a jurisdição pode ser exercida pelos três poderes – legislativo, executivo e judiciário – sendo o Poder Judiciário o responsável pela jurisdição definitiva para a pacificação dos conflitos.

O monopólio da jurisdição pelo Estado brasileiro se revela no constitucional princípio da inafastabilidade da jurisdição prevista no Art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que se revela como "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

Referido princípio garante que todo cidadão tem o direito de levar qualquer conflito ao Estado e que o Estado tem o dever de dar uma resposta, uma decisão (sentença) que coloque definitivamente fim ao conflito.

A Jurisdição brasileira, em seu regular exercício, segue algumas regras fundamentais como a substitutividade, visto que, ao dizer o direito diante do caso concreto, o juiz substitui a vontade das partes ficando legitimado na sua decisão que deverá ser cumprida com absoluto vínculo para as partes envolvidas.

Outra característica da jurisdição brasileira é a inércia, o que vale dizer que o Estado - o Poder Judiciário - precisa ser provocado por uma petição inicial para começar a agir e oferecer uma resposta jurisdicional, que ocorrerá sempre dentro de um procedimento pré-determinado.

Por fim, haverá definitividade na decisão (sentença) que após ter esgotado todos os recursos previstos naquele procedimento transita em julgado e não pode mais ser alterada, promovendo para aquela relação jurídica posta para jurisdição os efeitos da coisa julgada.

Portanto, a função jurisdicional, ao culminar em uma decisão acobertada pelo trânsito em julgado, busca conferir definitividade à solução do litígio. Por meio da eficácia da coisa julgada, impõe-se às partes o dever jurídico de adimplir a prestação determinada ou de submeter-se aos efeitos da declaração judicial, consolidando, assim, a certeza e a estabilidade nas relações jurídicas.

Do procedimento

Procedimento é uma forma pré-determinada para o cumprimento de uma finalidade por meio de uma sucessão de atos encadeados e organizados. O procedimento determina como o processo vai acontecer, por exemplo, com início em uma petição inicial, chamamento do réu, citação para apresentação de defesa, contestação, direito ao contraditório para o autor, réplica, determinação para a produção de provas orais, audiência, perícias e outras provas, alegações finais e decisão final, sentença.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma inovação para buscar uma unificação de procedimentos, diferente do código anterior (de 1973), que trazia ritos diferentes (procedimentos diferentes) na busca da organização dos processos judiciais.

Hoje o CPC dividiu os procedimentos em duas categorias: o Procedimento Comum, como regra e Procedimentos Especiais como exceções.

O Procedimento Comum está estruturado em **Fase Postulatória** - Petição inicial e contestação; **Fase de Saneamento** - O juiz organiza o processo e resolve pendências formais; **Fase Instrutória** - Produção de provas (orais, perícias etc.); **Fase Decisória**, sentença. Este é o procedimento mais comum e aquele que é referência para a maioria dos processos desenvolvidos dentro do Poder judiciário.

O CPC prevê, principalmente entre os Artigos 539 ao 770, ritos específicos, chamados Procedimentos Especiais para situações que, pela sua natureza, não se encaixam bem no rito comum.

Podemos dentro do CPC dividi-los em grupos:

Procedimentos **Especiais** de Jurisdição Contenciosa. Nesta categoria podemos destacar cerca de 12 tipos principais, dentre estes, p.e. a Ação de Consignação em Pagamento e as Ações Possessórias (Manutenção, Reintegração de Posse), Ações de Família (Divórcio, União Estável, Guarda).

Há, ainda, os procedimentos de Jurisdição **Voluntária**, no qual o Estado apenas reconhece a existência de um estado jurídico, sem proferir decisão que necessariamente implica no cumprimento de obrigações pelas partes, dentre estes, podemos destacar a alienação judicial de bens, o divórcio e separação consensuais, testamentos e codicilos, além da organização e fiscalização de fundações.

Por fim, existem, ainda, procedimentos fora do CPC, previstos em legislações extravagantes com ritos próprios, mas que surtem efeitos na esfera judicial, tais como:

Lei de Alimentos (Rito especial para pensão alimentícia); Lei de Locações (Rito de Despejo); Mandado de Segurança (Rito constitucional específico); além do rito sumaríssimo previsto nos Juizados Especiais (Lei 9.099/95).

Em suma, se considerarmos estritamente o CPC/15, dentro dos ritos judiciais temos o Procedimento Comum e temos aproximadamente 20 variações de Procedimentos Especiais, sendo 12 de jurisdição contenciosa, inúmeros procedimentos de jurisdição voluntária, além de outros previstos em legislações extravagantes, sendo certo haver a possibilidade do desenvolvimento de outros procedimentos especiais, de acordo com o caso concreto.

A possibilidade de conversibilidade ou flexibilização procedimental está prevista no Artigo 327, §2º do CPC, que permite que, em alguns casos, o juiz adapte o procedimento especial ao comum para garantir a eficiência e segurança jurídica para as partes.

Assim, quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum[\[3\]](#).

Esta é uma previsão extremamente salutar, mas exige absoluta ética e competência técnica do Juízo encarregado da condução do procedimento e de sua jurisdição.

Por fim, nosso direito prevê outro procedimento que demanda jurisdição com Lei própria que é a **Arbitragem**. A arbitragem, diferente dos procedimentos anteriores, tem um Procedimento Extrajudicial para se obter jurisdição.

A arbitragem tem todas as características de um procedimento comum, considerando as fases de alegações, produção de provas e sentença. É regida por lei própria, que é a Lei nº 9.307/96.

No CPC, a arbitragem aparece como um pressuposto processual que afasta o Estado da jurisdição, visto que, se as partes assinam a convenção arbitral, o juiz estatal é obrigado a extinguir o processo sem julgar o mérito, porque aquele conflito deve seguir o procedimento arbitral, e não o judicial, como prevê o Artigo 485, VII do CPC.

O procedimento arbitral produz os mesmos efeitos jurisdicionais que o Estado produziria em um procedimento judicial, visto que o árbitro é juiz de fato e de direito para conduzir os atos do processo[4] e sua decisão e a jurisdição proferida produz os mesmos efeitos das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, como prevê o Artigo 31 da Lei 9.307/96[5]. A Sentença Arbitral está equiparada a uma sentença judicial e é Título Executivo judicial nos termos do Artigo 515, VII do CPC[6].

Outra condição que favorece o procedimento arbitral é a possibilidade de auxílio e cooperação do Poder Judiciário quando for necessário poderes para *atos de império*[7] do qual o árbitro não está investido.

O auxílio e cooperação se refere a Carta Arbitral, que pode ser utilizada quando o árbitro necessita de medida coercitiva. A carta arbitral, como instrumento formal de cooperação, pode ser utilizada pelo árbitro para solicitar ao Poder Judiciário a prática de atos coercitivos ou instrutórios que dependem de força de império, como em casos de busca e apreensão, intimação de testemunhas, dentre outras, garantindo eficácia às decisões arbitrais. Tal medida está respaldada nos Arts. 237, IV e 260, § 3º do CPC[8] e Art. 22-C da Lei 9.307/1996.

Assim, devemos entender o procedimento como um conjunto de atos pré-ordenados e determinados para se atingir um fim, sendo certo que se tratando de **procedimentos que visem a jurisdição** temos um leque de possibilidades judiciais e extrajudiciais.

A jurisdição como prática ética

O Estado, ao assumir o poder da jurisdição, afasta o cidadão da figura da “vingança privada”, no entanto, se obriga a oferecer uma resposta jurídica, justa e ética.

O Brasil, como Estado democrático de direito, deve, de acordo com o caso concreto posto para jurisdição, se valer de um procedimento para conhecer os fatos, identificar a relação jurídica material e o direito aplicável à matéria do objeto contencioso e ao final proferir jurisdição.

O Direito Processual moderno admite a fungibilidade e a concorrência de vias procedimentais, tais prerrogativas estão à disposição da sociedade e permitem a adoção de procedimentos diferentes de acordo com o interesse, as provas e a estratégia a ser utilizada na busca da jurisdição.

Deve-se manter sob constante perspectiva o Princípio da Primazia do Julgamento de Mérito como viga mestra da ética processual. Insculpido nos Artigos 4º, 5º e 6º do CPC, tal princípio constitui a “alma” do procedimento na busca pela pacificação de conflitos. Essas normas transcendem a técnica jurídica: elas consagram a relevância ética necessária para validar o processo, devendo ser observada por todos os envolvidos. Nesse sentido, como assevera a doutrina de Fredie Didier Jr., o processo deixa de ser um fim em si mesmo para se tornar um instrumento de cooperação. Tal sistema é operacionalizado por dispositivos como os Artigos 139, IX e 317 do CPC, que obrigam o magistrado a privilegiar o saneamento de vícios em detrimento da extinção prematura do feito, garantindo, assim, a entrega da prestação jurisdicional efetiva.

Assim, as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa, que equivale ao cumprimento do que foi decidido dentro do processo, sendo certo que todo aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé, e dessa forma todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

A análise de mérito tem primazia, ainda que reste algum equívoco das partes na condução do procedimento. O Art. 317 reforça a ideia de que o mérito deve sempre ser buscado, sendo certo que antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir eventual vício dentro do procedimento.

A forma não pode devorar o direito. Os procedimentos à disposição da sociedade para pacificar conflitos não podem ser mais importantes que o direito perseguido dentro de cada processo. O procedimento deve ser tratado como um meio necessário, mas não como um fim em si mesmo.

O que se **deve** privilegiar é a resolução do mérito. O Art. 488 do CPC é direto ao determinar que desde que possível o exame do mérito, o juiz deve decidi-lo

a favor da parte a quem aproveitaria a pronúncia da nulidade, privilegiando sempre a decisão de mérito em detrimento às questões formais de um procedimento.

A arguição de preliminar que se limita a discutir o rito procedimental com o único escopo de obstar a entrega da jurisdição, configura conduta abusiva, especialmente quando o rito não prejudica o resultado jurisdicional pretendido, tampouco o exercício do contraditório e da ampla defesa.

O pedido de extinção do processo por erro de procedimento também pode ser superado, visto que quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade^[9].

Portanto, a primazia do julgamento de mérito e a validação dos atos processuais — desde que garantido o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa — constituem um **imperativo ético e jurídico**. Tal diretriz deve prevalecer em favor do cidadão, assegurando que a jurisdição seja a resposta efetiva do Estado ao conflito social.

Do uso do formalismo processual como prática de má-fé

O formalismo processual, quando despido de finalidade garantista e travestido de estratégia para o aniquilamento da jurisdição, deixa de ser instrumento de direito para tornar-se ferramenta de má-fé, devendo ser repelido pelo magistrado em nome do melhor direito, da ética, da primazia da decisão de mérito e da necessária resposta jurisdicional própria do Poder Judiciário.

Quando o procedimento judicial ou arbitral não impede nem dificulta o exercício do contraditório e da ampla defesa, argumentar em favor do formalismo excessivo deve ser considerado abuso do direito de defesa e prática de má-fé, visto que se considera litigante de má-fé aquele que opuser resistência injustificada ao andamento do processo e provocar incidente manifestamente infundado^[10].

Assim, quando o Réu percebe um erro de procedimento sanável e silencia ou foca sua defesa apenas na extinção do feito em questões formais, mesmo ciente que o erro não gera prejuízo real à sua defesa, está incidindo em má-fé, pois está "opondo resistência injustificada ao andamento do processo" e "provocando incidente manifestamente infundado". A finalidade do processo é a decisão de mérito e usar o formalismo como forma para impedir a resolução definitiva é um desvio de finalidade de qualquer procedimento.

Mas não é só. A infundada discussão formal gera a Violação do Dever de Cooperação previsto no citado Art. 6º do CPC, visto que na ordem processual a cooperação não é uma "etiqueta", é um dever. Se uma parte aponta o erro de procedimento apenas para eliminar o processo, e não para corrigi-lo e seguir ao mérito, ela viola o dever de cooperação, demonstrando mais uma vez sua prática de má-fé.

A má-fé, como demonstrado, deve ser reconhecida e punida nos termos do Artigo 77 do CPC para se buscar uma conduta ética e exemplar dos envolvidos em todos os procedimentos que visem jurisdição.

Por fim, deve prevalecer o princípio da primazia do mérito como norma de ordem pública. A jurisdição é o bem maior, e assim, qualquer conduta que vise impedi-la sem um prejuízo concreto à defesa é **comportamento contraditório** (*venire contra factum proprium*). O sistema jurídico admite o constitucional direito de defesa para que se discuta os fatos, a verdade e as provas, não para que se esconda o conflito atrás de uma questão formal com o objetivo de se impedir ou dificultar a jurisdição.

É preciso se estabelecer uma linha e considerar as condições sociais, econômicas e de formação do cidadão na busca do melhor direito, mas não podemos nos afastar das causas que motivaram o conflito.

Na busca do melhor direito, não podemos abandonar a análise do caso concreto para conhecer e valorizar, exclusivamente, as questões formais, visto que essa análise singela afronta o direito de acesso à justiça na primazia do direito à jurisdição. A jurisdição deve ser entregue como principal escopo de qualquer procedimento judicial ou arbitral.

Conclusão

A jurisdição com primazia pela decisão de mérito é o escopo dos procedimentos judiciais ou de arbitragem.

A discussão formal do procedimento deve ser recebida com cautela, visto que **não** se pode negar a jurisdição em face de um exercício de abuso de direito como prática de má-fé, pois o bem maior é a jurisdição que deve ser aplicada sobre um caso concreto.

Presentes os constitucionais direitos ao contraditório e a ampla defesa, deve-se analisar o direito perseguido e as motivações das partes dentro do litígio na análise do caso concreto. O que **não** se pode mais admitir é a flagrante litigância de má-fé, travestida na validação de formalidades processuais. A jurisdição, como manifestação decorrente de procedimentos judiciais ou arbitrais, deve prevalecer às discussões formais.

O direito à jurisdição deve ser entendido como expressão de direito, de justiça e de ética dentro do Estado democrático de direito, assim, é preciso se impedir as práticas de má-fé, fruto do abuso do direito de defesa, que esquece o mérito para validar o formalismo.

Referências bibliográficas:

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano: 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 25. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2023.

CARMONA, Carlos Alberto, Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996, 4º ed, Barueri, SP, 2023.

MARTINS, José Celso, Arbitragem e Mediação- Conceitos e Práticas, 1 ed., São Paulo, 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

BRASIL. Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Brasília: Diário oficial da União, 2015.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

[1] Salvo pela arbitragem prevista no Art. 3º, § 1º. do CPC. Arbitragem é jurisdição contratada por particulares nos termos da Lei 9.307/96

[2] Títulos executivos judiciais previstos no Artigo 515 do CPC

[3] Art. 327, parágrafo 2º do CPC.

[4] Art. 18 da Lei 9.307/96

[5] Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

[6] Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: I - (...) VII - a sentença arbitral;

[7] Poder de fazer valer sua decisão com o uso da violência, se for necessário.

[8] Art. 237. Será expedida carta: I - (...); IV - **arbitral**, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por júízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória.

[9] Artigo 277 do CPC

[10] Art. 80, IV e VI do CPC