

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

**A ARBITRAGEM E OS PRECEDENTES JUDICIAIS:
OBSERVÂNCIA, RESPEITO OU VINCULAÇÃO?**

MARCOS SERRA NETTO FIORAVANTI

MESTRADO EM DIREITO CIVIL

SÃO PAULO

2017

MARCOS SERRA NETTO FIORAVANTI

**A ARBITRAGEM E OS PRECEDENTES JUDICIAIS:
OBSERVÂNCIA, RESPEITO OU VINCULAÇÃO?**

Mestrado Em Direito Civil

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil, sob orientação do Professor Doutor Francisco José Cahali.

SÃO PAULO

2017

BANCA EXAMINADORA

*À minha mulher e família, especialmente
aos meus filhos para que entendam a
importância do conhecimento e para que
nunca desistam dos seus sonhos.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, aos meus professores docentes da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Ao Professor Doutor Francisco José Cahali, meu orientador, que confiou em mim e me deu a oportunidade de retornar à academia mesmo após 20 (vinte) anos de dedicação praticamente exclusiva à profissão de advogado.

Aos professores do Curso de Mestrado da PUC/SP, na ordem em que eu os conheci e que muito contribuíram para meus estudos, Prof. Dr. Francisco José Cahali, Profa. Dra. Fernanda Levy, Prof. Dr. Marcio Pugliese, Prof. Dr. Cassio Scarpinella Bueno, Prof. Dr. Willian Santos Ferreira, Prof. Dr. Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Prof. Dr. Everaldo Augusto Cambler e Prof. Dr. Giovanni Ettore Nanni. Ao Prof. Dr. Thiago Rodovalho, grande incentivador para estudo dos temas relacionados à minha dissertação e à arbitragem em geral.

Aos colegas de escritório e de profissão João Daniel Rassi, grande estudioso e incentivador, Luis de Carvalho Cascaldi e André Frossard Albuquerque, sócios que muito me ajudaram no dia a dia da profissão e na difícil conciliação com os estudos.

À minha família, especialmente aos meus pais, Victor Ignácio Fioravanti e Maria Helena Serra Netto Fioravanti, que sempre me apoiaram na profissão e nos estudos, desde os tempos de tenra idade. Especial agradecimento à minha tia Maria Margarida Serra Netto, que me emprestava a sua vaga de estacionamento e sempre me esperava com algo que pudesse saciar a fome naquela correria do dia-a-dia.

Por fim agradeço à minha esposa, Luiza Helena, e aos meus filhos, Gustavo e Gabriela pela paciência com que me aturaram enquanto cursava e estudava para o mestrado, bem como pelo apoio e por não me deixarem desistir mesmo em momentos de dificuldades.

RESUMO

A relação entre o Poder Judiciário e a arbitragem sempre foi tema de grande relevância na doutrina nacional e internacional. A edição da Lei nº 13.129/2015, que alterou a anterior Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), e o advento do novo Código de Processo Civil de 2015, com significativas mudanças no que tange ao regime dos precedentes judiciais, instigam os operadores do Direito a buscar um equilíbrio sistêmico que permita a adequação entre essas duas formas de resolução dos conflitos. Os precedentes judiciais ganharam exacerbada importância nas recentes alterações legislativas, a ponto de especialistas debaterem a aproximação e influência do sistema anglo-saxão ao direito brasileiro, de raízes fincadas no *civil law*. A partir dessa reconhecida importância dada aos precedentes judiciais e ampliação de sua eficácia aos órgãos dotados de jurisdição analisa-se a interferência dos precedentes judiciais e súmulas nas arbitragens de direito, sobretudo diante da importância que o Código de Processo Civil de 2015 deu ao que vem sendo chamado por alguns de um novo sistema de precedentes.

Palavras chaves: Precedentes judiciais, arbitragem, vinculação, árbitro, Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT

The relationship between the judiciary and arbitration has always been one highly relevant topic in national and international doctrine. The edition of Law 13.129/2015, which amended the previous Law 9.307/96 (Arbitration Act), and the advent of the new Civil Procedure Code 2015, with significant changes regarding the regime of precedents, instigates the operators to seek a systemic balance that allows the adequacy between these two forms of conflict resolution. The judicial precedents have gained exacerbated importance in the recent legislative changes and due to that specialists discuss the approach and influence of the Anglo-Saxon system in Brazilian law, with origin in civil law. From this notorious importance given to judicial precedents and their effectiveness to jurisdictional system, we analyze the interference of judicial precedents and precedents in arbitration of law, especially in view of the importance that the Civil Procedure Code of 2015 has given to the so called by a new precedent system.

Key words: Judicial precedents, arbitration, binding, arbitrator, 2015 Civil Procedure Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. OS SISTEMAS JURÍDICOS DO COMMON LAW E CIVIL LAW.	16
1.1. INTRODUÇÃO.	16
1.2. O CONCEITO DE PRECEDENTE.	20
1.3. PRECEDENTE E JURISPRUDÊNCIA.	24
1.4. PRECEDENTE E SÚMULA VINCULANTE.	28
1.5. A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.	35
1.6. A IDEIA DA ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES.	38
2. FONTES DO DIREITO.	47
2.1. CONCEITO.	49
2.2. FONTES PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS DO DIREITO.	50
2.3. AS FONTES DO DIREITO BRASILEIRO E A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.	52
2.4. O ATUAL ESTADO DE COISAS NO SISTEMA BRASILEIRO.	58
3. ARBITRAGEM.	61
3.1. BREVES NOTAS HISTÓRICAS.	61
3.2. NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM.	66
3.3. A ARBITRAGEM E O PRECEDENTE JUDICIAL: O (RE)SURGIMENTO DA DISCUSSÃO APÓS O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.	72
3.5. OS ÁRBITROS E AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.	90
3.6. OS ÁRBITROS E AS DEMAIS FIGURAS DO ARTIGO 927, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.	95

4. REFLEXÕES ACERCA DO DESCUMPRIMENTO, PELO ÁRBITRO, DO DEVER DE OBSERVÂNCIA E RESPEITO ÀS DECISÕES VINCULANTES.	99
4.1. RECLAMAÇÃO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.	99
4.2. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL (ARTIGO 33 DA LEI DE ARBITRAGEM) E A ORDEM PÚBLICA	105
4.3. CONTROLE MEDIANTE IMPUGNAÇÃO DO ARTIGO 525, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. A INEFICÁCIA E A INVALIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL.	111
4.4. FLUXOGRAMA DO PENSAMENTO PARA EVENTUAL QUESTIONAMENTO JUDICIAL.	116
4.5. AUTONOMIA DAS PARTES, PRECEDENTES VINCULANTES E A ORDEM PÚBLICA.	117
CONCLUSÕES	122
BIBLIOGRAFIA.....	130

INTRODUÇÃO

Há quem diga que o regime do Código de Processo Civil não se comunica com a arbitragem, que haveria uma separação total entre o Poder Judiciário e a arbitragem. É bem verdade que muitos entusiastas e adeptos da arbitragem possuem verdadeira ojeriza pelas regras do Código de Processo Civil, ou por tudo o que seja relacionado à jurisdição estatal, a ponto de ser malvisto o advogado ou árbitro que carregue, para a sala de audiência arbitral, um exemplar de Código de Processo Civil, ou que defenda a aplicação, no procedimento arbitral, de regras e mecanismos processuais utilizados no âmbito forense.

Uma separação total, para aqueles que estudam ou militam em qualquer dessas áreas não é o que se via na prática quando da vigência do Código de Processo Civil de 1973, e também não é o que se vê atualmente. Para aqueles que começam a trilhar um ou outro caminho, que dão os seus primeiros passos, é importante esclarecer que esse distanciamento não é absoluto, tanto é que há inúmeras referências à arbitragem no atual Código de Processo Civil, assim como também há referências à mediação.

Muitas das regras procedimentais encontradas na Lei de Arbitragem¹ e nos regulamentos das câmaras também adotam soluções há muito tempo experimentadas no processo judicial e nos códigos de rito. Anos de aprendizado processual fizeram com que a Lei de Arbitragem incorporasse boas práticas em seu texto.

A recíproca também é verdadeira, tanto o é que hoje podem ser vistas no Código de Processo Civil de 2015² muitas das boas práticas que já eram adotadas na arbitragem, tais como, por exemplo, a figura do negócio jurídico processual, a calendarização dos prazos, a sentença parcial e outras oportunas alterações. Há, portanto, uma inegável intersecção entre os institutos, até mesmo porque ambos fazem parte de um sistema

¹ Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, parcialmente reformada pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.

² Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

jurídico único que visa à adequada entrega da justiça, à solução dos conflitos em busca da tão-almejada (mas talvez inalcançável) pacificação social.

É preciso que se ensine àqueles que se iniciam na carreira jurídica, antes que tal discurso soe preconceituoso, que o Código de Processo Civil possui um regramento próprio para aquelas demandas que tramitam nos órgãos do Poder Judiciário, enquanto que a arbitragem possui regras diversas para os seus procedimentos, seja com base na Lei de Arbitragem, na Convenção de Nova Iorque³, nos regulamentos das instituições, ou nas próprias regras eleitas pelas partes em arbitragens *ad hoc*.

Aliás, digno de nota que não são apenas as regras procedimentais que se diferenciam num e noutro subsistema. Há também diferenciação em alguns dos princípios informadores de cada qual, valendo expressa menção aos princípios da autonomia da vontade e da competência-competência, tão caros à arbitragem, seja ela nacional ou internacional⁴.

Mas não há como negar que o Código de Processo Civil de 2015 e a jurisdição estatal dialogam muito bem com a arbitragem, embora algumas lacunas ainda requeiram comentários por parte da doutrina especializada. Em relação à mediação há também um diálogo, uma aproximação entre essas duas formas adequadas de solução de conflitos, como se percebe de uma análise do Código de Processo Civil de 2015 e de sua preocupação em valorizar os métodos de autocomposição das disputas⁵, sempre em busca de soluções consensuais.

O legislador processual também disciplinou um maior espírito colaborativo entre o Judiciário e a arbitragem, especialmente na forma como devem se relacionar, prevendo uma cooperação mútua entre essas duas alternativas adequadas à solução de conflitos, o

³ Trata do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, promulgada pelo Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002.

⁴ Há inegavelmente princípios comuns aos dois institutos, tais como princípios do contraditório, da ampla defesa, igualdade das partes e do devido processo legal.

⁵ Como se sabe, o legislador, na tentativa de estimular a autocomposição das disputas, instituiu a audiência obrigatória antes da fase instrutória, com base no artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015. A novidade reside no fato de que as audiências de conciliação ou mediação são, via de regra, obrigatórias em todas as ações cíveis e devem ocorrer antes da contestação pelo réu. A prática tem demonstrado pouca eficácia na realização dessas audiências de conciliação, ou mediação, em grande parte porque o Poder Judiciário não estava preparado para a quantidade de casos e novas audiências, o que frustrou de certa medida o espírito da lei.

que é salutar para a própria arbitragem e para a entrega da justiça de uma maneira mais eficaz.

Não cabe analisar todos os pontos comuns entre a legislação processual atual e as diferentes alternativas de solução de conflitos, mas quer-se ficar com a ideia de que não se pode ignorar a existência de inúmeros pontos de contato entre os institutos, seja na equiparação das decisões (artigo 31 da Lei de Arbitragem⁶), ou também na adoção processual de práticas já utilizadas na arbitragem (v.g. calendarização; negócio jurídico processual, irrecorribilidade de determinadas decisões), como também na via inversa, pois não raras vezes há aspectos formais típicos do Poder Judiciário que são aplicados nos procedimentos arbitrais, ou sua adoção nos regulamentos das instituições.

Assim, embora haja procedimentos diferentes, a lei estabelece que as decisões, arbitrais ou judiciais, possuem o mesmo efeito, a mesma eficácia, pois tanto a sentença arbitral quanto a judicial são títulos judiciais e, quando condenatórias, possuem eficácia executiva⁷. A par disso, cientes de que há alguns pontos de intersecção entre os institutos, questão que se coloca é sobre observância de valores jurídicos criados num determinado subsistema e sua interferência no outro subsistema adequado de solução de conflitos.

Surge, então, a necessidade de se estudar a intersecção desses dois subsistemas jurisdicionais no que se refere à eficácia das decisões e enunciados proferidos no âmbito do Poder Judiciário e a sua influência nas arbitragens fundadas em direito, mais precisamente saber se há dever de observância obrigatória por parte dos árbitros a determinadas decisões prolatadas no subsistema do Poder Judiciário, ou se os árbitros teriam ampla liberdade para decidir, mesmo em sentido contrário à decisão judicial ou, por exemplo, ao enunciado de súmula vinculante.

Dito de outra forma, e precisamente no que interessa ao presente estudo, é questionar se as decisões judiciais e as súmulas deveriam ser observadas na arbitragem e em qual medida, sobretudo diante da valorização dada aos precedentes pelo Código de Processo Civil de 2015. Tentar-se-á compreender, até para que se tenha um equilíbrio

⁶ “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.”

⁷ O artigo 515, VII, do Código de Processo Civil de 2015 elenca a sentença arbitral dentre os títulos executivos judiciais, afirmando a desnecessidade de homologação por ato do juiz estatal para ter eficácia e validade.

sistêmico entre esses órgãos dotados de jurisdição, se o novo regime de precedentes trazido pelo Código de Processo Civil de 2015 deve ser observado pelos árbitros e em qual extensão, avaliando-se as eventuais consequências da inobservância e do desrespeito, pelos árbitros, a eventuais precedentes judiciais e súmulas vinculantes.

O tema relacionado ao respeito e à observância, pela arbitragem, aos precedentes judiciais e súmulas talvez seja um daqueles que mais aflige a doutrina especializada no momento, tamanha a importância dada aos precedentes pelo Código de Processo Civil de 2015. Como se verá mais adiante, o Código trouxe regras que preveem observância “obrigatória” por parte dos órgãos do Poder Judiciário à determinadas decisões e enunciados de súmula editados pelos Tribunais, com o objetivo de verticalizar e uniformizar o entendimento do Judiciário sobre questões repetitivas, ou, como explicitamente menciona o *caput* do seu artigo 926⁸, a fim de que os tribunais mantenham a sua jurisprudência estável, íntegra e coerente.

Mas o tema já causava certa aflição e divergência de entendimentos na doutrina nacional, pois havia muita discussão quanto ao dever de observância, pelos árbitros, às súmulas vinculantes, previstas no artigo 103-A, da Constituição Federal, artigo incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004. A questão agora ganhou corpo com a edição do Código de Processo Civil de 2015, que incluiu o que a doutrina vem chamando de *sistema de precedentes*, um sistema que parece realçar a força obrigatória de determinados precedentes judiciais e enunciados sumulados.

Pretende-se analisar se e em qual medida as alterações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 influenciam o árbitro em suas decisões, bem como as consequências que podem estar relacionadas a uma eventual decisão arbitral que venha a desobedecer a precedente judicial ou à súmula vinculante. Quanto às consequências, também se demonstrará que há divergência de opinião mesmo dentre aqueles que defendem a vinculação dos árbitros aos precedentes.

Portanto, além da discussão acerca da influência dos precedentes judiciais nos árbitros, influência que, se existente, paira naquele exato momento em que o árbitro deve aplicar o direito aos fatos controversos, buscar-se-á averiguar quais as consequências de

⁸ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

uma sentença arbitral que desrespeite determinado precedente vinculante, se seria passível de ação anulatória com base nos artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem, se caberia reclamação ao Supremo Tribunal Federal, ou se não seria passível de posterior questionamento.

Antes, como premissas para uma argumentação estruturada, será importante passar em revista a determinados institutos e conceitos, que serão utilizados ao longo do caminho a ser trilhado, tais como os conceitos de fontes do direito, de precedentes, súmulas vinculantes ou persuasivas, jurisprudência e, principalmente, pelo que vem sendo chamado por alguns de um novo *sistema de precedentes*.

É essa “evolução” na forma de compreender a eficácia dos precedentes, que vem sendo trazida pelo legislador brasileiro há algum tempo e que passa pela edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 e, agora, pelo Código de Processo Civil de 2015, que motiva o estudo para se verificar se e até que ponto os precedentes judiciais interferem na arbitragem, bem como a amplitude e as consequências da simbiose existente entre esses dois subsistemas de resolução de conflitos.

1. OS SISTEMAS JURÍDICOS DO *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*.

1.1. INTRODUÇÃO.

Muito se diz que as alterações legislativas tendentes a valorizar os precedentes judiciais e sua força obrigatória denotam uma aproximação do sistema do *civil law* brasileiro com o sistema do *common law*⁹. A afirmação é recorrente em alguns doutrinadores brasileiros e, por essa razão, é crucial traçar algumas linhas acerca desses dois sistemas jurídicos, para que se possa verificar o papel exercido pelos precedentes em cada qual.

Fala-se em aproximação dos efeitos práticos na utilização de decisões pretéritas¹⁰, na valorização de pronunciamentos judiciais e o seu papel na interpretação do direito, mas a verdade é que a natureza de cada sistema impede que se equipare o precedente do *common law* a qualquer pronunciamento judicial, ou a qualquer forma de exteriorização dos pronunciamentos judiciais encontrada no Brasil.

É importante então, antes de se analisar o atual estado de coisas no Brasil, que sejam delineadas algumas características desses dois sistemas jurídicos, para que posteriormente se verifique o que é efetivamente o precedente, qual o seu papel em cada sistema jurídico e a sua importância no sistema jurídico brasileiro.

⁹ Nesse particular salienta Daniel Mitidiero que: "...existe uma recíproca aproximação entre as tradições de *civil law* e de *common law* no mundo contemporâneo. De um lado, a tradição do *common law* cada vez mais trabalha com o direito legislado, fenômeno que já levou a doutrina a identificar a *statutorification* do *common law* e se perguntar a respeito de qual o lugar do *common law* em uma época em que cada vez mais vige o *statutory law*. De outro, a tradição de *civil law* cada vez mais se preocupa em assegurar a vigência do princípio da liberdade e da igualdade de todos perante o direito trabalhando com uma noção dinâmica do princípio da segurança jurídica, o que postula a necessidade de acompanharmos não só o trabalho do legislador, mas também as decisões dos tribunais, em especial das Cortes Supremas, como expressão do direito vigente." (MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, vol. 245, p. 333-349, 2015).

¹⁰ Pensa-se que é assim que deve ser entendida a opinião de Cruz e Tucci ao afirmar que o papel desempenhado pelos precedentes é bastante similar, para não se dizer igual, num e noutro sistema jurídico, pois "constata-se realmente que, considerado o valor, *in abstracto*, dos precedentes judiciais, a influência destes é deveras similar em ambos os sistemas: de fato, enquanto naqueles países que seguem o modelo do *common law*, a força vinculante dos anteriores julgados tem-se tornado mais flexível, nos dos ordenamentos codificados é incontestável a difusa e constante tendência de os juízes aterem-se aos precedentes na fundamentação da *ratio decidendi*." (TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como fonte do direito. São Paulo: RT, 2004, p. 26.)

René David, ao agrupar as espécies do direito em famílias (família romano-germânica e família da *common law*) realça a influência de um sistema no outro ao comentar que os “países de direito romano-germânico e países do *common law* tiveram uns com os outros, no decorrer dos séculos, numerosos contatos.”¹¹.

Como se sabe, em linhas gerais, a diferença clássica entre os dois sistemas jurídicos reside no fato de que, nos países de *common law*, a fonte primária do direito consiste nos costumes afirmados pelas decisões judiciais, consideradas essas normas abstratas, enquanto que, no *civil law*, a fonte primária do direito é a lei escrita, por vezes codificada, e que se sobrepõe aos precedentes emanados dos órgãos judiciais.

O direito consuetudinário é a base do sistema jurídico anglo-saxão (*common law*), isto é, nesse sistema os costumes espelhados nas decisões judiciais são a fonte primordial do ordenamento jurídico, e não podem ser contrariados por qualquer lei escrita. A aplicação do direito ao caso concreto espelha os costumes e as decisões judiciais anteriores, ao invés dos preceitos legais positivados, como ocorre na clássica ideia do *civil law*, de tradição romanística¹².

No sistema do *civil law* não só o processo de integração do direito é diverso, mas as próprias decisões judiciais exercem papel diferente daquele exercido no *common law*. Isso parece ser de uma obviedade infantil, mas às vezes as obviedades precisam ser realçadas para que o entendimento fique bem sedimentado. É o que se pretende fazer neste particular.

As decisões judiciais no *civil law* inegavelmente firmam o sentido e o alcance na interpretação e aplicação do direito ao caso concreto, mas sempre dentro dos limites daquela lide e da lei positivada¹³. Assim, o papel das decisões judiciais, *a priori*, é

¹¹ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p 20.

¹² De acordo com Miguel Reale “Cabe, nesse sentido, distinguir dois tipos de ordenamento, o da tradição romanística (nações latinas e germânicas) e o da tradição anglo-americana (*common law*). A primeira caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com valor secundário as demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*” (REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 26ª ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 141).

¹³ Nas clássicas ideias de Montesquieu o poder de julgar dos juízes era praticamente nulo, já que o julgamento não poderia ser mais do que um texto exato da lei. O juiz deveria ser apenas a *bouche de la loi*, ou seja, um juiz passivo e sem qualquer poder criativo.

trabalhar naquele espaço tolerável e dentro dos limites da lei, sendo vedado ao julgador inovar ou ultrapassar sobreditos limites, em homenagem ao próprio princípio da legalidade, presente na quase totalidade dos países que adotam o regime do *civil law*.

Ao analisarmos o sistema do *civil law* e o papel desempenhado pelos tribunais, pela jurisprudência, vale referência ao entendimento de Abboud, Carnio e Oliveira, citados por Julio Cesar Rossi¹⁴ ao esclarecerem que:

A jurisprudência encontra seu limite direto na lei, na medida em que prevalece o sistema do direito escrito. Convém ressaltar que a jurisprudência apresenta-se com força normativa inferior em relação à legislação, uma vez que as regras advindas dela seriam mais frágeis, porque suscetíveis de serem abandonadas ou modificadas a qualquer momento.

Também importantes são os ensinamentos de Rosa Maria de Andrade Nery¹⁵ ao tratar das diferenças entre os sistemas jurídicos, de acordo com a qual:

Dois são os sistemas de direito no mundo ocidental: o sistema denominado civil law, que privilegia a lei escrita, como fonte primária de direito; e o sistema denominado common law, que privilegia os casos julgados, o antecedente jurisprudencial, como fonte primeira do direito. Os sistemas denominados de civil law são frutos imediatos da tradição do direito romano. O sistema da common law tem forte influência saxônica. Nosso sistema jurídico provém de tradição civilística romana e se estrutura, preponderantemente, a partir da legislação, do conjunto de leis. As leis, no sistema de direito civil, são, na hierarquia das fontes, as mais importantes. Nos sistemas de tradição civilística (civil law), que privilegia a legislação como fonte do direito, a codificação (código civil, código de processo civil, código penal, código de processo penal, código de defesa do consumidor etc.) representa papel da maior relevância. Ela oferece uma estrutura sistemática, um arcabouço estrutural indispensável para revelar os princípios do ordenamento jurídico e os valores fundamentais de uma sociedade.

A verdade é que, num ou noutro sistema, haverá maior ou menor influência do precedente *lato sensu* sobre a questão jurídica a ser posteriormente analisada, direta ou indiretamente¹⁶. Todavia, no *common law* tradicional sobressai a figura do precedente

¹⁴ ROSSI, Júlio César. Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015, p. 77.

¹⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: RT, 2008, p. 75.

¹⁶ A esse respeito José Rogério Cruz e Tucci, citado por Luiz Guilherme Marinoni, argumenta que o uso dos precedentes obrigatórios no *civil law* é cíclico e se apresenta em determinados momentos históricos: “Por paradoxal que possa parecer, vem assinalado que, sob o prisma da história do direito moderno, os

como o pilar de sustentação para a aplicação do direito. O precedente no sistema anglo-saxônico exerce um papel de destaque se comparado ao exercido por uma decisão judicial emitida pelos juízes do *civil law*, e naquele sistema difere do conceito clássico de jurisprudência que é encontrado nos países de *civil law* e tampouco se equivale ao que se entende no Brasil por súmulas vinculantes, como se verá mais adiante.

A par dessa breve explicação acerca dos dois sistemas jurídicos é possível afirmar que o *civil law* puro se funda num arcabouço de leis, por vezes codificadas, e que trazem princípios gerais que amoldam e limitam o exercício da discricionariedade judicial¹⁷. Por isso muito se defende o respeito ao princípio da legalidade em nosso sistema jurídico, que também impõe ao julgador essa limitação legal para que se atenha aos limites do que está na lei, evitando-se arbitrariedades.

Mas a visualização da diferença entre os dois sistemas mais aplicados no mundo ocidental fica ainda mais fácil quando se verifica que no *common law* puro, cada vez mais raro, o juiz detém o poder de ditar as normas jurídicas (*judge make law*) e neste mister se sobrepõe ao poder legislativo, que, dessa forma, atua eminentemente para complementar as decisões judiciais.

sistemas de direito codificado também conheceram, além da força natural dos precedentes persuasivos, precedentes com eficácia vinculante, sendo certo que entre estes sobressaía a jurisprudência de cortes superiores (precedentes verticais), como, *e.g.*, os *arrêts de règlement* do Parlamento francês; os julgamentos das “causas maiores” da Rota Romana, da Itália pré-unitária; o regime de assentos da Casa de Suplicação em Portugal; o prejudgado trabalhista no Brasil; e, ainda hoje, o controle exercido pelo Tribunal Constitucional espanhol sobre as decisões que contrariam precedentes judiciais; e a inusitada regra constante do art. 1.º, al. 2, do Código Civil suíço, que outorga ao juiz, diante da lacuna da lei, o poder de criar a regra aplicável ao caso concreto. (...) Se olharmos ainda mais para o passado, iremos verificar que o uso do precedente, acentuado na casuística, constitui um método cuja característica fundamental independe da época, do sistema jurídico ou da natureza da função exercida pelas pessoas que o empregam”. TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Ed. RT, 2004, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.

¹⁷ Não se olvida a opinião de Georges Abboud a respeito da inexistência, ou do equívoco em falar-se “discricionariedade judicial”. Com efeito, para o doutrinador, ao comentar o voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora *on-line*: “quando a discricionariedade entra, o direito sai; quando termina um, inicia-se o outro.”. Com essa afirmação pretende Abboud demonstrar que: “Diferentemente do que preceitua grande parcela de nossa doutrina, discricionariedade e direito não coabitam o mesmo espaço - tal qual não ocupam dois corpos, na Física -, afinal, quando admitimos o uso da decisão discricionária, automaticamente, afirmamos que essa decisão poderá ser pautada por critérios não jurídicos. Assim, se discricionária é a decisão que não se pauta por critérios jurídicos, temos que é o ambiente do antedireito - ainda que se fundamente por "justo".” (ABBOUD, Georges. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: Comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora *on-line*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 251, p. 161/173, 2016).

A introdução feita neste capítulo não tem a pretensão de analisar todas as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*, mas o quanto se viu é bastante o suficiente para que, agora, se possa diferenciar o precedente no sistema jurídico anglo-saxônico das diversas formas de exteriorização dos pronunciamentos judiciais encontrados no sistema brasileiro, de raízes romano-germânicas.

1.2. O CONCEITO DE PRECEDENTE.

O termo precedente é, numa acepção ampla, aquele pronunciamento pretérito, proferido por órgão dotado de jurisdição e que tem a potencial habilidade de influenciar decisões futuras. Todavia, para que se possa entender o papel desses pronunciamentos judiciais e sua eficácia vinculativa é importante conhecer as maneiras pelas quais se exteriorizam no sistema jurídico brasileiro, suas formas, até mesmo porque o próprio legislador brasileiro as vezes confunde os conceitos.

Portanto, é conveniente sejam dedicadas algumas linhas sobre o que se deve entender por precedente, pois muitas vezes o termo é equivocadamente adotado¹⁸, havendo, inclusive, críticas à utilização do termo pelos artigos 926, §2º e 927, §5º, do atual Código de Processo Civil, artigos legais que inseriram em nosso sistema um maior respeito à figura dos pronunciamentos judiciais pretéritos¹⁹.

Não é só a terminologia que é criticada pela doutrina especializada. O próprio entendimento do que vem sendo chamado por *sistema de precedentes* enfrenta restrições. Alguns censuram por ser algo estranho ao sistema jurídico nacional, outros porque fora imposto pela lei infraconstitucional – e não pelo costume jurídico – e outros tantos porque referido *sistema de precedentes* seria um paliativo à falência do Judiciário, que não dá conta de entregar *justiça* no prazo que razoavelmente se espera²⁰.

¹⁸ O termo é equivocadamente utilizado até mesmo, e principalmente, pela nossa legislação. Não há muito apreço à tecnicidade dos termos jurídicos, o que dá à doutrina o enorme trabalho de, por vezes, construir toda uma interpretação para encontrar um sentido, uma sistematização adequada e eficaz para a sociedade.

¹⁹ Essa importância dada aos precedentes judiciais levou a doutrina especializada a defender a ideia de que no Brasil, a partir da edição do Código de Processo Civil de 2015, vige um sistema de precedentes a influenciar a interpretação e aplicação do direito no âmbito do Poder Judiciário.

²⁰ E as críticas não são de hoje. Júlio César Rossi já tecia ácidos comentários ao que na época vinha estabelecido nos Projetos Legislativos PLS nº166/2010 e PLC nº 8.046/2010 que se desdobraram no Código de Processo Civil de 2015. De acordo com o mencionado autor “A circunstância de não concordarmos com

Enfim, críticas não faltam ao que a legislação processual trouxe com o advento do Código de Processo Civil de 2015, até mesmo pela importância e o impacto de tais mudanças legislativas na cultura jurídica nacional. Ainda na época do PL 8.046/2010 da Câmara dos Deputados, Hermes Zaneti Jr.²¹ já chamava a atenção para a significativa mudança que a valorização dos precedentes *lato sensu* traria para o sistema jurídico nacional:

Note-se que a relevância desta análise não se restringe à aprovação ou não do projeto, muito embora esta seja muito provável, mas principalmente serve para demonstrar como os precedentes estão sendo compreendidos no Brasil e, portanto, qual a tendência do direito positivo brasileiro e da dogmática jurídica brasileira em matéria de precedentes. Iremos perceber também que, por trás dos dispositivos legais, muitas das questões teóricas expostas sucintamente em outro local, tais como a compatibilidade entre o princípio da legalidade, o princípio da separação de Poderes e a vinculação do juiz à lei e a independência judicial, apresentam-se de forma coerente e compromissada com um modelo de precedentes amplo e fundamentado nas premissas da racionalidade, estabilidade, coerência, vinculação aos fatos da causa. Essas premissas são técnicas desenvolvidas pela doutrina e utilizadas pelo legislador para desenhar um sistema de precedentes para o direito de civil law ou países híbridos, formalmente vinculante, ou seja, um sistema de precedentes vinculantes por determinação legal.

A legislação processual, agora vigente, deve necessariamente ser observada pelos operadores do direito e, enquanto válida, deve ser acomodada ao sistema jurídico nacional. Para isso é mais do que nunca importante entender o conceito de precedente, até para que se eventualmente possa comentar o modelo posto e sua eventual aplicação aos demais métodos adequados à solução dos conflitos, como a arbitragem.

a interpretação e aplicação desses mecanismos de solução de litígios multitudinários e pretensamente idênticos, tais como apresentados em nosso ordenamento e da forma pela qual são – no caso da súmula vinculante, repercussão geral, recurso especial repetitivo e mesmo a *macrolide* – ou serão aplicados em nosso sistema processual projetado – como se anuncia o incidente de resolução de demandas repetitivas-, não nos afasta de nosso objetivo, o qual não se reduz a uma crítica contundente e peremptória, mas desafia-nos a estabelecer alguns contornos para uma possível doutrina ou teoria do *precedente* para o sistema brasileiro. Cediço que não temos, ainda, uma cultura do *precedente*. Não passamos, do dia para noite, a aplicá-lo como um passe de mágica. Não basta que tenhamos uma legislação estabelecendo critérios, padrões e formas de decisão judicial para aplicação compulsória em casos futuros e assemelhados. Em verdade, o fato de nossa legislação admitir mecanismos ou instrumentos processuais aptos a criar padrões decisórios, com a finalidade de gerar um precedente (tipicamente brasileiro) por meio de uma técnica de decisões-padrão – abstrata, geral e capaz de ensejar uma infinidade de situações díspares em um mesmo resultado legal -, não nos coloca na qualidade de possuímos um sistema de precedentes nos moldes das famílias do *common law* ou do *civil law*.” (ROSSI, Júlio César. Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015, p. 151/152).

²¹ ZANETI JR., Hermes. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, p. 293-349, p. 7/8, set/2014.

Pois bem, para o sistema do *common law* denomina-se precedente uma decisão, ou partes de uma decisão pretérita, prolatada por órgão dotado de jurisdição sobre um conflito a ele submetido e que cria norma jurídica apta a vincular casos futuros sobre o mesmo tema. Essa seria a generalidade do conceito de precedente no *common law*, definindo-o como uma decisão, ou partes de uma decisão, emanada de órgão dotado de jurisdição e que já tenha decidido a questão conflituosa, produzindo efeitos sobre aquele caso concreto e apta a produzir efeitos para casos futuros que venham a debater o mesmo conflito, mesmo que entre partes diferentes.

Precedente para o *common law* é, portanto, a decisão judicial ou parte de uma decisão, tomada em relação a um caso concreto, cujo núcleo essencial tem a aptidão para interferir no julgamento de casos que lhe sejam posteriores e análogos. Cruz e Tucci²² esclarece que “todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório.”. O referido doutrinador faz essa distinção para posteriormente pontuar que o que realmente possui eficácia vinculante em determinados casos é a *ratio decidendi*, os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão e apenas um dos elementos, como se viu acima, a compor o precedente²³.

Para Samuel Meira Brasil Júnior²⁴ “precedente consiste em uma única decisão anterior, seja ela o *leading case* ou não, que pode ser usada como argumento para fundamentar futuras decisões.” Todavia, nem toda decisão judicial pode ser considerada um precedente, ou melhor, nem toda decisão carrega a importância de um precedente, a aptidão de influenciar decisivamente casos futuros. Para Marinoni²⁵:

Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de

²² TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito, cit., p. 12.

²³ Esclarece, ainda, Cruz e Tucci que “A *ratio decidendi*, como já observado, constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*. Sob o aspecto analítico, três são os elementos que a integram: a) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e c) o juízo decisório (*judgement*).” (cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito, cit., p. 175).

²⁴ BRASIL JR, Samoel Meira. Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução de controvérsias. 2010. 241 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 32-33.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 5ª. Edição, p. 157/159.

precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. De modo que, se todo precedente ressaí de uma decisão, nem toda decisão constitui precedente. Note-se que o precedente constitui decisão acerca da matéria de direito – ou, nos termos do common law, de um point of law -, e não de matéria de fato.

(...)

Nesta dimensão, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que, ao menos por maioria, decide a questão de direito ou é a decisão que, igualmente ao menos por maioria, definitivamente a delinea, deixando-a cristalina.

O sistema jurídico brasileiro possui figuras assemelhadas, por vezes chamadas de precedentes, mas que merecem ser analisadas para que se possa verificar *a posteriori* a sua aptidão para influenciar no julgamento de futuros casos, sejam eles judiciais ou arbitrais. Abaixo serão trazidas algumas distinções entre os precedentes do *common law* e as figuras afins existentes no direito brasileiro, o que nos permitirá averiguar mais adiante o grau de importância desses pronunciamentos judiciais nas futuras decisões judiciais e arbitrais²⁶.

²⁶ Há quem entenda, como Mitidiero, que o Código exige uma ressignificação dos termos jurisprudência e precedentes, sobretudo porque, segundo o autor, o direito brasileiro está a romper em grande parte com a caracterização tradicional do que até então se entendia sob essa terminologia, confira-se: “O novo Código claramente outorga outro sentido ao termo jurisprudência – ao menos para determinados casos. Para essas situações, o novo Código exige a sua ressignificação: isso porque, ao emprestar força vinculante aos julgamentos de casos repetitivos e àqueles tomados em incidente de assunção de competência (art. 927, III) no âmbito das Cortes de Justiça e dispensar a múltipla reiteração de julgamentos como requisito para sua configuração, na medida em que basta um único julgamento mediante incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, o direito brasileiro rompe em grande parte com a caracterização tradicional da jurisprudência. O mesmo ocorre com as súmulas. Quando as súmulas eram vistas apenas como um método de trabalho capaz de ordenar e facilitar a tarefa dos juízes - note-se que aí os destinatários das súmulas eram apenas e tão-somente os próprios órgãos judiciais que compunham os tribunais que as emanavam - bastava redigi-las de forma abstrata, sem qualquer alusão aos casos concretos aos quais ligadas. Ao reconhecer as súmulas como guias para a interpretação do direito para o sistema de administração da Justiça Civil como um todo e para a sociedade civil em geral (art. 927, II e IV), previu-se o dever de identificação e de congruência das súmulas com as circunstâncias fáticas dos casos que motivaram suas criações (art. 926, §2). Além de ressignificar a jurisprudência e as súmulas, o novo Código introduz o conceito de precedentes. Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial. E porque tem como matéria-prima a decisão, o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição e que determinaram a prolação da decisão da maneira como foi prolatada. Os precedentes são razões generalizáveis que podem ser extraídas da justificativa das decisões. Por essa razão, operam necessariamente dentro da moldura dos casos dos quais decorrem. Os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios – isto é, vinculantes. Do contrário, poderiam ser confundidos com simples exemplos. (MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, vol. 245, 2015, p. 333/349.)

1.3. PRECEDENTE E JURISPRUDÊNCIA.

A primeira distinção que deve ser feita é a adoção do termo precedente, do direito anglo-saxão, como se fosse idêntico à ideia de jurisprudência no *civil law*. O conceito tradicional de jurisprudência naqueles sistemas da família romano-germânica não é igual ao conceito de precedente do *common law*. A influência da jurisprudência nas decisões futuras também não é a mesma daquela exercida pelos precedentes nos sistemas que adotam o sistema do *common law*.

Precedente e jurisprudência diferem em natureza quantitativa, pois o precedente típico do *common law* considera uma decisão específica proferida em um caso particular, ou até mesmo partes de uma decisão, em um único processo, enquanto que a jurisprudência considera uma pluralidade de decisões relativas a casos concretos distintos²⁷. No que se refere a essa diferença quantitativa Michele Taruffo²⁸ explica que:

Há, antes de tudo, uma distinção de caráter – por assim dizer – quantitativo. Quando se fala do precedente, faz-se geralmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto quando se fala da jurisprudência faz-se, normalmente, referência a uma pluralidade frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença não é apenas de tipo semântico. O fato é que, nos sistemas fundados tradicional e tipicamente no precedente, geralmente, a decisão que se assume como precedente é uma só; no mais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio ao precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão realmente “faz precedente”. Em vez disso, nos sistemas – como o nosso – em que se evoca a jurisprudência, faz-se referência geralmente a muitas decisões: às vezes, são dezenas ou até mesmo centenas, embora nem todas venham expressamente citadas. Isto implica várias consequências, entre elas a dificuldade – frequentemente de árdua superação – de se estabelecer qual decisão é verdadeiramente relevante (se é que existe uma) ou de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma.

Ou seja, precedente, na acepção do termo advinda do *common law*, deve ser entendido como uma só decisão, às vezes até mesmo partes de uma decisão, que vincula

²⁷ Para Miguel Reale “Pela palavra “jurisprudência” (*stricto sensu*) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais.” (REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 167.)

²⁸ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acessado em 11.04.2017.

as decisões futuras, enquanto que a jurisprudência, figura típica do *civil law* é aquele conjunto decorrente de uma pluralidade de decisões judiciais prolatadas pelos órgãos dotados de jurisdição a respeito de determinado assunto.

Além do aspecto quantitativo, jurisprudência e precedente também diferem no aspecto qualitativo, na sua eficácia persuasiva ou por vezes obrigatória, pois inúmeras decisões podem até formar jurisprudência, mas podem não ser necessariamente hábeis a vincular decisões futuras, isto é, podem ter caráter meramente persuasivo e não necessariamente obrigatório. O precedente, por sua vez, necessariamente carrega na sua *ratio decidendi* a eficácia de vincular decisões futuras sobre o tema decidido, conforme esclarece Michele Taruffo²⁹:

Além disso, como muitas vezes acontece, a quantidade condiciona a qualidade, o que leva a individualizar uma diferença qualitativa entre o precedente e a jurisprudência. O precedente fornece uma regra (universalizável, como já mencionado), que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia dos dois casos concretos não é dada in re ipsa e será afirmada ou refutada pelo juiz do caso posterior, dependendo se ele considerar prevaletes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então, – por assim dizer – “cria” o precedente. Além deste aspecto – sobre o qual tornarei em seguida – fica claro que a estrutura fundamental do raciocínio que leva o juiz a aplicar o precedente ao próximo caso é baseada em uma análise dos fatos. Se esta análise justifica a aplicação no segundo caso da ratio decidendi aplicada no primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso. Deve-se notar que, quando se verificam estas condições, um só precedente é suficiente para justificar a decisão do caso sucessivo.”

A diferenciação do ponto de vista qualitativo também se sobressai porque permite que o intérprete, ao analisar as razões da tese jurídica em questão³⁰, identifique o caso do

²⁹ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acessado em 11.04.2017.

³⁰ Denise Maria Rodríguez Moraes entende que essa diferenciação é de suma importância e, ao se referenciar ao trabalho de Michele Taruffo, assevera que: “Essa diferenciação, conforme demonstra o autor, tem importância prática: a adoção da referência ao precedente permite identificar qual o caso concreto que especificamente o gerou (*leading case*), haja vista que a decisão que se assume como precedente é, em regra, apenas uma, podendo ser acompanhada de poucas outras. A identificação do precedente permite que os juristas conheçam os fatos submetidos à análise do Poder Judiciário e, por meio da comparação com os fatos de um caso posterior, prevejam se a tese jurídica utilizada no precedente será ou não aplicável. A adoção da referência à jurisprudência, por sua vez, não permite essa comparação fática pormenorizada,

qual se originou aquele precedente (*leading case*), o que é possível na concepção de precedente oriunda do *common law*, mas nem sempre o é em relação à jurisprudência, já que a mensagem jurídica é extraída a partir de um conjunto de decisões. Hermes Zaneti Jr.³¹ esclarece que:

A expressão “direito jurisprudencial” é de uso habitual nos países de tradição de civil law. Essa expressão, normalmente, refere-se ao uso reiterado de decisões judiciais, como exemplo do que os tribunais estão decidindo, indicando uma linha de entendimento dos tribunais. Nos países de tradição de civil law, a jurisprudência é apresentada como parte das fontes indiretas, secundárias e materiais do direito, normalmente ligada aos costumes, não tendo a força vinculante de uma fonte formal e primária. Portanto, não é considerada, do ponto de vista dogmático, norma válida e obrigatória. Esta força vinculante, comumente, é atribuída apenas às normas legais (Constituição, leis, decretos etc.), as quais, pela sua origem (pedigree) a partir de órgãos com atribuição de produção normativa, são reconhecidas como vigentes, válidas e vinculantes. Precedentes judiciais não se confundem com direito jurisprudencial entendido como repetição de decisões reiteradas, por mais que este direito possa ser considerado influente ou persuasivo de fato. Os precedentes judiciais, como entendemos neste trabalho, consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas.

Assim, a definição de precedente trazida do sistema puro do *common law* deve ser entendida como sendo aquele único julgado, ou até mesmo partes de um julgado, cuja *ratio decidendi* pode ser usada como argumento para fundamentar decisões futuras em casos análogos. Já a jurisprudência, na acepção do termo que é empregada nos países que

tendo em vista a dificuldade de se identificar dentre dezenas ou centenas de decisões que a compõem, qual o caso concreto relevante e, portanto, quais os fatos considerados na formulação da tese jurídica cujos efeitos se pretende expandir para casos futuros. Considerando o critério qualitativo, como já adiantado, é possível extrair do precedente a tese jurídica a ser aplicada aos casos sucessivos que abordarem a mesma situação fática ou outra que lhe seja semelhante, sendo possível identificar – e universalizar – o fundamento decisório do caso que constitui o precedente.” (MORAES, Denise Maria Rodríguez. O Supremo Tribunal Federal e a eficácia vinculante de suas decisões. In Processo constitucional, coordenação Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 332).

³¹ Continua o mencionado autor para esclarecer que os precedentes “...não se confundem com a jurisprudência porque obrigam o próprio tribunal que decidiu, sendo este responsável, tanto quanto as cortes inferiores, por sua manutenção e estabilidade. Como veremos adiante a característica da jurisprudência é atuar apenas de forma “persuasiva” e não há sentido falar em precedentes “persuasivos”. Dessa forma, exarado um precedente, sua consideração passa a ser obrigatória todas as vezes que a mesma matéria venha a ser debatida em casos considerados análogos pelo próprio órgão julgador (vinculação horizontal). Insistimos no ponto fundamental, igualmente não se confundem com a jurisprudência, por serem de observância obrigatória por todos os tribunais inferiores que estão submetidos à decisão do tribunal de hierarquia institucional superior (vinculação vertical). Portanto, os precedentes não são meramente persuasivos ou exemplificativos do entendimento dos tribunais – diferença qualitativa.” (ZANETI JR., Hermes. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista de Processo, set/2014, p. 293-349, p. 7-8).

adotam o sistema do *civil law*, e especialmente no Brasil, é uma pluralidade de decisões judiciais prolatadas em reiterados casos, em um mesmo sentido, e que não necessariamente vinculam os julgadores de casos análogos que venham a ser futuramente julgados.

Rodolfo Camargo Mancuso³² explora o tema e assim explicita as diferentes acepções do termo jurisprudência:

Bem postas as coisas, parece-nos bastante a visualização da 'jurisprudência' sob estas cinco acepções: a) num sentido largo, corresponde ao que usualmente se denomina 'ciência do direito', ou seja, o ramo do conhecimento, espécie do gênero Ética, voltado ao estudo sistemático das normas de conduta social de cunho coercitivo (nesse sentido, na Itália, algumas Faculdades de Direito se chamam 'Facoltà di Giurisprudenza', como se dá, v.g., em Florença); b) etimologicamente, vem a ser o Direito aplicado aos casos concretos pelos hoje denominados operadores do Direito — advogados, juízes, promotores de justiça, árbitros, conciliadores — como na antiga Roma se dava com os prudentes, agentes estatais então investidos do ius respondendi; c) sob o ângulo exegético, ou hermenêutico, pode ainda significar a interpretação teórica do Direito, feita pelos jurisconsultos e doutrinadores (juristas) em artigos, teses, livros ou mesmo em pareceres, sem, portanto, necessária afetação a um caso concreto, acepção essa que hoje vem mais assimilada à palavra doutrina; d) sob o ângulo da distribuição da justiça, significa a grande massa judiciária, a somatória global dos julgados dos Tribunais, harmônicos ou não, ou seja, a totalização dos acórdãos produzidos pela função jurisdicional do Estado; e) finalmente, num sentido mais restrito, ou propriamente técnico-jurídico, a palavra jurisprudência traduz 'a coleção ordenada e sistematizada de acórdãos consonantes e reiterados, de um certo Tribunal, ou de uma dada Justiça, sobre um mesmo tema jurídico'.

Para os fins deste trabalho fixa-se o conceito de jurisprudência quando se está a falar daquela multiplicidade de decisões no mesmo sentido e que concluem sobre determinado tema jurídico. Portanto, adote-se jurisprudência como sendo um conjunto de decisões acerca de um determinado tema jurídico controvertido³³, proferidas por órgãos dotados de jurisdição, em processos distintos e com partes diversas.

³² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 32-33.

³³ “O termo jurisprudência indica uma pluralidade de decisões (julgados) relativas a vários casos concretos, acerca de um determinado assunto, mas não necessariamente sobre uma idêntica questão jurídica” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 91).

Assim, identificando-as, vê-se que a figura do precedente do *common law* difere da jurisprudência no *civil law*, na exata medida em que não é necessário, para que se tenha um precedente vinculante, que haja uma repetição de casos idênticos sobre o mesmo tema. Isso significa dizer, como já se pode perceber, que um único precedente, no *common law*, pode ter uma relevância maior e mais abrangente do que uma conjunção de vários casos julgados no sistema do *civil law*.

Importante se explicar que um único caso, no *common law*, tem potencial vinculante³⁴ de acordo com a doutrina do *stare decisis*³⁵, já que deve ser seguido para a resolução dos próximos casos que demandarem atividade jurisdicional, desde que os fatos em disputa sejam equivalentes naquele que é, ou está sendo, posteriormente analisado.

1.4. PRECEDENTE E SÚMULA VINCULANTE.

Muito se discutiu, quando da idealização das súmulas vinculantes, sobre as suas semelhanças com o conceito de precedente do *common law*. Esse item servirá para diferenciar esses dois institutos, quem têm gênese diversa, além de outras características próprias.

É histórica a predileção dos nossos tribunais para o direito sumulado, nem sempre vinculante. Em breve retrospecto histórico veja-se que em 1963 o Regimento Interno do

³⁴ Importante alerta faz Hermes Zaneti Jr. para se distinguir que nem toda decisão judicial é um precedente, pois há decisões que apenas se limitam a aplicar a lei e, nesse sentido, não inovam no ordenamento jurídico, não ‘criam direito’: “Assim como, não será precedente, a decisão que apenas se limitar a indicar a subsunção de fatos ao texto legal, sem apresentar conteúdo interpretativo relevante para o caso-atual e para os casos-futuros. Serão precedentes apenas aqueles casos que constituírem acréscimos (ou glosas) aos textos legais relevantes para solução de questões jurídicas. Neste último caso, quando o precedente aplicar a lei sem acrescentar conteúdo relevante, a vinculação decorrerá diretamente da lei. Nem toda a decisão, portanto, será um precedente. Por tais razões, os precedentes devem ser tratados como norma – fonte do direito primária e vinculante – não se confundindo com o conceito de jurisprudência ou de decisão. Isso ocorre seja pela natureza distinta do direito jurisprudencial (reiteradas decisões dos tribunais que exemplificam o sentido provável de decisão, sem caráter obrigatório e vinculante), seja porque não se podem confundir precedentes com decisões de mera aplicação de lei ou de reafirmação de casos-precedentes.” (ZANETI JR., Hermes. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista de Processo, vol. 235/2014, set/2014, p. 293/349).

³⁵ Marinoni ensina que o termo *stare decisis* significa tanto a vinculação, por meio do precedente, em ordem vertical (ou seja, como representação da necessidade de uma Corte inferior respeitar decisão pretérita da Corte superior), como horizontal (a Corte respeitar decisão anterior proferida no seu interior, ainda que a constituição dos juízes seja alterada). Alerta, no entanto, que há quem prefira diferenciar o termo *stare decisis* do termo *precedent*, sendo, para esses o *stare decisis* apenas se refere à obrigação de uma Corte decidir em conformidade com anterior decisão prolatada pela própria Corte (vertical), enquanto que o termo *precedent* diria respeito a *stare decisis* e também à obrigatoriedade de a Corte respeitar decisão pretérita advinda de Corte superior. (idem, cit. p.27)

Supremo Tribunal Federal passou a adotar as súmulas hoje chamadas persuasivas³⁶, como forma de aperfeiçoar o trabalho daquela Corte no julgamento de casos repetitivos. Rodolfo de Camargo Mancuso define as súmulas persuasivas como sendo aquelas que “se destinam a influir na convicção do julgador, convidando-o ou induzindo-o a perfilhar o entendimento assentado, seja pelo fato de aí se conter o extrato do entendimento prevalecente, seja pela virtual inutilidade da resistência, já que o Tribunal *ad quem* tenderá, naturalmente, a prestigiar sua própria súmula, quando instado a decidir recurso que sustente tese diversa.”

A diferenciação entre o conceito de precedente e de súmula dará maior enfoque às súmulas vinculantes, tal qual previsão constitucional, pois são realmente elas que têm o condão de vincular, como o próprio nome já diz, as decisões judiciais e administrativas vindouras e que venham a tratar do mesmo tema sumulado. Pois bem, no Brasil, foram as súmulas vinculantes trazidas Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, a partir da inclusão do artigo 103-A ao texto da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

³⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. 4ª edição. São Paulo: RT, 2010, p. 430.

Com efeito, a primeira e talvez a mais básica distinção que deva ser feita entre as súmulas vinculantes, editadas em conformidade com a previsão constitucional acima e os precedentes encontrados no *common law* seja a natureza originária de cada qual em seu sistema jurídico.

Foram as súmulas idealizadas para serem enunciados abstratos, desvinculados dos casos repetitivos em si, e como vetores tendentes a uniformizar os entendimentos jurisdicionais sobre uma reiterada disputa, ou sobre um grande número de processos que tratassem do mesmo assunto no Poder Judiciário. As súmulas representam, portanto, a tese jurídica reiteradamente decidida pelo tribunal em casos semelhantes, sendo exteriorizada mediante um enunciado que resume o pensamento do tribunal que a editou.

A adoção pelo direito sumulado se mostrou, num primeiro momento, pela preocupação com a eficiência jurídica, com a padronização do entendimento do tribunal em casos repetitivos, muito útil na esfera tributária³⁷, ou naquela infinidade de casos judiciais levados ao Judiciário e que tratavam do mesmo tema³⁸. O que se viu posteriormente foi a utilização das súmulas vinculantes também como instrumento hábil para impedir a subida de recursos aos tribunais superiores e o seu assolamento, porque as instâncias superiores já não davam mais conta de julgar tamanha quantidade de recursos, em sua maioria repetitivos.

Idealizou-se, portanto, a criação e consolidação de um enunciado, seguida de uma imposição vertical do seu entendimento³⁹, de forma que o posicionamento do tribunal

³⁷ Na opinião de Humberto Theodoro Júnior as súmulas representam instrumento de “dinamização dos julgamentos e valioso veículo de uniformização jurisprudencial” (THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 708).

³⁸ Marinoni afirma que as súmulas nunca conseguiram contribuir para a unidade do direito. Em sua opinião “foram pensadas a partir de uma compreensão muito superficial do sistema em que as decisões têm efeito obrigatório ou a partir das máximas, uma lamentável e ineficaz tentativa de alguns sistemas de *civil law* para o encontro da uniformidade da interpretação. As súmulas foram concebidas como enunciados da interpretação das Cortes de correção e destinadas a facilitar os julgamentos dos recursos. Note-se, porém, que a súmula é o enunciado da tese de direito e não pode, como é óbvio, explicar os motivos da adoção da tese de uma determinada situação concreta.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 5ª. Edição, p. 287.)

³⁹ José Rogério Cruz e Tucci esclarece que “...o precedente vertical, que vincula ou que potência maior persuasão, é aquele que provém de corte superior em relação aos tribunais inferiores, e se distingue do precedente horizontal, emanado de órgão jurisdicional postado no mesmo grau hierárquico do tribunal em que se pretende fazê-lo valer. Este geralmente se delinea menos influente. O precedente também pode deixar de ter eficácia quando se revela ultrapassado, sendo substituído por decisão que adota diferente orientação. Nesse caso, nos sistemas da *common law*, o precedente *overruled* (revogação de sua *ratio*) é

superior pudesse determinar de forma célere a sorte de todas as demais demandas relacionadas ao assunto, num afã de solucionar a crise e a quase falência do Poder Judiciário.

E sobre esse aspecto repousa a maior parte das críticas à criação das súmulas vinculantes e, agora, aos efeitos verticais previstos no Código de Processo Civil, justamente porque parece que esses instrumentos não foram concebidos com o propósito – mais nobre, é verdade – de emprestar maior segurança jurídica e previsibilidade às decisões judiciais.

Assim, aos olhos dos críticos, a idealização das súmulas vinculantes e, agora, do sistema de precedentes⁴⁰ do Código de Processo Civil teria o propósito menos nobre de desafogar o Judiciário ao empregar um resultado padrão àqueles casos repetitivos que tanto atravancam a entrega da Justiça⁴¹, se sobrepondo à liberdade dos magistrados e as eventuais peculiaridades de cada caso.

Esse propósito também separa as súmulas vinculantes da ideia de precedente no *common law*, por mais que, também neste sistema, o precedente acabe encurtando e facilitando o julgamento dos casos posteriores, empregando agilidade da prestação jurisdicional, agilidade que no *common law* se pensa ser apenas um dos efeitos reflexos da adoção dos precedentes, e não o seu objetivo primordial⁴².

fortemente excluído das fontes e perde, por via de consequência, qualquer valor. No ambiente da *civil law* ocorre algo semelhante, na hipótese de *revirement* da jurisprudência, ou seja, quando determinado posicionamento pretoriano, até então dominante, é substancialmente alterado por um julgado que se transforma em novo precedente. Parece claro, por outro lado, que no ordenamento jurídico dominado pelo *case law* torna-se extremamente importante a seleção e a documentação das decisões judiciais nos conhecidos *Law Reports*. Já para os regimes jurídicos regrados pelo direito codificado, nos quais as decisões judiciais não possuem autoridade vinculante, a técnica de invocar precedentes, sem bem utilizada, aumenta em muito a previsibilidade da decisão e, portanto, a segurança jurídica.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como fonte do direito. São Paulo: RT, 2004, p. 17)

⁴⁰ Marinoni esclarece que “O sistema de precedentes constitui resposta à função das Cortes Supremas de atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo de acordo com as necessidades sociais. Como as decisões que atribuem sentido ao direito ou mesmo o desenvolvem agregam conteúdo à ordem jurídica e, desta maneira, passam a orientar a sociedade, elas constituem critérios que necessariamente devem ser observados pelos tribunais e juízes para a resolução dos conflitos.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 5ª. Edição, p. 286).

⁴¹ Eduardo Parente, ao tratar das súmulas vinculantes, comenta que não se pode esquecer da segurança jurídica advinda da redução de expectativas e da implementação de situações qualitativamente isonômicas. Para ele “todos falam de agilidade, de *eficácia processual*, mas poucos tratam do que se entende aqui como ponto principal da súmula vinculante: a segurança jurídica.” (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Jurisprudência: da divergência à uniformização. São Paulo: Atlas, 2006. p. 91)

⁴² Essa diferenciação não passou despercebida à Julia Dinamarco ao afirmar que “Em muitos aspectos, a ideia desse parentesco se baseia no desconhecimento das vicissitudes do sistema do *common law* e na

Portanto, também se duvida que o legislador tenha pensado em adotar um sistema com base em enunciados sumulados numa tentativa de aproximar o sistema jurídico brasileiro (*civil law*) das virtudes e características inerentes ao sistema de precedentes, típico do *common law*. É muito mais aceita pela doutrina a ideia de que o legislador brasileiro realmente passou a flertar com esses mecanismos de julgamento de casos repetitivos, de verticalização de decisões, por uma necessidade de destravar o acesso e a busca de uma justiça rápida e eficaz. Infelizmente a verdade há que ser dita, sem maiores rodeios, já que uma análise séria do sistema não pode se furtar à verdadeira *mens legis*, nem tergiversar sobre um tema de significativa importância.

De acordo com as palavras de Marinoni⁴³ “o que particulariza as súmulas é a circunstância de serem enunciados do tribunal acerca das suas decisões, e não uma decisão que se qualifica como precedente. A súmula faz parte de uma linguagem que descreve as decisões. Trata-se, neste sentido, de uma metalinguagem, pois voltada a enunciar algo que já faz parte da linguagem da decisão judicial.”

Já o precedente, no âmbito do *common law*, é a própria fonte do direito em si, pois não se trata de um enunciado abstrato extraído da interpretação judicial de inúmeros casos repetitivos. Julia Dinamarco⁴⁴ assevera que:

As características de súmulas e enunciados são diferentes dessas relativas a julgados, no sistema do direito escrito. As súmulas ou enunciados têm tradicionalmente como substrato a reiteração de julgados, mas são produzidas separadamente do corpo das decisões judiciais que inspiram sua edição. São um produto destacado desses pronunciamentos e têm uma fisionomia praticamente idêntica à de um dispositivo legal, caracterizando-se como “hipótese normativa abstrata, que ocorre comumente nos comandos legais que existem per si, independentemente de alterarem a situação fática disciplinada.

premissa equivocada de que o precedente ali existente teria sido forjado para conseguir evitar a falta de uniformidade na interpretação e aplicação das regras jurídicas pelos órgãos jurisdicionais (e, por meio disso, combater os problemas derivados da sobrecarga de processos).” (DINAMARCO, Julia. O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente. In LEMES, Selma F.; CARMONA, Carlos A.; MARTINS, Pedro B. (Coord.), Arbitragem – Estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007. p. 53)

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 5ª. Edição, p. 159.

⁴⁴ DINAMARCO, Julia. O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente. In LEMES, Selma F.; CARMONA, Carlos A.; MARTINS, Pedro B. (Coord.), Arbitragem – Estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007, p. 54.

Também não se pode esquecer que quando da elaboração das súmulas, enunciados do tribunal acerca de suas decisões, não estão presentes as partes que deram origem à formação da tese jurídica, não está presente o contraditório, mas apenas o interesse do tribunal em delimitar adequadamente um enunciado jurídico, com base em decisões previamente elaboradas, por vezes em diversos casos.

É como se o tribunal colhesse a jurisprudência igualitária sobre diversos casos repetitivos para que deles pudesse extrair o sumo, um enunciado comum, um enunciado abstrato que teria o condão de definir resumidamente o entendimento do Judiciário a respeito daquela questão controvertida. Os julgados que embasam a edição do enunciado da súmula por vezes não contêm exatamente as mesmas palavras que dela constarão, até porque, como se viu acima, trata-se de um trabalho de extração do sentido dos julgados para a criação de uma hipótese normativa abstrata editada com o emprego da metalinguagem⁴⁵.

Portanto, as súmulas têm gênese diversa do precedente do *common law*. A ideia de precedente nos países que adotam o sistema do *common law* se baseia no entendimento extraído de enunciados emitidos pelos juízes em pronunciamentos jurisdicionais, isto é, as fontes do direito são extraídas tradicionalmente pela atividade de adjudicação de causas e mais precisamente da *ratio decidendi* encontrada nessas decisões⁴⁶.

Realmente há significativa diferença entre as formas com que os institutos ingressam em cada sistema jurídico. As súmulas e os precedentes do *common law* têm gênese diversa e se diferenciam no seu nascedouro. De acordo com Lenio Steck⁴⁷, nos

⁴⁵ DINAMARCO, Julia. O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente. In LEMES, Selma F.; CARMONA, Carlos A.; MARTINS, Pedro B. (Coord.), Arbitragem – Estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007, p. 58.

⁴⁶ “A decisão, antes de mais nada, define a controvérsia, ou seja, de acordo com a doutrina da *res judicata*, as partes não podem renovar o debate sobre as questões que foram decididas. Em segundo lugar, no sistema do *common law*, consoante doutrina do *stare decisis*, a decisão judicial também tem valor de precedente. A doutrina, cuja formulação é *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se distorça o que já foi decidido), tem raízes na orientação do *common law*, segundo a qual um princípio de direito deduzido através de uma decisão judicial será considerado e aplicado na solução de um caso semelhante no futuro. Na essência, esta orientação indica a probabilidade de que uma causa idêntica ou assemelhada que venha a surgir no futuro seja decidida da mesma maneira.” (D. RE, Edward. *Stare Decisis*, in Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, tradução de Ellen Gracie Northfleet, v. 60, ano XXI, março de 1994, Porto Alegre, p. 94-106, p. 95)

⁴⁷ STRECK, Lenio Luis. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica, in Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho. BONAVIDES, Paulo;

Estados Unidos, a força dos precedentes “reside na tradição, não estando estabelecida em qualquer regra escrita, quer na Constituição e tampouco em regra de ofício. Causa espécie, pois, o estabelecimento, no Brasil, da obrigatoriedade da obediência ao ‘precedente sumular’ por intermédio da emenda constitucional em *um sistema jurídico filiado à família romano-germânica*.”

A súmula vinculante, da mesma forma que o assento português⁴⁸, se desvincula do caso que lhe deu origem. Ela se transforma num enunciado normativo de vinculação geral por expressa disposição constitucional, enquanto que o precedente é uma concreta decisão judicial, vinculada como tal ao caso concreto em que fora produzida.

Realmente parece estar aí a mais gritante distinção entre as súmulas vinculantes e os precedentes do *common law*, a ponto de Julia Dinamarco asseverar que:

Assim, distinguem-se Súmula Vinculante e precedente no papel que cada um desempenha nos sistemas a que pertencem. Aquela é corolário accidental da atividade de um tribunal específico, e, versando sobre matéria delimitada, consolidará o entendimento acerca de determinada questão; é gerada a partir dos pronunciamentos advindos de uma diversidade de causas semelhantes, entre as quais constata-se discrepância de tratamento, sendo já assentado, por predominância, o tratamento que a elas deve ser conferido; não é fonte do direito, em que pese sua força obrigatória para os destinatários indicados no art. 103-A da Constituição. No sistema common law, todo precedente contém um comando de direito, que é resultado automático da adjudicação de causas no sistema anglo-saxão, e seu advento não se relaciona diretamente com o imperativo de assegurar tratamento uniforme a determinada questão e é, ali, fonte do direito.

Os *leading cases* no direito anglo-saxão são julgados, ou partes de um julgado, de onde se extrai um entendimento que poderá ser utilizado pelas cortes de justiça nos futuros casos. Não há uma edição de um enunciado, uma súmula que represente a *ratio decidendi* daquele julgamento, nem, muito menos, um conjunto de julgados dos quais se extrai um entendimento único, ou um enunciado que representa a súmula da interpretação do Judiciário sobre determinada controvérsia.

O atual Código de Processo Civil, seguindo orientação do legislador constitucional, emprestou maior poder às súmulas, tanto o é que faz 22 (vinte e duas)

MARQUES DE LIMA, Francisco Gerson; BEDÊ, Faya Silveira (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 414.

⁴⁸ NEVES, Castanheira. O instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais. Coimbra: 1983, p. 228.

referências à palavra, definindo a sua função no seu artigo 926 ao prescrever que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, editando enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante, atendo-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação^{49 50}. Mas, como se viu acima, não é de hoje essa importância emprestada às súmulas, pois a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 já trazia a ideia de vinculação dos órgãos do Judiciário e da administração pública aos seus enunciados.

Essa vinculação se daria a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal, mediante reclamação específica, poderia anular o ato administrativo ou revogar a decisão judicial vergastada e que estivesse em confronto com súmula anteriormente editada, daí a dizer-se que a vinculação que se criava a esses precedentes está relacionada aos poderes conferidos ao Supremo Tribunal Federal para invalidar quaisquer atos dos órgãos destinatários em descompasso com os enunciados das súmulas vinculantes em vigor.

Feitos esses esclarecimentos sobre o precedente típico do *common law* e algumas das figuras afins encontradas no direito brasileiro, veja-se, agora, como e por qual razão o legislador pátrio passou a flertar com essas ideias de verticalização dos entendimentos judiciais, o que, como se verá, se tornou mais sensível a partir da edição do Código de Processo Civil de 2015.

1.5. A VALORIZAÇÃO DOS *PRECEDENTES* NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

⁴⁹ Importante valoração é feita por José Miguel Garcia Medina no que tange ao plano de eficácia das súmulas *vis a vis* a lei, colocando-as em patamar diverso no universo interpretativo. Afirma que “a lei e a súmula não se encontram num mesmo plano. Na verdade, a súmula deve se subordinar a lei. O que ocorre é que a norma jurídica, geral e abstrata, pode dar ensejo ao surgimento de duas ou mais interpretações diversas, sobre um mesmo assunto. A súmula, assim, desempenha função importantíssima, pois registra qual interpretação da norma seria a correta, e que, uma vez revelada, irá instruir julgamentos posteriores, sobre o mesmo tema.” (MEDINA, José Miguel Garcia. O pré-questionamento nos recursos extraordinário e especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 272)

⁵⁰ Interessante notar que o § 5º, do artigo 927 do Código de Processo Civil determina que os Tribunais devem dar publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os preferencialmente na rede mundial de computadores. Isso denota não só uma preocupação do legislador com a organização material, mas também uma clara tentativa de amplificar seus efeitos além da esfera típica do Poder Judiciário. Assim como as leis não poderão mais os cidadãos e jurisdicionados alegar ignorância sobre os precedentes do Poder Judiciário.

O Código de Processo Civil de 2015 foi, sem dúvida, a maior e mais recente alteração legislativa a realçar a força dos *precedentes* no sistema jurídico nacional. Há, no Código, uma inegável diretriz de verticalização que compreende a adoção e imposição de determinadas exteriorizações da atividade jurisdicional a casos futuros. Essas recentes alterações somam-se a outras, que já demonstravam essa tendência, mas que agora voltaram a ser estudadas pela doutrina nacional, tamanho o impacto trazido. Muitos trabalhos têm sido escritos a respeito dessa nova sistemática de precedentes, que entusiasmou processualistas brasileiros a estudarem seus efeitos e aquilo que alguns identificam ser uma aproximação com o sistema do *common law*⁵¹.

Embora o Código de Processo Civil de 2015 esteja todo ele permeado com a ideia de um novo sistema de vinculação da eficácia das decisões e pronunciamentos judiciais pretéritos⁵² é nos artigos 926 e 927 do Código que se percebe a mais acentuada expressão desse espírito. É, por exemplo, no *caput* do artigo 926 que o legislador exterioriza sua preocupação no sentido de que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Da análise desses artigos, mas não só deles, se percebe que o Código de Processo Civil de 2015 atribui força vinculante a diversos pronunciamentos judiciais, numa tentativa de formação de uma nova cultura processual, com clara diretriz de valorização de decisões judiciais pretéritas. O Código traz, sob o manto do que poderia ser interpretado por precedente, *lato sensu*, várias decisões judiciais, em diferentes situações e com diversas formas de construção. A expressão precedente é utilizada de uma maneira abrangente, por vezes equivocada, mas em grande parte como sendo aquela prévia decisão judicial que uniformiza o entendimento do Poder Judiciário sobre um determinado assunto.

⁵¹ “As tradições do *civil law* e do *common law* tornam-se paulatinamente mais próximas, há um movimento de convergência sendo percebido pelos juristas. Esse movimento já vem sendo notado há algum tempo e tem como provável causa a globalização, facilitando o acesso à informações – permitindo a incorporação de institutos jurídicos e possibilitando o intercâmbio de juristas – e requerendo alguma medida de compatibilização para que sejam facilitadas as transações.” (MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 60).

⁵² O Código de Processo Civil de 2015 trouxe inúmeros outros artigos com efeitos decorrentes da eficácia dos precedentes aos processos futuros, o que se verifica no deferimento de tutela de evidência (artigo 311, II), na sentença de improcedência liminar (artigo 332, II), na dispensa de remessa necessária (artigo 496, § 3º) e na dispensa de caução no cumprimento provisório da sentença (artigo 521, IV).

É no artigo 927, por exemplo, que são encontrados os diversos pronunciamentos judiciais aos quais se atribui a eficácia de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário, são eles: **(i)** as decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas no controle concentrado de constitucionalidade; **(ii)** os enunciados de súmulas vinculantes; **(iii)** os acórdãos em incidente de assunção de competência e em julgamento de casos repetitivos, assim entendidos o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos extraordinário e especial repetitivos; **(iv)** enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e, por fim **(v)** orientação do plenário ou do órgão especial aos quais juízes e tribunais estiverem vinculados.

Marinoni⁵³ é crítico ao comentar as hipóteses do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, pela falta de técnica e homogeneidade entre as hipóteses de vinculação obrigatória⁵⁴. De acordo com o mencionado autor o artigo “mistura decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas, decisões tomadas em vias de solução de casos ou questões repetitivas e orientação do plenário ou do órgão especial, mas, surpreendentemente, nada diz sobre precedente, *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes da decisão.”

Realmente o artigo 927 do Código de Processo Civil traz cinco incisos com uma previsão de determinadas decisões e pronunciamentos judiciais que devem ser observados pelos demais órgãos da jurisdição estatal. São hipóteses heterogêneas no que se refere à sua força vinculante, no que tange ao órgão prolator, algumas hipóteses de controle difuso e outras de controle concentrado de constitucionalidade. É verdade que os artigos 926 e 927 do Código não são teóricos, nem tampouco abstratos, ou seja, não são fontes conceituais do que seriam precedentes, até porque não é tarefa do legislador conceituar

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 5ª. Edição, p. 285.

⁵⁴ No mesmo sentido Márcio Bellocchi ao afirmar que “Após o desenvolvimento supra, e ao retomarmos a leitura do art. 927 NCPC, podemos concluir que esse dispositivo trata, de forma promíscua, de tipos de precedentes diversos e, inclusive, de hipóteses que não versam sobre precedentes. Daí a inadequação técnica, a nosso ver, da utilização, em seu *caput*, do verbo: *observarão*, como se devessem, os institutos ali listados, receber, do Poder Judiciário, o mesmo tipo de tratamento ou reverência.” (BELLOCCHI, Márcio. Precedentes Vinculantes e a Extensão da Expressão “Aplicação do Direito Brasileiro” na Convenção de Arbitragem. Dissertação apresentada para obtenção de título de Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2017. p. 61)

esses institutos, mas o que também não o exime de adotar a adequada terminologia, ou classificação.

Essa ideia de criar um sistema de precedentes sofreu críticas, mas também recebeu alguns aplausos por trazer novas ideias ao cenário jurídico nacional, numa tentativa de aperfeiçoar a prestação jurisdicional, emprestando maior respeito às decisões pretéritas dentro do âmbito do Poder Judiciário.

1.6. A IDEIA DA ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES.

É de se indagar, portanto, qual a razão que levou o legislador processual de 2015 a adotar um sistema diferenciado daquele que vigorava anteriormente, acentuando uma maior vinculação às decisões e enunciados pretéritos proferidos pelos diversos órgãos do Judiciário.

Mesmo reconhecendo a impropriedade do termo, chamaremos de *sistema de precedentes* ou *regime de precedentes* esse movimento que levou o legislador brasileiro a emprestar uma maior eficácia a determinadas decisões judiciais e enunciados sumulados proferidos pelos órgãos do Poder Judiciário.

De início é conveniente afastar a afirmação de que essa é uma ideia nova do legislador brasileiro, ou de que agora o Brasil migrou definitivamente para o regime do *common law*. Isso não é verdade, essa afirmação é equivocada e simplista. Pode se conceber tenha havido uma aproximação dos efeitos práticos das decisões, mas nunca uma importação dos conceitos, já que totalmente diferentes⁵⁵.

Não se está aqui a dizer, e isso é importante repisar com todas as letras, que o sistema brasileiro migra para o *common law*, o que seria uma impropriedade e uma

⁵⁵ Nos dias atuais, embora um determinado país adote este ou aquele sistema jurídico, é difícil não se verificar interferência de um sistema no outro, do *civil law* no *common law* e vice-versa. Ricardo Dalmaso Marques igualmente afirma que “Nada obstante, e ainda que a grande maioria dos países adote alguma das fórmulas mencionadas anteriormente – em alguns, até conjuntamente com outros sistemas legais, como o Direito Consuetudinário e o Direito Muçulmano -, é importante que se observe que uma diferenciação absoluta entre os dois modelos tem sido cada vez mais rara, a partir de uma tendência crescente de mescla (ou aproximação) dos dois em determinadas jurisdições. De forma mais específica, enquanto, nos países de *Common Law*, tem se verificado um aumento da atividade legislativa; de outro, nas jurisdições afetas à tradição do *Civil Law*, tem ocorrido verdadeira e crescente valorização da jurisprudência.” (MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre, v. 10, n. 38 – Abr-Jun/2013, p. 102)

assertiva de singeleza infantil, além de contraditória ao que se disse acima. O que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe, para muitos de forma até inconstitucional, foi a ampliação da observância a determinadas decisões e súmulas, num objetivo de verticalização e subserviência às decisões pretéritas, mas num contexto sistêmico totalmente diverso do *common law* onde, como se viu, o precedente exerce um papel diverso, por representar a própria fonte primária do direito.

Por mais que se tenha uma proximidade de efeitos entre os institutos constantes dos dois sistemas, não se pode afirmar que o regramento trazido pelo Código de Processo Civil de 2015 seja definitivamente uma importação exata do conceito de precedentes do sistema anglo-saxão. Cassio Scarpinella⁵⁶ ao analisar o artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015 afirma:

Nada que o CPC de 2015 traz a respeito do assunto, contudo, autoriza afirmativas genéricas, que vêm se mostrando comuns, no sentido de que o direito brasileiro migra em direção ao common law ou algo do gênero.

É importante, por isso mesmo, compreender estes dispositivos (como, de resto, todos os que, ao longo do CPC de 2015, direta ou indiretamente com eles se relacionam – e não são poucos) como normas diretivas de maior otimização das decisões paradigmáticas no âmbito dos Tribunais e dos efeitos que o CPC de 2015 quer que estas decisões, as paradigmáticas – por ele chamadas de “precedentes” – devem surtir nos demais casos em todos os graus de jurisdição, a começar pelo Supremo Tribunal Federal.

Pois bem, a segurança jurídica, a previsibilidade e o princípio da igualdade deveriam ser, ao lado da preocupação pela celeridade, os pilares dos defensores de um sistema de precedentes mais eficaz do ponto de vista de entrega de uma prestação jurisdicional justa e adequada aos cidadãos, sem que haja um distanciamento das raízes do sistema jurídico nacional, baseado no *civil law*, até para que não tenhamos no Brasil uma ditadura do Judiciário⁵⁷.

⁵⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2016, p. 733.

⁵⁷ A reflexão acima também carrega o receio de entrarmos numa era de exacerbado protagonismo judicial, o que é extremamente perigoso. Do ponto de vista político a reserva legal exercia (e ainda exerce) um importante papel na contenção dos regimes autoritários, pois a estrita legalidade impediria a imposição de interesses por meio da força. Alie-se a eficácia vinculante das decisões judiciais, a afirmação de que os precedentes são fonte primária do Direito e a estrutura normativa mais aberta (v.g. direito das obrigações no Código Civil de 2002) e teremos uma perigosa concentração de poderes em favor dos magistrados, em detrimento à segurança e à estabilidade do sistema jurídico.

Afinal de contas, a ideia da aplicação irrestrita da norma jurídica como ferramenta para uma sociedade justa e dotada de segurança jurídica nasceu com a Revolução Francesa, em oposição à monarquia. De acordo com os seus ideais, a lei seria indispensável para que os juízes produzissem decisões que se amoldassem nesse novo regime em que se objetivava afastar a tirania e o abuso de autoridade por parte dos monarcas⁵⁸.

O juiz que decidia conforme a lei transmitia a sensação de segurança jurídica e igualdade, além da previsibilidade, conceitos esses extremamente caros naquele momento histórico pós-absolutista. A segurança e a certeza do direito viriam da aplicação estrita da lei. Essa é a concepção clássica do *civil law*, de acordo com o qual o juiz atuaria conforme a vontade da lei e daí adviriam segurança jurídica e previsibilidade na resolução dos conflitos sociais.

De acordo com opinião de Luiz Guilherme Marinoni⁵⁹:

(...) nos países que não precisavam se iludir com o absurdo de que o juiz não poderia interpretar a lei, naturalmente se aceitou que a segurança e a previsibilidade teriam de ser buscadas em outro lugar. Se no civil law imaginou-se que a segurança e a previsibilidade poderiam ser alcançadas por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, no common law, por nunca ter existido dúvida de que os juízes podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança de que a sociedade precisa para se desenvolver.

Mas o que aconteceu no sistema brasileiro na linha do tempo desde a Constituição de 1988? Houve, é importante se dizer, um aumento do acesso ao Poder Judiciário e também do acesso aos tribunais. Com esse exponencial acesso aos tribunais deu-se, então, a necessidade de serem criadas ferramentas que pudessem dar ao processo e ao jurisdicionado a solução rápida por ele almejada, porque afinal de contas, partir de 2004,

⁵⁸ Nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Júnior “A crítica dos pensadores iluministas e a necessidade de segurança da sociedade burguesa passou, então, a exigir a valorização dos preceitos legais no julgamento dos fatos. Daí se originou um respeito quase mítico pela lei, base, então, para o desenvolvimento da poderosa Escola da Exegese, de grande influência nos países em que dominou o espírito napoleônico. A redução do jurídico ao legal foi crescendo durante o século XIX, até culminar no chamado legalismo.” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 74-75)

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 5ª. Edição, p. 53.

elegeu-se a categoria de valor constitucional o princípio da razoável duração do processo⁶⁰.

O legislador brasileiro passou a vislumbrar na adoção dos precedentes (*lato sensu*) não apenas um aceno da segurança jurídica, da previsibilidade das decisões judiciais, mas também a possibilidade de se estabelecer atalhos para se chegar à decisão final do processo. Isso no início gerou uma grande grita por parte da magistratura nacional, que entendia ser essa idealização do processo uma violação aos princípios da liberdade e da independência dos magistrados.

Todavia, prevaleceu o ideário de que, ao invés de se aguardar por anos a fio a reforma daquela decisão nos tribunais superiores, adotar-se-iam as decisões e orientações já firmadas por essas mesmas Cortes sem que a parte tivesse que interpor uma séria infinita de recursos para fazer prevalecer o entendimento por vezes até sumulado.

Prestigiou-se, pois, o princípio constitucional da razoável duração do processo em detrimento da ampla liberdade dos magistrados. O magistrado continua e até deve ter a sua opinião sobre o tema, a qual pode até ser explicitada na decisão, mas, todavia, deve se curvar ao entendimento precedente dos Tribunais Superiores, em homenagem, repita-se, à previsibilidade, à segurança jurídica e ao princípio da razoável duração dos processos.

⁶⁰ De acordo com Samuel Miranda Arruda, ao comentar o inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal, a inclusão deste inciso marcou uma nova etapa, em que o constituinte se preocupou não só com o acesso à justiça, mas também com a qualidade e rapidez de resposta do judiciário. Para o mencionado autor “parece-nos bem evidente, portanto, que a inclusão do inciso LXXVIII neste artigo 5º marca a consolidação de uma nova etapa: uma fase em que o constituinte, já havendo assegurado o acesso à justiça, preocupa-se em garantir a qualidade do cumprimento dessa missão estatal. Aqui será interessante fazer um paralelo com a evolução que representou a edição da Emenda Constitucional 19, que incluiu a eficiência como princípio constitucional da administração pública. Se esta primeira reforma introduziu a eficiência como valor perseguido pelo administrador público, o inciso LXXVIII incorporou o valor eficiência temporal como parâmetro de consecução da justiça.” (ARRUDA, Samuel Miranda. Comentário ao artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 508)

Então, o legislador, principalmente a partir de 2004, exacerbou uma ideia que já havia no Brasil, uma exortação aos precedentes *lato sensu* em prol da segurança jurídica e respeito à tutela dos Tribunais Superiores⁶¹. Rodolfo Camargo Mancuso⁶² anota que:

De tudo resulta que, tirante os usos atécnicos ou impróprios da palavra jurisprudência (como também ocorre com a palavra jurisdição), é inegável a tendencial expansão da eficácia do direito pretoriano dentre nós, em que pese nossa filiação à família romano-germânica dos direitos codicísticos, e ainda, sem embargo de a jurisprudência não vir elencada, expressis verbis, dentre os meios de integração de nosso Direito, (...). Fato é que a jurisprudência, mormente quando qualificada como dominante ou sumulada, consente uma irradiação de efeitos nos planos endo e panprocessual, e mesmo, em certa medida, ao interno da coletividade, neste último caso operando uma sorte de efeito preventivo geral, ao dissuadir atos e condutas contrários ao entendimento assentado, e, bem assim, ao desestimular o ajuizamento de pretensões em descompasso com o direito pretoriano assentado.”

Pois bem, a maior importância da adoção de um regime de precedentes é (ou deveria ser) o apreço à segurança jurídica, pois o sistema repugna a existência de decisões diferentes para uma mesma controvérsia. Essa é uma das grandes mazelas da jurisdição estatal, pois é inegável que o amplo acesso à jurisdição, fenômeno experimentado nas últimas décadas, levou a uma infinidade de decisões judiciais conflitantes entre si, o que gera nos jurisdicionados uma sensação de insegurança, ou popularmente falando, de uma "loteria judicial". Marinoni⁶³ destaca a importância da segurança jurídica no respeito aos precedentes e ensina que:

A segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser “Estado de Direito”.

Embora as Constituições, em geral, e Cartas de direitos humanos fundamentais –como, por exemplo, a Declaração dos Direitos da ONU e a Convenção Americana de São José da Costa Rica- não aludam a

⁶¹ “O fenômeno da concessão de maior eficácia às decisões judiciais pode ser identificado nas numerosas reformas havidas na legislação processual brasileira nas últimas décadas. Em decorrência dessas consecutivas modificações, encontram-se, em nosso sistema atual, precedentes com eficácia de níveis distintos, quais sejam, persuasivos, impeditivos de recursos e, em grau máximo, vinculantes.” (DALLA, Humberto e RODRIGUES, Roberto. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. Revista dos Tribunais, Revista de Processo Repro 259, Set/2016. São Paulo: 2016, p. 407)

⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema Brasileiro de Precedentes. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 129/130.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 5ª. Edição, p. 96/97.

um direito à segurança jurídica, o constitucionalismo dos nossos dias é consciente de que um Estado de Direito é dela indissociável. A doutrina considera a segurança jurídica como expressão do Estado de Direito, conferindo àquela a condição de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito.

Assim, a segurança jurídica assume as figuras de princípio da ordem jurídica estatal e de direito fundamental. A Constituição brasileira refere-se à segurança como valor fundamental, arrolando-a no caput do art. 5º como direito inviolável, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Ainda que não fale de um direito fundamental à segurança jurídica, a Constituição Federal possui inúmeros dispositivos que a tutelam, como os incisos II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito), XXXIX (princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal) e XL (irretroatividade da lei penal desfavorável) do art. 5º.

O Estado brasileiro, por ter o dever de tutelar a segurança jurídica, deve realizar as suas funções de modo a prestigiá-la, estando proibido de praticar atos que a reneguem.

Obviamente que há outras vantagens que levam à adoção do sistema de precedentes, tais como a celeridade na entrega da Justiça (princípio constitucional da razoável duração do processo), mas não se discute que a segurança jurídica é algo de mais valioso a justificar a exacerbação dos precedentes, aptos a exercer influência definitiva sobre casos semelhantes e que venham a ser julgados no futuro⁶⁴.

Também não se pode esquecer o apreço à previsibilidade⁶⁵, à estabilidade, e uma confirmação da garantia ao duplo grau de jurisdição, até porque não houvesse duplo grau de jurisdição inexistiria corte superior a cassar, revogar ou adequar a decisão ulterior ao precedente previamente estabelecido. Inexistiria, portanto, a verticalização das decisões judiciais e a imposição dos efeitos de uma pretérita decisão das Cortes de Justiça sobre

⁶⁴ Há também desvantagens, como bem esclarece William Pugliese ao afirmar que a aplicação dos precedentes obrigatórios em nosso sistema jurídico poderá afetar a independência dos magistrados, causando um engessamento do sistema, além do fato de que as reiteradas decisões propiciam a que os Tribunais Superiores revejam as suas próprias decisões. (PUGLIESE, William. Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2016, p. 59 e ss.)

⁶⁵ Marinoni faz importante comentário a respeito deste importante aspecto relacionado à cultura do respeito aos precedentes, qual seja, a previsibilidade, destacando que tal fato não é exclusivamente inerente ao sistema jurídico do *common law*. Na sua explicação, contudo, fica claro que a previsibilidade é irmã gêmea da segurança jurídica, conforme se percebe da parte final do trecho a seguir destacado: “E não se pense que a garantia da previsibilidade das decisões judiciais é algo que diz respeito ao sistema de *common law* e não ao de *civil law*. Ora, tanto as decisões que afirmam os direitos independentemente da lei quanto as decisões que interpretam a lei, seja no *common law* ou no *civil law*, devem gerar previsibilidade aos jurisdicionados, sendo completamente absurdo supor que a decisão judicial que se vale da lei pode variar livremente de sentido sem gerar insegurança.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 5ª. Edição, p. 102).

os demais órgãos do Poder Judiciário. Todos esses são aspectos que decorrem, numa maior ou menor proporção, do conceito inerente à segurança jurídica, mas que merecem ser aqui destacados.

Assim, por mais que os magistrados tenham independência para interpretar a lei desta ou daquela forma⁶⁶ é a segurança jurídica que se revela como sendo a preocupação constante do sistema jurídico, pois os cidadãos reclamam pela previsibilidade das decisões, em homenagem, inclusive, ao princípio da isonomia. A atividade do magistrado estatal é atividade vinculada, pois se vincula à ordem jurídica e à lei em nome de valores maiores, tais como a segurança jurídica, a igualdade de direitos e o equilíbrio sistêmico.

Adicionalmente, não se olvida que uma grande quantidade dos processos que tramitam Brasil afora trata basicamente do mesmo assunto, numa repetição constante de demandas enfadonhas que atravancam o Poder Judiciário e infundáveis recursos que assolam os tribunais superiores, causando uma morosidade nociva ao sistema e um desserviço aos cidadãos.

Isso para não se dizer no aumento exponencial de decisões conflitantes sobre o mesmo tema, todas elas a, mais cedo ou mais tarde, serem alçadas aos tribunais superiores que, com uma infinidade de recursos, têm a tarefa de uniformizar a jurisprudência sobre determinado tema, especificamente o Superior Tribunal de Justiça, por expressa atribuição constitucional (artigo 105 da Constituição Federal).

Portanto, outro argumento caro aos defensores de um sistema de vinculação dos precedentes é justamente a contribuição que esse sistema pode emprestar à solução dessa crise do Poder Judiciário, algo que não é exclusivo do Brasil, é bom que se diga, mas que é extremamente vantajoso na medida em que se aplicaria a decisão tomada num determinado caso a todos os demais que a ele sejam idênticos.

Todavia, parece ser um equívoco justificar toda uma exacerbação na adoção dos precedentes apenas pela necessária celeridade na entrega da justiça, como se as causas

⁶⁶ Importante lembrar que a assim chamada discricionariedade judicial é a possibilidade de o magistrado adotar uma dentre múltiplas soluções para um único caso, sempre dentro dos limites da lei e de forma a se evitar a generalização da técnica interpretativa. Parte da doutrina traz alerta para a correta interpretação que se deve dar ao atual § 2º, do artigo 489, do Código de Processo Civil que prescreve que “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” de forma que não se permita, a partir de exageros, no cometimento de arbitrariedades.

repetidas fossem o grande e único entrave do colapsado Poder Judiciário. A alteração do regime de precedentes, com diretriz vertical obrigatória, parece ser um movimento que vem sendo experimentado no mundo jurídico contemporâneo e que não se limita apenas ao caso brasileiro, em que há uma quase falência dos órgãos jurisdicionais. Faz parte, antes, de toda uma evolução dos sistemas jurídicos, numa tentativa de solucionar o que muitos estudiosos entendem ser a crise do direito na pós-modernidade⁶⁷. É preciso que o direito dê respostas aos desafios da pós-modernidade⁶⁸, empregando novas ferramentas e novos formatos na entrega da justiça, sem se afastar das características originais dos sistemas a que pertencem.

Importante agora tentar decifrar como o sistema das fontes do direito se comporta a partir dessas recentes, mas também constantes alterações, todas no sentido de

⁶⁷ Nesse sentido cite-se Eduardo C. B. Bittar ao afirmar que o sistema jurídico como um todo sofre com a inter-relação com os diversos sistemas (econômicos, sociais, culturais etc), bem como com as questões contemporâneas que afligem as sociedades, confira-se “O sistema jurídico, como um todo, sofre diretamente os impactos e abalos da pós-modernidade em sua configuração, eis a necessária constatação. Sabendo-se tratar de um sistema que não vive autonomamente, com relação aos demais sistemas (social, cultural, político, econômico, científico, ético...), é de se dizer que o sistema jurídico recebe diretamente o impacto das modificações sofridas nas últimas décadas, que acabaram por produzir profunda desestruturação nos modos tradicionais e modernos de concepção do mundo. Leia-se: ‘*O sistema normativo jurídico é do tipo aberto, estando em relação de importação e exportação de informações com outros sistemas (o dos conflitos sociais, políticos, religiosos etc.) sendo ele próprio parte do subsistema jurídico (que não se reduz a normas, mas incorpora outros modos discursivos)*’ (Ferraz Junior, Teoria da norma jurídica, 3ª. ed., 1997, p. 141).’ A consciência dessas características do ordenamento jurídico é que permite dizer que essas modificações tornam-no ainda mais complexo, em seu operar, e ainda mais instável, na sua durabilidade e na sua capacidade de *inter-ação* com a sociedade.” (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 207)

⁶⁸ Muitos autores se dedicam ao estudo do Direito na pós-modernidade, na tentativa de decifrar os desafios dos sistemas jurídicos e sua eficácia nesta sociedade contemporânea marcada pela influência da informação e do conhecimento como valores máximos, além da inesgotável utilização da tecnologia, da ciência e da virtualização das relações humanas. Rogério Donnini assevera que “além disso, a tecnologia tem uma influência direta na seara do direito, pois novos e velhos danos passaram a ter uma feição diversa, com extensão e efeitos muito maiores. Uma das características da pós-modernidade, como dissemos, é a insegurança jurídica. Contudo, não há uma noção única do que seja insegurança jurídica. Nos planos nacional e internacional há uma infinidade de definições a respeito do tema. Existe quem a conceitue como a manutenção das leis gerais e sua aplicação pelo Estado que, em verdade, teria que garantir a não violação do direito, além da necessidade de clareza na lei, de tal sorte que as pessoas a compreendessem, leis essas que deveriam garantir direitos fundamentais (vida, liberdade, propriedade etc), o que geraria uma estabilidade e, como consequência, uma paz interna (...) o direito, na sociedade pós-moderna, contrariamente à segurança jurídica, estabilidade e certeza preconizadas na Modernidade, quando imperava o liberalismo, o capitalismo e o individualismo, reflete, sem dúvida, uma sensação de insegurança jurídica, além de incerteza e instabilidade. Enquanto nas noções aqui referidas de segurança jurídica nos deparamos com as expressões “manutenção do direito”, “instituições duradouras”, “vias estáveis e ordenadas”, “inconveniente de se deparar com algo novo”, “certeza do direito”, enfrentamos na atualidade verdadeira dificuldade de alcançarmos essas manifestações em um momento de enormes transformações em todas as ciências, inclusive do direito.” (DONNINI, Rogério. Responsabilidade Civil na pós-modernidade. Felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015, p. 28)

verticalizar a eficácia das decisões judiciais e súmulas, impondo observância obrigatória aos órgãos do Poder Judiciário e, em determinados casos, até aos órgãos não integrantes da estrutura estatal.

2. FONTES DO DIREITO.

Para que se possa analisar a interferência dos pronunciamentos judiciais nas decisões arbitrais, bem como para que se possa averiguar a amplitude e as consequências da influência de um subsistema no outro é também importante trazer esclarecimentos sobre as fontes do direito no Brasil.

É relevante analisar se esse movimento tendente a emprestar maior ênfase às decisões judiciais, que começou há algum tempo, mas que agora tomou maior relevo com o Código de Processo Civil de 2015, interfere nas fontes do direito brasileiro, pois são nelas que o julgador, seja ele juiz ou árbitro, irá buscar os fundamentos jurídicos para a sua decisão.

O uso dos precedentes *lato sensu* sempre foi de extrema relevância para os julgadores, sejam eles juízes estatais ou árbitros⁶⁹, mas é importante que se analise a partir do exame das fontes se essa relevância passou a ser obrigatória no atual estado de coisas do sistema normativo brasileiro. Assim, é imperioso avaliar se os pronunciamentos judiciais, tão enfatizados pelo assim chamado sistema de precedentes, integram as fontes do direito brasileiro e em qual grau de relevância e, a partir daí, verificar eventual vinculação dos julgadores (juízes e árbitros) às decisões judiciais.

Digno de nota que o presente estudo adotará a expressão sistema de precedentes para definir essa sistemática de verticalização e criação de julgados vinculantes que foi trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, conforme leitura que se faz dos seus

⁶⁹ Para Gilbert Guillaume “In national legal systems, precedent constitutes the starting-point of judges’ reasoning. Most of the time, judges hew closely to precedent for purposes of legal certainty and for fear that their decisions might be challenged before higher instances. This practice translates into the stare decisis rule in Common Law, and into the concept of jurisprudence constant in Roman-German Law.” (GUILLAUME, Gilbert. The use of precedent by International Judges and Arbitrators. Journal of International Dispute Settlement, vol. 2, n. 1. Oxford University Press, 2011, p. 1).

artigos 489, § 1º, incisos V e VI⁷⁰, 926⁷¹ e 927⁷², numa obrigatoriedade que antes era restrita às súmulas vinculantes e às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, ambas hipóteses incluídas na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Assim, para o quanto se propõe é forçoso trazer à colação conceitos já tradicionais sobre as fontes do Direito, num caminho em que se buscará analisar se elas sofreram ou não mutação nos sistemas jurídicos modernos, mesmo porque não se nega que os próprios sistemas jurídicos foram (e são) objetos de constantes alterações.

⁷⁰ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...)

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

⁷¹ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

⁷² “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - Os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - Os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - A orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

2.1. CONCEITO.

Pois bem, tem-se por fontes do direito, numa acepção simples e clássica do instituto, a origem jurídica primária, a matéria-prima de um sistema jurídico, onde os operadores buscam o fundamento jurídico interpretativo básico, o direito em seu estado bruto. Portanto, são as fontes do direito a origem e o nascedouro das normas de um determinado sistema jurídico, ou nas palavras de Miguel Reale “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa.”⁷³.

Alf Ross⁷⁴ assevera que por fontes do direito “entender-se-á o conjunto de fatores ou elementos que exerçam influência na formulação do juiz da regra na qual ele funda sua decisão; acresça-se que esta influência pode variar – desde aquelas fontes que conferem ao juiz uma norma jurídica já elaborada que simplesmente tem que aceitar até aquelas outras que lhe oferecem nada mais que idéias e inspiração para ele mesmo (o juiz) formular a regra que necessita.”.

Interessantes são as noções de Francesco Carnelutti ao tratar das fontes jurídicas como sendo ordens jurídicas que efetivamente produzem o direito, sejam elas internas ou externas. De acordo com o jurista italiano, um dos inspiradores do Código de Processo Civil italiano, “a pluralidade das fontes jurídicas não é, por seu lado, outra coisa senão a pluralidade (interna) das ordens. Cada uma destas é figurada como uma fonte de que brota o direito, o que é o mesmo que dizer, de que nascem normas ou preceitos jurídicos.”⁷⁵

E uma análise científica sobre um determinado sistema jurídico deve necessariamente observar as fontes do direito, pois, como acertadamente afirma Rosa Maria de Andrade Nery, são elas consideradas a base de todo o estudo jurídico, ou “de onde vêm as regras jurídicas e sobre qual razão se funda sua autoridade”⁷⁶.

Pode-se dizer, então, que as fontes do direito são o nascedouro das normas jurídicas, a origem e a fonte a partir das quais os intérpretes buscarão o sentido da norma

⁷³ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 140.

⁷⁴ ROSS, Alf. Direito e justiça. São Paulo: Edipro, 2000, p. 103.

⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. Milão: Lejus, 1999, p. 145.

⁷⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: RT, 2008, p. 75.

para a aplicação ao caso concreto. Assim, na análise interpretativa, as fontes atuam como forças a dar substrato ao operador e intérprete do direito, atuando como vetores do pensamento jurídico estruturado, cada qual com sua força persuasiva, a depender do sistema jurídico em que o intérprete está inserido.

Mas o tema não é pacífico, pois muito se discute sobre a diversidade das fontes do direito, já que em cada sistema jurídico devidamente estruturado há maior ou menor prevalência de um ou outro integrante das fontes sobre as demais. A partir disso a doutrina passou a classificar as fontes do direito, numa tentativa de sistematizar as suas espécies, seja pela sua origem, pela preponderância ao influir o pensamento do intérprete, ou pela forma como se exterioriza no mundo real. No que interessa ao presente estudo serão trazidos, abaixo, maiores esclarecimentos sobre classificação das fontes do direito entre fontes primárias e secundárias.

2.2. FONTES PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS DO DIREITO.

É clássica a orientação doutrinária que distingue as fontes do direito em primárias e secundárias. Como o próprio nome já diz, as fontes primárias do direito são aquelas que se mostram, logo à primeira vista, como os vetores dotados de maior capacidade para que deles o intérprete possa extrair o adequado conteúdo jurídico.

Em sistemas jurídicos como o brasileiro, originário do *civil law* são as leis as fontes primárias do direito, porque são elas (as leis) que melhor se apresentam para a interpretação do direito. Nos países de *civil law* é a lei, portanto, a primeira fonte do direito, as normas escritas que emanam da autoridade soberana de uma dada sociedade (Poder Legislativo) e impõe a todos os indivíduos a obrigação de submeter-se a ela, sob pena de sanções.

Carnelutti⁷⁷ também enxergava na lei a supremacia em relação às outras fontes do direito (ordens de fontes jurídicas), a única capaz de produzir efeitos *erga omnes* no sistema jurídico italiano então por ele analisado, confira-se:

É manifesta a necessidade de que, das três ordens de fontes jurídicas, uma só tenha a posição de supremacia. Essa é a legislação. Dir-se-ia que ao legislador cabe a direção suprema do formidável

⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. Milão: Lejus, 1999, p. 173/174.

estabelecimento industrial constituído para a produção do direito. Todos os outros produtores, juízes e partes, estão sob as suas ordens. Tal supremacia traduz-se, primeiro que tudo, em que só a fonte legislativa produz direito sem limites. As outras, pelo contrário, são fontes limitadas, e os seus limites são-lhes estabelecidos pela lei.

Também a jurisdição está sujeita à legislação, no sentido de que mediante o processo jurisdicional não se produz direito, dispositiva ou declarativamente, senão nos limites consentidos pela lei. Esta sujeição da fonte judiciária confere à sua soberania um valor diferente e inferior ao que pertence à fonte legislativa. Esta é soberana não só porque produz direito super partes, mas também porque o produz ilimitadamente, enquanto a soberania da jurisdição se deve entender apenas no primeiro desses sentidos.

Não é por outra razão, senão pela primazia da lei como fonte primária do direito⁷⁸ em nosso país, que a Constituição de 1988, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais dispõe em seu artigo 5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A lei é, portanto, uma norma formal e predeterminada que obriga o indivíduo e, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Junior⁷⁹ “A lei é a forma de que se reveste a norma ou um conjunto de normas dentro do ordenamento. Nesse sentido, a lei é fonte do direito, isto é, o revestimento estrutural da norma que lhe dá a condição de norma jurídica”.

Nesse contexto são consideradas como fontes secundárias todas as demais expressões de conteúdo normativo que estão em segundo plano e que serviriam ao intérprete do direito quando a fonte primária não for suficiente para solucionar por completo a questão. Assim, diante desse vácuo interpretativo, da lacuna do direito⁸⁰, cabe

⁷⁸ De acordo com René David a lei possui primazia na forma de se interpretar o direito, a melhor maneira de chegar às soluções de justiça. Para o autor “Primado atual da lei. Nas condições do mundo moderno e também por razões de ordem filosófica e política, considera-se hoje, de um modo geral, nos países da família romano-germânica, que a melhor maneira de chegar às soluções de justiça, que o direito impõe, consiste, para os juristas, em procurar apoio nas disposições da lei. Esta tendência obteve um sucesso decisivo no século XIX, quando a quase totalidade dos Estados membros da família romano-germânica publicou os seus códigos e se muniu de constituições escritas...As disposições de direito escrito, provenientes do poder legislativo ou da administração, que os juristas vão tratar de interpretar e aplicar para descobrir a solução justa que cada situação comporta, apresentam-se nos países da família romano-germânica como uma hierarquia” (DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 93.)

⁷⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 233.

⁸⁰ A respeito das lacunas do direito e da possibilidade de aplicação, pelo julgador, de outros valores cite-se estudo de Maria Helena Diniz, ao afirmar que “quando, ao solucionar um caso, o magistrado não encontra norma que lhe seja aplicável, não podendo subsumir o fato a nenhum preceito, porque há falta de conhecimento sobre um status jurídico de certo comportamento, devido a um defeito do sistema que pode consistir numa ausência de norma, na presença de disposição legal injusta, ineficaz socialmente, ou seja, em desuso, estamos diante dos problemas das lacunas. (...) Essa permissão de desenvolver o direito compete

ao intérprete lançar mão das fontes secundárias, já que não consegue subsumir o fato a nenhum preceito legal preexistente. Socorre-se o intérprete, então, da analogia, dos costumes, dos princípios gerais do direito, da doutrina e jurisprudência, fontes secundárias do direito em relação à lei positivada.

Essa é, portanto, a conceituação clássica das fontes do direito em primárias e secundárias e que obviamente se altera conforme o sistema jurídico que se está a analisar, até porque, como se sabe, o sistema jurídico do *common law* é enraizado no direito consuetudinário e, dessa forma, empresta primazia aos costumes e aos precedentes, que lá são fontes primárias do direito.

2.3. AS FONTES DO DIREITO BRASILEIRO E A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.

Como se sabe o Brasil possui raízes no *civil law* e, assim, sempre encontrou na lei a sua fonte primária do direito. Até bem pouco tempo a doutrina era unânime ao afirmar que os precedentes judiciais *lato sensu* representavam papel secundário na convicção dos magistrados. Eram eles inegavelmente importantes, mas não a ponto de vincular o entendimento dos julgadores sobre determinado assunto. Seu poder de persuasão era, portanto, limitado. Era, então, difícil justificar que os pronunciamentos judiciais representassem fonte primária do direito de tal forma a vincular as futuras interpretações de maneira determinante. Predominava a posição que negava à produção judicial a atividade normativa.

Constata-se, todavia, que o sistema brasileiro, embora lastreado no positivismo, sofreu influências decorrentes da valorização dos precedentes judiciais. Essa maior relevância dos precedentes justificaria a afirmativa de alguns autores no sentido de que

aos aplicadores sempre que se apresentar uma lacuna, pois devem integrá-la, criando uma norma individual, dentro dos limites estabelecidos pelo direito (LICC, arts. 4º e 5º). As decisões dos juízes devem estar em consonância com o conteúdo da consciência jurídica geral, com o espírito do ordenamento, que é mais rico do que a disposição normativa, por conter critérios jurídicos e éticos, idéias jurídicas concretas ou fáticas que não encontram expressão na norma de direito. Assim sendo, em caso de lacuna, a norma individual completada do sistema jurídico não é elaborada fora dele, pois o órgão judicante, ao emití-la, terá que se ater aos subconjuntos valorativo, fático e normativo, que o compõem” (DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do Direito. 18ª ed. Ver. Atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 477)

houve, inclusive, alteração no regime das fontes do direito aos se equiparar as manifestações do Poder Judiciário à lei como fonte primária do direito. Isso era impensável até bem pouco tempo atrás. Basta se pesquisar os antigos processualistas brasileiros para se constatar, por exemplo, um entendimento bastante sedimentado no que se refere à eficácia dos precedentes na interpretação do direito.

Confira-se a título exemplificativo a antiga opinião de Washington de Barros Monteiro⁸¹, para o qual o precedente judicial constituía "ótima fonte de consulta", mas que "não estão os juízes adstritos a segui-los." De acordo com esse doutrinador "por mais uniforme que seja a jurisprudência, por mais reiterados que sejam seus pronunciamentos, ela não representa norma imperativa...O único compromisso que têm os juízes é com a lei e a própria consciência. Os precedentes, que se examinam sob o aspecto da qualidade, e não da quantidade, ainda que proferidos em tempos calmos e não de paixões, apenas constituem fontes de consulta, aliás, preciosas."

De acordo com esse entendimento não poderia o Poder Judiciário emitir enunciados com força legal a vincular todos os demais juízes, quiçá os cidadãos, pois tal papel incumbiria, por expressa previsão constitucional, ao Poder Legislativo, órgão responsável pela representação dos cidadãos e a quem incumbiria, a princípio, criar o direito brasileiro, a ordem jurídica positivada. Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁸² afirmava que:

O sistema romanístico, assim, em oposição ao anglo-saxônico, caracteriza-se, em primeiro lugar, pela não vinculação dos juízes inferiores aos tribunais superiores em termos de decisões; segundo, cada juiz não se vincula às decisões dos demais juízes de mesma hierarquia, podendo decidir casos semelhantes de modo diferente; terceiro, o juiz e o tribunal não se vinculam sequer às próprias decisões, podendo mudar de orientação mesmo diante de casos semelhantes; em suma, vige o princípio (regra estrutural do sistema) da independência da magistratura judicial: o juiz deve julgar segundo a lei e conforme sua consciência. Por estas razões, a doutrina costuma negar à jurisprudência o caráter de fonte, ao contrário do que sucede com a teoria do precedente no mundo anglo-saxônico [...]. Em suma, a

⁸¹ Monteiro, Washington de Barros. Da jurisprudência. Revista Forense, 202. 1963. p. 374. Também era o entendimento de Alfredo Buzaid, que asseverava que os precedentes jurisprudenciais, por mais prestigiados que fossem, não obrigavam os juízes, que permanecem independentes, livres de qualquer subserviência hierárquica superior no exercício da atividade jurisdicional (BUZOID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. A juris, 34, p. 211).

⁸² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 201-202

jurisprudência no sistema romanístico, é, sem dúvida, 'fonte' interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do direito.

Esse entendimento parece ser cada vez mais questionado pela doutrina moderna, que não encontra mais espaço no conservadorismo do sistema romano-germânico puro. Nem precisaríamos chegar às alterações idealizadas no Código de Processo Civil para concluirmos que houve mudança no regime das fontes do direito. Antes mesmo da edição do novo Código já afirmava Cruz e Tucci, "na impressão inicial, à luz da dogmática moderna, de que a atividade dos juízes e, por via de consequência, os *precedentes judiciais* constituem importante fonte do direito, mesmo no âmbito dos sistemas jurídicos de tradição romanística (*civil law*), com incidência muito mais ampla do que normalmente se imagina."⁸³

Essa valorização das decisões judiciais tem levado alguns doutrinadores a afirmar a lei não é mais a única fonte primária do direito, tamanha a importância dada aos precedentes. Essa é uma constatação que se faz da leitura de alguns doutrinadores brasileiros, que afirmam que essa vetusta e conservadora classificação das fontes do direito está alicerçada no positivismo puro, em que a lei era por excelência a sua fonte maior. Júlio César Rossi⁸⁴ destaca que:

Da mesma forma, a realização do direito e o sentido do ordenamento jurídico fizeram por acontecer essa necessidade pela busca de uma nova teoria das fontes do direito. O primeiro em razão do fato de que o direito abandonou a subsunção, uma vez que deixou de ser resultado da aplicação da legalidade, transformando-se em instrumento de promoção de direitos e de construção da democracia, já que o direito não mais seria pautado na pura e fria legalidade, mas dependia de uma valoração produzida pela evolução da sociedade (jurisprudência de valores). Finalmente, o sentido do ordenamento passou a ser compreendido a partir do elemento histórico, ou seja, a realidade histórico-social vigente.

⁸³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 18.

⁸⁴ ROSSI, Júlio César. Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015, p. 42.

Esse pensamento também é encontrado em outros trabalhos a partir da afirmação de que haveria uma aproximação do sistema brasileiro aos sistemas típicos do *common law*⁸⁵. Nas palavras de Peter Panutto⁸⁷:

Diante da aproximação do sistema jurídico brasileiro ao sistema jurídico do common law, há que se repensar a tradicional classificação das fontes do Direito, para inserir os precedentes judiciais vinculantes neste contexto, pois não se concebe mais a solução de conflitos de interesse mediante aplicação subsuntiva do texto frio da lei. Ademais, dada a criação de dispositivos legais de conteúdo aberto, não há mais que se falar em aplicação do texto frio da lei, como já dito [...]. Portanto, à medida que o Novo Código de Processo Civil obriga os juízos inferiores a respeitarem os precedentes das instâncias superiores, bem como obriga os tribunais a respeitarem seus próprios precedentes, é inegável a inserção dos precedentes judiciais na classificação das fontes do Direito brasileiro, figurando ao lado da lei como uma de nossas principais fontes do Direito.

No mesmo sentido Ricardo Dalmaso Marques⁸⁸ afirma que:

Independentemente da tradição jurídica adotada por cada país, não há dúvidas de que o precedente e/ou a jurisprudência constituem, em maior ou menor grau, direta ou indiretamente, fontes do direito. A extensão, a força e a aplicação concedidas ao precedente e/ou à jurisprudência, contudo, divergem sobremaneira em cada uma dessas jurisdições, aí sim, a partir do modelo legal seguido, notadamente em suas divisões mais marcantes de Common Law e Civil Law.

É difícil contestar a afirmação de que as decisões judiciais e súmulas sofreram valorização no Brasil. É cada vez mais robusta a opinião daqueles que reconhecem que os precedentes ganharam relevo na realidade brasileira, uma ideia que vem sendo inserida pelo legislador em nosso sistema jurídico há algum tempo, que passa pela edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 e, agora, pelo Código de Processo Civil de 2015.

⁸⁵ No sentido de que há uma aproximação entre os sistemas BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei n. 9.756 em matéria de recursos civis. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. v. 52, Jan./99, p. 25-35.

⁸⁶ Eduardo Parente também identifica um movimento de aproximação entre os dois grandes sistemas jurídicos. Afirma que “já possuem alguns pontos de encontro sobre determinados assuntos, a começar pelas decisões judiciais. Seja como for, por óbvio que um não adotará integralmente os princípios do outro. O que talvez aconteça, com o tempo, é um *meio-termo*.” PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Jurisprudência: da divergência à uniformização. São Paulo: Atlas, 2006, p.17.)

⁸⁷ PANUTTO, Peter. Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), 1. ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017, p. 124-125.

⁸⁸ MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre, v. 10, n. 38, Abr-Jun/2013, p. 97.

Goste-se ou não é uma realidade que se apresenta, uma realidade que parece transformar o sistema jurídico brasileiro, calcado no positivismo, permeando-o com a valorização das soluções dadas por institutos assemelhados do *common law*⁸⁹.

Veja-se que não se está aqui a falar que o sistema brasileiro caminha a passos largos para o sistema anglo-saxão. O que se faz, com toda a cautela necessária, é apenas uma constatação inexorável de que no atual estado de coisas do Brasil emprestou-se maior relevância aos precedentes judiciais, mas é evidente que o sistema brasileiro não abandonou suas raízes positivistas.

As próprias súmulas vinculantes e decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, inseridas no sistema jurídico nacional pela Emenda Constitucional 45/2004, já corporificavam essa tendência moderna de emprestar maior valor aos precedentes judiciais, a ponto de receberem maior relevância dentre as fontes do direito, em que pese não sejam as súmulas propriamente precedentes, como se viu acima.

Assim, significativas mudanças foram levadas a efeito na legislação brasileira de forma a emprestar mais e mais relevância aos precedentes judiciais, tanto de forma vertical como horizontal⁹⁰. Não se pode ignorar a sua eficácia. Há que se render respeito às escolhas legislativas positivadas ao longo das últimas décadas no sentido de emprestar maior relevância às decisões judiciais. Eduardo de Albuquerque Parente⁹¹ já afirmava, antes mesmo do Código de Processo Civil de 2015, que:

⁸⁹ Assim como todo e qualquer sistema, o sistema jurídico está em constante mutação, sendo certo que seus elementos unitários possuem inter-relações mútuas. Nas palavras de Marcio Pugliesi “num sistema, os elementos relacionam-se e, assim, adquirem uma organização, uma totalidade que revela a regra do sistema” afirmando ainda que “a complexidade de um sistema é a característica original desse sistema e varia em função do número de elementos e das relações entre eles.” (PUGLIESI, Marcio. Teoria do Direito. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 58). Eduardo Parente afirma que “Para a teoria dos sistemas, o direito se recria mediante seus próprios elementos. Por ser autorreferente, permite-se alterar. Isso permite que ele, ao mesmo tempo em que se transforme, mude a sociedade. E o faz mediante uma fórmula binária lícito/ilícito, sendo, por isso, mais dinâmico e adequado do que as formulações tradicionais de sistemas para lidar com os problemas inerentes à complexidade social de hoje.” (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. São Paulo; Atlas, 2012, p. 15-16).

⁹⁰ Precedente vertical é aquele que provém de corte superior em relação aos tribunais e juízes hierarquicamente inferiores. O precedente vertical se diferencia do precedente horizontal pela hierarquia, sendo certo que o precedente horizontal é aquele emanado de órgão jurisdicional de mesmo grau hierárquico do tribunal em que se objetiva vincular.

⁹¹ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Jurisprudência: da divergência à uniformização. São Paulo: Atlas, 2006, p.10.

A realidade de decisões judiciais potencializadas (vinculantes) autoriza dizer que já existe (decisões do controle direto de constitucionalidade/súmula vinculante) uma nova fonte do direito. Decisões dotadas de tal *carga* são espontaneamente sucedâneas da produção legislativa, pois justamente vêm como generalidade e impessoalidade, dirigindo-se a casos futuros. Ingressam na realidade jurídica de forma concreta (consequência de um ou vários julgamentos), mas se estabilizam abstratamente. Logo, as decisões vinculantes trazem um novo referencial, naturalmente de ruptura, à concepção anterior. A jurisprudência será dotada, em alguns casos, de elementos que antes não existiam. Com essa feição e nesses estritos casos, passa a ser fonte do direito, como se lei fosse.

Todavia, segundo se pensa, apesar de se reconhecer a importância das decisões judiciais e súmulas na ordem jurídica nacional, não são esses pronunciamentos judiciais equiparados à lei como fonte primária do direito⁹², pois do conflito lei *versus* precedente deve a primeira prevalecer⁹³, isso sem se falar na possibilidade de o magistrado, ao analisar o caso concreto, lançar mão de técnicas de diferenciação e superação dos julgados pretéritos.

O resultado deste estudo tenderá a um ou outro rumo a depender do relevo que se dê aos pronunciamentos judiciais e sua categorização no ambiente das fontes, mas não pode esquecer a tradição do sistema jurídico brasileiro, de origem romano-germânica, que tem a lei como sua principal fonte do direito, complementada no que houver necessidade pelo costume, jurisprudência, doutrina e princípios gerais do direito.

Fique-se, neste momento, apenas com a indicação de que o tema não é pacífico, embora de extrema importância, sobretudo porque é utilizado como premissa para muitas análises do sistema jurídico nacional e, nesse particular, acaba por delimitar o caminho a

⁹² Em sentido contrário afirma Cruz e Tucci que “Na realidade jurídica, os precedentes gozam, para os juízes dos sistemas de tradição romanística, da mesma importância que ostentam aos juízes da *common law*. É, pois, nessa seara que se insere a questão da eficácia do precedente judicial no quadro das fontes de expressão do direito no âmbito dos ordenamentos de países que adotam a legislação escrita e codificada.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25).

⁹³ Até porque ainda vige a competência do Superior Tribunal de Justiça para reformar decisão judicial que “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência”, “julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal”, ou “der a lei federal interpretação divergente da que lhe seja atribuído outro tribunal” (Constituição Federal, artigo 105, III, alíneas “a”, “b” e “c”).

ser trilhado pelo estudioso, com consequências e conclusões lógicas incorrigíveis ao final, até mesmo porque se partiu dessa ou daquela premissa de pensamento.

2.4. O ATUAL ESTADO DE COISAS NO SISTEMA BRASILEIRO.

Especificamente no caso brasileiro, como se viu, há uma tendência moderna de emprestar às decisões judiciais e enunciados de súmulas a força obrigatória para decidir a sorte dos demais processos vindouros, numa vinculação *top-down* daquilo que se decidiu nas instâncias superiores⁹⁴. Mais do que isso, agora de acordo com a sistemática do Código de Processo Civil, há vinculação mesmo que o Tribunal não seja hierarquicamente inferior ao que decidiu o caso precedente, o que se convencionou chamar de vinculação horizontal.

Apesar de se reconhecer a relevância dos precedentes⁹⁵ *lato sensu*, este trabalho não comunga do entendimento de que eles sejam fontes primárias do direito no atual sistema jurídico brasileiro, mesmo considerada a importância dada às decisões judiciais pelas recentes alterações legislativas. Mesmo assim, não se olvida que os pronunciamentos judiciais têm recebido notável destaque na legislação e esse inegável relevo não é de hoje⁹⁶. A crescente valorização das decisões judiciais é alvo de muitas críticas na doutrina especializada e as alterações do Código de Processo Civil de 2015 acaloraram ainda mais as discussões.

O Código de Processo Civil de 2015 de fato trouxe um argumento adicional para os entusiastas da utilização dos precedentes, já que o artigo 927 elenca uma série de pronunciamentos judiciais tendentes a vincular as decisões judiciais futuras. Não se pode

⁹⁴ O Código de Processo Civil trouxe a vinculação vertical à determinadas decisões por órgãos de mesma hierarquia que o órgão prolator, conforme prevê o artigo 927, V, do Código.

⁹⁵ Para se ter uma visão panorâmica do assunto ver: CAMPOS DE MELLO, Patrícia Perrone; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. Revista da AGU, Brasília/DF, jul./set 2016, v. 15, n. 03, pp. 9-52.

⁹⁶ Na tentativa de explicar o fenômeno Eduardo de Albuquerque Parente esclarece que “O fenômeno talvez tenha tido início mais saliente com as grandes revoluções (como a industrial), trazendo problemas inéditos ao Judiciário. Hoje é muito patente, consideradas as economias globalizadas das sociedades de comunicação, gerando fatos muito além da previsibilidade legislativa.” (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Jurisprudência: da divergência à uniformização. São Paulo: Atlas, 2006, p. 9.)

afirmar, como querem alguns⁹⁷, que o Código de Processo Civil de 2015 empregou alterações substanciais na legislação brasileira a ponto de aproximar o nosso *civil law* do sistema do *common law*, com alteração significativa no regime das fontes do direito.

Há uma distância abissal entre a primeira constatação, a saber, a de que o Código de Processo Civil de 2015 emprestou maior relevo aos precedentes judiciais, e a afirmação de que teria alterado definitivamente todo o sistema jurídico brasileiro. Não há como se falar que o país agora desfruta de um regime típico dos países de *common law*, até porque a lei que o instituiu sofreria sérios questionamentos de ordem constitucional nesse particular.

Afinal, não se altera o sistema de fontes numa penada, por lei infraconstitucional a afetar todo o sistema jurídico brasileiro. Justamente por isso que também são encontradas muitas críticas ao sistema trazido pelo Código de Processo Civil de 2015 quanto à vinculação de decisões judiciais futuras aos precedentes e súmulas, na medida em que a Lei nº 13.105/2015 não seria instrumento constitucionalmente apto para tanto, pois afetaria o sistema jurídico e a separação dos poderes.

Assim, nem mesmo as recentes alterações do Código de Processo Civil nos levam à conclusão de que se está diante de um sistema jurídico em que os precedentes gozam do mesmo *status* do que a lei no regime das fontes, pois, mesmo que se admita que o sistema jurídico brasileiro de há muito sofre alterações no sentido de dotar de eficácia vinculante determinadas decisões ou súmulas, não se pode dizer sejam eles (os precedentes *lato sensu*) fontes primárias do direito brasileiro.

⁹⁷ Theodoro Jr. afirma que “Com efeito, se a Constituição já admitia que o STF extraísse de seus julgados súmulas com força normativa capaz de vincular todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública (CF, art. 103-A) e, ainda, que o Código de Processo Civil de 1973, permitia tanto ao STF como ao STJ, diante de causas repetitivas, decidir sobre o mesmo tema (CPC/1973, art. 543-C, § 7.º), tornou-se evidente que nosso direito positivo reconhecia aos precedentes judiciais uma força criativa, que lhes atribuía, em boa proporção, o papel de 'importante força do direito', sem embargo de nossas tradições romanísticas ligadas à *civil law*. Registre-se que, além desses casos de precedentes vinculantes ou obrigatórios, havia outros em que a jurisprudência atuava com força obstativa de recursos, permitindo fosse negado seguimentos às impugnações manifestadas em contrariedade aos precedentes, sobretudo àqueles emanados dos Tribunais Superiores (CPC/1973, arts. 475, § 3.º, 518, § 1.º; 544, §§ 3.º, 4.º; e 557). Havia, finalmente, os precedentes persuasivos, que, sem obrigar cogentemente os juízes a adotá-los em suas sentenças, atuavam, porém, como expressão de 'solução racional e socialmente adequada' prestigiada pela elevada autoridade do órgão de que promanavam. O Novo Código de Processo Civil vai muito além e encaminha-se para uma aproximação maior com a *common law*, estendendo o dever de submissão ao precedente, principalmente àquele dos tribunais superiores, como regra geral, sem limitar-se às súmulas qualificadas como vinculantes (art. 926)” (THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. 1, p. 32).

3. ARBITRAGEM.

3.1. BREVES NOTAS HISTÓRICAS.

Como se sabe a arbitragem é uma forma adequada para resolução de conflitos, em que as partes elegem um terceiro para solucionar suas controvérsias. Nas palavras de Carmona⁹⁸ “trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distância da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de tal sorte que não existirá decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes).”

O instituto ganhou força no Brasil nas últimas décadas. Não que seja novo, pois já estava presente em nossa primeira Constituição, a Constituição do Império, de 1824. O artigo 160 do mencionado diploma constitucional já estabelecia que nas causas cíveis as partes poderiam nomear “Juizes Árbitros”, cujas sentenças poderiam ser executadas sem recurso, se assim convencionassem as partes.

Posteriormente são identificadas referências ao instituto quando da edição da Lei nº 108, 11.10.1837 ao ser regulamentado o juízo arbitral para controvérsias relativas aos contratos de locação de serviços. Anos mais tarde, quando da edição do Código Comercial do Império do Brasil, em 1850⁹⁹, vieram disciplinadas algumas disposições acerca da arbitragem e das circunstâncias em que esta se fazia obrigatória, determinando a sua aplicação para as situações referentes à locação mercantil (artigo 245)¹⁰⁰, às sociedades comerciais (artigo 294)¹⁰¹ e aos seguros marítimos (artigo 667, item 11)¹⁰².

⁹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2004, p.51-52.

⁹⁹ Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.

¹⁰⁰ “Art. 245. Todas as questões que resultarem de contractos de locação mercantil serão decididas em Juizo arbitral.”

¹⁰¹ “Art. 294. Todas as questões sociaes que se suscitarem entre socios durante a existencia da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em Juizo arbitral.”

¹⁰² “Art. 667. A apolice de seguro deve ser assignada pelos seguradores, e conter:

Também no mesmo ano foi sancionado o Decreto nº 767, de 25 de novembro de 1850, que estabelecia regras para o juízo no processo comercial e nele trazia inúmeras disposições relacionadas ao então chamado juízo arbitral, valendo destaque para os artigos 411 e seguintes e a distinção entre o juízo arbitral voluntário ou obrigatório/necessário.

Já naquela época a especialização e o dinamismo das relações comerciais faziam com que a arbitragem passasse a ser obrigatória para determinados conflitos, numa manifesta prova da relevância desse método de solução de disputas no agitado cotidiano das atividades mercantis.

No entanto, em razão das críticas dirigidas à arbitragem obrigatória, toda a parte do referido Decreto 737/1850 foi revogada pela Lei nº 1.350, de 1866 e pelo Decreto nº 3.960, de 1867. Naquele momento histórico extinguiu-se a arbitragem obrigatória, mantendo-se apenas o chamado juízo arbitral voluntário.

Já no século XX o Código Civil de 1916 também previu, em seus artigos 1.037 a 1.048, a arbitragem voluntária como modo de solução de conflitos, estivesse a lide em julgamento, ou ainda antes de ser levada a juízo. A arbitragem veio tratada na parte do “Direito das Obrigações” e disciplinou o compromisso arbitral (artigos 1.037 a 1.048¹⁰³).

11. Declaração de que as partes se sujeitam à decisão arbitral, quando haja contestação, se ellas assim o accordarem.”

¹⁰³ “Art. 1.037. As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais.

Art. 1.038. O compromisso é judicial ou extrajudicial. O primeiro pode celebrar-se por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, por onde correr a demanda; o segundo, por instrumento público ou particular, assinado pelas partes e duas testemunhas.

Art. 1.039. O compromisso, além do objeto do litígio a ele submetido, conterà os nomes, sobrenomes e domicilio dos árbitros, bem como os dos substitutos nomeados para os suprir, no caso de falta ou impedimento.

Art. 1.040. O compromisso poderá também declarar:

I - O prazo em que deve ser dada a decisão arbitral.

II - A condição de ser esta executada com ou sem recurso para o tribunal superior.

III - A pena, a que, para com a outra parte, fique obrigada aquela que recorrer da decisão, não obstante a cláusula <<sem recurso>>. Não excederá esta pena o terço do valor do pleito.

IV - A autorização, dada aos árbitros para julgarem por equidade, fora das regras e formas de direito.

V - A autoridade, a eles dada, para nomearem terceiro arbitro, caso diverjam, se as partes o não nomearam.

VI - Os honorários dos árbitros e a proporção em que serão pagos.

Em que pese haver menção à arbitragem nas Constituições de 1891 e 1934, especialmente no que tange às disputas internacionais, não foi o instituto adequadamente prestigiado pela subsequente Constituição de 1937, pois nesse texto a menção também era feita pelo uso da expressão ‘arbitramento’ que, como se sabe, não se confunde com a arbitragem propriamente dita e assim entendida como meio de solucionar conflitos.

Com a instituição do Código de Processo Civil pelo Decreto-Lei nº. 1.608, de 18.09.1939, houve, da mesma maneira como as legislações que o precederam, uma regulamentação, em seção própria, do juízo arbitral (Livro IX, artigos 1.031 a 1.046). Tratou-se de uma manifesta exortação da voluntariedade desse procedimento, ao mesmo tempo em que vedou o compromisso judicial depois de proferida decisão em qualquer instância pelo Poder Judiciário.

O Código de Processo Civil de 1973, que sucedeu o de 1939, também abarcou o juízo arbitral, bem como o fizeram algumas legislações ordinárias. A instituição da arbitragem privada no Brasil estava em baixa e esse mecanismo de pacificação aparentemente adormecido.

A Constituição de 1988 previu apenas que, em relação à Justiça do Trabalho, poderiam as partes solucionar o conflito por arbitragem acaso frustrada a negociação

Art. 1.041. Os árbitros são juízes do fato e direito, não sendo sujeito ou seu julgamento a alçada, ou recurso, exceto se o contrário convencionarem as partes.

Art. 1.042. Se as partes não tiverem nomeado o terceiro arbitro, nem lhe autorizado a nomeação pelos outros (art. 1.040, n. V), a divergência entre os dois árbitros extinguirá o compromisso.

Art. 1.043. Pode ser arbitro, não lhe vedando a lei, quem quer que tenha a confiança das partes.

Art. 1.044. Instituído, judicial ou extrajudicialmente o juízo arbitral, nele correrá o pleito os seus termos, segundo o estabelecido nas leis do processo.

Art. 1.045. A sentença arbitral só se executará, depois de homologada, salvo se for proferida por juiz de primeira ou segunda instância, como arbitro nomeado pelas partes.

Art. 1.046. Ainda que o compromisso contenha a cláusula <<sem recurso>> e pena convencional contra a parte insubmissa, terá esta o direito de recorrer para o tribunal superior, quer no de ter o arbitro excedido seus poderes.

Parágrafo único. A este recurso, que será regulado por lei processual, precederá o depósito da importância da pena, ou prestação de fiança idônea ao seu pagamento.

Art. 1.047. O provimento do recurso importa a anulação da pena convencional.

Art. 1.048. Ao compromisso se aplicará, quanto possível, o disposto acerca da transação (arts. 1.025 a 1.036).”

coletiva (artigo 114, §1º, da CF)¹⁰⁴. Foi tímida, ao que parece, ao prever o instituto da arbitragem, notadamente por todo o histórico legislativo anteriormente mencionado.

Realmente, foi somente com a edição da Lei nº. 9.307, de 26.09.1996, a respeito da prática da arbitragem, aliada à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (2001) que esse mecanismo voltou a ganhar relevo no cenário jurídico nacional, principalmente porque ostentava as bandeiras da celeridade, informalidade e do sigilo dos procedimentos. Até então a trôpega caminhada do instituto não entusiasmava a comunidade jurídica e empresarial, justamente porque não se confiava na sua segurança jurídica, nem na sua oponibilidade em relação ao Poder Judiciário.

Rômulo Mariani, citando Carlos Augusto da Silveira Lobo, aduz que “o passar dos anos tratou de consolidar o uso (confiança) da arbitragem também no Brasil, o que foi possível em especial a partir de um “tripé” que até hoje a sustenta em nosso país: Lei de Arbitragem (1996), decisão do Supremo Tribunal Federal acerca de sua constitucionalidade (2001) e ratificação da Convenção de Nova Iorque (2002).”¹⁰⁵

Já o Código Civil de 2002, atualmente em vigor, dedicou três artigos a respeito do tema (artigos 851 a 853), sendo certo que o último preleciona que se admite nos contratos “a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”.

Mais recentemente, após praticamente 20 (vinte) anos da edição da Lei de Arbitragem, foi editada a Lei nº 13.129, de 26.05.2015 para propor ajustes na lei anterior, positivando determinadas práticas adotadas no ambiente arbitral, além de trazer novas e importantes contribuições, como a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública Direta e Indireta¹⁰⁶.

Quando da edição da Lei nº 13.129, de 26.05.2015, com alterações à anterior Lei de Arbitragem, a Lei nº 13.105, de 16.03.15, que trouxe o novo Código de Processo Civil

¹⁰⁴ *Verbis*: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.”

¹⁰⁵ MARIANI, Rômulo Greff. Precedentes na Arbitragem. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona. 2017. São Paulo, p. 24 citando LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A pré-história da arbitragem no Brasil. Revista Direito Renovar, n. 41, Maio-Ago. 2008, p. 47-62.

¹⁰⁶ Conforme introdução dos §§ 1º e 2º ao artigo 1º da Lei nº 9.307/96.

já estava em sua *vacatio legis* e, portanto, deveria a Lei nº 13.129/2015 já ter feito referência aos artigos do novo Código de Processo Civil.

Infelizmente, por uma falha legislativa, a Lei nº 13.129/2015 foi editada e publicada com referência à sistemática do Código de Processo Civil anterior, sem se atentar que meses depois entraria em vigor o Código de Processo Civil de 2015. Assim, as referências feitas pela Lei nº 13.129/2015 ao Código de Processo Civil ainda têm correlação aos artigos e à sistemática do Código de Processo Civil de 1973, tais como, por exemplo, os §§ 1º e 3º do artigo 33 da Lei nº 13.129/2015.

O legislador perdeu a oportunidade de solucionar dúvidas a respeito dessa importante interconexão entre a arbitragem e o Poder Judiciário, tais como, por exemplo, as referências às tutelas urgentes requeridas no Poder Judiciário previamente à instituição da arbitragem (artigos 22-A e 22-B da Lei de Arbitragem).

Sem surpresa alguma também se verifica no Código de Processo Civil de 2015, editado pela Lei nº 13.256, de 04.02.2016, uma consagração do instituto e a prova de seu sucesso nas últimas duas décadas. Logo de início o Código de Processo Civil adverte que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão de direito, sendo “permitida a arbitragem, na forma da lei.” (artigo 3º, § 1º).

Em seu texto são encontradas inúmeras referências à mediação e à arbitragem, além da importante valoração da carta arbitral, mecanismo de comunicação adequada entre a arbitragem e o Poder Judiciário.

Esse breve histórico, longe de esgotar o tema, demonstra que o instituto não é novo no Brasil, embora sua utilização tenha experimentado crescente incremento apenas nas últimas duas décadas e, principalmente, após a chancela da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, em 2001.

Mais do que isso, pretende-se demonstrar que sempre houve um paralelismo entre o instituto da arbitragem e a legislação processual, sempre houve menção da arbitragem nos códigos de rito, para não se dizer que havia, em muitos momentos, uma confusão em relação até onde iam as fronteiras de um e de outro subsistema.

Assim, não se pode negar que em muitos momentos se verifica uma interconexão de um subsistema noutro. Atualmente se percebe mais facilmente essa interconexão entre

esses dois métodos adequados à solução dos conflitos. Digno de nota também que a arbitragem ganhou corpo justamente com a chancela que lhe foi dada pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Ou seja, não se pode dizer que a arbitragem é um instituto totalmente estanque e alheio ao Poder Judiciário quando se vê que a sua própria validade, a chancela para seu crescimento se deu pelo julgamento do pelo “precedente” de 2001¹⁰⁷.

3.2. NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM.

Sabe-se que a natureza jurídica da arbitragem é tema que vem sendo discutido de há muito. Robustas teorias já foram desenvolvidas a respeito. Praticamente todos os cursos que se dedicam à arbitragem passam pela análise de sua natureza jurídica. Realmente é uma premissa imprescindível para muitas reflexões e não é diferente para a análise que se pretende fazer neste estudo, vale dizer, para a avaliação acerca da vinculação dos árbitros às prévias decisões judiciais.

A análise da natureza jurídica do instituto, portanto, faz-se necessária especialmente para que seja estabelecido um dos alicerces mais robustos do presente trabalho, pois, afinal, a conclusão acerca da vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais vai depender também da identificação da função exercida pelo árbitro dentro de um ambiente jurisdicional ou contratual.

A Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) acalmou os ânimos quanto à discussão sobre a natureza jurídica do instituto, embora ainda possam ser identificadas na doutrina basicamente quatro teses a esse respeito, dentre elas a (i) contratual ou privatista; (ii) jurisdicional ou publicista; (iii) intermediária ou mista e (iv) a autônoma.

Defendem a teoria privatista ou contratual aqueles que entendem que a arbitragem representa um negócio jurídico, nada mais do que a extensão de um acordo firmado entre as partes. Os defensores dessa tese realçam o princípio da autonomia da vontade dos contratantes, amplificando-o para justificar que arbitragem é um negócio jurídico realizado por partes que podem escolher a totalidade dos seus elementos (lei aplicável, quantidade de árbitros, árbitros, sede etc). Para José Cretella Neto¹⁰⁸:

¹⁰⁷ Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7, Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

¹⁰⁸ CRETELLA NETO, José. Curso de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 14.

A primeira vertente [contratualista] vislumbra no instituto natureza jurídica de obrigação criada por contrato, tendo por consequências todas as derivadas do pacto em geral. Fundamentam esse ponto de vista, em resumo, com os seguintes argumentos: a) inexistirá arbitragem sem convenção de arbitragem; b) a base da arbitragem é o consenso entre as partes, enquanto que a jurisdição estatal se insere no ius imperium estatal, imposto a todos; c) o árbitro não está vinculado ao Poder Judiciário; e d) o juízo arbitral não confere obrigatoriedade de cumprimento ao laudo arbitral, que deve ser voluntariamente obedecido pela parte vencida; em caso de recalcitrância, necessária se fará a intervenção do Poder Judiciário.

Essa teoria teve muita simpatia por parte dos doutrinadores antes do advento da Lei nº 9.307/96 e enquanto o laudo arbitral carecia de homologação por parte do Poder Judiciário¹⁰⁹. Era como se a homologação judicial do laudo arbitral fosse entendida como a homologação de um acordo entre as partes, entre um negócio jurídico que fora produzido fora dos limites da jurisdição.

No entanto, com o advento da referida lei, a sentença arbitral (não mais se fala em laudo) passou a ser título executivo judicial (art. 31¹¹⁰), dispensando a homologação judicial posterior. Além disso, os artigos 13, §6º¹¹¹ e 18¹¹² da Lei nº 9.307/96 conferiram aos árbitros o *status* de juiz de direito.

A partir desses dispositivos legais começou a surgir, no Brasil, um maior número de defensores da teoria jurisdicional da arbitragem, que passou a encampar maiores seguidores¹¹³, justamente por se considerar que o Estado, por intermédio de suas leis, conferiu ao árbitro e ao juiz poderes para resolver conflitos e interesses.

¹⁰⁹ A doutrina estrangeira também debate a natureza jurídica da arbitragem. A respeito da teoria contratual ou privatista Gary Born sustenta que “It is the arbitration agreement that gives [the arbitral award] its existence; it is from the arbitration agreement that it derives all its substance; it has, then, like the arbitration agreement, the character of a contract; and the precise truth is that it is only the performance of the mandate that the parties have entrusted to the arbitrators; it is even, to put it precisely, only an agreement to which the parties have bound themselves by hands of the latter (the arbitrators.” (BORN, Gary B. International commercial arbitration. vol. I. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 185)

¹¹⁰ “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.”

¹¹¹ “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.”

¹¹² “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

¹¹³ Não que antes da Lei de Arbitragem não houvesse defensores para a teoria jurisdicional. Carmona já defendia ter a arbitragem natureza jurisdicional antes mesmo da Lei de Arbitragem. (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. Revista de Processo nº 58, p. 33-40).

Assim, de acordo com os adeptos dessa teoria, por se equipararem os árbitros aos juízes, conforme outorga de poderes advindos do Estado, teria a arbitragem natureza jurídica jurisdicional. Francisco Cahali¹¹⁴ menciona que “Assim, o árbitro estará investido de jurisdição ao aso que lhe for apresentado pelos interessados. E sua decisão abriga as partes mesmo diante de solução contrária aos interesses ou expectativas. O árbitro exerce, sem dúvida, ação cognitiva na atividade julgadora, no sentido de reconhecer e aplicar o direito ao caso concreto. Os argumentos trazidos pelas partes são avaliados de acordo com todo o contexto probatório, e, com base nesses elementos, analisadas as questões de fato e de direito, obedecidas as regras de direito material e processual, promove-se o julgamento do litígio, tal qual se faz no Judiciário, ensejando em uma e outra hipótese a coisa julgada.”.

Assim, a teoria acerca da natureza jurisdicional da arbitragem foi ganhando cada vez mais adeptos, valendo citar, dentre eles, José Manoel de Arruda Alvim Netto¹¹⁵ para o qual:

(...) é preciso que se tenha em mente que, mesmo se entendendo, como nós, pela natureza jurisdicional da arbitragem, cuida-se de espécie de jurisdição diversa daquela exercida pelos órgãos judiciais. Daí falar-se em jurisdição privada.

É que, conquanto se assemelhem nos pontos relevantes para o enquadramento no conceito de jurisdição, a arbitragem e o processo judicial possuem distinções que devem ser enfatizadas.

(...) Além disso, a arbitragem é disciplinada pelo direito público, porquanto objetiva à resolução de conflitos e está inserida no direito processual civil, mas a ela se aplicam também princípios e diretrizes privatistas, relativos à autonomia da vontade.

Assim, não há como negar a grande ingerência de tais princípios sobre o procedimento arbitral, diversamente do que ocorre no direito processual, onde se verifica, em maior medida, a presença de normas procedimentais de natureza cogente, cuja aplicação não pode ser derogada pelas partes, bem como a estrita observância das garantias formais atinentes ao processo. Na arbitragem, ao contrário, ressalvadas as disposições da Lei n. 9.307/96 acerca da validade da sentença, da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, o procedimento é de livre escolha das partes, sendo que a própria lei

¹¹⁴ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010. 6.ed. São Paulo: Ed. RT, 2017, Capítulo 4, p. 131.

¹¹⁵ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da Arbitragem in Arbitragem, estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Ed. Saraiva, p.143-144.

dispensa formalidades tidas como fundamentais ao processo judicial (como é o caso, por exemplo, do direito de recurso).

Tendo em vista tais distinções, é comum se aludir à arbitragem como modalidade de jurisdição privada e ao processo judicial como jurisdição estatal, ou, simplesmente, jurisdição.

Já a teoria intermediária ou mista traz argumentos de uma e outra teoria (contratual e jurisdicional), para afirmar que mesmo que a arbitragem seja pautada num negócio jurídico entabulado pelas partes, não se pode desenvolver a arbitragem fora do sistema jurídico, eis que submetidas às demais regras do sistema legal existente.

Para os adeptos dessa teoria, a arbitragem teria, no início, uma natureza contratual, pois sua origem decorre do exercício da autonomia da vontade das partes, do acordo a respeito da cláusula compromissória, ou do compromisso arbitral. Seria, pois, em seu nascedouro efetivo negócio jurídico, tanto o é que segundo alguns a cláusula compromissória pode interferir até na matriz econômica do contrato.

Após deflagrada a arbitragem com a efetiva investidura dos árbitros, sua vertente passaria a ser jurisdicional, mesmo porque os árbitros são dotados de jurisdição e exercem função jurisdicional por delegação das partes. O árbitro decidirá a causa de modo definitivo, pouco importando se não detém o poder de império ou de coerção, próprios do Poder Judiciário.

Ao definir a teoria mista assevera Francisco Cahali que “a *teoria intermediária* ou *mista* agrega os fundamentos de uma e outra das teorias anteriores, para concluir que, mesmo pautada no negócio jurídico realizado entre as partes, e sendo dele decorrente, não se pode desenvolver a arbitragem fora de um sistema jurídico, pois este método de solução de conflitos submete-se à ordem legal existente, embora não controlada inteiramente por esse sistema.”¹¹⁶

A teoria autônoma, por sua vez, identifica na arbitragem um sistema totalmente diverso e desvinculado de qualquer sistema jurídico existente. Prova disso, segundo aqueles que advogam esta teoria, seriam as arbitragens internacionais¹¹⁷, nas quais há

¹¹⁶ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010. 6.ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, Capítulo 4. p. 129.

¹¹⁷ É o que se percebe da opinião de Julian Lew, Stefan Kröll e Loukas Mistelis ao afirmarem que “The most recently developed theory presumes that arbitration evolves in an emancipated regime and, hence, is of an autonomous character. It was originally developed in 1965 by Rubellin-Devichi. She argued that the

uma independência em relação às normas locais de uma ou de outra parte envolvida. Essa teoria é, na verdade, o extremo da teoria da autonomia da vontade, pois as partes, ao adotarem a arbitragem para solucionar seus conflitos, retirariam a jurisdição estatal e criariam uma jurisdição autônoma em relação aquele sistema.

O Código de Processo Civil de 2015 prestigia a posição doutrinária que argumenta ser jurisdicional a natureza da arbitragem, pois no artigo 3º refere-se à inafastabilidade da “apreciação jurisdicional” para ameaça ou lesão a direito, trazendo em seu §1º a expressa menção de que “é permitida a arbitragem, na forma da lei”. Daí dizer-se que a arbitragem é uma das formas de apreciação jurisdicional de conflitos e, portanto, que teria natureza jurisdicional, porém privada. Cumpre ressaltar, ainda, o quanto dispõe o artigo 42 do mesmo Código ao estabelecer que “as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.”

Portanto, analisando a Lei nº 9.307/96 e o Código de Processo Civil de maneira sistemática afigura-se correto o entendimento, hoje praticamente majoritário, de que a arbitragem possui natureza jurisdicional, embora tenha origem contratual. Aquela ideia antiga, de que jurisdição era eminentemente função do Estado, não mais se sustenta. A atividade dos árbitros é a mesma dos juízes, pouco importando a forma de investidura que, no caso dos juízes, advém do Estado e, no caso dos árbitros, dos poderes diretamente conferidos pelas partes.

A lei brasileira claramente optou pela teoria jurisdicional, desde a edição da Lei de Arbitragem, já em 1996, mas também pela edição do Código de Processo Civil, cujo artigo 3º parece espancar qualquer dúvida a respeito do tema. Verdade seja dita, a

character of arbitration could, in fact and in law, be determined by looking at its use and purpose. In this light, arbitration cannot be classified as purely contractual or jurisdictional; equally it is not an “institution mixte”. The autonomous theory looks to arbitration *per se*, what it does, what it aims to do, how and why it functions in the way it does. It recognises that the relevant laws have developed to help to facilitate the smooth working of arbitration. Arbitration cannot work in the context of the ideologies established in the context of private international law; it does not need to fit in internationalist or nationalist-positivist views. It can eventually operate outside the constraints of positive law or national legal systems. Thus, the autonomous theory is an enlightened development of the mixed theory. However, it has the added dimension of being in tune with the modern forms of non-national, transnational and delocalised arbitration, as it does not attach too much value to the seat of arbitration and its law.” (LEW, Julian D. M. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan M. Comparative international commercial arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 80-81)

afirmação de que o árbitro é juiz de fato e de direito¹¹⁸ já era encontrada no vetusto artigo 1.078, do Código de Processo Civil de 1973¹¹⁹.

Mas admitir-se que a arbitragem possui natureza jurisdicional não significa equipará-la ao Poder Judiciário, não significa dizer que deve se submeter às mesmas regras impostas ao Poder Judiciário Estatal, à jurisdição estatal. Isso porque, embora do gênero jurisdição, a arbitragem é espécie de jurisdição privada¹²⁰.

Essa distinção é importante para frear a conclusão apressada dos mais afoitos no sentido de que, sendo jurisdição, deveria a arbitragem se submeter aos ditames do Código de Processo Civil. Não é bem assim. Mesmo tendo pontos de contato e de intersecção, ambos os subsistemas existem de maneira independente entre si, sem que haja hierarquia ou submissão¹²¹.

¹¹⁸ Pontes de Miranda já afirmava que o juízo dos árbitros “é juízo como qualquer outro, quanto à função de julgar” (MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1977, t. XI, p. 260.)

¹¹⁹ “Art. 1.078. O árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso, salvo se o contrário convencionarem as partes.”

¹²⁰ Arruda Alvim, ao defender a natureza jurisdicional da arbitragem, afirma que “A Lei n. 9.307/96 é um reflexo da mudança de paradigma nos estudos que envolvem os métodos de solução dos conflitos, pois sinaliza novas possibilidades para a aplicação do direito aos litígios, alternativas à via judicial. O que se preconiza atualmente é que o Estado não é o único – e, algumas vezes, sequer é o mais adequado – ente vocacionado para esta função, que pode muito bem ser exercida por particulares, algumas vezes com resultados mais proveitosos do que aqueles obtidos no âmbito do Judiciário. Não se trata de destituição do poder estatal para solucionar conflitos e, menos ainda, de inobservância ao princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional; o poder-dever do Estado remanesce, facultando-se às partes a utilização da arbitragem para os litígios patrimoniais que envolvam direitos disponíveis e entre partes que sejam maiores e capazes (“pessoas capazes de contratar”, art. 1º, da Lei n. 9.307/96)” (ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da Arbitragem *in* Arbitragem, estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Ed. Saraiva, p.140)

¹²¹ Essa ideia de separação entre subsistemas fechados operacionalmente foi bastante explorada por Rômulo Greff Mariani em sua tese de doutoramento apresentada na Universidade de São Paulo, intitulada “Precedentes na Arbitragem”, sob orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona. Invocando e explicando a *autopoieses* de Luhmann, bem como as ideias de Eduardo Parente, Rômulo assevera: “Se isso de fato é verdade, cabe inserir nessa ideia a forma como dois “métodos” de resolução de conflitos, o estatal e o arbitral, se relacionam. De imediato se verificam diferenças substanciais que bem determinam a sua separação em dois “sistemas processuais” distintos, a ponto de já se verificar na doutrina processual civil, historicamente muito mais afeita ao estudo do processo estatal, a admissão de algo que se pode denominar “direito processual arbitral”. Inicialmente, se observa no processo arbitral um fechamento operacional a ele muito próprio. O que se verifica nesse sistema é, por exemplo, a estipulação de um regime próprio de atos processuais, forma de instituição, corriqueira aplicação de regras da instituição que administrará o processo, e delegação de poderes ao árbitro (...) Na medida em que seus instrumentos são produzidos pelo próprio sistema arbitral, ele é autorreferente, e, por isso, autônomo. “Arbitragem é arbitragem” e isso significa seja ela “objeto de um tratamento autônomo”, “verdadeiro sistema, com características próprias, a distinguir este método de solução de litígios.” (MARIANI, Rômulo Greff. Precedentes na arbitragem. 2017, São Paulo. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 67-68)

Analisando sob o prisma processual pode-se dizer, igualmente, que ambos fazem parte do gênero jurisdição, mas um é processo judicial e outro é processo arbitral. Assim, o Código de Processo Civil não se aplica à arbitragem, a não ser naqueles artigos específicos que regulam as relações entre essas duas esferas de jurisdição. O que se verifica, então, é a utilização de alguns dos princípios do processo judicial estatal na arbitragem¹²², mas não a totalidade.

Adianta-se, neste particular, a opinião que será desenvolvida mais detalhadamente abaixo, no sentido de que os árbitros não se sujeitam ao regime de precedentes judiciais exclusivamente por imposição do Código de Processo Civil. A uma porque os seus artigos possuem destinação específica, vale dizer, foram concebidos para nortear os julgamentos proferidos pelos órgãos do Poder Judiciário, numa espécie de verticalização das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores. A duas porque a redação dos referidos artigos é clara e a literalidade nesse caso impede o intérprete de imaginar uma vinculação da arbitragem aos precedentes (*lato sensu*) ali mencionados.

3.3. A ARBITRAGEM E O PRECEDENTE JUDICIAL: O (RE)SURGIMENTO DA DISCUSSÃO APÓS O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

A observância do precedente judicial pelo árbitro é tema que tem dividido opiniões dos doutrinadores especializados. Acaloradas discussões vem sendo travadas após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 que, como se viu, trouxe maior relevo aos pronunciamentos judiciais pretéritos, emprestando-lhes importância que até bem pouco tempo era restrita aos enunciados das súmulas vinculantes e às decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, nos termos dos artigos 102, §2º e 103-A, da Constituição Federal.

¹²² Eduardo Parente afirma que a arbitragem recebe as mesmas influências constitucionais quanto aos princípios e às suas matrizes principais reguladoras do exercício típico de jurisdição. Nesse sentido afirma que “O modelo arbitral de resolução de conflitos, a par da convergência de matriz constitucional (principiológica) que detém com o modelo estatal e da divergência de forma com que integra do seu modo (devido processo) também quanto a ele, estabelece uma relação de duplo sentido com o direito processual. Este é um elemento que demonstra a sua diferença e, ao contrário de sugerir subordinação, é linha de destaque no qual diverso é seu modo de agir. A arbitragem recebe influência deste direito processual formal e de decisões judiciais.” (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. In CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. (Coord.). 1ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 77.)

Inúmeras questões instigantes já atormentavam os estudiosos antes mesmo da vigência do Código de Processo Civil de 2015. A discussão não é nova. Já se debatia o tema relacionado ao respeito aos precedentes em face das súmulas vinculantes e julgamentos vinculantes do Supremo Tribunal Federal, principalmente após a Emenda Constitucional nº 45/2004. A discussão ganhou nova ênfase, no entanto, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 porque o Código, como se viu, amplia a eficácia de algumas decisões pretéritas no processo estatal, numa clara diretriz de verticalização.

A doutrina, frente a essas novas mudanças legislativas, retomou a discussão e os estudos sobre o tema, no sentido de entender se (e como) essa novel diretriz influenciaria a arbitragem. José Rogério Cruz e Tucci, em artigo publicado na revista eletrônica Consultor Jurídico¹²³, ao defender a necessária observância do precedente judicial pelo árbitro, trouxe elementos que alvoroçaram a comunidade arbitral e renderam muitos debates. Afirmou Cruz e Tucci que:

Diante de tais premissas, escolhido de comum acordo pelas partes o Direito brasileiro para reger determinada arbitragem, tal ordenamento jurídico, em todas as suas dimensões, deverá então servir de norte para fundamentar a futura sentença que colocará termo ao respectivo processo arbitral.

Em outras palavras, o tribunal arbitral, para dirimir a controvérsia submetida à sua apreciação, tem o dever inafastável de julgar em consonância com o arcabouço de normas, regras e outras formas de expressão do direito que integram o Direito Positivo brasileiro.

Desse modo, assim como o juiz togado, o árbitro não poderá se afastar da interpretação, acerca de determinado texto legal, que desponta consagrada pelos tribunais pátrios. O precedente judicial, portanto, constitui valioso subsídio para que o árbitro, no processo hermenêutico de subsunção, possa aplicar a lei ao caso concreto, cumprindo adequadamente a missão que lhe foi outorgada pelas partes.

Importa reconhecer que, nessa hipótese, não é propriamente a autoridade hierárquica da qual provém o precedente que determina ao árbitro a sua observância. É por isso que, inexistindo qualquer interdependência funcional entre tribunal estatal e árbitro, não cabe reclamação se o precedente judicial não for aplicado pelo árbitro.

Na verdade, a eficácia persuasiva do precedente e a exigência de segurança jurídica é que impõem o seu respeito pelo tribunal arbitral, sobretudo quando aquele estiver consolidado ou até mesmo, pela

¹²³ In <http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial> acessado em 12.12.2016.

reiteração, transformado em súmula. É evidente que se for hipótese de incidência de súmula vinculante, com maior dose de razão, o árbitro não poderá desprezá-la, invocando simples questão de convicção íntima.

Não tem sentido algum admitir que, de um lado, o juiz estatal encontre-se sujeito à incidência do precedente e, de outro, o árbitro esteja livre para afastar a sua observância. Quando nada, maculado estaria o princípio da isonomia, a desacreditar o juízo arbitral.

A opinião acima rendeu muita discussão. André Vasconcelos Roque e Fernando da Fonseca Gajardoni, em artigo publicado logo após a opinião acima citada¹²⁴, concordaram com algumas afirmações de Cruz e Tucci, mas, a partir de um determinado ponto, trilharam caminho oposto. Concordaram quanto ao fato de que a aplicação do direito não se esgota na interpretação do texto legal, devendo o árbitro observar os precedentes existentes sobre a questão submetida à sua apreciação. Também concordaram quanto ao fato de que não cabe o ajuizamento de reclamação pela inobservância dos precedentes vinculantes, embora citem a opinião contrária de Rodrigo Garcia da Fonseca¹²⁵.

Divergiram André Roque e Fernando Gajardoni, todavia, ao tratarem do cabimento, defendido por Cruz e Tucci, da ação anulatória contra a sentença arbitral que não segue o precedente judicial. Também discordam da opinião de Cruz e Tucci ao comentarem a aplicação do artigo 489, §1º, VI do Código de Processo Civil cumulado com o artigo 26, II da Lei de Arbitragem à sentença que desrespeita o precedente judicial.

A discordância reside basicamente quanto à opinião de Cruz e Tucci no sentido de que a sentença arbitral que desrespeita precedente judicial carece da devida fundamentação e tal fato, na sua opinião, possibilitaria o ajuizamento de ação anulatória com base nos artigos acima mencionados.

Para André Roque e Fernando Gajardoni “o art. 32, III da Lei nº 9.307/1996, segundo o qual é nula a sentença arbitral se não contiver os requisitos do art. 26 (entre os quais, a fundamentação), com todas as vênias, não nos parece que deva ser lido na extensão que lhe atribui Cruz e Tucci. Tal interpretação permitiria verdadeira revisão

¹²⁴ In <https://jota.info/colunas/novo-cpc/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016> acessado em 22.06.2017.

¹²⁵ FONSECA, Rodrigo Garcia. Reflexões sobre sentença arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, ano 2, n. 6, jul-set/2005, p. 59.

judicial da justiça da decisão proferida pelo árbitro – tudo o que se quis evitar na Lei nº 9.307/1996, quando se extinguiu a exigência de homologação judicial da sentença arbitral.”

Ao que tudo indica, a opinião dos mencionados doutrinadores deságua na conclusão de que nada se pode fazer frente à sentença arbitral que desrespeita precedente judicial (vinculante ou não), pois se trata de *error in iudicando* do árbitro, o qual escapa dos domínios da ação anulatória (e da reclamação, como se viu acima).

Mas a discussão não parou por aí e Cruz e Tucci voltou ao tema em artigo posterior, quando trouxe outros elementos em defesa de sua tese¹²⁶. Não se trará aqui toda a desavença interpretativa que circunda o assunto, mas se quer ficar com a ideia de que o tema é palpitante e há abalizadas opiniões de lado a lado.

Com efeito, muito se debate se haveria possibilidade de anulação da sentença arbitral; se se estaria (ou não) dentro das hipóteses dos artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem; se se trataria de *error en iudicando* e até se haveria a possibilidade de ajuizamento de reclamação ao Supremo Tribunal Federal, tal qual previsão constitucional para as decisões judiciais e administrativas que desrespeitem os enunciados de súmula vinculante e as decisões de constitucionalidade de determinada norma.

Quer-se aqui inverter um pouco a discussão. Parece que muitos partem das consequências para se chegar à conclusão sobre a obrigatoriedade (ou não) dos árbitros respeitarem os precedentes. Essas questões são extremamente importantes do ponto de vista prático e certamente devem ser estudadas e averiguadas pela doutrina. No entanto, academicamente afigura-se equivocado trazer a análise das consequências, dos remédios, para se tentar chegar à causa, à cura. Quer-se aqui partir dos sintomas, e esse é o raciocínio que cientificamente se busca.

Pretende-se dizer com isso que a discussão precede a análise acerca das consequências de uma decisão que eventualmente desrespeite um precedente *lato sensu*, vale dizer, não é analisando as consequências que se chegará a uma resposta adequada sobre a pergunta que atormenta este estudo, embora também seja importante analisar o

¹²⁶ In <http://www.conjur.com.br/2016-dez-13/paradoxo-corte-arbitro-assim-juiz-togado-nao-tudo> acessado em 22.06.2017

que fazer quando se apresenta uma decisão em descompasso com os precedentes judiciais (vinculantes ou não). Portanto, não é averiguando se cabe reclamação, ou se é possível o ajuizamento de ação de desconstituição da sentença arbitral que se chegará a uma completa interpretação do tema.

É simplista dizer, por exemplo, que o árbitro não deve observância aos precedentes judiciais vinculantes simplesmente porque contra a sua decisão não cabe reclamação, ou ação anulatória da sentença arbitral. Igualmente singelo o argumento de que não cabe revisão do mérito da sentença arbitral pelo Poder Judiciário na hipótese de desrespeito à súmula vinculante e que, por essa razão, poder-se-ia assumir o desrespeito. A falta de remédio para um eventual desrespeito não leva necessariamente à conclusão de que há permissão total dos árbitros em desrespeitar determinada decisão judicial de caráter vinculante.

A discussão não encontra resposta direta na legislação, é bem verdade. As dificuldades não devem impedir, no entanto, que sejam analisados os argumentos de lado a lado, até para que o intérprete possa se convencer da tese que lhe pareça mais adequada quando se defrontar, na prática, com a situação de desrespeito ou de decisão arbitral que deixe de observar as fontes do direito escolhido pelas partes. Importante que se diga, também, que a conclusão dependerá do caso concreto a ser analisado, pois a prática guarda uma enormidade de situações que não são possíveis de serem idealizadas na teoria.

Acima se percebeu um discurso quase unânime no sentido de que há uma importância cada vez maior aos precedentes judiciais, mesmo se consideradas as diferenças entre os sistemas do *common law* e do *civil law*. Há autores que chegam ao ponto de afirmar que os sistemas se interpenetram, numa troca constante de influências e experiências¹²⁷, embora nem sempre as exatas características, os exatos modelos sejam

¹²⁷ De acordo com Cappelletti “Com referência a essas duas famílias jurídicas, contudo, parece-me justificada pelos resultados da presente investigação a seguinte conclusão geral: para além das muitas diferenças ainda hoje existentes, potentes e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto, à origem das quais encontra-se a necessidade comum de confiar ao “terceiro-poder”, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito. Verdade é que essa necessidade, como vimos, constitui por si mesma a sua causa, tal necessidade é certamente um fenómeno arriscado e aventureiro. Não se trata, contudo, de um risco e de uma aventura despidos de promessas, se é verdade que semelhante fenómeno, no nosso mundo perigosamente dividido, já está conduzindo à aproximação dos sistemas jurídicos, aproximação que, à distância, pode talvez abrir um capítulo mais luminoso na história fascinante da civilização jurídica.” (CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? 1. reimpr. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 133-134)

importados de um para o outro sistema. As ferramentas nem sempre são as mesmas, nem sempre possuem os mesmos atributos¹²⁸.

É inquestionável que o sistema jurídico brasileiro, que encontra suas raízes no *civil law*, também sofreu alterações que muitos interpretam como uma aproximação com o sistema do *common law*. Talvez seja a idealização teórica de algo que, na prática, é menos nobre; talvez seja apenas a necessidade de a academia encontrar substrato teórico para as mudanças legislativas, que por sua vez parecem estar mais preocupadas com o desentupimento dos tribunais e com a rapidez na entrega da Justiça.

Mas essa é a função da academia, da ciência do direito. Estudar o sistema jurídico e compreender as suas mutações, as suas facetas ao longo dos diversos momentos históricos. Se outrora havia preocupação com o autoritarismo, com o absolutismo, referida preocupação parece não ser a pauta atual, ao menos na maioria dos países ocidentais. Talvez agora a preocupação dos países democraticamente evoluídos seja outra, ou esteja cada vez mais ligada à efetiva entrega da jurisdição, da melhor e da mais rápida maneira possível, no afã da inalcançável pacificação social.

Essas mudanças trazem maiores desafios aos operadores do direito que, sobretudo no caso brasileiro, estão calcados nas raízes do *civil law* e, assim, têm muita dificuldade em reconhecer a importância das novas ferramentas criadas pelo legislador constitucional e infraconstitucional a vincular decisões posteriores.

Em grande parte, presos a esses receios, muitos sustentam que as decisões judiciais e súmulas vinculantes não integrariam as fontes do direito com o caráter de observância obrigatória. Ao defender esse ponto de vista, essa premissa básica do raciocínio que buscam, justificam que a principal fonte do direito brasileiro é a lei e que apenas quando esta é silente, ou dá margem a mais de uma interpretação, estaria o julgador autorizado a se socorrer das demais fontes do direito, dentre elas o precedente *lato sensu*. Ou seja, quando muito se poderia assumir que os precedentes dos Tribunais

¹²⁸ O trato com os precedentes é a maior prova disso, já que importado para o Brasil de uma forma totalmente diversa das características que vigoram nos países de *common law*. Os precedentes daqui não são o que são no sistema do *common law*. São simulacros que talvez ostentem a mesma persuasão, numa ou noutra hipótese, mas com inúmeras diferenças, até históricas, em sua origem. Tais diferenças merecem ser obviamente estudadas, mas não com o olhar preconceituoso de alguns, até mesmo porque não se pode querer o emprego, no Brasil, de um sistema de precedentes tipicamente concebido para um país que adota o *common law*.

Superiores e as súmulas vinculantes integram as fontes numa categoria secundária, sendo a lei a fonte primária, e que poderiam ser utilizados apenas quando a lei fosse omissa.

Essa linha de argumento possuía uma robustez de difícil combate, pelo menos antes da edição das súmulas vinculantes, ou antes das reformas do Código de Processo Civil de 2015. No entanto, os movimentos de reforma do sistema jurídico nacional, a introdução das súmulas vinculantes, dos mecanismos de abreviação do processo judicial e, ulteriormente, da edição do Código de Processo Civil deixam clara a preocupação do legislador em valorizar as decisões pretéritas, emprestando-lhes uma força obrigatória até então restrita a poucas decisões.

No atual cenário, goste-se ou não, houve uma crescente valorização das súmulas vinculantes e decisões judiciais pretéritas, elevando-se seu grau de importância e de persuasão no sistema jurídico brasileiro. Não se está aqui a julgar se tal fato representa uma desvirtuação da tradição jurídica do *civil law*, nem tampouco se pretende aqui esgotar a análise das razões que levaram o legislador a adotar essa novel importância, mas apenas uma constatação do ordenamento jurídico tal como atualmente posto.

A par dessas observações veja-se, agora, se tal influência dos precedentes também atinge os árbitros e, em caso positivo, em qual medida.

3.4. OS ÁRBITROS E AS SÚMULAS VINCULANTES.

Saber se o árbitro deve observar e se sujeitar aos enunciados das súmulas vinculantes já era uma questão tormentosa antes mesmo da edição do Código de Processo Civil de 2015. O Código nada alterou nesse particular, até mesmo porque as súmulas vinculantes já eram previstas Constituição Federal com a redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004. Entende-se que não competiria à lei processual ampliar a força obrigatória das súmulas para além daquelas figuras mencionadas no artigo 103-A da Constituição Federal (demais órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal).

Todavia, as tendências legislativas atuais, se não são determinantes, reforçam a ideia de que há uma intenção maior, no atual cenário jurídico, de se valorizar aquelas decisões e enunciados previamente concebidos. Como se viu, o Código de Processo Civil de 2015 valorizou os pronunciamentos judiciais, ou melhor, a eficácia obrigatória das

decisões pretéritas sobre os temas já julgados e sua observância pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Os defensores da tese de que a vinculação não atinge os árbitros sustentam que a arbitragem consiste num subsistema apartado não equiparável ao Judiciário ou à esfera administrativa e que, por isso, estariam os árbitros livres para apreciar o mérito da controvérsia ignorando os enunciados das súmulas vinculantes, podendo mesmo concluir em sentido contrário ao que dispõe uma súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal¹²⁹.

De acordo com Eduardo Parente¹³⁰ “quanto ao mérito os árbitros são soberanos, não estão vinculados a nenhum prévio juízo, principalmente de outro sistema processual, ainda que de seu órgão máximo.”. A partir dessa premissa afirma que:

Não nos parece que o árbitro esteja obrigado pela súmula vinculante. Ainda que cause estranheza a alguns, nada há a se fazer em caso tal. Obviamente não cabe recurso. Tampouco é possível a demanda do art. 33. Em resumo, é o mesmo que ocorre quando o árbitro julga mal o direito, quando julga contrariamente à lei. Não é possível anular a sentença, pois que, repetimos, esta demanda não visa atacar erros in judicando, mas apenas anulabilidades in procedendo. Logo, o fato é que a súmula vinculante obriga ao juiz, mas não ao árbitro. O motivo é simples: o tão repetido princípio fundamental do sistema do processo arbitral, a parte se sujeita a eventualmente não ter um julgamento conforme a súmula vinculante que poderia lhe favorecer. Assim como ocorre com a lei. A parte escolhe com liberdade, com suas vantagens, mas também com riscos quanto à liberdade de julgar o mérito pelos árbitros.

¹²⁹ Nesse sentido: MARIANI, Rômulo Greff. Precedentes na Arbitragem. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona. 2017. São Paulo, p.129; AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 215; BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de Arbitragem. São Paulo; Atlas, 2014, p. 646; MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre, v. 10, n. 38 – Abr-Jun/2013, p. 96-137; ROCHA, José de Albuquerque. Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica. São Paulo: Atlas, 2008. p. 88; DINAMARCO, Julia. O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente. In LEMES, Selma F.; CARMONA, Carlos A.; MARTINS, Pedro B. (Coord.), Arbitragem – Estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007. p. 64-88; TALAMINI, Eduardo. Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto. Tese de Livre Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008. p. 168-169; PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo Arbitral e sistema. São Paulo, Atlas, 2012. p. 286.

¹³⁰ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo Arbitral e sistema. São Paulo, Atlas, 2012, p. 286.

O assunto divide opiniões e há bons argumentos de lado a lado¹³¹. A literalidade do artigo 103-A, introduzido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 serve aos defensores da tese de que as súmulas não vinculariam os árbitros, porque afinal de contas o artigo nada fala em relação aos árbitros, ou à arbitragem. Argumentam que em 2004 a arbitragem já era uma realidade no Brasil e, acaso fosse a intenção do legislador, a emenda teria expressamente mencionado a arbitragem na alteração constitucional. Além dessa literalidade, a não sujeição da arbitragem às súmulas preservaria a integridade e a autonomia de cada sistema. É esse o entendimento de Julia Dinamarco¹³², dentre outros¹³³, de acordo com a qual:

Já no que toca à Súmula Vinculante, a conclusão é bem outra. O respeito à Súmula Vinculante somente é obrigação, na acepção jurídica do termo, para os destinatários indicados no art. 103-A da Constituição, entre os quais não se incluem os particulares e tampouco os árbitros. Esta constatação não quer dizer que o teor da Súmula Vinculante esteja desprovido de qualquer poder (não legal) sobre os árbitros, quando devam aplicar à matéria de fundo discutida em uma demanda arbitral o direito brasileiro e haja, acerca da matéria, Súmula aprovada pelo STF. É claro que a existência de Súmula sobre a matéria será certamente valorizada pelos árbitros, e, não surpreendentemente, esses reconheceriam nela uma forte autoridade, para efeito de formação de convicção sobre a causa. Mas isso não se confunde com

¹³¹ Advogando no sentido de que os árbitros devem se sujeitar aos enunciados das súmulas vinculantes estão DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 243; CAMARGO, Júlia Schledorn de. A influência da súmula persuasiva e vinculante dos tribunais superiores brasileiros na arbitragem. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013, p. 175; FONSECA, Rodrigo Garcia. Reflexões sobre sentença arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, ano 2, n. 6, jul-set/2005, p. 59; MENNA, Fabio de Vasconcellos. Limites da Arbitragem. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação de Direito Processual Civil para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, sob orientação do Prof. Dr. Nelson Nery Junior, 2010, p.163.

¹³² DINAMARCO, Julia. O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente. In LEMES, Selma F.; CARMONA, Carlos A.; MARTINS, Pedro B. (Coord.), Arbitragem – Estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007, p. 69/70.

¹³³ Em tese de doutoramento na Universidade de São Paulo Rômulo Greff Mariani defendeu a não sujeição dos árbitros aos comandos das súmulas vinculantes. De acordo com seu entendimento "Para além da literalidade do dispositivo (como se isso não fosse suficiente) há um estofo teórico que justifica a posição adotada pela Constituição Federal (e também refletida no Código de Processo Civil), que de resto sequer se aplicaria à arbitragem, como já abordado): justamente a preservação da autonomia de cada sistema. O árbitro pode ser obrigado a se submeter às regras do Poder Legislativo, mas isso não se verifica em relação às "regras" que emanam do próprio judiciário estatal e que representam a visão deste a propósito do Direito aplicado num dado momento, podendo mesmo no futuro serem alteradas ou revogadas pelo próprio Poder Judiciário caso o entendimento se altere." (MARIANI, Rômulo Greff. Precedentes na Arbitragem. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona. 2017. São Paulo, p.129)

uma hipotética sujeição dos árbitros ao teor da Súmula e com o dever de respeitá-la, acatando-a ao proferirem a sentença arbitral.

Com efeito, a despeito da obrigatoriedade de atendimento ao teor da Súmula Vinculante prevista no art. 103-A da Constituição pelos destinatários daquela norma, essa não passou a ser fonte de direito em nosso sistema.

No mesmo sentido advoga Ricardo Dalmaso Marques¹³⁴ ao endossar a tese de que os árbitros não se sujeitam às súmulas vinculantes:

Não há vinculação, primeiramente, porque, como se estabeleceu supra, a vinculação que conferiu o legislador constitucional está relacionada às regras e ao rito procedimentais aplicáveis estritamente à esfera judicial. A separação entre os dois sistemas é suficiente para afastar, daqueles que se submetem à arbitragem, qualquer regra ou ferramenta que advenha unicamente do arcabouço judicial – lembrando, nesse sentido, que o fundamento e o propósito das decisões e súmulas vinculantes de reduzir o número e a duração de processos no Poder Judiciário, por óbvio, não se comunicam, aplicam ou estendem ao sistema arbitral.

Veja-se que o autor acima citado considera que o enunciado da súmula integra o sistema jurídico brasileiro como fonte do direito praticamente equivalente à lei. Partindo-se dessa premissa afirma o autor que desrespeitar a súmula vinculante seria o mesmo que desrespeitar a lei e como não haveria remédio para o julgamento contrário à lei, também não haveria remédio para a sentença arbitral contrária à súmula vinculante.

Muitos dos raciocínios expostos acima exploram o fato de que não haveria remédio contra uma decisão que afrontasse súmula vinculante e, diante dessa impossibilidade de remediar, poderia o árbitro livremente decidir, mesmo que contrariamente ao comando vinculante. Assim, a inexistência de antídoto para a afronta seria o argumento principal para que os árbitros não se obrigassem aos comandos vinculantes.

Ousa-se parcialmente divergir dessa linha de argumentação. Pensa-se que os árbitros são sim obrigados a analisar as súmulas vinculantes, confrontando os argumentos das partes acerca de sua aplicação e, assim, devem proferir sentença que demonstre (e

¹³⁴ MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre, v. 10, n. 38 – Abr-Jun/2013, p. 127.

fundamente) a análise, o eventual alinhamento ou desalinhamento com o vetor constante da súmula.

Assim, as súmulas vinculantes são de observância obrigatória, mas o seu acolhimento deve ser analisado pelo árbitro caso a caso¹³⁵. Observar obrigatoriamente não significa acolher obrigatoriamente, acolher indiscriminadamente. A observância é obrigatória, mas não há necessariamente uma vinculação como há no sistema jurídico estatal, pois os árbitros podem lançar mão de técnicas de diferenciação ou superação desse enunciado normativo, podendo mesmo concluir pela sua inaplicação ao caso concreto. As consequências do desprezo serão vistas mais abaixo, mas se quer fixar por ora a ideia de que as súmulas vinculantes são de observância obrigatória pelos árbitros, assim como o são todas as fontes de direito escolhidas pelas partes que elegeram a arbitragem.

Isso porque as súmulas vinculantes, alçadas à categoria constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/2004, desempenham papel de destaque no cenário jurídico brasileiro ao dar unicidade ao sistema. As súmulas têm, portanto, a função de traduzir a resposta adequada a uma determinada temática controversa. São inequivocamente fontes do direito brasileiro e possuem envergadura constitucional. Ao integrar as fontes do direito brasileiro não podem os enunciados das súmulas ser ignorados ou contrariados sem qualquer distinção pelos árbitros, ainda mais se para a arbitragem as partes elegeram o direito brasileiro como arcabouço normativo hábil à solução da controvérsia.

A súmula vinculante é, pois, ato de conteúdo normativo¹³⁶ introduzido no sistema por expressa determinação constitucional¹³⁷. Integra as fontes do direito brasileiro,

¹³⁵ Até mesmo se for seguir determinada súmula vinculante deve o árbitro expressamente fundamentar. Não poderá simplesmente dizer que ao caso se aplica a súmula vinculante ‘x’ e que, portanto, decide na forma do que determina a referida súmula. Ora, o árbitro tem o dever de fundamentar a aplicação da súmula até mesmo quando a acolhe.

¹³⁶ Segundo Canotilho, “uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a ‘medida de ordenação’ nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização judicial); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma *normatividade actual e imediata* através da sua ‘passagem’ a norma de decisão que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa (*supra*, gráfico do procedimento concretizador).” (CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1205).

¹³⁷ A ideia de utilização de súmulas vinculantes ressurgiu e culminou com a aprovação do projeto legislativo denominado “Reforma do Poder Judiciário” (a Emenda Constitucional 45/2004), que continham várias propostas anteriores, como a criação do Conselho Nacional de Justiça, o efeito vinculante das súmulas e das decisões de mérito em ação direta de inconstitucionalidade, assim como o próprio uso da reclamação

integra o direito nacional¹³⁸. Essa é a opinião de Rafaella Ferraz¹³⁹ ao argumentar que "é indubitável que o enunciado integra o ordenamento jurídico brasileiro, como fonte de direito praticamente equivalente à lei e, nessa qualidade, deve ser aplicado pelos árbitros quando se defrontarem com situação idêntica àquela contida no enunciado da súmula do Supremo Tribunal Federal. Isto porque, ao se eleger determinadas regras de direito, não se aplicam umas em detrimento de outras."

Assim, se árbitros e magistrados desempenham o mesmo papel, a mesma função, seria ilógico pensar que não devem observar as mesmas fontes de direito, o mesmo arcabouço jurídico. Não é correto pensar que a decisão dos árbitros deva apenas se pautar na Constituição Federal e na lei *strito sensu*. Ora, se o sistema jurídico brasileiro empresta relevância a outras fontes do direito, algumas com conteúdo normativo de envergadura constitucional, não parece correto afirmar que o julgamento dos árbitros deva observar a lei e tão somente a lei.

A partir desse raciocínio não se está aqui a dizer que o modelo jurídico brasileiro migra para o sistema anglo-saxão, ou que as súmulas representam verdadeiro precedente vinculante obrigatório, tal qual sua sistemática adotada no *common law*¹⁴⁰. Acima se viu

em face do descumprimento das decisões vinculante do Supremo Tribunal Federal por parte dos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

¹³⁸ Para Teresa Arruda Alvim Wambier "Como regra, me parece que o árbitro deve respeitar, por exemplo, no caso brasileiro, súmula vinculante e jurisprudência consolidada. Todavia, pode haver casos em que a questão posta sob a apreciação do árbitro é discutível, que a respeito haja jurisprudência em mais de um sentido e doutrina também. Nestas hipóteses, não poderá haver controle, sob pena de se equiparar esta revisão absolutamente excepcional a uma apelação. Embora assista razão àqueles que dizem que a arbitragem consiste em outro sistema, diferente do processo civil, aplicam-se à arbitragem princípios processuais constitucionais, assim como ao processo administrativo. No entanto, quando, na convenção arbitral, as partes elegem o direito de tal país como sendo o aplicável para dirimir a controvérsia, inserem este elemento no mundo da arbitragem. E o direito de um país não necessariamente é a literalidade do direito positivo lá em vigor. Não se trata, como pode parecer à primeira vista, de considerar o árbitro vinculado (ou não) a precedentes, às súmulas vinculantes ou à jurisprudência pacificada sobre certa regra legislativa. Não é este o ponto. O ponto é saber o que é o direito de cada país: o direito de cada país é a lei, interpretada pelos tribunais, à luz da doutrina." (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A discussão sobre a disponibilidade do controle judicial da sentença arbitral e seus limites. *In: Revista Brasileira de Arbitragem*. RBA n. 50 – Abr-Jun/2016. São Paulo: 2016. p. 7-32)

¹³⁹ FERRAZ, Rafaella. Arbitragem comercial, internacional e enunciado de súmula vinculante pelo STF. *In: Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 5. N. 17. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 98.

¹⁴⁰ Justamente por essa razão não se pode concordar com a opinião de Júlia Dinamarco quando fundamenta seu raciocínio na diferenciação entre os sistemas do *civil law* e do *common law*. Com efeito, mesmo antes da edição do Código de Processo Civil de 2015 a autora defendia a não sujeição obrigatória dos árbitros aos enunciados das súmulas vinculantes editadas conforme o art. 103-A da Constituição Federal. De acordo com a autora "Como visto a partir das informações colacionadas nos tópicos precedentes, não resta muita dúvida sobre a sujeição dos árbitros ao precedente quando o direito que governa o caso pendente de adjudicação é regido por direito de país pertencente ao *common law*. Quando o direito aplicável à

as diferenças entre os institutos e não se pretende fazer aqui qualquer equiparação entre a súmula vinculante e os precedentes do *common law*. Todavia, essas diferenças entre os precedentes do *common law* e as súmulas vinculantes não infirmam a argumentação no sentido de que são as súmulas vinculantes, no Brasil, verdadeiras fontes do direito e que, portanto, devem ser observadas pelos árbitros quando do julgamento da causa¹⁴¹.

Ora, a partir do momento em que a função dos árbitros e dos magistrados se equipara¹⁴², há que se ter em mente não só o primado da isonomia, mas também o da segurança jurídica, da unicidade do sistema e da credibilidade da própria arbitragem. Os cidadãos têm a legítima expectativa de receber, seja do Poder Judiciário ou da arbitragem, decisão que analise o arcabouço normativo vigente como um todo, de maneira que não sejam surpreendidos por decisões que contrariem injustificadamente as fontes do direito em que estão inseridos.

A contrariedade causa surpresa, desequilíbrio e desarmonia, prejudicando o instituto e a confiança na arbitragem como forma adequada de resolução de conflitos.

controvérsia se qualifica como *common law*, e as partes não tiverem dado aos árbitros autorização para julgamento por critério que não o legal, a sujeição dos árbitros ao precedente e seus comandos é exatamente igual àquela que determina os critérios de julgamento dos órgãos jurisdicionais estatais que hipoteticamente viessem a julgar a mesma causa deduzida pela via arbitral. É claro que sempre haverá aquela latitude para que, na identificação dos precedentes potencialmente incidentes sobre o caso, o órgão jurisdicional estatal ou árbitros façam diferenciações e ponderações, abrandamentos e afastamentos sobre o comando contido no precedente, pois esse método de arguição de trabalho é inerente ao sistema *common law*. Talvez a única diferença, no plano teórico, entre a adjudicação de uma causa regida por norma de *common law* por um juiz togado ou por árbitros é que o pronunciamento dos últimos não integrará a sucessão de julgados que compõem o ordenamento jurídico nesse sistema.” (DINAMARCO, Julia. O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente. In LEMES, Selma F.; CARMONA, Carlos A.; MARTINS, Pedro B. (Coord.), Arbitragem – Estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007. p. 64-88)

¹⁴¹ Em sentido diverso afirma Julia Dinamarco que “A eficácia vinculante conferida às súmulas previstas no art. 103-A não é suficiente, contudo, segundo a maioria dos autores, para inseri-las entre as fontes do direito no sistema brasileiro. Embora a eficácia vinculante atribuída às súmulas possa ser vista – como é por alguns – como modificação na fórmula de equilíbrio entre os poderes do Estado, ainda vigoram inalterados o art. 2º da Constituição Federal e o princípio de que somente a lei obriga os indivíduos, consagrado no art. 5º, inciso II, da Constituição. As fontes do direito ainda são a lei escrita e, supletivamente, os institutos indicados no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil” (DINAMARCO, Julia. O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente. In LEMES, Selma F.; CARMONA, Carlos A.; MARTINS, Pedro B. (Coord.), Arbitragem – Estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007. p. 64-88)

¹⁴² Para BERMUDEZ “...cabe ao árbitro, ou árbitros, para compor a lide atual, ou prevenir a lide iminente, submetida ao seu julgamento, realizar aquelas operações que o juiz efetua quando sentencia, as quais envolvem a determinação da lei incidente, a interpretação e aplicação da norma cabível, o afastamento do preceito impertinente e a exclusão da regra inválida ou sem eficácia.” (BERMUDES, Sérgio. Direito processual civil: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 298)

Assim, ainda que os árbitros tenham liberdade na análise do mérito do conflito, vale destacar as palavras de Gilbert Guillaume¹⁴³ ao ressaltar que:

This freedom, however, cannot become a license. If judicial decisions are never fully predictable, they should never be arbitrary. Any system of law requires a minimum of certainty, and any dispute settlement system a minimum of foreseeability. Furthermore, these systems assume that persons in comparable situations are treated as comparable. Precedent plays an irreplaceable role in this respect. For the parties it is the guarantor of certainty and equality of treatment.

Portanto, se as partes elegeram a arbitragem como método eficaz para a resolução das suas disputas; se elegeram o direito brasileiro como sendo aquele arcabouço de normas jurídicas e princípios que devem ser interpretados na análise e na solução do caso, é razoável esperar que a sentença arbitral observe todo o conjunto de normas, regras, princípios e precedentes que integram as fontes do direito eleito.

Assim, é nas fontes do direito que a tese ora defendida encontra maior lastro, pois se as súmulas vinculantes integram as fontes do direito brasileiro, se fazem parte da nascente de onde se extraem as regras do ordenamento jurídico nacional, com o destaque constitucional que lhes foi atribuído, devem ser observadas pelos árbitros que venham a julgar arbitragem em que as partes elegeram o direito brasileiro para solucionar o conflito. Esse entendimento reconhece haver uma verdadeira integração das súmulas vinculantes à categoria das fontes do arcabouço jurídico nacional, na medida em que a todos atingem, por seu efeito *erga omnes*.

Esse entendimento também prestigia o princípio da isonomia, pois não parece adequado que as decisões judiciais e arbitrais, igualadas pela lei, possam divergir no que se refere à análise das fontes do direito, até mesmo porque ambas devem julgar com base no mesmo arcabouço normativo. Esse argumento acerca da isonomia e da reprovável diferenciação foi crucial para a conclusão a que chegou Julia de Camargo, confira-se:

Além disso, admitir que o árbitro não está obrigado a observar os enunciados das súmulas vinculantes seria abalar e impugnar de forma velada o próprio caráter jurisdicional da arbitragem e isso evidenciaria uma diferenciação na jurisdição exercida por juízes e árbitros. Em outras palavras, os juízes estariam obrigados ao comando da súmula vinculante, os árbitros não.

¹⁴³ GUILLAUME, Gilbert. The use of precedent by International Judges and Arbitrators. Journal of International Dispute Settlement, vol. 2, n. 1. Oxford University Press, 2011, p. 5/23.

Corolário da análise sistemática, a inobservância do enunciado vinculante no processo arbitral implica também violação ao princípio da isonomia, na medida em que demandas semelhantes terão decisões distintas porque foram julgadas, uma por processo arbitragem, outra por processo judicial.

Dessa forma, pensa-se que o árbitro deve observar os enunciados das súmulas vinculantes¹⁴⁴, verificando sua adequação ao caso que julga. Observar no sentido de analisar/considerar o comando sumulado no momento em que decide a controvérsia a ele submetida, assim como todas as demais fontes do direito eleito pelas partes. O árbitro não está vinculado ao comando da súmula, mas está vinculado ao dever de observância, de análise, de confrontação e fundamentação, mesmo que decida favoravelmente ao comando sumulado e, com muito mais razão, se vier a decidir contrariamente à sua orientação¹⁴⁵.

Até mesmo quando pretende seguir o comando vinculante pensa-se que o árbitro deve verificar e fundamentar sua adequação, já que, diferentemente do que ocorre no Poder Judiciário, não está o árbitro autorizado a produzir decisão se limitando a citar a súmula vinculante como se fosse a pá de cal para o assunto. Mesmo nesse caso, repita-se, deve o árbitro não só observar a súmula, como fonte do direito que é, mas também demonstrar a sua adequação ao caso que está sendo por ele julgado, juntamente com as demais fontes do direito que embasam sua decisão.

Portanto, embora os árbitros não integrem a estrutura do Poder Judiciário, enquanto *estão* árbitros porque eleitos pelas partes para dizer o direito, devem concebê-lo como integridade, analisando e julgando a causa que lhes foi submetida com base em

¹⁴⁴ Numa acomodação interpretativa Sérgio Seiji Shimura entende que, para os fins de observância obrigatória dos enunciados sumulados, as sentenças arbitrais devem ser equiparadas às decisões administrativas, embora de conteúdo jurisdicional, pois "conquanto haja decisões não-jurisdicionais, portanto, exaradas por órgãos não integrantes do Poder Judiciário, devem as mesmas ser consideradas como "administrativas", para fins de vinculação à súmula (ex.: justiça desportiva, cf. Art. 217 da CF); e decisões proferidas por órgão não integrante do Poder judiciário, mas de conteúdo jurisdicional (ex.: arbitragem, cf. Lei 9.307/96)". (SHIMURA. Sérgio Seiji. Súmula Vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) Reforma do Judiciário – primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 764)

¹⁴⁵ Não se olvida que os magistrados estatais também possam lançar mão de técnicas para distinguir o caso das súmulas vinculantes, assim como o Poder Judiciário possui mecanismos próprios para revogar seus entendimentos anteriores. Todavia pensa-se que o árbitro possui maior liberdade para afastar a incidência de determinada súmula vinculante por entender que o caso em questão, por exemplo, difere daqueles que deram origem ao seu enunciado, desde que o faça fundamentadamente. Diferentemente dos árbitros os juízes podem até divergir das súmulas, mas devem se curvar ao seu entendimento, pois sabem que sua decisão será reformada, ou até mesmo sofrer reclamação.

todas as fontes do direito, dentre as quais se inserem os enunciados das súmulas vinculantes, com a envergadura que receberam da Constituição de 1988. Só assim sua decisão terá coerência com o sistema jurídico em que se insere. Só assim os árbitros obedecerão ao que as próprias partes, quando da adoção por arbitragem, convencionaram quanto ao direito aplicável.

Não podem os árbitros simplesmente ignorar os enunciados das súmulas, ou deixar de analisar a alegação de sua incidência ao caso sob a singela justificativa de que referidos enunciados são um produto do Poder Judiciário e, portanto, não aplicável à arbitragem. São os enunciados, como se viu, verdadeiras fontes do direito e devem ser analisadas como tal em arbitragem de direito.

O árbitro, enquanto está árbitro, é juiz de fato e de direito (artigo 18 da Lei de Arbitragem) e, nesse mister, tem o dever inarredável de julgar a causa com base em todo o arcabouço jurídico e fontes que integram o sistema jurídico nacional, caso a arbitragem seja regida pelo direito brasileiro. Diz-se “enquanto” porque a jurisdição do árbitro é temporária, como acertadamente afirma Francisco Cahali “Diversamente de um juiz togado, a jurisdição do árbitro, tal qual a do colegiado arbitral (painel ou tribunal) é temporária, não permanente. A jurisdição do árbitro é restrita ao procedimento no qual foi investido. Nasce e desaparece com o procedimento, não transcende a este. Novo procedimento, entre as mesmas partes, e quiçá relativamente ao mesmo contrato, reclama nova investidura, com as formalidades daí decorrentes.”¹⁴⁶.

É bem verdade que essa afirmação se lastreia em grande medida no reconhecimento de que o árbitro exerce função jurisdicional, o que já se teve a oportunidade de expor acima e com o que concorda grande parte da doutrina especializada¹⁴⁷. Também importa destacar que os árbitros rendem subserviência à convenção arbitral, à escolha contratualmente levada a efeito pelas partes e suas variadas facetas, dentre elas a adoção do direito aplicável. Portanto, o dever de observação às

¹⁴⁶ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010. 6.ed. São Paulo: Ed. RT, 2017, p. 200.

¹⁴⁷ Nesse sentido CRETELLA NETO, José. Curso de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15; CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010. 6.ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. Capítulo 4. p.129; e BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C.. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. RArb nº 14/51.

súmulas é inerente à escolha que foi feita pelas partes quando da convenção arbitral, a qual os árbitros se submetem.

Sabe-se que a jurisdição estatal é atributo do Estado. A arbitragem, jurisdição privada cujos poderes dos árbitros são outorgados pelas partes, não é ilimitada. A própria lei criou o poder, a possibilidade de as partes adotarem a arbitragem e assim estabeleceu regras, requisitos e condições para o exercício dessa jurisdição. Não há, pois, plena e incondicional liberdade dos árbitros. Nesse sentido afirma George Abbud¹⁴⁸:

Todavia, não é correto afirmar-se que o árbitro possui plena liberdade para ignorar decisões interpretativas do STF e suas súmulas vinculantes, principalmente pelo fato de que esses provimentos veiculam questões de direito constitucional cuja desatendimento, em regra, poderá acarretar a posterior anulação da sentença arbitral. Nesse ponto, pode-se afirmar que, no mínimo, existe uma vinculação indireta do árbitro a essas decisões.

Confira-se também a opinião da Fábio de Vasconcellos Menna¹⁴⁹:

O comando constante da súmula vinculante atinge, assim, todas as pessoas que se encontrem na situação objeto da então controvérsia judicial. Seus efeitos são projetados para além do processo, alcançando, inclusive, situações extraprocessuais, como no caso da administração pública e Arbitragem, que devem seguir a ordem sumulada e, nem mesmo, promover mais o acesso ao Judiciário para discussão da matéria.

(...)

Negar os efeitos de súmula vinculante aos particulares, como, por exemplo, aos árbitros, é negar a essência da súmula vinculante aqui demonstrada.

Uma das grandes conquistas da Lei nº 13.129/2015 foi, sem dúvida, a confirmação legal acerca da possibilidade de a Administração Pública participar das arbitragens, ou seja, da Administração Pública celebrar contratos com cláusulas compromissórias (artigo 1º da Lei de Arbitragem). A própria Lei nº 8.987/95, denominada Lei Geral das Concessões e Permissões de Serviços Públicos, na redação dada pela Lei nº 11.196/05 estabeleceu que: “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de

¹⁴⁸ ABBUD, Georges. Jurisdição constitucional vs. Arbitragem: Os Reflexos do Efeito Vinculante na Atividade do Árbitro. Revista de Processo, São Paulo, vol. 37, n. 214, p. 271-298, dez. 2012, p. 10.

¹⁴⁹ MENNA, Fabio de Vasconcellos. Limites da Arbitragem. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação de Direito Processual Civil para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, sob orientação do Prof. Dr. Nelson Nery Junior, 2010, p.152.

mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”¹⁵⁰

A doutrina louvou essa alteração legislativa. Diversos seminários, livros e artigos são dedicados ao tema. Há todo um entusiasmo da comunidade arbitral acerca da participação, nas arbitragens, das pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios, Territórios e Autarquias) ou de entidades da Administração Pública direta ou indireta (sociedade de economia mista ou empresa pública).

A ampliação dessa possibilidade certamente irá robustecer as arbitragens nacionais. É inegável que os entes públicos, capazes de contratar com o particular (arbitrabilidade subjetiva), também poderão dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva). Seria uma ducha de água fria aos entusiastas da participação dos órgãos do Poder Público na arbitragem se admitíssemos que os árbitros desfrutam de irrestrita liberdade e que, portanto, podem ignorar o conteúdo das súmulas vinculantes.

Aliás, seria até um contrassenso admitir que os órgãos da Administração, que se obrigam no seu dia a dia pelas súmulas vinculantes, por expressa imposição constitucional, venham a participar de arbitragens em um ambiente em que os árbitros desprezam essas diretrizes. Esse entendimento acerca da observância dos árbitros às súmulas vinculantes evitará que as pessoas jurídicas de direito público não se intimidem a participar das arbitragens no Brasil, ainda que os árbitros não estejam necessariamente vinculados aos seus comandos, como se viu acima.

Justamente por isso que é preciso fomentar que as arbitragens nacionais desfrutem de um ambiente seguro, com prestígio à isonomia, à legalidade, ao devido processo legal, ao contraditório e com respeito à fundamentação das suas decisões. Isso somente será possível se a arbitragem transitar por um ambiente em que se respeite a integridade do direito, a completude do arcabouço jurídico, pois esse parece ser o adubo a fazer crescer ainda mais a arbitragem brasileira e o respeito às suas decisões.

¹⁵⁰ Outras disposições legais também destacam a possibilidade do uso da arbitragem em contratos com pessoas jurídicas de direito público, valendo citar, a título exemplificativo, a Lei nº 9.478/97, que regula a política energética nacional, as atividades relacionadas à extração de petróleo e institui a ANP, ao estatuir que o contrato de concessão deve trazer “regras de solução de controvérsia, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional” (art. 43, X).

3.5. OS ÁRBITROS E AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.

Pretende-se agora analisar se a conclusão acima é a mesma para as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, assim entendidas aquelas decisões prolatadas nos termos do artigo 102, I, alínea “a” da Constituição Federal¹⁵¹. Parte-se inicialmente da análise desses *precedentes* constitucionais em razão de sua eficácia *erga omnes*, diferentemente das demais decisões judiciais mencionadas no artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015.

Pois bem, nas ações previstas no artigo 102, I, alínea “a” da Constituição Federal o objeto central da discussão, como o próprio nome já indica, é a constitucionalidade ou não do ato normativo¹⁵², isto é, saber se o ato normativo afronta (ou não) a ordem constitucional e, em caso positivo, promover a sua retirada do ordenamento jurídico. Tal julgamento se assemelha à finalidade legislativa negativa, poder de que desfruta o Supremo Tribunal Federal por delegação constitucional, a partir do momento em que as normas analisadas são retiradas do ordenamento jurídico quando do seu julgamento de inconstitucionalidade. É o Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional por essência, apreciando a congruência de determinado ato normativo em face da Constituição e do sistema jurídico nacional.

O estudo que ora se faz dessa espécie de pronunciamento judicial e a sua eventual vinculação aos árbitros decorre não só por ter sido enaltecida no artigo 927, I, do Código de Processo Civil de 2015, mas também pela eficácia *erga omnes* e pelo efeito vinculante atribuído pela própria Constituição Federal às referidas decisões, na medida em que “§ 2º

¹⁵¹ *Verbis*: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;”

¹⁵² Vale destacar que a ação direta de inconstitucionalidade serve para se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, enquanto que a ação direta de constitucionalidade serve apenas para lei ou ato normativo federal. Nesse sentido CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1363: “A ação declaratória de constitucionalidade, nos termos da segunda parte do mesmo artigo, só poderá versar sobre lei ou ato normativo federal. Por uma dessas ironias do processo legislativo, o legislador constituinte ampliou, na EC 45/2004, o direito de propositura da ADC sem ampliar o seu objeto, que continua a ser o direito federal.”

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”¹⁵³

Assim, pela relevância dessa espécie de decisão, originária do Supremo Tribunal Federal e constitucionalmente prestigiada, é perfeitamente razoável esperar que o árbitro a ela renda observância, até para que aplique o direito em conformidade com a ordem jurídica brasileira, como assim esperavam as partes que contrataram pela arbitragem, nela incluídas as decisões da Corte Constitucional em controle concentrado de constitucionalidade.

Todavia, a opinião a esse respeito também não é unânime na doutrina especializada, pois há quem entenda que os árbitros não se obrigam pelas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, assim como também não se obrigam aos enunciados das súmulas vinculantes, como se viu no tópico acima. Ricardo Dalmaso Marques¹⁵⁴ aduz que:

Em síntese, não há vinculação, ao menos da forma que estabelece o sistema judicial, das decisões e súmulas vinculantes à sentença arbitral. E isso, a partir das premissas traçadas supra, por 2 (dois) principais motivos: (1) a decisão e súmula vinculantes, embora constituam fonte do direito da lei brasileira, não produzem efeitos de vinculação além dos sistemas judicial e administrativo, ou seja, não alcançam o sistema arbitral, pois dizem respeito a regras e ritos específicos do sistema judicial; e (2) o sistema arbitral brasileiro não comporta essa vinculação, uma vez que, hoje, inexistente remédio que importe a vinculação forçada aos precedentes criados pelo Supremo Tribunal Federal.

Da mesma forma que se argumentou em relação às súmulas vinculantes, também é razoável admitir que os árbitros, em arbitragens de direito, observem as decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, com espeque no artigo 102, I, “a” da Constituição Federal. Repita-se o quanto se disse acima, observar não significa acolher indistintamente, não significa se curvar ao

¹⁵³ Redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004.

¹⁵⁴ MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre, v. 10, n. 38 – Abr-Jun/2013, p. 125.

entendimento, mas levar em consideração quando do julgamento do mérito da arbitragem e ao formular a *ratio decidendi* da sua decisão. Afinal de contas essas decisões integram as fontes do direito brasileiro, assim como as súmulas vinculantes.

Todavia, quando se trata de decisão do Supremo Tribunal Federal que repute inconstitucional determinado dispositivo legal há um destaque a ser feito, pois se o ato normativo é declarado inconstitucional em controle concentrado, ele na verdade deixa de existir e o árbitro não pode decidir o conflito com base em norma inexistente. Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal que extirpa do ordenamento jurídico ato normativo inconstitucional vincula o árbitro quando da fundamentação da sentença, vinculação essa que não decorre propriamente da decisão em si, mas da retirada daquele ato normativo do arcabouço jurídico eleito pelas partes para a decisão da arbitragem. A sentença arbitral que ignora a decisão do Supremo Tribunal Federal e aplica dispositivo declarado inconstitucional não representa sentença arbitral equivocada, mas decisão que aplica direito outro que não o direito brasileiro.

E tal fato fere de morte a credibilidade que se espera do instituto, acima de tudo. A jurisdição dos árbitros é outorgada pelas partes e ao elegerem o direito brasileiro elas esperam que os julgadores profiram decisão com base no ordenamento jurídico vigente, em toda a sua extensão, aí consideradas todas as fontes do direito brasileiro, incluindo-se nelas as súmulas vinculantes e as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade. A partir do julgamento de inconstitucionalidade, entende-se que o Supremo Tribunal Federal retira do ordenamento jurídico a lei ou o ato normativo incompatível com a ordem constitucional, exercendo a finalidade de legislador negativo que lhe é atribuída pela própria Constituição Federal.

Assim, como justificar a validade de uma sentença arbitral que fundamenta seu raciocínio em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado? Tal situação é insustentável e a liberdade dos árbitros, nesse ponto, não pode ser encarada como algo intocável, ilimitada, a ponto de colocar em xeque a própria confiança adquirida pelo instituto nessas duas décadas de vigência da lei¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Não se olvida a opinião de Carmona de que “arbitration is diferent”, em artigo escrito para a Revista de Arbitragem e Mediação, quando faz a analogia entre a arbitragem e um ornitorrinco, alegando que se trata de um sistema apartado daquele oferecido pelo Estado e que é um erro grosseiro pensar que se está lidando com um processo igual ao oferecido pelo Estado. (CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 8, n. 28, jan./mar, 2011, p. 47-63.). No entanto, a liberdade

Pensa-se que neste aspecto a sentença contém o vício do artigo 32, IV da Lei de Arbitragem, porque ao se fundamentar em norma inconstitucional na verdade se vale de direito outro que não o eleito pelas partes na convenção de arbitragem, além de eventualmente poder ser questionada por nulidade na fundamentação, nos termos do artigo 26 e 32, III, da Lei de Arbitragem¹⁵⁶.

Rômulo Mariani sustenta que a decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade, ou mesmo afirma a constitucionalidade de determinado ato normativo em sede de controle concentrado de constitucionalidade possui “efeito persuasivo muito relevante em relação ao árbitro”¹⁵⁷. No entanto, sustenta que o árbitro não está vinculado a essa espécie de decisão, não antes do Senado Federal agir conforme determina o artigo 52, X, da Constituição Federal, ao dispor que compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Assim, para Mariani, é só a partir da suspensão a que alude o artigo 52, X, da Constituição Federal que os árbitros estariam inegavelmente vinculados à decisão de rechaço do Supremo Tribunal Federal em relação a determinado ato normativo, porque aí haveria uma obediência dos árbitros à repercussão legislativa decorrente da decisão judicial. Antes disso haveria um poder persuasivo extremamente forte em relação aos árbitros, mas não uma obrigatoriedade¹⁵⁸. Dessa forma conclui:

Assim sendo, no sistema arbitral a decisão que contrariar entendimento do Supremo Tribunal Federal, mesmo aquele fixado em sede de controle de constitucionalidade concentrado, não poderá ser maculada, sem que se possa verificar uma vinculação do árbitro a essa

dos árbitros é limitada à vontade das partes. Acaso as partes tenham adotado o ordenamento jurídico brasileiro para lastrear a decisão sobre o mérito da arbitragem, então a decisão arbitral não pode adotar norma que fora declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, até porque estará decidindo com base em norma inexistente dentro do ordenamento jurídico eleito.

¹⁵⁶ Abboud afirma que “Contra a sentença arbitral que utilizou como fundamento lei declarada inconstitucional em sede abstrata pelo STF, caberá apenas a ação anulatória prevista no art. 32, III, da Lei de Arbitragem. Isso porque a sentença arbitral embasada em lei declarada inconstitucional terá fundamentação nula e violará o disposto no art. 93, IX, da CF/1998.” (ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs. Arbitragem: Os Reflexos do Efeito Vinculante na Atividade do Árbitro. Revista de Processo, Revista dos Tribunais, vol. 214/2012. p. 271-298.). No mesmo sentido: BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de Arbitragem. São Paulo: Atlas, 2017, p. 644.

¹⁵⁷ MARIANI, Rômulo Greff. Precedentes na Arbitragem. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona. São Paulo, 2017, p. 119.

¹⁵⁸ Em sentido diverso MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre, v. 10, n. 38 – Abr-Jun/2013, p. 96-137.

espécie de decisão, à exemplo do que ocorre com o juiz estatal. Isso ocorre tanto para decisões que reconheçam a inconstitucionalidade do ato normativo, como para os casos em que a constitucionalidade é aferida ou ao ato normativo é conferido uma interpretação conforme a Constituição.

Outro argumento muito utilizado por aqueles que defendem a ampla liberdade dos árbitros na apreciação do mérito se lastreia na inexistência de hierarquia entre a arbitragem e os órgãos do Poder Judiciário. Ora, por certo que não há hierarquia entre esses dois subsistemas, mas a ausência de hierarquia não permite aos árbitros ignorar as decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade de determinada lei, até porque, como já se disse, esse julgamento retira o ato normativo inconstitucional do ordenamento jurídico, e a liberdade dos árbitros na apreciação do mérito é limitada justamente, pela vontade das partes, ao ordenamento jurídico vigente.

Decidir com base em lei declarada inconstitucional é decidir com base em norma jurídica que está fora do arcabouço normativo eleito pelas partes, é decidir contrariamente à escolha feita na convenção arbitral.

Quer-se dizer com isso que o árbitro não está vinculado propriamente à decisão do Supremo Tribunal Federal, ao precedente daquela Corte, mas à convenção arbitral e ao ordenamento jurídico eleito pelas partes¹⁵⁹. Pode-se fazer uma analogia, *mutatis mutandis*, à hipótese de decisão arbitral baseada em direito outro que não o eleito pelas partes, como, por exemplo, sentença prolatada com base em norma revogada, ou com fundamento em direito estrangeiro. Nesses casos a sentença arbitral é passível de revisão não porque afetou determinado precedente, mas porque se baseou em arcabouço jurídico outro que não fora eleito pelas partes (mácula do artigo 32, IV, da Lei de Arbitragem)¹⁶⁰.

¹⁵⁹ “O poder de julgar conferido aos árbitros por meio da convenção de arbitragem não é uma carta branca e encontra limites na própria autonomia da vontade que levou à escolha desse procedimento para a solução dos conflitos, momento em que as próprias partes definiram que determinada lei disciplinaria como o conflito seria decidido”. (LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BARIONI, Rodrigo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A causa de pedir das ações anulatórias de sentença arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 265-276, jul.-set. 2015, p. 270).

¹⁶⁰ Para alguns autores essas hipóteses poderiam representar violação à ordem pública, o que talvez desse ensejo à propositura da ação de nulidade da sentença arbitral por interpretação extensiva dos incisos constantes do artigo 32 da Lei de Arbitragem. Fabiane Verçosa, ao analisar a aplicação errônea do direito pelo árbitro entende que “Todas as opiniões doutrinárias expostas acima robustecem nossa percepção de que, em algumas situações patentemente excepcionais, a ordem pública pode e deve ser invocada para se anular ou negar reconhecimento a uma sentença em que é verificada a aplicação errônea do Direito Brasileiro ao mérito da controvérsia. Este revela-se, a nosso ver, o único caminho para se prestigiar, em arbitragem, a justiça (a qual, em última análise, ao menos deveria ser a razão precípua do Direito!) em

Assim, conclui-se que o árbitro está vinculado às diretrizes das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não por uma subserviência da arbitragem ao Poder Judiciário, ou ao precedente constitucional, mas por uma vinculação às fontes do direito e à própria convenção arbitral, que delimita o arcabouço normativo a ser utilizado pelo árbitro nas arbitragens fundadas em direito brasileiro.

3.6. OS ÁRBITROS E AS DEMAIS FIGURAS DO ARTIGO 927, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

Acima se defendeu que, em arbitragem fundada em direito brasileiro, os árbitros devem obrigatoriamente observar os enunciados das súmulas vinculantes emitidos pelo Supremo Tribunal Federal, distinguindo-os eventualmente. Dever de observação é ao que se pensa a vedação de julgar a arbitragem ignorando as alegações das partes a esse respeito, ou sem que se justifique a razão que tenha levado o árbitro a negar vigência a essas fontes do direito. É nesse momento que se revela importante a técnica (ou arte) de distinguir os precedentes quando da fundamentação das decisões.

Viu-se também que o árbitro está vinculado ao comando das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não por uma subserviência do árbitro a esse precedente em si, ou ao Poder Judiciário, mas por uma vinculação às fontes de direito eleitas pelas partes na própria convenção arbitral. Sustentou-se que o árbitro, ao fundamentar sua decisão em norma inconstitucional, na verdade se vale de direito outro que não o convencionado pelas partes na cláusula arbitral (mácula do inciso IV, do artigo 32, da Lei de Arbitragem), além de eventualmente poder dar azo à nulidade por falta do dever de fundamentação (inciso III, artigo 32 e artigo 26 da Lei de Arbitragem).

Pois bem, a análise que se fez acima deu ênfase aos dispositivos constitucionais, mais precisamente dos artigos 102, I, § 2º e artigo 103-A, da Constituição Federal, na medida em que essas decisões integram as fontes do direito brasileiro com eficácia *erga omnes*. Ocorre, todavia, que o artigo 927, do Código de Processo Civil de 2015, trouxe

detrimento da segurança jurídica.” (VERÇOSA, Fabiane. A aplicação errônea do direito pelo árbitro: uma análise à luz do direito brasileiro e estrangeiro. Curitiba: CRV, 2015. p. 517)

essas hipóteses constitucionais nos incisos I e II, além de outras decisões judiciais que devem ser obrigatoriamente observadas pelos juízes e tribunais, são elas: III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Assim, impõe-se aqui fazer uma distinção e um esclarecimento, até para que não se diga que a conclusão trazida nos tópicos acima decorre da aplicação do Código de Processo Civil à arbitragem. Não, a conclusão acima se lastreou em outros argumentos, na integridade do sistema normativo e no respeito à convenção arbitral, e não na equivocada ideia de aplicação do Código de Processo Civil à arbitragem. Tanto o é que os demais incisos do artigo 927 não obrigam os árbitros, já que revelam hipóteses que afetam unicamente o processo estatal¹⁶¹.

Pois bem, parece claro, num primeiro momento, que há diferenciação relevante a ser feita quanto às cinco espécies de *precedentes* judiciais cuja observância o novo Código de Processo Civil impõe aos juízes e tribunais (artigo 927). Para os juízes e tribunais vinculados parece realmente não haver uma gradação das hipóteses constantes dos incisos do mencionado artigo, pois todas revelam, de uma ou de outra maneira, obrigatoriedade de observância por parte dos órgãos do Poder Judiciário. A mesma afirmação não pode ser feita no que se refere à arbitragem, na medida em que, à exceção dos incisos I e II, os demais pronunciamentos judiciais não impõem observância aos árbitros, conclusão que se extrai da diretriz constitucional e da integridade do sistema jurídico.

Note-se, por exemplo, que o inciso V, do artigo 927, menciona obediência à orientação do plenário ou do órgão especial aos quais juízes e tribunais estiverem vinculados. Nesta hipótese é evidente que não há qualquer vinculação, diante da notória independência da arbitragem em relação ao Poder Judiciário. Assim, pode-se afirmar,

¹⁶¹ Pela mesma razão se entende que o tribunal arbitral ou árbitro não são afetados pela instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no artigo 976 do Código de Processo Civil de 2015, seja no que se refere à suspensão (art. 982) ou à decisão de mérito nele produzida, pois se trata de mecanismo específico e com repercussão limitada ao Poder Judiciário.

desde já e sem medo de errar, que a maioria dos incisos do artigo 927 não dialoga com a arbitragem.

Embora os incisos também não façam essa distinção é igualmente importante verificar se a questão se refere a direito material ou a direito processual, até porque não faria sentido que a uniformidade em relação a uma determinada questão de direito processual interferisse na arbitragem, nem mesmo de maneira persuasiva. Como se sabe a arbitragem desfruta de flexibilidade e independência procedimental, não se sujeitando às regras procedimentais do processo estatal.

Não é objeto deste estudo a amplitude e os efeitos das diversas decisões judiciais na nova sistemática processual. No entanto, não se pode deixar de mencionar que o Código de Processo Civil de 2015 amplia a eficácia dos precedentes *lato sensu* e seus efeitos no processo estatal, com reflexos na tutela de evidência (artigo 311, II), na sentença liminar de improcedência (artigo 332), na dispensa de remessa necessária (artigo 496, § 4º), na dispensa de caução (artigo 521, IV), na ausência de fundamentação das decisões judiciais (artigo 489, VI), no provimento e desprovimento monocrático de recursos (artigo 932, IV e V), dentre outros.

Percebe-se, portanto, uma ampliação da eficácia e da força das decisões judiciais pretéritas a influenciar o processo estatal, numa clara diretriz de verticalização de entendimento, a pretexto de amenizar o congestionamento do Poder Judiciário, emprestar maior celeridade dos julgamentos (razoável duração do processo é garantia constitucional – artigo 5º LXXVIII), com preocupação relacionada à isonomia e à segurança jurídica.

Todavia, os incisos do artigo 927, do Código de Processo Civil trazem espécies de decisões produzidas no âmbito do Poder Judiciário e que não obrigam os árbitros em arbitragem de direito, pois segundo se pensa devem os árbitros observar os *precedentes* constitucionais acima mencionados, mas não por força do que dispõe o Código de Processo Civil de 2015 e a chamada nova sistemática de precedentes por ele trazida.

Assim, (i) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas¹⁶² e em julgamento de recursos extraordinário e especial

¹⁶² Aqui, conforme parágrafo único do artigo 928, do Código de Processo Civil, o julgamento de recurso repetitivo pode ter por objeto tema de natureza processual, ou material. Sendo matéria de natureza processual, com muito mais razão não afeta à arbitragem, que se desdobra mediante ritos e atos

repetitivos; (ii) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (súmulas persuasivas) e; (iii) a orientação do plenário ou do órgão especial de determinado Tribunal são pronunciamentos judiciais de menor ou de nenhuma interferência no momento da prolação da sentença arbitral, até mesmo porque nas categorias das fontes essas decisões exercem papel de menor relevo.

estabelecidos pelas partes, ainda que contrários à legislação processual estatal, pois esta é feita para reger os processos que tramitam no Poder Judiciário.

4. REFLEXÕES ACERCA DO DESCUMPRIMENTO, PELO ÁRBITRO, DO DEVER DE OBSERVÂNCIA E RESPEITO ÀS DECISÕES VINCULANTES.

4.1. RECLAMAÇÃO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Acima se viu que o árbitro tem o dever de observar e enfrentar os enunciados das súmulas vinculantes, considerando-os na fundamentação de sua decisão, seja para divergir ou mesmo para acolher o seu comando. Como se expôs, essa obrigação de observância está intimamente ligada ao dever de fundamentação das decisões. Argumentou-se também que o árbitro está vinculado às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não por uma subserviência da arbitragem ao Poder Judiciário, ou ao precedente constitucional em si, mas por uma vinculação às fontes do direito e à própria convenção arbitral, que delimita o arcabouço normativo a ser utilizado pelo árbitro nas arbitragens fundadas em direito brasileiro.

Questão que se coloca, então, a partir dessas afirmações é saber qual a consequência de uma sentença arbitral que eventualmente ignore ou afronte essas diretrizes, seja o dever de observância e fundamentação em relação às súmulas vinculantes, ou o dever de julgamento conforme a decisão do Supremo Tribunal federal acerca da inconstitucionalidade de determinada norma. Alguns doutrinadores defendem o cabimento de reclamação ao Supremo Tribunal Federal, ação constitucionalmente prestigiada para preservar a autoridade das decisões dessa Corte Constitucional (artigo 102, I, “I” da Constituição Federal).

Cândido Rangel Dinamarco afirma que “os dispositivos constitucionais instituidores de tais *reclamações* não se limitam aos juízes togados (aliás, não se limitam aos juízes em geral)”. Para o processualista “se toda essa disciplina se impõe até mesmo à Administração Pública, que não exerce jurisdição, *a fortiori* é razoável cogitar também de sua imposição aos árbitros, cuja função jurisdicional é equivalente à dos juízes do Poder Judiciário.”¹⁶³.

¹⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 235.

Júlia Schledorn de Camargo¹⁶⁴, ao enfrentar o problema, também admite a possibilidade de ajuizamento de reclamação para invalidar sentença arbitral contrária às súmulas vinculantes, ressaltando que não é dado ao Supremo Tribunal Federal julgar o caso e substituir a decisão cassada por outra a ser por ele prolatada¹⁶⁵, mas apenas anular a decisão para que outra seja produzida. No mesmo sentido afirma Rodrigo Garcia da Fonseca que “se o STF proferiu decisão de efeitos *erga omnes*, e se o árbitro exerce função jurisdicional equivalente à do juiz, sua sentença não poderá ignorar o comando da Corte Suprema, sob pena de sujeitar-se à reclamação.”¹⁶⁶.

A prática é sempre muito rica e tem o potencial de apresentar aos operadores do direito uma enormidade de situações, nem sempre predefinidas na legislação de regência. Todavia, pensa-se num primeiro momento que a reclamação não é o meio adequado para questionar sentença arbitral que contém qualquer dos vícios acima indicados, seja (i) aquela sentença que deliberadamente afronte súmula vinculante, sem fazer qualquer juízo de distinção ou superação; (ii) aquela sentença que simplesmente ignore a súmula vinculante trazida por uma das partes ao longo do procedimento; ou mesmo (iii) aquela sentença que julgue o feito com base em ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

Nessas hipóteses, embora se reconheça o erro crasso quanto ao dever de observação e enfrentamento por parte do árbitro, não se afigura apropriado que a parte prejudicada lance mão de reclamação ao Supremo Tribunal Federal, via adequada para impugnação daquelas decisões judiciais ou administrativas que violam as súmulas vinculantes e decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

¹⁶⁴ CAMARGO, Julia Schledorn de. A influência da súmula persuasiva e vinculante dos tribunais superiores brasileiros na arbitragem. Dissertação de Mestrado em Direito Processual Civil apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). São Paulo, 2013, p. 142.

¹⁶⁵ Em sentido contrário vale citar Teresa Wambier ao afirmar que não se trata de vinculação do árbitro à súmula vinculante e que, portanto, não cabe reclamação, mas vinculação à convenção arbitral “em que as partes decidiram que o Direito brasileiro deve ser aplicado, e súmula vinculante integra o Direito brasileiro.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A discussão sobre a disponibilidade do controle judicial da sentença arbitral e seus limites. Revista Brasileira de Arbitragem. RBA n. 50 – Abr-Jun/2016. São Paulo: 2016, p. 7-32).

¹⁶⁶ FONSECA, Rodrigo Garcia. Reflexões sobre sentença arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, ano 2, n. 6, jul-set/2005, p. 59.

A afirmação carrega o compromisso e a preocupação de que essa via não seja utilizada como um alargamento desenfreado do ajuizamento de reclamações no Supremo Tribunal Federal, ainda que a contrariedade ao *precedente* constitucional seja extrema, frontal, injustificada e verificável de maneira evidente.

Pois bem, como se sabe, a reclamação é ação autônoma prevista na Constituição Federal, na Lei nº 11.417/2006 e no artigo 988 do Código de Processo Civil de 2015 para invalidação daquelas decisões judiciais e administrativas que contrariem súmulas e decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal. A reclamação não é recurso ou sucedâneo recursal, mas ação autônoma de impugnação¹⁶⁷. Entende-se que essa ação é inapropriada para questionar as sentenças arbitrais contrárias aos enunciados de súmulas vinculantes, ou que afrontem/desrespeitem decisão de constitucionalidade em controle concentrado¹⁶⁸.

Ora, o Supremo Tribunal Federal não é corte apta à revisão de decisões arbitrais, notadamente porque pertence ao outro subsistema, o subsistema do Poder Judiciário. Assim, não é o Supremo Tribunal Federal instância extraordinária a quem caiba revisar ou anular sentença arbitral proferida com base em direito brasileiro e que tenha eventualmente inobservado comando vinculante emanado da sua Corte, por mais que um dos objetivos da reclamação seja preservar a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

O argumento acerca da inexistência de hierarquia é bastante usado por quem defende a impossibilidade da propositura da reclamação contra a sentença arbitral que viole precedentes judiciais em sentido amplo¹⁶⁹. A inexistência de hierarquia é realmente um dos vetores a sinalizar pela impossibilidade de haver reclamação de sentença arbitral que venha a desrespeitar súmula ou julgamento em controle concentrado de

¹⁶⁷ MAGALHÃES, Breno Baía. Considerações acerca da natureza jurídica da reclamação constitucional. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. v. 10. Ago. 2015. p. 1847-1871.

¹⁶⁸ Nesse sentido MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na Arbitragem*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona. 2017. São Paulo, p. 136-139. Em sentido contrário, entendendo pelo cabimento de reclamação (BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes Vinculantes e a Extensão da Expressão “Aplicação do Direito Brasileiro” na Convenção de Arbitragem*. Dissertação apresentada para obtenção de título de Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2017. p. 202).

¹⁶⁹ Nesse sentido MARQUES, Ricardo Dalmaso. *Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, v. 10, n. 38 – Abr-Jun/2013, p. 131.

constitucionalidade, ainda que se diga que a decisão na reclamação não será correcional/revisional.

Também não há como negar que a reclamação se trata de remédio puramente judicial e inerente à hierarquia do Poder Judiciário¹⁷⁰ e/ou dos órgãos da Administração. É mecanismo de revisão, de correção das decisões judiciais e administrativas eventualmente contrárias aos comandos vinculantes¹⁷¹, que serve ao papel institucional das Cortes Superiores¹⁷². A literalidade da previsão legislativa para a sua utilização também limita a abrangência do instituto, além dos demais argumentos ora trazidos.

Com efeito, ainda que uma decisão arbitral que afronte ou deixe de observar comando vinculante respingue certo grau de insegurança no sistema, pensa-se que a permissão de utilização da reclamação contra sentenças arbitrais causaria insegurança ainda maior, notadamente porque se trata de um mecanismo inapropriado e alheio ao subsistema eleito pelas partes quando convencionaram pela arbitragem¹⁷³.

Também não se pode olvidar que há outros mecanismos para a correção de distorções decisórias em determinadas hipóteses, isto é, há outros instrumentos que, em

¹⁷⁰ No mesmo sentido da tese ora defendida: MARIANI, Rômulo Greff. Precedentes na Arbitragem. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona. 2017. São Paulo, p. 136-139; MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre, v. 10, n. 38 – Abr-Jun/2013, p. 131.

¹⁷¹ Cândido Rangel Dinamarco, a respeito da função correcional da reclamação e do seu objetivo de manter a integridade do sistema jurídico afirma que: “Ao oferecer essa via como remédio contra decisões conflitantes com aquelas manifestações do Supremo Tribunal Federal, nitidamente a Constituição Federal quis resguardar a competência deste para o controle de infidelidades como essas. Com isso pretendeu não somente reafirmar a posição do Supremo como *the guardian of the Constitution* mas também instituir um poderoso remédio destinado a preservar a integridade do ordenamento jurídico nacional e uniformidade de sua interpretação.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 235)

¹⁷² RODOVALHO, Thiago. A função institucional das Cortes Superiores. In: DIDIER JR., Fredie. Processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 96: “As Cortes Constitucional e Federal representam a culminância da atividade jurisdicional, expressando a última palavra em matéria constitucional (STF) ou federal (STJ) e unificando o entendimento sobre a matéria, a fim de que haja integridade do sistema jurídico nacional. ‘Essa’ é a *ratio essendi* das Cortes Constitucional e Federal no Brasil [...] As Cortes Superiores (como instâncias extraordinárias) consubstanciam-se, pois, em imprescindível instrumento de racionalização do discurso jurídico, uniformizando o entendimento sobre a CF (STF) e sobre a lei federal (STJ), funcionando seus julgados como precedente a orientar a atuação das instâncias ordinárias”.

¹⁷³ Afigura-se preferível conviver com uma sentença mal fundamentada, ou até mesmo contrária a determinado comando vinculante, a permitir a utilização da reclamação, instrumento inadequado e que não fora previsto para tal situação, cuja utilização sempre criativa dos operadores do direito geraria grau de insegurança muito maior no sistema arbitral e na própria utilização do instituto.

determinadas situações, afiguram-se mais adequados para se buscar a correção, revisão, invalidação, ou até mesmo a complementação da sentença arbitral.

É preferível que o sistema arbitral encontre suas próprias alternativas às decisões desconformes, como é a hipótese acima idealizada de sentença que desrespeita decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e que, segundo se pensa, poderia desafiar o ajuizamento de ação declaratória de nulidade com base nos artigos 26 e 32, III e IV da Lei de Arbitragem.

O mesmo se pode dizer daquela sentença arbitral que expressamente reconheça a existência da súmula vinculante, mas que simplesmente rejeite sua aplicação, sem distinguir seu comando do caso concreto, ou mesmo sob o singelo argumento de que súmulas vinculantes não se aplicam à arbitragem.

Todavia, acaso o árbitro distinga, ou justifique a inaplicabilidade de determinado comando vinculante, terá cumprido a sua função, ainda que de maneira equivocada aos olhos de uma das partes, normalmente a vencida no seu argumento. Nessa hipótese, à luz da evidência, não se permite o uso da reclamação nem tampouco da ação declaratória de nulidade da sentença arbitral, pois o árbitro terá cumprido seu dever de observância do comando vinculante, embora tenha deixado de decidir de acordo com o vetor vinculante, por distinção, superação, ou outra razão de decidir. O árbitro decidiu conforme cumpria a sua função, se o fez contrariamente à pretensão da parte que postulava pelo comando vinculante não poderá essa parte pleitear a revisão ou nulidade da sentença no Poder Judiciário¹⁷⁴.

A tese que vislumbra o ajuizamento de reclamação também revela outra dificuldade, que decorre do enunciado da Súmula 734 do Supremo Tribunal Federal, ao prescrever que “não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.”

O enunciado desta súmula traz obstáculo à afirmação de cabimento da reclamação contra a sentença arbitral que afronte o enunciado de súmula vinculante e o julgamento

¹⁷⁴ Guilherme Rizzo do Amaral afirma “*if the arbitrator recognised the binding precedente yet distinguished it through an acceptable rationale, even if he erred in such distinction or if the court disagrees with the result, the challenge must be denied.*” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration. Are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian Law and Practice.* 1. ed., Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2017, p. 139)

de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado. Isso porque a sentença arbitral produz coisa julgada tão logo sejam as partes dela notificadas. Como se sabe a sentença arbitral de mérito que não desafiar pedido de correção de erro material ou esclarecimento sobre eventual omissão, no prazo legal, ou outro que tenha sido ajustado na convenção arbitral, transita em julgado tão logo sejam as partes intimadas.

Como a ação judicial prevista no artigo 33 da Lei de Arbitragem não é sucedâneo recursal, não se pode falar que a sentença só passa em julgado após vencido o prazo de 90 (noventa) dias a que alude a lei¹⁷⁵. Assim, admite-se que a sentença arbitral de mérito (parcial ou final) passará em julgado tão logo sejam as partes notificadas da sua prolação, ou da decisão do pedido de esclarecimentos, caso uma das partes tenha pleiteado esclarecimento ou correção de erro material no prazo legal, ou outro que tenha sido acordado.

Sobre o assunto Dinamarco¹⁷⁶ afirma que:

Além daquela objeção consistente na não-integração do árbitro nos quadros do Poder Judiciário, supostamente não estando sequer em tese sujeito à reclamação, outro óbice se opõe à admissibilidade desta em caso de decisão arbitral colidente com alguma súmula vinculante ou com uma inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade. Trata-se da seguríssima posição assumida pela Corte Suprema no sentido de que 'não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal (Súmula n. 734), com reflexo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, onde com muita ênfase se disse em tempo ainda bem recente que 'a jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que descabe reclamação contra decisão transitada em julgado, aplicando-se, por analogia, a Súmula 734/STF'. Sabido que a coisa julgada arbitral se produz sine intervalo no momento mesmo em que as partes são notificadas da sentença dos árbitros (ela não é sujeita a recurso algum – supra, n. 81 e infra, n. 110), nisso reside uma grande dificuldade para a admissibilidade de reclamações contra as sentenças

¹⁷⁵ “Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.”

¹⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 236-237.

dos árbitros, dada a inevitável colisão com a Súmula n. 734 do Supremo Tribunal Federal.

Analisada e descartada a possibilidade da parte lançar mão da reclamação, cumpre estudar, agora, se tal impossibilidade excluiria outras formas de revisão da sentença arbitral, sobretudo no que tange à ação de desconstituição¹⁷⁷/invalidação prevista no artigo 33 da Lei nº 9.307/96.

4.2. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL (ARTIGO 33 DA LEI DE ARBITRAGEM) E A ORDEM PÚBLICA

O artigo 32 da Lei de Arbitragem traz um rol exaustivo das hipóteses em que a sentença arbitral será nula, propiciando o ajuizamento da ação declaratória prevista no seu artigo 33, confira-se:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

I - for nula a convenção de arbitragem;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei;

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

¹⁷⁷ Sobre desconstituição da sentença arbitral, ao invés de declaração de nulidade, ver CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010. 6.ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. Capítulo 13. p.383.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

Pensa-se que o rol do artigo 32 é realmente taxativo e ali estão as únicas hipóteses legais que permitem o ajuizamento de ação declaratória de nulidade da sentença arbitral, com exceção, apenas, da hipótese de violação à ordem pública, como se verá mais abaixo. Carreira Alvim¹⁷⁸ também concorda que os casos previstos no artigo 32 “são taxativos, não sendo facultado às partes ampliá-los além dos limites legais, como não podem também prever formas de impugnação da sentença, em sede judicial, além da ação de nulidade prevista pela própria Lei”.

Essa característica, segundo o doutrinador, “sobreleva o caráter jurisdicional da arbitragem”. Nesse sentido também advoga José de Albuquerque Rocha¹⁷⁹, para quem “as hipóteses de anulação da sentença arbitral estão previstas no art. 32 da Lei de arbitragem, de modo taxativo, não podendo, pois, ser ampliadas”.

A doutrina é praticamente uníssona no sentido de que a ação prevista no artigo 33 da Lei de Arbitragem não revela revisão da sentença arbitral, nem sucedâneo recursal, pois, como se sabe, a sentença arbitral não comporta recurso (artigo 18 da Lei de Arbitragem). Há que se preservar o instituto e também a segurança jurídica conferida às partes que optaram por essa importante alternativa à resolução dos conflitos. Não se pode banalizar o instituto com o ajuizamento desmedido de ações questionando a nulidade de decisões arbitrais.

Felizmente o Poder Judiciário brasileiro e a prática arbitral vão bem nesse quesito. Há um respeito da comunidade jurídica e do Poder Judiciário às decisões arbitrais prolatadas no Brasil¹⁸⁰ e às sentenças arbitrais estrangeiras que aqui demandam homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. O caminho da ação declaratória de nulidade há que ser restrito e assim vem sendo acertadamente interpretado pelos Tribunais

¹⁷⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. Tratado Geral da Arbitragem, 1ª ed., Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, p. 476.

¹⁷⁹ ROCHA, José de Albuquerque. A Lei de Arbitragem – Uma avaliação crítica, 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 135.

¹⁸⁰ A pesquisa desenvolvida pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAR em parceria com a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – Direito SP confirmava que, em 2007, já era grande o respeito às decisões arbitrais por parte do Poder Judiciário, com índices diminutos de revisão. Maiores informações em <http://cbar.org.br/site/pesquisa-cbar-fgv-2007>

brasileiros. No entanto, não se pode abandonar por completo um mínimo controle das decisões arbitrais para que não tenhamos uma jurisdição em que os árbitros tudo podem e não estejam sujeitos à anulação de decisões que desrespeitem algumas das hipóteses previstas no artigo 32 da Lei de Arbitragem¹⁸¹. Como se viu acima, algumas hipóteses permitem questionamento judicial, o que merece uma reflexão e que é ora trazida neste tópico.

Para Cruz e Tucci¹⁸² seria cabível a ação anulatória da sentença que desrespeita o precedente judicial por deficiência de fundamentação, por aplicação do artigo 489, §1º, VI do Código de Processo Civil cumulado com o artigo 26, II da Lei de Arbitragem. Ousamos divergir em parte dessa opinião, pois o fundamento legal não deve ser o artigo do Código de Processo Civil, inaplicável à arbitragem.

A deficiência de fundamentação é, de fato, uma das hipóteses que permitem o questionamento judicial da sentença arbitral, nos termos do artigo 32, III e artigo 26 da Lei de Arbitragem. E acima se expôs que a obrigação de fundamentação se revela de extrema importância quando o árbitro é confrontado com o enunciado de súmula vinculante, ou mesmo se confrontado com julgamento do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

Isso porque ao julgar com base no direito brasileiro o árbitro deve obrigatoriamente observar os enunciados das súmulas vinculantes emitidas pelo Supremo Tribunal Federal, fundamentando a sua eventual (in)aplicabilidade ao caso. É vedado ao árbitro julgar a arbitragem ignorando as alegações das partes a respeito da aplicação de determinada súmula vinculante, ou sem que se justifique a razão que tenha levado a negar vigência a essa fonte do direito¹⁸³.

¹⁸¹ Liberdade demais vira libertinagem e há que se ter um sistema de pesos e contrapesos. É por isso que se entende que há que se ter um controle das decisões arbitrais que sejam írritas ao ordenamento jurídico e à própria Lei de Arbitragem. Nesse sentido é a opinião de Arnaldo Wald ao asseverar que "não se pode abandonar todo controle judicial das decisões arbitrais, numa posição excessivamente liberal que se pode tornar perigosa." (WALD, Arnaldo. Os meios judiciais de controle da sentença arbitral. Revista de arbitragem e mediação. São Paulo. RT, ano 1, jan-abr/2004. p. 64)

¹⁸² In <http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial> acessado em 12.12.2016.

¹⁸³ "É precisamente em razão da isonomia de poderes com o juiz togado, para se valer aqui da feliz expressão do Min. Luiz Fux no acórdão acima citado, que não apenas pode, mas deve o árbitro decidir, sem limitações de qualquer natureza, acerca do direito aplicável ao caso, até porque, se houver omissão quanto à questão constitucional, a sentença arbitral por ele proferida será nula, pela ausência de fundamentação adequada, exigida, expressamente, pelo art. 26, II, da Lei de Arbitragem." (ANDRADE, Gustavo Fernandes

A depender do caso a ausência de fundamentação pode macular a validade da sentença, abrindo espaço ao questionamento judicial via ação declaratória de nulidade com base nos artigos 32, III e 26 da Lei de Arbitragem. Não especificamente porque se trata de súmula vinculante, mas porque se trata de uma fonte do direito eleito pelas partes para a solução daquela controvérsia, fonte integrante do ordenamento jurídico escolhido pelas partes.

Acima se cogitou também a hipótese de ajuizamento da ação declaratória de nulidade por desrespeito à convenção arbitral (artigo 32, IV da Lei de Arbitragem), o que aqui se reitera, sempre com as devidas ressalvas que a prática impõe. É a hipótese de julgamento fora dos limites da convenção, tais como, por exemplo, o julgamento com base em direito outro que não o eleito pelas partes, julgamento com base em lei revogada, ou mesmo na hipótese de julgamento com base em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal¹⁸⁴.

Pensa-se que essas hipóteses podem dar ensejo ao questionamento judicial, mas apenas em situações patentemente excepcionais, o que aqui se ressalva justamente para não se colocar em risco a credibilidade da arbitragem e o uso desenfreado desses remédios por aqueles que, vencidos no procedimento arbitral, não se conformam com a decisão.

Há quem entenda, no entanto, que algumas dessas hipóteses revelam aplicação errônea do direito pelo árbitro e que nesse caso somente seria possível lançar mão da ação declaratória de nulidade por conta de violação à ordem pública. Fabiane Verçosa¹⁸⁵ afirma que:

Destarte, sustentamos que a aplicação errônea, pelo árbitro, do Direito Brasileiro ao fundo do litígio poderia conduzir, no Brasil, à anulação ou ao não reconhecimento da sentença arbitral (se doméstica no primeiro caso ou se estrangeira, no segundo), desde que o efetivo

de. Arbitragem e Controle de Constitucionalidade: Algumas Reflexões. In 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz / coordenação Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes, Pedro Batista Martins. – 1ª ed. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 755.)

¹⁸⁴ “Se as partes livremente pactuaram, na convenção arbitral, que o direito brasileiro seria o aplicável para o julgamento da controvérsia e, se os árbitros deixaram de fundamentar sua decisão em precedente obrigatório – existente e aplicável ao caso –, a sentença arbitral, a nosso ver, foi proferida “fora dos limites da convenção de arbitragem”, acarretando, portanto, sua nulidade.” (BELLOCCHI, Márcio. Precedentes Vinculantes e a Extensão da Expressão “Aplicação do Direito Brasileiro” na Convenção de Arbitragem. Dissertação apresentada para obtenção de título de Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2017. p. 188).

¹⁸⁵ VERÇOSA, Fabiane. A aplicação errônea do direito pelo árbitro: uma análise à luz do direito brasileiro e estrangeiro. Curitiba: CRV, 2015. p. 193.

resultado de tal aplicação errônea contrarie a ordem pública brasileira. Dessa forma, somente caso se verifique que o resultado concreto de tal aplicação errônea venha a ofender, de forma flagrante, a ordem pública brasileira, teremos como resultado a anulação da sentença arbitral doméstica ou a denegação ao reconhecimento do laudo arbitral estrangeiro, conforme o caso. Tal constatação, por óbvio, deve ser feita casuisticamente e com extremo zelo, a fim de que tal medida não se torne uma descabida e inoportuna ferramenta para partes descontentes com o laudo arbitral.

Não se olvida esse pensamento, talvez uma linha de argumentação que também demonstra o incômodo com a sentença arbitral viciada, seja pela falta da adequada fundamentação, ou pela aplicação errônea do direito. Pensa-se realmente que a única exceção ao rol do artigo 32 da Lei de Arbitragem talvez seja o respeito à ordem pública, ainda que a referida hipótese não esteja textualmente escrita no mencionado artigo, até mesmo porque nem precisava. Com efeito, nas palavras de Jacob Dolinger¹⁸⁶ a vigilância ao respeito à ordem pública é "uma questão tão manifesta, tão integrante do sistema jurídico que o legislador não precisa preocupar-se em manifesta-la expressamente."¹⁸⁷

A questão aqui é que a própria Lei de Arbitragem trouxe o elemento ordem pública como impedimento à homologação de sentenças estrangeiras pelo Superior Tribunal de Justiça (artigo 39, II da Lei de Arbitragem). Por coerência sistêmica não seria razoável admitir houvesse diferenciação entre sentenças nacionais e estrangeiras quanto à obediência à ordem pública, razão pela qual se pensa que a única exceção ao artigo 32 da Lei de Arbitragem seria realmente o caso em que a sentença arbitral afronte a ordem pública nacional.

Carlos Alberto Carmona¹⁸⁸, ao analisar o tema, assim asseverou:

Concluo que não teria cabimento que o legislador se preocupasse em repelir ataques à ordem pública vindos de laudos proferidos no

¹⁸⁶ DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado. 6. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 401.

¹⁸⁷ A definição de ordem pública de Jacob Dolinger é bastante aceita pelos acadêmicos da área. Segundo o professor: "Diríamos que o princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia sóciopolítico-jurídica de toda a legislação, que representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado. A ordem pública encerra, assim, os planos filosófico, político, jurídico, moral e econômico de todo o Estado constituído" (DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado. 6. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 386).

¹⁸⁸ No mesmo sentido ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Arbitragem comercial internacional e ordem pública. São Paulo: Renovar, 2005. p. 268-269; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. Revista de Processo. v. 106. Abr.-Jun. 2002. p. 189-216; VERÇOSA, Fabiane. A aplicação errônea do direito pelo árbitro: uma análise à luz do direito brasileiro e estrangeiro. Curitiba: CRV, 2015. p. 181.

exterior, mantendo aberto o flanco às sentenças arbitrais nacionais. A perplexidade aumentaria ainda mais num sistema como o nosso – ancorado com simplicidade no art. 32 da Lei de Arbitragem – onde basta que um laudo seja proferido no território brasileiro para que seja considerado nacional. Em outras palavras: se o legislador não levasse em consideração, como causa de anulação da sentença arbitral (nacional), a violação à ordem pública, todas as arbitragens certamente viriam dar em território nacional (todos os atos seriam praticados no exterior e apenas a sentença arbitral seria proferida no Brasil, o que tornaria a sentença arbitral – ad absurdo – imune a qualquer ataque por força de ofensa à ordem pública!). O argumento (ad terrorem, sem dúvida) serve para pôr à mostra a conseqüência de tentar evitar o reconhecimento do óbvio: o sistema arbitral brasileiro é coerente, de modo que tanto as sentenças arbitrais nacionais quanto as sentenças arbitrais estrangeiras estão sujeitas à mesma condição geral de validade, qual seja, não atentar contra a ordem pública.

Cumpre também trazer a linha de raciocínio adotada por Ana Luiza Nery¹⁸⁹ no que se refere às matérias de ordem pública e sua apreciação na arbitragem ao afirmar que:

Examinar a ordem pública é atentar aos aspectos relativos à constitucionalidade do ato ou negócio, que engloba matérias como as garantias constitucionais, a forma federativa do Estado, o Estado Democrático de Direito, a sociedade pluralista, ou seja, aspectos jurídicos cuja violação descaracterizaria o próprio modelo de organização de valores determinados pela Constituição Federal.

(...)

Em nenhuma hipótese é admissível decisão arbitral contra constitutionem, na medida em que os dispositivos constitucionais são, por excelência, matérias de ordem pública.

O tema é palpante e o próprio conceito de ordem pública desafia a doutrina moderna. Recentemente a amplitude do conceito ordem pública voltou a ser discutido em razão do julgamento do caso ABENGOA - Usina Adriano Ometto Agrícola (SEC 9.412) no Superior Tribunal de Justiça, em que rejeitou a homologação de sentença estrangeira em razão de violação da ordem pública nacional especificamente no que se refere à suspeita de imparcialidade do árbitro. Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que ofende a ordem pública nacional a sentença arbitral emanada de árbitro que tenha, com as partes ou com o litígio, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes (arts. 14 e 32, II, da Lei nº 9.307/96).

¹⁸⁹ NERY, Ana Luiza. Arbitragem coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 96 e p. 274.

Conclui-se esse capítulo com a ideia de que a alegação de violação à ordem pública não está isolada¹⁹⁰, isto é, não é a única passível de ser analisada para amparar possível desafio de sentença arbitral que tenha deixado de observar comando vinculante do Supremo Tribunal Federal. Nesses casos, como seu viu acima, também é factível argumentar, a depender do caso com muito mais razão, ter havido violação ao dever de fundamentação (artigos 26, II e 32, III, da Lei de Arbitragem)¹⁹¹, ou eventualmente julgamento em desconformidade com as limitações impostas pela convenção de arbitragem (artigo 32, IV, da mesma lei).

4.3. CONTROLE MEDIANTE IMPUGNAÇÃO DO ARTIGO 525, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. A INEFICÁCIA E A INVALIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL.

O presente item pretende analisar a possibilidade de se questionar a eficácia e a validade da sentença arbitral condenatória que eventualmente contenha uma das máculas acima, seja por desrespeito ao dever de motivação, ou julgamento além dos limites da convenção de arbitragem. Trabalhar-se-á, primeiro, no campo da eficácia da sentença

¹⁹⁰ Para Marcelo Bonizzi e Olavo Ferreira: “A decisão proferida em arbitragem que contraria a Constituição, aplicando ato inconstitucional, isto é, sem a realização do imprescindível controle de constitucionalidade, é nula, já que essa é a sanção cominada ao ato inconstitucional. Essa previsão decorre diretamente da Lei Maior, prescindindo qualquer previsão na Lei de Arbitragem, mas que merece abordagem, visando à apreciação de todos os fundamentos possíveis em defesa da posição ora adotada.

Embora a Lei de Arbitragem preveja que as partes poderão “escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública” (art. 2º, § 1º), não consta a violação à ordem pública no rol das hipóteses que ensejam a nulidade da sentença arbitral (art. 32 da Lei em comento).

Temos que o rol do art. 32 da Lei de Arbitragem, quando elenca as hipóteses que ensejam a nulidade da arbitragem, comporta interpretação sistemática, acrescentando a violação à ordem pública (art. 2º, § 1º da Lei 9.307/96), como fundamento para a nulidade da sentença arbitral, já que não existem na Lei palavras inúteis, não podendo o intérprete desprezar o texto da Lei que veda a violação à ordem pública pela decisão do árbitro, que será preservada com a declaração de inconstitucionalidade. Por conseguinte, nessa hipótese cabível a ação de nulidade da sentença arbitral, prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem, conforme lecionam Carlos Alberto Carmona e Cândido Rangel Dinamarco.” (BONIZZI, Marcelo José Magalhães e FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Declaração de inconstitucionalidade pelo árbitro: Vedação ou dever. Revista de Processo, 2017, vol. 274, Dez/2017. p. 543-578.)

¹⁹¹ No mesmo sentido Guilherme Rizzo do Amaral ao argumentar que “Now, if the party asks the arbitrator to clarify the award and arbitrator does not attempt to distinguish it or to demonstrate that it has been overruled by the competent court, the award will lack motivation hence being prone to annulment.” (AMARAL, Guilherme Rizzo. Judicial Precedent and Arbitration. Are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian Law and Practice. 1. ed., Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2017. p. 142)

arbitral que desrespeita os comandos vinculantes, ou seja, saber se referida decisão produzirá efeitos no mundo jurídico, sobretudo se a parte condenada não adimplir voluntariamente com o comando nela prescrito.

Como se sabe a sentença arbitral é título executivo judicial (artigo 515, VII, do Código de Processo Civil de 2015). Uma sentença arbitral condenatória, acaso não seja cumprida espontaneamente pelo vencido, poderá ser executada no Poder Judiciário, tendo em vista que os árbitros não desfrutam de dois dos elementos que completam a jurisdição: *coercio e executio*¹⁹².

Todavia, o Código de Processo Civil de 2015 prevê, em seu artigo 525, §1º, as matérias que podem ser opostas via impugnação a ser ofertada pelo executado e, dentre elas, a inexigibilidade do débito, ou inexigibilidade da execução. Esclarece o §12º do mesmo artigo que "Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso".

Assim, a parte condenada por sentença arbitral fundada em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundada na aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tido pela mesma Corte como incompatível com a Constituição, poderá opor impugnação à sua execução no Poder Judiciário, questionando a sua exigibilidade¹⁹³.

¹⁹² MARTINS, Pedro A. Batista. Apointamentos sobre a lei de arbitragem. Rio de Janeiro. Forense, 2008. p. 307.

¹⁹³ No mesmo sentido "Como conclusão, de se reconhecer que o artigo 525, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil, se aplica também em caso de execução de sentença arbitral condenatória de pagamento, determinando uma hipótese em que ela será ineficaz, ao menos em território nacional. Isso não significa uma indevida intromissão do processo estatal e, antes disso, apenas reafirma a autonomia de cada um no âmbito de atuação que lhe é garantido no Brasil." (MARIANI, Rômulo Greff. Precedentes na arbitragem. 2017, São Paulo. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 142). Contra, entendendo que nenhum dos incisos do artigo 525 se aplica à hipótese de sentença arbitral que desrespeita precedentes judiciais AMARAL, Guilherme Rizzo. Judicial Precedent and Arbitration. Are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian Law and Practice. 1. ed., Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2017. p. 142/143)

Pensa-se que a hipótese não trata de revisão ou controle sobre a validade da sentença, ou sobre o mérito da causa, mas apenas a submissão do título (judicial) às regras próprias do processo judicial, sem que se verifique qualquer ingerência do Poder Judiciário na arbitragem. Trata-se de hipótese de controle da eficácia da decisão arbitral condenatória e que representa título executivo judicial. Para que seja exequível, no entanto, deve o título se submeter às regras próprias da execução e ostentar exigibilidade.

Assim, para ostentar exigibilidade no Poder Judiciário não poderá a sentença arbitral, conforme dispõe o § 12º, do artigo 525, do Código de Processo Civil de 2015, fundar-se em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou, ainda, fundar-se em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Imagine-se, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal julgue inconstitucional ato normativo que preveja determinado índice de correção monetária e juros atribuídos em condenações contra a Administração Pública. Imagine-se que o árbitro, obrigado pela convenção a julgar com base no direito brasileiro, condene a Administração Pública a devolver determinada quantia ao particular, estipulando que referida quantia seja atualizada monetariamente e com juros conforme o ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Acaso essa decisão arbitral não seja espontaneamente cumprida pelo condenado (provavelmente não o será), deverá o vencedor promover execução com base no referido título executivo judicial. Ocorre que a eficácia desse título judicial está maculada no que se refere especificamente à atualização monetária e juros, justamente porque a condenação imposta se valeu de ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Pensa-se que no Poder Judiciário poderá o executado alegar, via impugnação, a inexecutabilidade do título, ou a inexigibilidade da obrigação, com base no artigo 525, III e § 12º, do Código de Processo Civil de 2015, atacando a sua eficácia. Nessa hipótese admite-se o questionamento mesmo após o transcurso do prazo de 90 (noventa) dias da intimação da sentença arbitral, ou da decisão do pedido de esclarecimentos, porque esse enfrentamento não decorre das hipóteses de nulidade da sentença arbitral previstas no

artigo 32, da Lei de Arbitragem, mas objeção processual para adequação do título às regras do próprio Poder Judiciário.

Também merece reflexão a anterior divergência doutrinária quanto à possibilidade de a parte executada, além das hipóteses previstas no artigo 525 do Código de Processo Civil, também alegar a nulidade da sentença arbitral com base nos incisos do artigo 32 da Lei de Arbitragem. Nesse particular pensa-se que a alteração legislativa da Lei de Arbitragem deixou clara essa possibilidade, conforme se vê da literalidade do artigo 33, §3º da Lei, com as alterações da Lei nº 13.105/2015¹⁹⁴.

Assim, acaso a parte executada também pretenda questionar a validade da sentença arbitral por vícios do artigo 32 da Lei de Arbitragem poderá fazê-lo quando do oferecimento da impugnação a que alude o artigo 525 do Código de Processo Civil de 2015, em consonância com o disposto no §3º do artigo 33, da Lei de Arbitragem, desde que dentro do prazo de 90 (noventa) dias contados da sua intimação da sentença arbitral.

Sabe-se que ainda há discussão doutrinária acerca do prazo para que a parte executada possa alegar as matérias do artigo 32 da Lei de Arbitragem na impugnação a que alude o artigo 525 do Código de Processo Civil. Isso porque, pela ação do artigo 33 da Lei de Arbitragem a parte teria o prazo de 90 (noventa) dias contados de sua intimação da sentença arbitral. Esse interregno de 90 (noventa) dias poderá ser ultrapassado caso a parte vencida não ajuíze a ação declaratória de nulidade e resolva aguardar a execução da sentença arbitral no Poder Judiciário, só aí deduzindo, via impugnação, as hipóteses constantes dos incisos do artigo 32 da Lei de Arbitragem.

Assim, debate-se se esse prazo seria prescricional ou decadencial, sendo certo que na segunda hipótese não poderia a parte executada, passados 90 (noventa) dias, deduzir esses argumentos via impugnação ao cumprimento de sentença. A esse respeito Cahali¹⁹⁵ afirma que:

¹⁹⁴ “§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.”

¹⁹⁵ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010. 6.ed. São Paulo: Ed. RT, 2017, p. 373/374. Em sentido contrário: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral. Revista de Processo 106/212; VIANNA, Duval. Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Adeoas, 1998, p. 222 e WLADECK, Felipe Sripes. O pleito de anulação da sentença arbitral nacional em sede de execução. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 16. jan.-mar. 2008, p. 99-105.

A questão se torna ainda mais complexa, contudo, quando examinada a influência do decurso do prazo decadencial de noventa dias para ajuizar a ação de invalidação em relação às matérias alegáveis no curso da execução. Entendemos que os fundamentos previstos no art. 32 da Lei 9.307/1996 somente poderão ser utilizados na impugnação ao cumprimento de sentença se esta for apresentada dentro do referido prazo decadencial de noventa dias. Ultrapassado este prazo, não poderá o executado alegar quaisquer desses fundamentos na impugnação ao cumprimento de sentença. Sem dúvida, o prazo é decadencial e, como tal, a inércia de seu titular leva ao perecimento deste direito. Não apenas o seu exercício, mas o próprio direito resta comprometido, inviabilizando a sua alegação em qualquer outra circunstância, se operada a decadência na forma da Lei.

Aqui se concorda que o referido prazo é decadencial e que, portanto, deve a parte que pretende discutir a sentença arbitral se valer dos 90 (noventa) dias seguintes à sua intimação. Aí se incluem, segundo se pensa, as hipóteses admitidas acima quanto à violação ao dever de fundamentação (artigos 26, II e 32, III, da Lei de Arbitragem), ou eventualmente julgamento em desconformidade com as limitações impostas pela convenção de arbitragem (artigo 32, IV, da mesma lei).

Portanto, o mesmo entendimento trazido acima quanto à ação prevista no artigo 33 também se aplica à hipótese de impugnação à sentença arbitral com base no artigo 525 do Código de Processo Civil de 2015, a teor do §3º do artigo 33 da Lei de Arbitragem, com as alterações constantes da Lei nº 13.105/2015, desde que a parte exerça esse direito no prazo de 90 (noventa) dias contados da intimação da sentença, ou da resposta ao pedido de esclarecimentos, conforme o caso.

4.4. FLUXOGRAMA DO PENSAMENTO PARA EVENTUAL QUESTIONAMENTO JUDICIAL.

Os argumentos desenvolvidos acima talvez possam ser refletivos no fluxograma abaixo, idealizado como tentativa de se esquematizar o pensamento quanto ao excepcional questionamento judicial de sentenças arbitrais que deixem de observar os *precedentes* constitucionais vinculantes, veja-se:

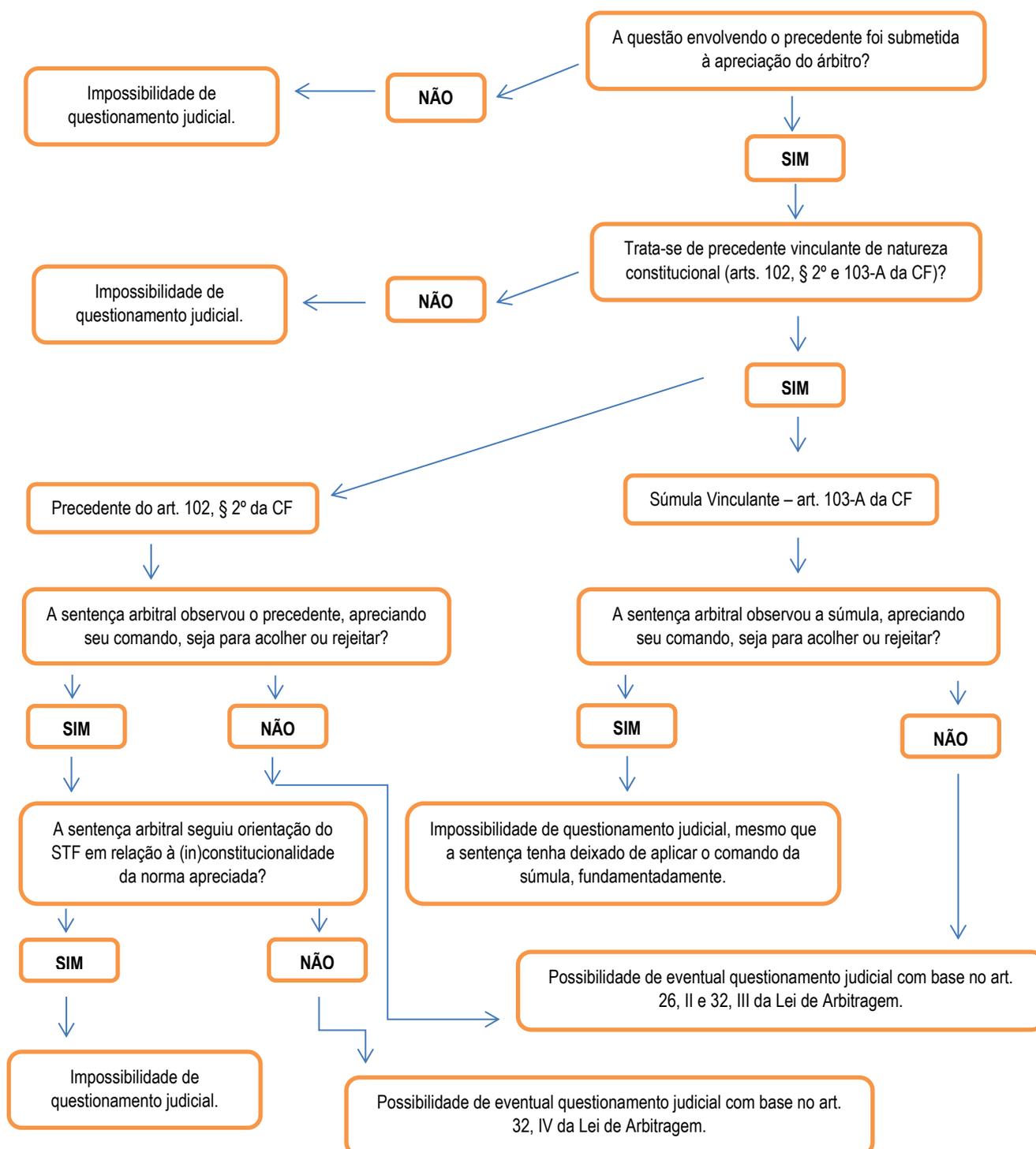


Figura 1 - Fluxograma

4.5. AUTONOMIA DAS PARTES, PRECEDENTES VINCULANTES E A ORDEM PÚBLICA.

A arbitragem é um ambiente onde vige a autonomia das partes. As partes podem moldar a arbitragem em quase tudo. Diz-se quase tudo porque há limitações impostas pela própria Lei de Arbitragem, além de limitações inerentes aos aspectos subjetivos e objetivos da disputa. É o que se convencionou chamar de arbitrabilidade subjetiva ou objetiva, sendo certo que o aspecto subjetivo é inerente às pessoas envolvidas e sua capacidade de se submeterem à via arbitral, enquanto que a arbitrabilidade objetiva se refere ao objeto, às matérias que podem ser levadas e decididas por arbitragem.

Tais aspectos foram realçados pela Lei de Arbitragem em seu artigo 1º ao dispor que.

"Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1o A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2o A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

O critério subjetivo, como se vê, decorre de uma remissão indireta ao Código Civil ao afirmar a lei que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem", ou seja, deverá o intérprete se valer do conceito de pessoas capazes de contratar de acordo com a legislação civil brasileira. Os contornos objetivos estão na parte final do caput "direitos patrimoniais disponíveis" que, no entender de Pedro A. Batista Martins são aqueles direitos "passíveis de conversão monetária e que se encontrem na livre disposição do titular."¹⁹⁶

A doutrina é assente ao afirmar a ampla autonomia de que gozam as partes para eleger a arbitragem e, uma vez eleita, para moldar às necessidades, ou à forma que pretendem ver os seus conflitos solucionados, conflitos esses que na maioria das vezes

¹⁹⁶ MARTINS, Pedro A. Batista. Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro. Forense, 2008, p. 3.

nem surgiram e que talvez nem venham a surgir. Giovanni Ettore Nanni¹⁹⁷ comenta a autonomia das partes e afirma que:

Demais disso, a autonomia privada das partes lhes assegura não apenas a liberdade para escolha da arbitragem como meio de resolução de controvérsias, mas também a respeito do procedimento que será adotado no procedimento arbitral, o idioma e o local em que será realizado, ao meio de seleção dos árbitros, se deverão julgar com base exclusiva no direito ou se estarão autorizados a decidir por equidade, bem como sobre as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não viole os bons costumes e a ordem pública, se será realizada com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio (art. 2º da Lei nº 9.307/96).

Essa autonomia da vontade, no entanto, enfrenta limitações, tanto no que se refere às arbitragens internacionais como também naquelas fundadas em direito brasileiro. Algumas limitações foram, como se viu acima, desde logo trazidas pela lei.

Confira-se também a exigência da Lei de Arbitragem de que nos litígios com a Administração Pública a arbitragem seja de Direito (artigo 2º, parágrafo terceiro), não se podendo julgar por equidade. Questão que se coloca é saber se as arbitragens envolvendo Administração Pública podem adotar o direito estrangeiro ou se necessariamente devem eleger o direito nacional. Aqui se pensa não haver limitação na escolha de direito estrangeiro para reger arbitragens envolvendo órgãos da Administração Pública brasileira¹⁹⁸. Tal afirmação não deveria causar espanto, pois é razoavelmente comum identificarmos empresas multinacionais, bancos de fomento e outros órgãos de desenvolvimento contratando com órgãos da Administração Pública brasileira, seja por meio de consórcio, ou diretamente.

Pois bem, viu-se acima que as decisões e os precedentes vinculantes do Supremo Tribunal Federal integram as fontes do direito brasileiro e, portanto, devem ser

¹⁹⁷ NANNI, Giovanni Ettore. Efeito vinculante de convenção de arbitragem estipulada no curso do processo judicial – Impossibilidade de revisão da sentença arbitral – validade da arbitragem. Revista Brasileira de arbitragem. São Paulo. V. 3. Jul-Set/2004. Jurisprudência Estatal Nacional. p. 144/169.

¹⁹⁸ Nesse sentido Rômulo Mariani salienta que "Veja-se que não obstante a Lei de Arbitragem exija que nos litígios com a administração pública a arbitragem seja de Direito (artigo 2º, parágrafo terceiro), nada obriga que o Direito eleito seja o nacional (artigo 2º, parágrafo segundo). E isso, reconheça-se, é algo com o qual os entes estatais que se relacionam com partes/clientes estrangeiros ou mesmo fazem negócios fora do Brasil podem e certamente terão de conviver." (MARIANI, Rômulo Greff. Precedentes na arbitragem. 2017, São Paulo. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 135)

obrigatoriamente observados, levados em conta pelos árbitros quando do seu processo decisório em arbitragem de direito fundada na ordem jurídica brasileira.

Será, então, que as partes podem convencionar que determinada arbitragem obedecerá ao direito brasileiro, excluindo-se essas específicas fontes do direito? Ou, mais precisamente, poderiam as partes convencionar que determinado assunto, determinada controvérsia será decidida pelos árbitros com base na legislação vigente, autorizando-se os árbitros a julgar sem observância às súmulas vinculantes e/ou decisões acerca da inconstitucionalidade de determinada norma?

Como se viu, o artigo 2º da Lei de Arbitragem autoriza que as partes escolham a lei que regerá a solução de seu conflito, o que significa dizer que as partes, antes mesmo do conflito surgir, podem decidir qual será o direito aplicável à futura e eventual controvérsia, podendo as partes mesmo escolher que a arbitragem seja julgada por equidade, conforme previsão deste mesmo artigo¹⁹⁹.

O próprio parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei de Arbitragem esclarece que: “Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.”. O Código Civil traz previsão semelhante no parágrafo único do artigo 2.035, pelo qual: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

Pois bem, pensa-se que a resposta à indagação acima é afirmativa, isto é, as partes podem afastar a incidência de determinada fonte do direito da apreciação dos árbitros, mas mesmo essa autonomia de vontade sofre restrições. A liberdade de que desfrutam as partes ao escolher o direito é limitada na Lei de Arbitragem pela ordem pública e pelos bons costumes, enquanto que, de acordo com o Código Civil, não pode contrariar

¹⁹⁹ Este trabalho não ampliará a discussão para trazer a controvérsia sabidamente existente quanto aos limites da autonomia da vontade das partes no que se refere à lei a ser adotada em arbitragens nacionais. Fique-se aqui apenas com o registro dessa divergência e da dualidade de entendimento, registrando-se o pensamento de parte da doutrina no sentido de que somente haveria autonomia ampla da vontade quando se pensa em arbitragens internacionais, havendo limitação quando se tratar de arbitragem doméstica, pois não seria dado às partes adotar legislação alienígena em arbitragem sediada no Brasil com árbitros brasileiros e que nada conhecem do direito estrangeiro. Nesse sentido, em que não há ampla autonomia das partes cita-se (ALVIM, José Eduardo Carreira. Tratado geral da arbitragem interna. Belo Horizonte. Mandamentos, 2000. p. 203)

preceitos de ordem pública definidos para assegurar a função social da propriedade e dos contratos²⁰⁰. Quanto a esses limites vale lembrar Selma Lemes²⁰¹, de acordo com a qual “As partes são livres para indicar a arbitragem, podem escolher as regras procedimentais que deverão observar a ordem pública e os bons costumes (...)”

É inegável, portanto, que há limitações à autonomia da vontade das partes no que se refere à escolha do direito aplicável, limitações que decorrem da preservação da ordem pública²⁰² e dos bons costumes, princípios e valores fundamentais de ordem material da nossa sociedade. Imagine-se que em determinada convenção arbitral as partes autorizem os árbitros a julgar a causa sem observar os valores da ampla defesa e do contraditório, impedindo que o requerido, ou um litisconsorte que adira à arbitragem, possa produzir prova de suas alegações. Embora não se trate de violação à determinada súmula, ou decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, é evidente que a referida limitação é contrária à ordem pública e, portanto, não deve subsistir.

Da mesma maneira não podem as partes, por exemplo, impedir que o árbitro conheça e analise o conteúdo de determinada súmula vinculante que ostente matéria relacionada a princípios e valores fundamentais de ordem pública²⁰³, ou que limite a

²⁰⁰ De acordo com Carmona "O legislador foi pródigo em liberdades, seja quanto à incidência das normas processuais, seja quanto à aplicação do direito material. Mas tal liberdade – volto a Amílcar de Castro – continua balizada: a *gaiola* aumentou de tamanho, mas continua a existir, tanto que o mesmo art. 2º da Lei de Arbitragem que prodigaliza liberdades também trata de impor freios e contrapesos, lembrando que as escolhas das partes não poderão violar os bons costumes e a ordem pública." (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: Um comentário à lei nº 9.307/96, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 412)

²⁰¹ LEMES FERREIRA, Selma. A sentença arbitral, Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, ano 2, nº 4. p. 27.

²⁰² As normas que se inserem no conceito de ordem pública são indispensáveis para a manutenção da organização da vida social, e limitam “a extensão da autonomia negocial, determinando o campo onde as normas cogentes do ordenamento jurídico tolhem a liberdade dos particulares, fora do qual estes podem pactuar o que melhor lhes aprouver” (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A Anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, ano 3, nº 9, p. 263)

²⁰³ Mais uma vez se empresta aqui os ensinamentos de Jacob Dolinger, citado por Pedro Paulo Cristóforo, ao afirmar que "Essa questão, em torno da qual há tanta divergência e perplexidade desaparece se se reconhecer que não há nenhuma lei de ordem pública. As leis são de direito público ou de direito privado, estas podendo ser imperativas ou supletivas, admitidas as demais categorias e classificações, encontradas na doutrina que encerram conceitos paralelos aos da imperatividade e supletividade. Independentemente desta dicotomia, existe um princípio geral de direito, que realmente é de difícil definição, que realmente só pode ser identificado em termos amplos de ideia geral, de noção meramente indicativa, que comanda vários aspectos do sistema jurídico. É a ordem pública que não tolera certos pactos. É verdade que as leis imperativas são inderrogáveis pela vontade das partes, e que para tanto não há necessidade de recorrer ao princípio da ordem pública, mas este cobre um setor mais amplo, não limitado às leis imperativas e também

apreciação do árbitro de maneira a gerar uma sentença que ostente uma incompatibilidade flagrante com algum aspecto fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. Desta feita, pensa-se que as partes não estão autorizadas a obstar a apreciação, pelos árbitros, do direito aplicável se o direito que se pretende excluir da apreciação do árbitro for atinente à ordem pública, ou aos bons costumes²⁰⁴.

Assim, ainda que se valorize a autonomia da vontade como princípio basilar da arbitragem, é certo que referida autonomia há que ser limitada não só pela própria lei, mas também pela ordem pública e pelos valores considerados fundamentais à sociedade e ao bem de toda a comunidade.

não abrangendo necessariamente todas as leis imperativas." (CRISTOFARO, Pedro Paulo. A escolha da lei na arbitragem e a ordem pública. In: PEREIRA, Antonio Celso Alves. MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (orgs.). Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito. Rio de Janeiro. Renovar. 2003. p. 566-567). Em sentido mais abrangente Júlia Schledorn: "Por derradeiro, devido à autonomia conferida às partes para a escolha da lei aplicável, eventualmente, pode ser disposto que os enunciados da súmula vinculante não deverão ser utilizados no julgamento da controvérsia. A estipulação das partes nesse sentido é válida e deve ser observada pelo árbitro, afinal, nos termos do art. 2º, §1º, da Lei nº 9.307/96, as partes podem 'escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem'." (CAMARGO, Júlia Schledorn de. A influência da súmula persuasiva e vinculante dos tribunais superiores brasileiros na arbitragem. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2013. p. 170)

²⁰⁴ A autonomia da vontade também permite que as partes convençam que o árbitro está obrigado a julgar de acordo com as súmulas vinculantes eventualmente invocadas pelas partes e que se aplicam à controvérsia em debate, criando, assim, uma obrigatoriedade na própria convenção arbitral e que deve ser respeitada pelo julgador.

CONCLUSÕES

Apesar das diferenças existentes em cada subsistema, o Código de Processo Civil de 2015 dialoga muito bem com a arbitragem, especialmente no que se refere à colaboração entre essas duas formas jurisdição, o que traz um reconhecimento e reforço do instituto da arbitragem.

Há inúmeros pontos de contato entre os subsistemas, seja na equiparação das decisões (artigo 31 da Lei de Arbitragem), ou também na adoção processual de práticas já utilizadas na arbitragem (v.g. calendarização; negócio jurídico processual, irrecorribilidade de determinadas decisões), como também na via inversa, com a utilização de procedimentos típicos do Judiciário pelos regulamentos das instituições arbitrais.

Estudou-se a intersecção desses dois subsistemas que integram a função jurisdicional no que se refere à eficácia das decisões e enunciados proferidos no âmbito do Poder Judiciário e a sua influência nas arbitragens fundadas em direito, mais precisamente para saber se há observância obrigatória por parte dos árbitros às decisões prolatadas no subsistema do Poder Judiciário.

A discussão foi aquecida pelas regras do Código de Processo Civil de 2015, que preveem observância obrigatória por parte dos órgãos do Poder Judiciário à determinadas decisões e enunciados de súmula editados pelos Tribunais, com o objetivo de verticalizar e uniformizar o entendimento do Judiciário sobre questões repetitivas, ou, como explicitamente menciona o *caput* do artigo 926 do Código, a fim de que os Tribunais mantenham a sua jurisprudência estável, íntegra e coerente.

Significativas mudanças foram levadas a efeito na legislação brasileira de forma a emprestar cada vez mais força aos comandos judiciais, tanto de forma vertical como horizontal. Não se pode mais enxergar o sistema jurídico brasileiro como se via outrora, já que não se olvida a força dos precedentes *lato sensu* e sua integração às fontes do direito. As escolhas legislativas positivadas ao longo das últimas décadas emprestaram maior eficácia às decisões judiciais.

Ao se analisar os sistemas jurídicos do *common law* e *civil law* identificou-se a maior ou menor influência do precedente *lato sensu* sobre a questão jurídica a ser

posteriormente analisada em cada sistema. No *common law* tradicional sobressai a figura do precedente como o pilar de sustentação para a aplicação do direito e nesse sistema o conceito de precedente difere do conceito clássico de jurisprudência que é encontrado nos países de *civil law*, tampouco se equivalendo ao que se entende no Brasil por súmulas vinculantes

Identificou-se, então, o precedente como ele é entendido nos países de *common law* e as suas diferenças das manifestações judiciais existentes no Brasil, de raízes romano-germânicas, pois não se deve equiparar a figura do precedente do sistema anglo-saxônico com a jurisprudência, ou com o conceito brasileiro de súmula vinculante.

Apesar das diferenças entre os precedentes do *common law* e os pronunciamentos judiciais brasileiros identificou-se no Brasil um movimento de valorização das decisões pretéritas, valorização exacerbada pelo Código de Processo Civil de 2015. O Código trouxe, para muitos de forma até inconstitucional, uma ampliação da abrangência de determinadas decisões e súmulas, num objetivo de verticalização e subserviência às decisões pretéritas, mas num contexto sistêmico totalmente diverso do *common law*, em que o precedente exerce um papel diverso, por representar a própria fonte primária do direito.

As clássicas fontes do Direito adquirem, então, outros contornos no sistema jurídico nacional, não em relação ao conceito, que continua imutável, mas em relação à abrangência de que desfrutam determinadas figuras no nascedouro da interpretação jurídica.

Constata-se não só no Brasil, mas também em muitos sistemas jurídicos estrangeiros, um movimento de idealização de um direito moderno, vivo e desvinculado daquele positivismo tradicional do *civil law*, de acordo com o qual se explicava o fenômeno jurídico a partir do estudo das normas positivadas, isto é, daquelas normas postas pela autoridade soberana em determinada sociedade

Sedimentadas as ideias quanto ao conceito de precedente e o atual estado de coisas no Brasil passou-se em revista à evolução da arbitragem em nosso país. Viu-se que foi somente com a edição da Lei nº. 9.307, de 26.09.1996, aliada à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (2001), que esse mecanismo voltou a

ganhar relevo no cenário jurídico nacional, embora contivesse previsão em legislações anteriores.

O próprio Código de Processo Civil de 2015, editado pela Lei nº 13.256, de 04.02.2016, consagrou o instituto e a prova de seu sucesso nas últimas duas décadas, pois logo de início adverte que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão de direito, sendo “permitida a arbitragem, na forma da lei.” (artigo 3º, § 1º).

No que se refere à natureza jurídica da arbitragem, expostas as diferentes linhas de pensamento, concluiu-se ser correto o entendimento, hoje praticamente majoritário, de que a arbitragem possui natureza jurisdicional, embora tenha origem contratual. A ideia de que jurisdição é eminentemente função do Estado não mais se sustenta. A atividade dos árbitros equivale a dos juízes, pouco importando a forma de investidura que, no caso dos juízes, advém do Estado e, no caso dos árbitros, dos poderes diretamente conferidos pelas partes.

Todavia, admitir-se que a arbitragem possui natureza jurisdicional não significa equipará-la ao Poder Judiciário para todos os efeitos, não significa dizer que deve se submeter às mesmas regras impostas ao Poder Judiciário Estatal, à jurisdição estatal.

Assim, reafirmou-se que o Código de Processo Civil não se aplica à arbitragem, a não ser naqueles artigos específicos que regulam as relações entre essas duas esferas de jurisdição. Os árbitros não se sujeitam ao regime de precedentes judiciais, tal qual previsão dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil.

Demonstrou-se a divergência dos doutrinadores, não só no que se refere à vinculação, mas também no tange às consequências do desrespeito, pelo árbitro, aos precedentes judiciais. Propôs-se inverter a discussão, analisando as causas e não as consequências. Parece simplista dizer, por exemplo, que o árbitro não deve observância aos precedentes judiciais simplesmente porque contra a sua decisão não cabe reclamação, ou ação anulatória da sentença arbitral.

A análise que se fez deu ênfase aos dispositivos constitucionais, mais precisamente dos artigos 102, I, § 2º e artigo 103-A, da Constituição Federal, na medida em que essas decisões integram as fontes do direito brasileiro com eficácia *erga omnes*. A mesma conclusão não vale para os demais *precedentes* elencados no artigo 927, do

Código de Processo Civil de 2015, que não obrigam os árbitros, já que revelam hipóteses que afetam unicamente o processo estatal.

Defendeu-se que as súmulas vinculantes são de observância obrigatória, mas o seu acolhimento deve ser analisado pelo árbitro caso a caso. Observar obrigatoriamente não significa acolher obrigatoriamente, acolher indiscriminadamente. O árbitro não está vinculado ao comando da súmula, mas está vinculado ao dever de observância, de análise, de confrontação e fundamentação, mesmo que decida favoravelmente ao comando sumulado e, com muito mais razão, se vier a decidir contrariamente à sua orientação.

No tópico seguinte sustentou-se que o árbitro não pode decidir com base em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pois se o ato normativo é declarado inconstitucional em controle concentrado, ele na verdade deixa de existir e o árbitro não pode julgar com base em norma inexistente. Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal que extirpa do ordenamento jurídico ato normativo inconstitucional vincula o árbitro quando da fundamentação da sentença, vinculação essa que não decorre propriamente da decisão em si, mas da retirada daquele ato normativo do arcabouço jurídico eleito pelas partes para a arbitragem. A sentença arbitral que ignora a decisão do Supremo Tribunal Federal e aplica dispositivo declarado inconstitucional não representa sentença arbitral equivocada, mas decisão que aplica direito outro que não o brasileiro.

Assim, concluiu-se que o árbitro está vinculado às diretrizes das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não por uma subserviência da arbitragem ao Judiciário, ou ao precedente constitucional, mas por uma vinculação às fontes do direito e à própria convenção arbitral, que delimita o arcabouço normativo a ser utilizado pelo árbitro nas arbitragens fundadas em direito brasileiro.

O Capítulo 4 deste estudo traz reflexões sobre os reflexos do descumprimento, pelo árbitro, do dever de observância às decisões vinculantes, nos moldes do que se aduziu no capítulo anterior. Descartou-se neste cenário a utilização de reclamação contra decisões arbitrais que eventualmente deixem de observar a alegação de incidência de súmula vinculante (art. 103-A, da Constituição Federal), ou que desrespeitem decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade de determinada norma (artigo 102, §2º, da Constituição Federal).

A reclamação é remédio puramente judicial e inerente à hierarquia do Poder Judiciário e/ou dos órgãos da Administração. É mecanismo de revisão, de correção das decisões judiciais e administrativas eventualmente contrárias aos comandos vinculantes, que serve ao papel institucional das Cortes Superiores. A literalidade da previsão legislativa para a sua utilização limita a abrangência do instituto e há outros mecanismos para a eventual correção de distorções em decisões arbitrais, sendo preferível que o sistema arbitral encontre suas próprias alternativas às decisões desconformes.

A Súmula n. 734 do Supremo Tribunal Federal também é obstáculo à afirmação de cabimento da reclamação contra a sentença arbitral que deixe de analisar o enunciado de súmula vinculante, ou que contrarie julgamento de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado. A sentença arbitral produz coisa julgada tão logo sejam as partes dela notificadas e a Súmula n. 734 representa outra pedra no caminho daqueles que defendem o cabimento da reclamação ao Supremo Tribunal Federal.

Afastado o cabimento da reclamação, defendeu-se que os artigos 32, III e 26, II, da Lei de Arbitragem viabilizam o ajuizamento de ação anulatória de sentença que deixe de observar, na sua fundamentação, enunciado de súmula vinculante trazido pela(s) parte(s), ou que deixe de fundamentar a sua (in)aplicabilidade ao caso. Assim se concluiu porque é vedado ao árbitro julgar a arbitragem com desprezo às alegações das partes quanto à aplicação de determinada súmula vinculante (fonte do direito), sendo certo que tal mácula pode representar falha do dever de motivação a que está sujeito.

Assim, a depender do caso, a ausência de observância ao preceito vinculante pode macular a validade da sentença, abrindo espaço ao questionamento judicial via ação prevista no artigo 33 da Lei de Arbitragem, com base nos seus artigos 32, III e 26, II. Não especificamente porque se trata de súmula vinculante, mas porque se trata de uma fonte do direito eleito pelas partes para a solução daquela controvérsia, fonte integrante do ordenamento jurídico escolhido pelas partes e cuja observância não pode ser desprezada pelos julgadores.

Também se vislumbrou a hipótese de ajuizamento da ação declaratória de nulidade por desrespeito à convenção arbitral (artigo 32, IV da Lei de Arbitragem), na hipótese de julgamento fora dos limites da convenção, tais como, por exemplo, o julgamento com base em direito outro que não o eleito pelas partes, julgamento com base

em lei revogada, ou mesmo na hipótese de julgamento com base em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Concluiu-se o pensamento com a ideia de que não é preciso lançar mão da alegação de violação à ordem pública para eventualmente se questionar sentença arbitral que tenha deixado de observar súmula vinculante trazida pelas partes, ou mesmo que tenha decidido em manifesto e desarrazoado desrespeito ao julgamento de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. Para esses casos é viável avaliar eventual violação ao dever de fundamentação (artigos 26, II e 32, III, da Lei de Arbitragem), ou julgamento em desconformidade com as limitações impostas pela convenção de arbitragem (artigo 32, IV, da mesma lei).

Analisou-se também a possibilidade de controle judicial mediante oferecimento de impugnação prevista no artigo 525, do Código de Processo Civil de 2015, no que se refere à invalidade e à ineficácia da sentença arbitral. É facultado à parte condenada por sentença arbitral fundada em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundada na aplicação, ou interpretação de lei, ou ato normativo tido pela mesma Corte como incompatível com a Constituição, opor impugnação à sua execução no Poder Judiciário, questionando a sua exigibilidade. Trata-se de hipótese de controle da eficácia da decisão arbitral condenatória. Para que seja exequível deve o título se submeter às regras próprias da execução e ostentar exigibilidade.

Acaso a parte executada também pretenda questionar a validade da sentença arbitral, por vícios do artigo 32 da Lei de Arbitragem, poderá fazê-lo quando do oferecimento da impugnação a que alude o artigo 525 do Código de Processo Civil de 2015, em consonância com o disposto no §3º do artigo 33, da Lei de Arbitragem, desde que dentro do prazo de 90 (noventa) dias contados da sua intimação da sentença arbitral (prazo decadencial).

Idealizou-se, então, um fluxograma do pensamento exigido para eventual questionamento judicial de sentenças arbitrais que apresentem uma das máculas estudadas, abaixo reproduzido:

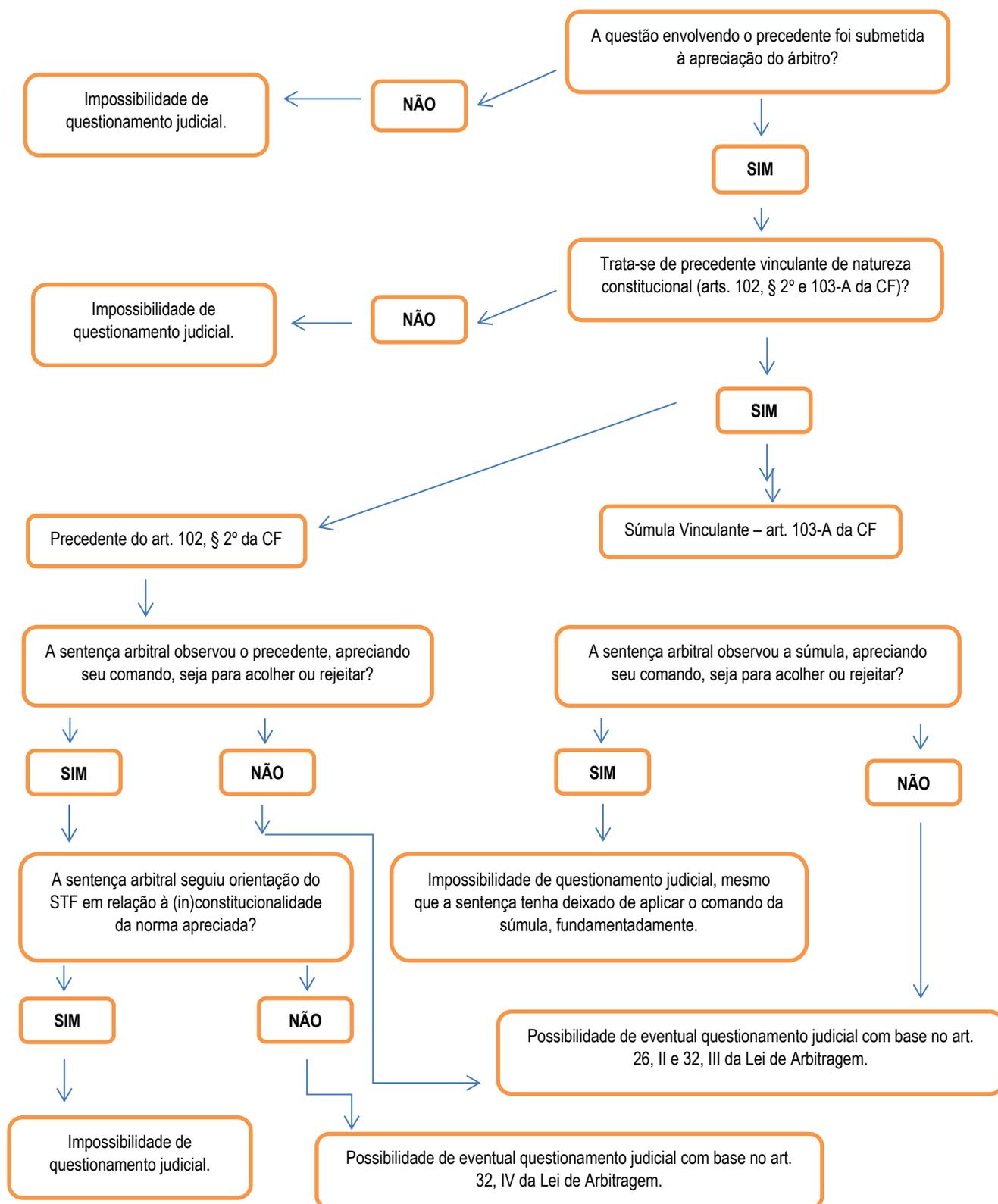


Figura 2 - Fluxograma

Por fim, foi analisada a abrangência do princípio da autonomia da vontade no que se refere às questões suscitadas acima. A liberdade de que desfrutam as partes na escolha do direito é limitada na Lei de Arbitragem pela ordem pública e pelos bons costumes, enquanto que, de acordo com o Código Civil, não pode contrariar preceitos de ordem pública definidos para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. Assim, há limitações à autonomia da vontade das partes no que se refere à escolha do direito aplicável, limitações que decorrem da preservação da ordem pública e dos bons costumes, princípios e valores fundamentais de ordem material da nossa sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial.** *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 2014.

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional vs. Arbitragem: Os Reflexos do Efeito Vinculante na Atividade do Árbitro.** *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 37, n. 214, dez/2012.

ABBOUD, Georges. **Onde a discricionariedade começa, o direito termina: Comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora on-line.** *Revista de Processo*, São Paulo: vol. 251, 2016.

ABBOUD, Georges. **Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional.** Dissertação apresentada para obtenção de título de Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2009.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **A Anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública.** *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, ano 3, nº 9.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública.** São Paulo: Renovar, 2005.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Sobre a natureza jurisdicional da Arbitragem in Arbitragem, estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015.** São Paulo. Ed. Saraiva.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado geral da arbitragem interno.** Belo Horizonte. Mandamentos, 2000.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial Precedent and Arbitration. Are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian Law and Practice.** 1. ed., Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2017.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration – are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study among England, Scotland, the United States and Brazil.**

Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/arbitrators-bound-judicial-precedent-comparative-rizzo-amaral?articleId=6262314725678338048#comments-6262314725678338048&trk=prof-post/> . Acessado em 10.07.2017.

AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ANDRADE, Gustavo Fernandes de. **Arbitragem e Controle de Constitucionalidade: Algumas Reflexões.** *In* 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz /

coordenação Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes, Pedro Batista Martins. – 1ª ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares e FONTES, André R. C. **Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem.** RArb 14/51

BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes Vinculantes e a Extensão da Expressão “Aplicação do Direito Brasileiro” na Convenção de Arbitragem.** Dissertação apresentada para obtenção de título de Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2017.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem.** São Paulo: Atlas, 2014.

BERMUDES, Sérgio. **Direito processual civil: estudos e pareceres.** São Paulo: Saraiva, 2002.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães e FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Declaração de inconstitucionalidade pelo árbitro: Vedação ou dever.** Revista de Processo, 2017, vol. 274, Dez/2017.

BORN, Gary B. **International commercial arbitration.** vol. I. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 185.

BRASIL JR, Samoel Meira. **Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução de controvérsias.** 2010. 241 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2016.

BUZAID, Alfredo. **Uniformização de jurisprudência.** Ajuris, 34.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010.** 5.ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

CAMARCO, Júlia Schledorn de. **A influência da súmula persuasiva e vinculante dos tribunais superiores brasileiros na arbitragem.** Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2013.

CAMPOS DE MELLO, Patrícia Perrone; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro.** Revista da AGU, Brasília/DF, v. 15, n. 03, pp. 9-52, jul./set. 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** 1. reimpr. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e jurisdição**. Revista de Processo. n. 58. Abr-Jun. 1990. p. 33-40.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2004.

CARMONA, Carlos A.; MARTINS, Pedro B. (Coord.), **Arbitragem – Estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007.

CARMONA, Carlos Alberto. **Em torno do árbitro**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 8, n. 28. Jan-Mar. 2011. p. 47-63.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Milão: Lejus, 1999.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CRISTOFARO, Pedro Paulo. **A escolha da lei na arbitragem e a ordem pública**. in PEREIRA, Antonio Celso Alves. MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (orgs.). **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro. Renovar. 2003.

DALLA, Humberto e RODRIGUES, Roberto. **O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC**. Revista dos Tribunais, Revista de Processo Repto 259, Set/2016. São Paulo: 2016.

D. RE, Edward. **Stare Decisis**, in Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, tradução de Ellen Gracie Northfleet, v. 60, ano XXI, março de 1994, Porto Alegre, p. 94-106.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Jus Podivm. 11. ed. v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Julia. **O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente** in LEMES, Selma F.;

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 18ª ed. Ver. Atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil na pós-modernidade. Felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido**: Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, Rafaella. **Arbitragem comercial, internacional e enunciado de súmula vinculante pelo STF**. In: Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 5. N. 17. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FONSECA, Rodrigo Garcia. **Reflexões sobre sentença arbitral**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, ano 2, n. 6, Jul.-Set. 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. **Revista de Processo**. v. 106. Abr.-Jun. 2002.

GELDART, William. **Introduction to English Law**. 11^a ed. Oxford: Oxford University Press, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v. II. 2. Ed. Saraiva: São Paulo, 1986.

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

GUILLAUME, Gilbert. **The use of precedent by International Judges and Arbitrators**. Journal of International Dispute Settlement, vol. 2, n. 1. Oxford University Press. 2011.

LEMES FERREIRA, Selma. **A sentença arbitral**, in Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, ano 2, nº 4.

LEW, Julian D. M. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan M. **Comparative international commercial arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. **A pré-história da arbitragem no Brasil**. Revista Direito Renovar. n. 41. Maio-Ago. 2008 in MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na Arbitragem**. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona, 2017. São Paulo.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BARIONI, Rodrigo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A causa de pedir das ações anulatórias de sentença arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 265-276, jul.-set. 2015.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MAGALHÃES, Breno Baía. **Considerações acerca da natureza jurídica da reclamação constitucional.** Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. v. 10. Ago, 2015. p. 1847-1871.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na Arbitragem.** Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona. São Paulo, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª. Edição, 2016.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. **Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas judiciais vinculantes do Supremo Tribunal Federal.** Revista de Arbitragem. v. 10. Abr.-Jun, 2013. p. 96-137.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a lei de arbitragem.** Rio de Janeiro. Forense, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O pré-questionamento nos recursos extraordinário e especial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENNA, Fabio de Vasconcellos. **Limites da Arbitragem.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação de Direito Processual Civil para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, sob orientação do Prof. Dr. Nelson Nery Junior, 2010.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1977. t. XI.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro.** São Paulo: Revista de Processo, vol. 245, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Da jurisprudência.** Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 56, n. 2, p. 88-94, jan. 1961.

MORAES, Denise Maria Rodríguez. **O Supremo Tribunal Federal e a eficácia vinculante de suas decisões.** In Processo constitucional, coordenação Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NANNI, Giovanni Ettore. **Efeito vinculante de convenção de arbitragem estipulada no curso do processo judicial – Impossibilidade de revisão da sentença arbitral – validade da arbitragem.** Revista Brasileira de arbitragem. São Paulo. V. 3. Jul-Set/2004. Jurisprudência Estatal Nacional.

NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: RT, 2008.

PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)**, 1ª Edição. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. In CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. (Coord.). 1ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência: da divergência à uniformização**. São Paulo: Atlas, 2006.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e sistema**. São Paulo: Atlas, 2012.

PUGLIESI, Marcio. **Teoria do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2016.

REALE, Miguel. **Histórica do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008.

RODOVALHO, Thiago. **A função institucional das Cortes Superiores**. In: DIDIER JR., Fredie. **Processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: Edipro, 2000.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Súmula Vinculante *in* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) **Reforma do Judiciário – primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luis. **O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica**, in Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho. BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Francisco Gerson; BEDÊ, Faya Silveira (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2006.

TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira:** repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto. Tese de Livre Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência.** Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acessado em 11.04.2017.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental: Lei 9.868/99 e Lei 9.882/99.** São Paulo: Saraiva, 2001.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil.** 56. ed. Rio de Janeiro: Forense. vol. 1, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VERÇOSA, Fabiane. **A aplicação errônea do direito pelo árbitro: uma análise à luz do direito brasileiro e estrangeiro.** Curitiba: CRV, 2015.

VIANNA, Duval. **Lei de Arbitragem.** Rio de Janeiro: Adeoas, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A discussão sobre a disponibilidade do controle judicial da sentença arbitral e seus limites.** In: Revista Brasileira de Arbitragem. RBA n. 50 – Abr-Jun/2016. São Paulo: 2016. p. 7/32.

WALD, Arnoldo. Os meios judiciais de controle da sentença arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação.** São Paulo. RT, ano 1, jan.-abr. 2004.

WLADECK, Felipe Sripes. O pleito de anulação da sentença arbitral nacional em sede de execução. **Revista de Arbitragem e Mediação.** vol. 16. jan.-mar. 2008.

ZANETI JR., Hermes. **Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista de Processo, set/2014, p. 293/349.