

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO**

PEDRO HENRIQUE GALANI VASCONCELOS

**O SISTEMA DE PRECEDENTES NA ARBITRAGEM:
FUNDAMENTOS, LIMITES E DESAFIOS**

**CAMPINAS
2021**

PEDRO HENRIQUE GALANI VASCONCELOS

**O SISTEMA DE PRECEDENTES NA ARBITRAGEM:
FUNDAMENTOS, LIMITES E DESAFIOS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Pontifícia Universidade
Católica de Campinas como requisito
parcial para a obtenção do título em
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Peter Panutto

CAMPINAS
2021

PEDRO HENRIQUE GALANI VASCONCELOS

**O SISTEMA DE PRECEDENTES NA ARBITRAGEM:
FUNDAMENTOS, LIMITES E DESAFIOS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Pontifícia Universidade
Católica de Campinas como requisito
parcial para a obtenção do título em
Bacharel em Direito.

Campinas, São Paulo, 22 de novembro de
2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Peter Panutto

Prof. Dr. José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins

“Os homens decidem uma quantidade muito maior de problemas pelo ódio, amor, luxúria, raiva, tristeza, alegria, esperança, medo, ilusão ou alguma outra emoção interior, do que pela realidade, autoridade, qualquer norma legal, precedente judicial ou estatuto.”

(Marco Túlio Cícero)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, à minha família pelo contínuo suporte durante minha jornada acadêmica e profissional. Efetivamente, sem a compreensão e apoio de meus familiares durante essa árdua caminhada, nada disso seria possível e nada disso valeria a pena. Em especial, agradeço aos meus amados pais, João Batista Vasconcelos e Alessandra de Cássia Galani Vasconcelos, modelos máximos de integridade, dedicação e resiliência, também ao meu irmão Stefano Galani Maviega e à minha avó Maria de Lourdes Rosa, que sempre depositaram em mim absoluta confiança e carinho.

Aos meus queridos companheiros e amigos da vida profissional e acadêmica, que sempre foram capazes de trazer conforto e leveza até mesmo nos momentos difíceis. Artur Menegon da Cruz, Marcio Alexandre da Silva Silveira e Rodrigo Priviero D'Abruzzo por serem meus maiores exemplos da advocacia e verdadeiros amigos na intensa rotina da prática jurídica; Daniel Bruno Ettiopi, Jacquelyne Gerevini de Oliveira Lemes, Júlia de Moura Xavier, Luiz Henrique Pinto Ferreira, Matheus Rodrigues André e Vitor Santos Schmidt pelos laços feitos durante a graduação, dentro e fora da universidade; Luiz Antônio Ribeiro Neto e Luiz Felipe Fogo pela convivência, parceria e momentos únicos; Chiara Mariana Pierossi, pela duradoura e especial amizade desde os tempos de escola; Matheus Campion, por atuar genuinamente como um irmão e por quem nutro profunda admiração e respeito.

Por fim, meu imenso agradecimento à Pontifícia Universidade Católica de Campinas, que rapidamente se tornou uma segunda casa, onde me desenvolvi, fui excepcionalmente recebido por todo o corpo de funcionários e contei com os ensinamentos de incriveis professores. Especialmente, agradeço ao Prof. Dr. Peter Panutto pelo irretocável amparo durante a escrita desta monografia, ao Prof. Dr. Thiago Rodovalho pelas marcantes aulas que despertaram meu interesse pelo direito privado e arbitragem e a todos do Grupo de Estudos de Arbitragem Comercial Internacional, parte indissociável de minha graduação e jornada no mundo jurídico.

RESUMO

O objetivo do presente estudo é analisar os efeitos do sistema de precedentes do direito brasileiro, fortalecido pelo Código de Processo Civil de 2015, nas decisões arbitrais, reguladas especialmente por este certame legal e pela Lei nº 9.307/1996. Primeiramente, será explorado o histórico e o atual estado dos precedentes judiciais, de forma a expor suas origens, conceituá-lo tecnicamente e destacar a crescente importância desse novo paradigma no ordenamento jurídico pátrio, à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição Federal de 1988. Posteriormente, será abordada a arbitragem, suas raízes históricas, dificuldades enfrentadas por esse método de resolução de conflitos para se consagrar no Brasil e seus fundamentos que auxiliam no entendimento do cerne deste estudo. Finalmente, em uma conjunção das duas partes anteriores, será abordado o tema da incidência do sistema de precedentes em sede de procedimentos arbitrais, em especial, buscando responder à divergência doutrinária e jurisprudencial hoje vigente que debate o efeito meramente persuasivo ou necessariamente vinculante dos precedentes nas decisões dos árbitros. Visando emitir um juízo de valor tecnicamente embasado e que se demonstre razoável à luz da ordem constitucional e processual do direito brasileiro, serão analisadas diferentes visões de celebrados autores sobre o assunto, e cotejadas as diferentes disposições sobre a matéria para alcançar um denominador comum.

Palavras-chave: Sistema de Precedentes. Arbitragem. Decisão Arbitral.

ABSTRACT

This study addresses the effects of the regime of precedents of Brazilian law, strengthened by the 2015 Civil Procedure Code, on arbitration awards, regulated especially by this legal framework and by Law 9,307/1996. Firstly, it will be addressed the history and status of judicial precedents in order to expose its origins, conceptualize it technically and highlight the growing importance of this new paradigm in the Brazilian legal system in light of the 2015 Civil Procedure Code and the Federal Constitution of 1988. Afterwards, arbitration will be addressed along with its historical roots, the difficulties faced by this method of conflict resolution to become established in Brazil and its foundations that help in the understanding of the core of this study will be discussed. Finally, in a conjunction of the two previous parts, the issue of the incidence of the system of precedents in arbitration proceedings will be addressed, in particular, seeking to respond to the current doctrinal and jurisprudential divergence that debates the merely persuasive versus the necessarily binding effect of precedents in the arbitral awards. Aiming to issue a technically grounded judgment that is reasonable in light of the constitutional and procedural order of Brazilian law, different views of relevant authors on the subject and the different legal provisions on the matter will be considered in order to reach a common denominator.

Keywords: Regime of Precedents. Arbitration. Arbitral Award.

LISTA DE ABREVIações

- CF** Constituição Federal de 1988
- CPC** Código de Processo Civil de 2015
- CC** Código Civil de 2002
- Art.** Artigo
- Inc.** Inciso
- §** Parágrafo
- IAC** Incidente de Assunção de Competência
- IRDR** Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
- LArb** Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem)
- STF** Supremo Tribunal Federal
- STJ** Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O SISTEMA DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO	9
1.1 PANORAMA HISTÓRICO DOS PRECEDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	9
1.2 AMPLIAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	13
1.3 CRESCENTE IMPORTÂNCIA DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL	19
2 ARBITRAGEM COMO SOLUÇÃO ADEQUADA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	23
2.1 HISTÓRICO E CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.307/1996	23
2.2 PRINCÍPIOS DA ARBITRAGEM CONSAGRADOS PELO DIREITO BRASILEIRO	29
2.2.1 Princípio do devido processo legal, ampla defesa e contraditório	30
2.2.2 Princípio do acesso à justiça	31
2.2.3 Princípio da autonomia da vontade das partes	32
2.2.4 Princípio da imparcialidade do árbitro	33
2.2.5 Princípio da competência-competência.....	34
3 SISTEMA DE PRECEDENTES E ARBITRAGEM: INTERSECÇÕES	38
3.1 FUNDAMENTOS: RAÍZES DA PROBLEMÁTICA ACERCA DA APLICABILIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES NA ARBITRAGEM	38
3.2 LIMITES: QUESTÕES DE BONS COSTUMES, ORDEM PÚBLICA E RESTRIÇÕES À REFORMA DE MÉRITO DA SENTENÇA ARBITRAL	43
3.3 DESAFIOS: O EMBATE ENTRE OS EFEITOS VINCULANTE E PERSUASIVO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NA ARBITRAGEM	48
3.3.1 Divergências doutrinárias: perspectivas distintas geram resultados distintos ..	48
3.3.2 Denominador comum: como aplicar o sistema de precedentes na arbitragem	52
4 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

A função exercida pelo sistema de precedentes do CPC nas decisões de arbitragem é uma questão vista de maneiras distintas pelos juristas, que variam entre dois extremos, podendo assumir posições intermediárias: defender o aspecto unicamente persuasivo dos precedentes e, no outro polo, argumentar pela força vinculante e obrigatória dos precedentes judiciais.

As diversas menções à arbitragem no CPC e a sua crescente aceitação no contexto dos tribunais do Poder Judiciário, de plano, indicam não haver segregação absoluta entre ambas as esferas. Porém, há de primar pela preservação, no máximo grau possível, da autonomia da arbitragem, frequentemente escolhida pelas partes objetivando evitar os trâmites do Poder Judiciário, sem se olvidar de respeitar os limites impostos pela própria LArb.

Considerando não haver disposição legislativa específica ou definitiva sobre o assunto, a questão dos efeitos do sistema de precedentes é uma lacuna a ser resolvida pela doutrina especializada, sendo esse o objeto do presente estudo. Ademais, cabe analisar se há e quais seriam as consequências práticas geradas pela inobservância do sistema de precedentes nas hipóteses em que o árbitro decide não os aplicar, com justificativa ou não.

Como será visto ao decorrer deste trabalho, para responder se o sistema de precedentes possui efeito meramente persuasivo ou necessariamente vinculante nas decisões arbitrais é necessária uma exposição prévia e técnica sobre os conceitos envolvidos. Somente desta maneira é possível que se emita um parecer embasado sobre como tratar os efeitos dos precedentes nos procedimentos arbitrais.

1 O SISTEMA DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 PANORAMA HISTÓRICO DOS PRECEDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A utilização de precedentes judiciais como balizadores do ordenamento jurídico e do entendimento dos juízes das instâncias ordinárias é tipicamente atribuída aos países de sistema “*common law*”, nos quais a jurisprudência, genericamente compreendida como “pluralidade de decisões relativas a diversos casos concretos”¹, constitui fonte primária do direito, sendo o Poder Judiciário apto a criar e modificar direitos por meio da atividade judicante.

O ordenamento jurídico brasileiro adota sistema diverso, denominado de sistema “*civil law*”, no qual a fonte principal do direito é a lei positivada e em sentido amplo, sendo esse “instrumento apto a solucionar as controvérsias levadas ao conhecimento do Poder Judiciário”². Apesar de possuir um sistema diverso do que habitualmente pode ser observado a adoção do sistema de precedentes, a instituição deste sistema é, ainda assim, possível e necessária, o que aproxima ambas as sistemáticas em um processo de simbiose.

Nesse contexto, embora sejam notáveis e mais comentados os recentes avanços trazidos por legislações modernas na matéria, a exemplo do CPC, não são novidades as adoções eventuais de instrumentos típicos de países de “*common law*” no direito brasileiro.

Remonta ao regime monárquico um dos primeiros registros de eficácia de precedentes no país, especificamente com o Decreto nº 6.142/1876³, que em seu art. 2º trazia um relevante poder ao Supremo Tribunal de Justiça de uniformizar entendimentos quanto às leis vigentes:

¹ TARUFFO, Michelle. *Precedente e jurisprudência*. 2 ed. São Paulo: Revista de Processo, 2014, p. 2.

² DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. *Direito UNIFACS–Debate Virtual*, n. 175, 2015. p. 3.

³ BRASIL. *Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876*. Regula o modo por que devem ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6142-10-marco-1876-549106-publicacaooriginal-64454-pe.html>. Acesso em: 4 out. 2021.

Art. 2º Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes do mesmo Tribunal, das Relações e dos Juizes de primeira instancia, nas causas de sua alçada.

A partir desse momento histórico, os precedentes passaram a ganhar crescente importância, a exemplo da inserção do recurso extraordinário como forma de uniformização de jurisprudência do STF, conforme art. 60, § 1º, alínea “c” da Constituição Federal de 1891⁴:

Art. 60, § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: (...) c) quando dous ou mais tribunaes locaes interpretarem de modo differente a mesma lei federal, podendo o recurso ser tambem interposto por qualquer dos tribunaes referidos ou pelo procurador geral da Republica.

O processo de valorização dos tribunais superiores como últimos intérpretes da lei e uniformizadores de entendimentos sofreu notável catalisação na segunda metade do século XX, com o fim da 2ª Guerra Mundial, visto que os tribunais passaram a ser cada vez mais consultados para a garantia da lei, da ordem e da democracia. Nesse sentido, Mello e Barroso⁵ expõem que:

Este é um fenômeno que tem início após a 2ª Guerra Mundial: boa parte dos países democráticos se deu conta da importância de um Judiciário forte e independente para a garantia dos direitos fundamentais e para a preservação das regras do jogo democrático. Juizes e tribunais, assim, deixam de ser órgãos técnicos especializados do Estado e se convertem, progressivamente, em integrantes de um verdadeiro poder político.

Nesse novo paradigma, insere-se o surgimento das súmulas no âmbito do STF. Idealizadas pelo ministro Victor Nunes Leal, que, assumindo uma das cadeiras do tribunal constitucional brasileiro em 1960 passou a catalogar os entendimentos dominantes da corte, alegando que a súmula se apresentava como um “subproduto

⁴ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 4 out. 2021.

⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, p. 9-52, 2016. p. 11.

de sua falta de memória”, foram institucionalizadas em 30 de agosto de 1963, no âmbito do regimento interno do STF. Sobre esse tema, resume Souza⁶:

A origem da súmula no Brasil remonta à década de 1960. Sufocado pelo acúmulo de processos pendentes de julgamento, a imensa maioria versando sobre questões idênticas, o Supremo Tribunal Federal, após alteração em seu regimento (sessão de 30.08.1963) e enorme trabalho de Comissão de Jurisprudência, composta pelos ministros Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e Victor Nunes Leal, este último seu relator, em sessão de 13.12.1963, decidiu publicar oficialmente, pela primeira vez, a Súmula da sua Jurisprudência, para vigorar a partir de 01.03.1964. A edição da Súmula – e dos seus enunciados individualmente – é resultante de um processo específico de elaboração, previsto regimentalmente, que passa pela escolha dos temas, discussão técnico-jurídica, aprovação e, ao final, publicação para conhecimento de todos e vigência.

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004 e com a crescente importância do direito sumular e jurisprudencial, o sistema jurídico brasileiro recebeu um novo tipo de súmula com o “status” de dispositivo obrigatório, não apenas consultivo ou persuasivo, as quais são denominadas de súmulas vinculantes.

Por meio desse instituto, o STF passou a possuir o poder para, de ofício ou mediante provocação, aprovar súmulas que possuam caráter vinculante “em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”⁷ bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma do artigo 103-A da CF⁸.

Assim, as súmulas passaram a representar importantes ferramentas contra a morosidade do Poder Judiciário, garantindo uma maior celeridade ao processo, como destaca Rodovalho⁹:

E, embora não seja o único, a súmula vinculante é efetivamente um instrumento a mais para possibilitar a concretização desta utopia tão necessária que é uma Justiça mais célere, acabando com aquela situação que alguns denominam de “mora judicialmente legalizada”. É claro que não é

⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 253

⁷ MORAES, Alexandre. As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial. *Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, jan/dez 2011/2012, v. 106/107, p. 273.

⁸ BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁹ SANTOS, Thiago Rodovalho. Do Respeito às Decisões do STF e a Súmula Vinculante. *Revista de Direito Brasileira*, v. 2, n. 2, p. 229-255, 2012. p. 232.

o único, mas certamente contribuirá - como de fato já o vem, conforme demonstram os dados estatísticos - positivamente.

Considerando o breve histórico exposto alhures acerca do direito sumular, importante observar que as súmulas de caráter vinculante são apenas aquelas aprovadas segundo os ditames do art. 103-A da CF, sendo necessária a decisão, nesse sentido, por, ao menos, dois terços do STF, além da existência de repetidas decisões sobre a matéria.

Isto posto, o Brasil possui atualmente duas espécies de súmulas: a vinculante e a meramente persuasiva¹⁰. Apesar de possuírem efeitos práticos e processuais distintos, ambas constituem relevantes avanços no sistema de precedentes brasileiro, apresentando-se como poderosos instrumentos jurídicos.

Em paralelo ao âmbito do direito constitucional, o direito processual civil também exerceu papel decisivo em abarcar novos instrumentos ao sistema de precedentes. Historicamente, no revogado Código de Processo Civil de 1973, constava a previsão de incidente processual dedicado à uniformização interpretativa, em especial no bojo dos arts. 476 a 479, dispostos em capítulo específico do diploma legal, denominado “da uniformização da jurisprudência”.

No regime processual civil de 1973, entretanto, tal incidente apenas poderia ser suscitado mediante divergência de entendimentos dentro de um mesmo tribunal, isto é, quando os órgãos fracionários proferiam decisões contraditórias. Em suma, o procedimento ocorria da seguinte forma, sumarizada por Duarte e Brasil¹¹:

(...) suscitado o incidente, o Órgão Fracionário que está julgando o caso vota pela existência ou não de divergência a justificar a suspensão. Em caso positivo, são os autos remetidos ao Presidente do Tribunal para que designe a sessão em que se julgará o incidente, seja pelo Pleno, seja pelo Órgão Especial. Se reconhecida, ao final, a divergência, há votação para se firmar a tese jurídica a ser observada, com força vinculante, pelo Órgão Fracionário originário, perante o qual volta a correr o processo cujo julgamento estava, até então, suspenso.

¹⁰ 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*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 56.

¹¹ DUARTE, Antonio Aurelio Abi-Ramia; BRASIL, Maria Eduarda. *O desafio de uniformizar a jurisprudência e o papel do Código de Processo Civil de 2015–Novos Desafios*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 14.

Portanto, apesar do louvável avanço do antigo Código de Processo Civil quanto à valorização dos precedentes e dos entendimentos uniformes, há de se admitir sua limitação, visto que não possuía o condão de impedir a contrariedade de interpretações judiciais entre tribunais distintos espalhados pelo país.

Nesse cenário, agravado pela ampliação do acesso à justiça no Brasil e pela explosão de ajuizamento de ações judiciais¹², o ordenamento jurídico pátrio passou a sofrer crescente pressão para a instituição de um sistema de precedentes com mais musculatura e maior abrangência. O CPC buscou dar algumas respostas, como será exposto a seguir.

1.2 AMPLIAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Como explorado acima, vê-se uma tendência de valorização do sistema de precedentes no direito brasileiro, já que a atuação por vezes errática dos tribunais brasileiros gerou, em diversas ocasiões, decisões opostas em lides que tratavam do mesmo objeto, o que é extremamente danoso à previsibilidade de decisões no país, prejudicando a noção de segurança jurídica do Ordenamento jurídico brasileiro.

Muito antes da vigência do CPC e das mais recentes inovações no campo dos precedentes, a própria comunidade jurídica e a população geral já eram acostumadas, em alguma medida, a esperar determinados pronunciamentos do STF para que fosse possível verificar se a lei “pegaria”, ou seja, se teria eficácia e aplicabilidade prática, tendo em vista a atuação imprevisível dos juízes de instâncias inferiores – isso sem mencionar as incoerências dentro da própria suprema corte.

Em crítica mais ácida à insegurança jurídica no país, pode-se dizer que o Brasil há muito tempo adota uma espécie de “*uncommon law*” ou “*civil law* à brasileira”, visto que a aplicabilidade concreta de diversos dispositivos legais depende do

¹² O Conselho Nacional de Justiça, por meio de seu relatório “Justiça em Números 2020”, apurou haver 77,1 milhões de processos judiciais em tramitação no Brasil, que aguardam alguma espécie de solução definitiva. O número evidencia o congestionamento do Poder Judiciário brasileiro, que convive com recursos insuficientes e alta demanda.

entendimento individual do magistrado que julgará certo caso concreto, encarregando o Poder Judiciário parte da atribuição que seria, a princípio, do Poder Legislativo.

Ora, fosse o ordenamento jurídico brasileiro composto puramente da tradição “civil law”, esse tipo de situação nunca ocorreria, visto que as leis devidamente propostas e aprovadas pelo processo legislativo previsto na CF deveriam vigor com eficácia social imediata e sem necessidade de pronunciamento do Poder Judiciário.

Nesse sentido, como define Macêdo¹³, o sistema brasileiro é “mestiço”:

O Brasil, na verdade, é mestiço até mesmo no seu sistema jurídico. Realmente, conforme exposto anteriormente, com a Constituição republicana de 1891, por obra de Rui Barbosa, foi recepcionada a forma de Estado Federado, criação norte-americana, e o controle de constitucionalidade difuso, também originado no direito norte-americano – sem dúvidas com uma série de precursores – a partir do famoso caso *Marbury vs Madison*. Além disso, adotou-se o *judicial review*, ou seja, atribuiu-se ao Judiciário competência para ver tanto as relações estatais como as civis, afóra a constitucionalidade das próprias leis, enquanto no velho continente há separação entre justiça comum e “justiça” administrativa, pertencente à estruturação do executivo e fundada na tripartição de poderes mais rígida. Tudo isso é somado à estrutura centralizada do Judiciário brasileiro e à existência de mecanismos que atribuem paulatinamente maior força aos precedentes judiciais, o que faz crescer a disparidade entre o direito brasileiro e as características tradicionais do *civil law*.

Isto posto, Mello e Barroso¹⁴ defendem que três valores são os principais para a recente aceleração da adoção de um sistema de precedentes mais robustos no Brasil: segurança jurídica, isonomia e eficiência. Tem-se no CPC o mais recente esforço de reduzir o número de decisões judiciais conflitantes e promover uma maior uniformização de entendimentos entre os tribunais.

O art. 926 do CPC já revela o tom que o legislador escolheu quanto aos precedentes judiciais, que é no sentido de garantir a eles maior força. A intenção, segundo o próprio diploma, é manter a jurisprudência “estável, íntegra e coerente”.

Ademais, o art. 927 do CPC traz cinco incisos com elementos a serem observados pelos juízes e pelos tribunais ao emitirem suas decisões. O propósito do

¹³ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Ed Juspodivm, 2017, p. 67

¹⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, p. 9-52, 2016.

dispositivo é impedir arbitrariedades por parte dos magistrados, vinculando-os a entendimentos anteriores:

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.

O dispositivo legal em comento, juntamente com a tratativa geral dispensada pelo CPC ao tema do sistema de precedentes, gerou críticas por parte da doutrina brasileira, porque coloca os conceitos de precedente, jurisprudência e súmula no mesmo plano, sem diferenciá-los expressamente.

Nesse sentido, Marinoni¹⁵ aduz que art. 927 do CPC:

(...) 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.

Ainda, Mitidiero¹⁶ detalha a matéria, também em sentido crítico, diferenciando os conceitos abrangidos pelo sistema de precedentes:

É um equívoco, portanto, tratá-los [precedentes e súmulas] como se estivessem no mesmo plano, como faz o art. 927 do CPC. Súmulas são enunciados que visam a retratar de modo simples e direto precedentes. Em uma palavra: são extratos. Súmulas, portanto, são enunciados que visam a retratar precedentes, alocando-se em um nível acima do nível do precedente. Por essa razão é que obviamente devem se ater às circunstâncias fático-

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 285.

¹⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 109.

jurídicas que deram azo à formação dos precedentes subjacentes (art. 926, § 2º, do CPC). Isso quer dizer que o legislador deveria ter dito que os precedentes – enunciados ou não em súmulas, vinculantes ou não – obrigam juízes e tribunais. Rigorosamente não são as súmulas que obrigam, mas os precedentes subjacentes.

Assim, fica patente a necessidade de um amadurecimento do Brasil quanto ao seu sistema de precedentes, especialmente com relação ao tratamento conceitual e técnico dos institutos abrangidos por essa sistemática. Se, por um lado, isso revela a limitação do legislador brasileiro na matéria, é também razoável que se espere um aperfeiçoamento do tratamento do assunto no país, conforme institutos do “*common law*” adentram no ordenamento jurídico pátrio.

Apesar das justas críticas ao artigo, destaca-se, dentre as hipóteses de seu inciso, um mesmo pilar: todas tratam de decisões colegiadas, de forma que decisões monocráticas de tribunais e decisões de primeira instância continuam com mero efeito persuasivo, sem dever de vinculação específico. Por fim, salutar a intenção do legislador de, a despeito das discussões doutrinárias acerca da imperfeição do tratamento da matéria dos precedentes no CPC, garantir maior previsibilidade às decisões judiciais.

Em outras palavras, observa-se que o crescente respeito aos precedentes judiciais busca elevar em importância princípios caros à Carta Magna, como o da isonomia (art. 5º, caput e I da CF) duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da CF), como defende Panutto¹⁷:

Importante destacar que os precedentes judiciais vinculantes adotados no Novo Código de Processo Civil vêm reafirmar uma tradição desde o Brasil Colônia, passando pelo Brasil Império, com a adoção dos assentos portugueses e seus efeitos vinculantes, além do desenvolvimento do direito jurisprudencial. Desta maneira, demonstra-se que os precedentes judiciais vinculantes nada mais são do que o desenvolvimento natural de nosso Direito em busca da segurança jurídica.

Deve ser salientado que a compatibilização entre as hipóteses do art. 927 do CPC e o caso concreto não é automática, devendo ser feita hermeneuticamente pelo

¹⁷ 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*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 76.

magistrado. Essa premissa tem o objetivo de prevenir aplicações impensadas e supérfluas de um mesmo regramento a casos manifestamente distintos.

Assim, sendo ambos os cenários compatíveis, há o dever de aplicar o precedente. Por outro lado, caso as situações sejam antagônicas, o juiz deverá fundamentar porque não seguirá o precedente estabelecido, apontando as diferenças entre as situações em uma técnica conhecida como “*distinguishing*”. Sobre o tema, resume Duxbury¹⁸, que “[d]istinguir entre casos é, em primeiro lugar e mais importante, uma questão de demonstrar diferenças factuais entre o caso anterior e o presente – de mostrar que a *ratio* de um precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso em questão”.

Note-se, em relação ao dever de observância dos precedentes no CPC, que o magistrado deve ter uma atuação inteligente e razoável: de um lado, não pode, sem justa fundamentação, descartar precedentes que seriam compatíveis com o caso concreto, simplesmente porque não o apetece¹⁹. De outro, também não pode aplicar a técnica do “*distinguishing*” indiscriminada e automaticamente. Neves²⁰ explora, com detalhes, essa problemática:

O absurdo volume de trabalho, aliado à constante falta de estrutura adequada, vem fazendo com que os juízes se valham dos entendimentos consagrados nos tribunais superiores de forma mecânica, sem qualquer preocupação na identificação do caso concreto como sujeitável a tais entendimentos (...) com a ampliação da eficácia vinculante teme-se, com razão, que os julgadores não compreendam que a aplicação de um precedente é um ato hermenêutico e não meramente mecânico.

Os incisos V e VI do 1º parágrafo do art. 489²¹ já se antecipam aos problemas listados anteriormente, determinando ao juiz que fundamente sua decisão de maneira completa e suficiente para demonstrar seu raciocínio. Essa disposição é

¹⁸ “*Distinguishing between cases is first and foremost a matter of demonstrating factual differences between the earlier and the instant case – of showing that the ratio of a precedent does not satisfactorily apply to the case at hand*”. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 113.

¹⁹ Nesse mesmo sentido, Marinoni alerta que: “poder para fazer o *distinguishing* está longe de significar sinal aberto para o juiz desobedecer precedentes que não lhe convêm” MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 232.

²⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1315.

²¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 4 out. 2021.

imprescindível quando há tamanha relevância dada aos precedentes, especialmente visando manter considerável nível de qualidade nas decisões judiciais.

Para além dos mecanismos mencionados alhures, outros dois se destacam como importantes para a crescente valorização dos precedentes no direito brasileiro dentro do CPC: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e o Incidente de Assunção de Competência (IAC).

O IRDR, previsto no art. 976 do CPC²², determina que, verificados os requisitos para sua instauração (repetição de processos sobre o mesmo objeto jurídico e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica), o processo em que ele foi arguido tomará forma de causa paradigma, suspendendo todos os processos que versarem sobre a mesma matéria. Julgada a lide paradigma, este veredito vinculará todos os outros casos semelhantes, que foram suspensos anteriormente.

Frise-se que os efeitos do IRDR não se limitam aos processos que tramitam no momento de instauração do incidente. Como mais uma clara demonstração da crescente força dos precedentes no ordenamento jurídico pátrio, são capazes de “atingir todas as demandas posteriores, equiparando-se o regime do novo Código, ao dos precedentes vinculantes”²³.

Por derradeiro, o IAC, consubstanciado no art. 947 do CPC, deve ser suscitado pelo relator do processo quando do julgamento de qualquer recurso, na remessa necessária ou nas causas de competência originária, quando há relevante questão de direito, com grande repercussão social. Seu efeito é elevar a discussão da lide que, a princípio, seria de órgão fracionário do tribunal, ao órgão colegiado definido pelo regimento interno da corte.

O efeito estendido aos casos futuros, já abordado no caso do IRDR, também é aplicável ao IAC, por determinação expressa do art. 947, § 3º do CPC²⁴.

1.3 CRESCENTE IMPORTÂNCIA DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL

²² Ibidem.

²³ THEODORO, Junior Humberto. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 1078.

²⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 4 out. 2021.

Feitos os breves apontamentos acima acerca da história dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro e sobre como essa matéria vem sendo tratada atualmente, em especial sob a ótica do CPC, cabe indagar: qual o futuro do sistema de precedentes em nosso ordenamento jurídico? Embora não seja esse o núcleo do presente estudo, é importante pincelar quais as tendências e os prováveis rumos dos precedentes, que deverão impactar cada vez mais as sentenças judiciais e arbitrais prolatadas no país.

Como já abordado alhures, os sistemas de “*civil law*” (tradição adotada pelo Direito brasileiro) e “*common law*” (fonte primária dos precedentes com força vinculante) se relacionam, atualmente, de forma simbiótica. Em verdade, o fenômeno de interação entre ambos os sistemas é generalizado e já comentado em outras tradições jurídicas fora do Brasil, como explora Mitidiero²⁵:

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.

A simbiose entre “*common law*” e “*civil law*” no contexto dos precedentes no direito brasileiro desperta diferentes interpretações sobre os rumos do ordenamento jurídico pátrio e sua relação com as decisões dos tribunais, questionando-se se este ordenamento estaria caminhando para um sistema cada vez mais dominado pelo direito consuetudinário, no qual os códigos serão mais enxutos e menos consultados, cedendo cada vez mais espaço ao sistema de precedentes.

Em uma perspectiva, é evidente que os precedentes têm ganhado crescente importância na legislação brasileira, aproximando o país da tradição do “*common law*”. Entretanto, isso só acontece por expressa determinação dos diplomas legais, como o

²⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 245, p. 333-349, 2015.

CPC, e exatamente nos termos detalhados nele, o que revela uma forte dependência da sistemática do “*civil law*”.

Entre os defensores da ideia de que o sistema de precedentes do CPC não aponta para uma gradual mudança ao “*common law*”, destaca-se Bueno²⁶:

Não consigo ver, portanto, nada no CPC de 2015 que autorize afirmativas genéricas, que vem se mostrando comuns, no sentido de que o direito brasileiro migra em direção ao *common law* ou algo do gênero. Sinceramente, prezado leitor, não consigo concordar com esse entendimento. O que há, muito menos que isso, é uma aposta que o legislador infraconstitucional vem fazendo desde as primeiras reformas estruturais pelas quais passou o CPC de 73 no sentido de que, se as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores e aquelas proferidas pelos tribunais de justiça e pelos Regionais Federais forem observadas (acatadas) pelos demais órgãos jurisdicionais, haverá redução sensível do número de litígios e maior previsibilidade, maior segurança e tratamento isonômico a todos. É o que os incisos do art. 927 bem demonstram e o que querem. Nada mais do que isso.

Todavia, o Brasil possui importantes nomes que defendem haver uma progressiva incorporação do “*common law*” ao direito pátrio, como defende Perrone²⁷:

A indiscutível expansão do controle concentrado de constitucionalidade, as discussões empreendidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da eficácia transcendente da motivação nesta sede e, finalmente, a criação da súmula vinculante, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, apontam para um novo momento da hermenêutica constitucional. Tais fatos expressam a evolução dos mecanismos de jurisdição constitucional, no Brasil, para uma direção comum, da atribuição de uma força vinculante geral aos precedentes judiciais. Representam, assim, uma aproximação do nosso sistema jurídico, correspondente a um modelo de direito codificado-continental (*civil law*), ao sistema de *common law*, no qual a ideia de vinculação ao julgado possui papel central.

É no mesmo sentido a posição de Marinoni²⁸:

²⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 629.

²⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos, *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 147.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 49, 2009, p.55

Não há dúvida que o papel do atual juiz do *civil law* e especialmente o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law*, especialmente a da realizada pelo juiz americano.

Nesse aspecto, é fato que, de um ponto de vista histórico, o direito brasileiro recebeu diversos mecanismos que permitem a formulação, aplicação e revisão de precedentes judiciais, sendo os instrumentos introduzidos pelo CPC (a exemplo do IRDR e do IAC) os mais recentes.

Isto posto, parecem mais acertadas as interpretações de Perrone e Marinoni²⁹, anteriormente reproduzidas, já que a tradição jurídica do “*civil law*” vem sofrendo consideráveis relativizações e alterações por meio de conceitos caros ao “*common law*”. Em outras palavras, o direito positivado vem dependendo cada vez mais das decisões e interpretações do Poder Judiciário.

Esse entendimento não decorre apenas de um ponto de vista jurídico, mas também econômico e social. A aproximação entre “*civil law*” e “*common law*” está ligada ao fenômeno da globalização, que potencializa a troca de experiências entre as tradições jurídicas, assim como o faz com costumes, moedas e gostos³⁰. Destarte, seria ingenuidade pensar que o direito está imune à globalização que tem sido observada há décadas na sociedade, restando claro que a lei brasileira não está blindada de influências externas que provocam alterações em sua substância, princípios e valores.

Assim, é razoável admitir que a simbiose entre as tradições jurídicas deve se acentuar cada vez mais, e que em próximas reformas de diplomas legais brasileiros serão ainda mais frequentes as menções ao sistema de precedentes, no sentido de reforçar a importância dos mecanismos que os compõem.

Esse assunto e essa conclusão lógica, relacionados à crescente importância dos precedentes no Brasil, são importantes ao presente estudo, visto que a maior força do sistema de precedentes implica em uma pressão cada vez mais intensa de

²⁹ Ibidem.

³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 174.

que sejam aplicados e observados no Poder Judiciário e dentro da arbitragem, quando escolhida essa jurisdição alternativa, além de providenciarem instrumentos adicionais aos advogados que podem buscar, cada vez mais, a argumentação dos pleitos de seus clientes em decisões passadas.

Portanto, o sistema de precedentes constitui importante mecanismo de busca da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões judiciais no Brasil, aspectos fundamentais para o aprimoramento do direito pátrio, e as observações técnicas e históricas aqui traçadas revelam que os precedentes judiciais, bem como outros instrumentos típicos do “*common law*”, deverão figurar com crescente frequência nos diplomas legais e nas discussões processuais.

2 ARBITRAGEM COMO SOLUÇÃO ADEQUADA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

2.1 HISTÓRICO E CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.307/1996

Assim como os precedentes judiciais, tema abordado no tópico anterior, a arbitragem é um assunto que ganhou crescente popularidade nos últimos tempos, mas que, essencial e conceitualmente, não é novidade no direito brasileiro.

A arbitragem, em linhas gerais, é um método de solução de conflitos alternativo à jurisdição do Estado-juiz, inserida no contexto de uma jurisdição privada, no qual as partes litigantes possuem liberdade de escolher os julgadores que atuarão no caso. Como define Carmona³¹, o instituto é um “mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes”.

Muniz³² destaca as três características essenciais da arbitragem, expondo que este instituto apresenta-se como heterocompositivo, isto é, a decisão é emitida por um terceiro; é extrajudicial, sendo que o processo ocorre fora do âmbito do Poder Judiciário, comumente em câmaras arbitrais, que são entidades privadas; há necessidade de previsão expressa, visto que as partes precisam concordar com a instituição da arbitragem, e, na falta desse acordo, remete-se à demanda ao Poder Judiciário, como é o padrão.

Por conta dessas características, em especial devido à possibilidade de que as partes indiquem os árbitros, o que permite que a lide seja julgada por pessoas altamente especializadas na matéria em pauta, a arbitragem é vista como um método ideal para disputas que envolvem temas complexos ou muito específicos, visto que é possível eleger um árbitro verdadeiramente especialista na matéria tratada, em vez de confiar a solução da disputa a um juiz togado, que, muitas vezes, atua como “clínico geral” e recebe a demanda aleatoriamente.

³¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 31.

³² MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Introdução à arbitragem: coletânea de artigos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 5-6.

Por isso, diversos profissionais da arbitragem e autores jurídicos, a exemplo de Carmona³³, preferem o termo “adequado” em vez de “alternativo” para se referir à arbitragem como método de resolução de disputas, sustentando que a primeira expressão valoriza a arbitragem como uma solução apropriada para determinados casos, enquanto a segunda pode passar a impressão de que esse caminho seria uma segunda opção, desvalorizando-o.

Entretanto, não é raro que importantes autores e autoras, como Andrichi³⁴, abordem a arbitragem por meio da nomenclatura “alternativa” em vez de “adequada”:

Entre as formas alternativas de solução de controvérsias mais difundidas no cenário internacional encontra-se a arbitragem, instrumento que tem sido adotado como técnica extrajudicial mais comum no que concerne ao direito mercantil pelos países cujo comércio internacional é intenso.

Considerando a utilização de ambas as nomenclaturas no meio doutrinário jurídico, a presente controvérsia não é essencial para o presente estudo, tampouco para o entendimento mínimo em relação à arbitragem. Em verdade, a utilização de qualquer um desses termos parece suficientemente adequada. Viu-se que o instituto é comumente abordado por celebrados autores jurídicos utilizando os dois termos – “alternativo”, se referindo à característica facultativa e optativa que é inerente à arbitragem, visto que esse método só pode ser instituído com o acordo das partes, nunca compulsoriamente; ou “adequado”, que guarda relação com a especialidade que a arbitragem pode trazer à uma lide, considerando a possibilidade de se indicar árbitros que são verdadeiros peritos no assunto discutido.

Superadas as temáticas preliminares acima, do ponto de vista histórico, interessante notar que a Constituição do Império de 1824 já previa a possibilidade de se instaurar procedimento arbitral para matérias cíveis e criminais³⁵, conforme art. 160 “*in verbis*”: “Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear

³³ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 31.

³⁴ ANDRIGHI, Fatima Nancy. *A arbitragem: solução alternativa de conflitos*. Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal, n. 2, p. 149-173, 1996.

³⁵ BRASIL. *Constituição Brasileira de 25 de março de 1824*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 04 out. de 2021.

Juízes Árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim convencionarem as mesmas Partes”.

Inclusive, o Código Comercial de 1850 instituiu a arbitragem como método obrigatório de resolução de conflitos nos casos de lides envolvendo contratos de locação mercantil (art. 245) e disputas entre sócios de uma empresa durante a existência da sociedade (art. 294), exigibilidade esta que foi logo derogada por meio da Lei nº 1.350/1866, que restaurou o aspecto voluntário e facultativo da arbitragem que vigora até hoje.

Nesse contexto, durante o século XX também seguiu a arbitragem sendo prevista nos diplomas legais pertinentes e legislações esparsas, nunca deixando de estar presente no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, mesmo durante todo esse período em que a arbitragem seguiu constando de todos os diplomas legais relevantes, nunca foi amplamente utilizada no Brasil, ficando muito aquém do que se observava na América do Norte e na Europa. Além disso, o instituto tinha grandes nomes do direito brasileiro, como Miranda³⁶, considerando-o como “primitivo” e “regressivo”, contribuindo para torná-lo incomum na prática jurídica.

A despeito do apego da tradição jurídica brasileira aos tribunais judiciais e à já antiquada ideia de que o Estado-juiz deve monopolizar a atividade jurisdicional, o rápido avanço da arbitragem no mundo, especialmente nos países desenvolvidos, forçou o Brasil a idealizar formas de tornar a arbitragem mais viável, como resume Menna³⁷:

Buscava-se o método utilizado praticamente em todo o mundo, cada vez mais, e que por certo provocaria estímulo nos diversos setores da economia. Economia está carente de recursos econômicos e financeiros capazes de incentivar a área de serviços, incrementarem a produção e financiar obras de cunho social.

³⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários do Código de Processo Civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 71.

³⁷ MENNA, Fabio de Vasconcellos et al. *Limites da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.40.

A própria arbitragem se profissionalizou com o tempo, até se tornar um instituto que seria mais facilmente aceito em países como o Brasil e outros da América Latina, como descreve Karrer³⁸:

Originalmente, os árbitros eram importantes líderes de negócios (...) sendo um árbitro, ele (à época, ainda era *ele*) não pensava estar proferindo uma decisão arbitral. Ele se via como o presidente de um almoço de negócios, ouvindo o que as partes tinham a dizer e dando sugestões que elas invariavelmente seguiriam. A decisão arbitral era dada informalmente no momento em que os charutos se apagavam e que o cachimbo cerimonial era fumado (eles ainda faziam isso).

Com o passar do tempo, inclusive no plano internacional, a atividade dos árbitros passou a ser confiada a respeitados juristas especializados na matéria e que eram parte de relevantes escritórios de advocacia. Nesse contexto, tornou-se importante ao Brasil que acompanhasse o caminho seguido pelos demais ordenamentos jurídicos e a pressão para que fosse editada uma lei detalhando o funcionamento da arbitragem no país cresceu consideravelmente.

Inseriu-se, nesse cenário, a Lei nº 9.307/1996, conhecida como “Lei de Arbitragem” ou “LARb”, aprovada pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, cuja finalidade foi consagrar o princípio da autonomia da vontade das partes e fortalecer o instituto da arbitragem no país, como descreve Guilherme³⁹:

Esta Lei reforçou a predominância da autonomia da vontade das partes, dentro de seus limites, a excelência do árbitro, o sigilo das decisões, sendo que o vínculo pacificador que a decisão arbitral cria entre as partes faz que o procedimento arbitral seja a forma mais eficaz para eliminar as controvérsias existentes nas relações patrimoniais disponíveis.

No entanto, como já se comentou anteriormente, nem sempre a edição e aprovação de uma lei no Brasil significa que sua eficácia social passa a ser plena imediatamente. Mesmo com a LARb vigente, iniciou-se uma discussão doutrinária acerca de sua constitucionalidade, levando a matéria à apreciação do STF.

³⁸ KARRER, Pierre A. *Introduction to International Arbitration Practice*. Kluwer Law International 2014, p. 233-238.

³⁹ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de. *Manual de Arbitragem*. 2 ed. São Paulo: Método, 2007, p.77.

Por esse motivo, entre os anos de 1996 e 2001, durante os quais a LArb já era formalmente vigente, mas não se tinha uma decisão do STF sobre sua constitucionalidade, a arbitragem seguiu sendo pouco utilizada, especialmente devido ao receio dos operadores do direito em utilizar um mecanismo ainda sem validação do principal tribunal do país, o que poderia gerar problemas em relação à eficácia das decisões arbitrais, que ainda não eram suficientemente aceitas e consagradas pela comunidade jurídica brasileira.

Dentre os argumentos dos defensores da inconstitucionalidade da arbitragem, destaca-se a suposta afronta da lei ao art. 5º, XXXV da CF⁴⁰, que determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Pelo fato de a arbitragem, mediante acordo das partes, retirar do juiz togado a possibilidade de decidir sobre a matéria, concedendo esse poder aos árbitros que compõem a jurisdição privada, muito se argumentou que a arbitragem constituía uma afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal, além de ser contrária aos princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição (art. 5º, LV, CF) e do juiz natural (art. 5º, LIII, CF).

Entretanto, no âmbito do STF, restou vencedora a corrente que defendeu a arbitragem como mecanismo constitucional. O entendimento, que foi capaz de conceder maior segurança jurídica à arbitragem e permitiu o desenvolvimento do instituto no Brasil, foi consubstanciado no julgamento de recurso em processo de homologação de sentença estrangeira (SE 5.206⁴¹).

Firmou-se, finalmente, que a arbitragem constitui mera liberalidade das partes e que seu caráter facultativo é um dos principais motivos pelos quais não afronta o princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal, além da visível necessidade de modernização do Brasil nesse aspecto, visando ser incluído nos negócios internacionais celebrados com cláusula de arbitragem. Conforme decidiu o Ministro

⁴⁰ BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. na Sentença Estrangeira 5.206-7 Reino da Espanha*. Relator: Ministro Presidente. Brasília-DF. 30 de abril de 2004. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 4 out. 2021.

Maurício Correa⁴², em voto que compõe a corrente pró-arbitragem que sedimentou a validação do STF dada ao instituto:

(...) não vejo como possa prosperar a declaração de inconstitucionalidade dos preceitos impugnados. Ao contrário, considero-os mecanismos de suma importância, hodiernos e indispensáveis ao aperfeiçoamento de nosso sistema jurídico, a exemplo do que se cristalizou, há muito, na legislação da maioria dos Estados democráticos, como instrumento alternativo, eficaz e célere para composição de litígios (...) Se se entender inconstitucional a execução forçada da cláusula compromissória, o Brasil ficará isolado dos grandes negócios internacionais do mundo moderno, todos eles celebrados mediante contratos sujeitos à arbitragem.

Como afirmado anteriormente, a decisão do STF em favor da constitucionalidade da LArb catalisou o desenvolvimento desse instituto no Brasil, culminando em uma modernização recente com a edição da Lei nº 13.129/2015, frequentemente referida como sendo a “reforma” da LArb.

Dentre os tópicos abordados pela Lei nº 13.129/2015, podem ser destacados os seguintes: a regulamentação da arbitragem em lides envolvendo a administração pública; a possibilidade de afastamento das listas de árbitros de câmaras arbitrais; a autorização de intervenção do Poder Judiciário, se requerido pelas partes, para concessão de tutelas cautelares e medidas de urgência antes mesmo de constituído do tribunal arbitral; a diminuição de hipóteses de nulidade da sentença arbitral; expressa autorização legal para a prolação de sentenças arbitrais parciais de mérito; a interrupção da prescrição quando instaurada a arbitragem; novas disposições sobre a arbitragem nas sociedades anônimas.

Como aponta Zakia⁴³, referida lei não possui um caráter inovador ou revolucionário em relação ao regramento dado pela LArb em vigor desde 1996, mas tão somente buscou esclarecer pontos já discutidos e defendidos pela doutrina, complementando o dispositivo legal passado:

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Sentença Estrangeira 5.206-7 Reino da Espanha. Relator: Ministro Presidente. Brasília-DF. 30 de abril de 2004. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 4 out. 2021. p. 6.

43 ZAKIA, José Victor Palazzi. Um panorama geral da reforma da Lei de Arbitragem: o que mudou com a Lei Ordinária nº 13.129/2015. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 13, n. 51, 2016.

Como se verificou, com exceção de alguns tópicos, a Nova Lei não traz reais inovações ao sistema jurídico, e nem era essa a sua intenção. A Nova Lei mais cumpre o propósito de sanar dúvidas do que trazer disposições inovadoras que alterem o curso da arbitragem no Brasil. Não há, portanto, que se falar tanto em inovação, e sim em adequação do instituto.

Não obstante a Lei de Arbitragem pudesse não trazer disposições absolutamente claras e expresas acerca dos tópicos tratados pela Nova Lei, a sua flexibilidade permitia (e ainda permite) aos aplicadores do Direito que a interpretassem for sistemática e lhe atribuíssem o sentido devido, permitindo que tal instituto legal fosse adaptável à realidade jurídica a que se destina.

Contudo, no âmbito da Lei nº 13.129/2015, o mais importante é destacar a consolidação da visão pró-arbitragem no Brasil. Como comentado, o instituto passou por um extenso período de subutilização devido à sua reduzida penetração na comunidade jurídica e na sociedade, e mesmo com a LArb continuou sofrendo com questionamentos sobre sua constitucionalidade, o que apenas deixou de ser uma preocupação relevante aos arbitralistas com a decisão do STF em 2001.

Destarte, a edição de uma reforma da lei original, que visa expandir a utilização da arbitragem (como no caso de lides envolvendo a administração pública) e sanar conflitos doutrinários antigos (como a questão envolvendo a sentença arbitral parcial), sedimenta aquilo que já vem sendo observado há muito no Brasil e no mundo: é de pleno interesse dos países e de suas comunidades jurídicas que a arbitragem avance e se desenvolva, tornando-se um método eficaz e amplamente utilizado, a fim de reduzir as volumosas demandas submetidas ao Poder Judiciário e de adaptar o ordenamento jurídico desses países às tendências mais modernas observadas em nações desenvolvidas e no direito internacional.

2.2 PRINCÍPIOS DA ARBITRAGEM CONSAGRADOS PELO DIREITO BRASILEIRO

Assim como ocorre na análise de diversos outros conceitos jurídicos, é importante que se conheça, mesmo que brevemente, os princípios que regem a arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, seja para considerá-los na discussão que será apresentada no próximo capítulo deste escrito, seja para ter uma compreensão geral do instituto e como ele é aplicado na prática.

Nesse contexto, a seguir elencam-se os principais princípios da arbitragem e seus conceitos.

2.2.1 Princípio do devido processo legal, ampla defesa e contraditório

A noção de devido processo legal (ou, no inglês, “*due process of law*”) parte do pressuposto de que o processo não é somente uma concatenação de atos que envolvem as partes e o julgador, mas também um garantidor de que suas alegações serão devidamente consideradas e que haverá igualdade nas oportunidades de defesa.

Nesse sentido, insere-se o caráter dialético do processo, característica que deve ser fundamentalmente observada tanto no âmbito do Poder Judiciário como na arbitragem, garantindo paridade de armas às partes na defesa de seus interesses. Como desdobramento lógico do devido processo legal, tem-se os princípios de proteção à ampla defesa e ao contraditório, como resume Lemes⁴⁴:

Por este princípio, de forma genérica, estabeleceu-se a proteção a ampla defesa e o contraditório. As mesmas oportunidades dadas ao autor para se manifestar, apresentar suas razões e provas devem ser dadas ao réu. A ampla defesa só estará plenamente assegurada quando uma verdade tiver iguais possibilidades de convencimento do magistrado, quer seja ela alegada pelo autor, quer pelo réu.

Em se tratando de arbitragem, os princípios em comento podem parecer menos relevantes para os que consideram que a única função de tal base principiológica é proteger as partes da tirania do Estado. Embora isso seja verdade no contexto do Poder Judiciário, é essencial que sejam observados também na arbitragem, para que se garanta uma qualidade mínima de sentença arbitral que será proferida, como defendem Kurkela e Turunen⁴⁵:

⁴⁴ LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem princípios jurídicos fundamentais: direito brasileiro e comparado. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 7.

⁴⁵ KURKELA, Matti; TURUNEN, Santtu. *Due process in international commercial arbitration*. Conflict Management Institute : Oxford University Press, USA, 2010, p. 1.

Garantir que a sentença arbitral seja obrigatória é um dos deveres mais centrais do tribunal arbitral. Se um tribunal arbitral deseja proferir uma sentença exigível, o processo precisa atingir certos padrões de qualidade. Esses mínimos padrões são, claro, procedimentais. (...) Assim, eles podem ser considerados aspectos de elementos como a justiça processual, a oportunidade de ser ouvido e o tratamento igualitário, assim como o acesso à justiça.

2.2.2 Princípio do acesso à justiça

Como já abordado anteriormente, o princípio do acesso à justiça esteve no cerne da discussão acerca da constitucionalidade da arbitragem. Isto porque críticos à LArb entendiam que a instituição e ampliação de uma jurisdição privada para resolver lides poderia afrontar o art. 5º, XXXV da CF.

Entretanto, em uma perspectiva moderna, deve-se entender o acesso à justiça como a possibilidade de as partes buscarem a resolução de seus conflitos por meio de um processo jurisdicional, seja ele estatal ou não. Assim, a arbitragem deve ser entendida como uma aliada (e não como um obstáculo) ao acesso à justiça, visto que permite às partes, de forma facultativa, buscar a solução de suas lides por meio de um procedimento usualmente mais rápido e especializado. Nesse aspecto, aduz Silva⁴⁶:

Tem-se percebido, com isso, que o acesso à Justiça tornou-se arcaico em relação à realidade contemporânea. O sistema jurídico não acompanha o progresso da sociedade, e em contrapartida, deixa, por vezes, lacunas na resolução dos litígios bem como não satisfaz os auspícios de uma prestação jurisdicional adequada e satisfatória, para o que deveria estar preparado o Poder Judiciário. Os problemas são abundantes, desde as custas elevadas até o tempo do processo, que não mais condiz com a velocidade da informatização.

Frise-se que a arbitragem, em princípio, não tem o condão ou a intenção de impedir o acesso ao Poder Judiciário, exatamente por ser um procedimento alternativo e opcional. Portanto, nenhuma pessoa, seja ela natural ou jurídica, é obrigada a

⁴⁶ SILVA, Adriana dos Santos. *Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário* Barueri, SP: Manole, 2005, p.110.

submeter seus conflitos à arbitragem, sendo que só o faz por mera liberalidade, se valendo da via contratual, tendo em vista seu melhor interesse.

Assim, considerando a notória morosidade do Poder Judiciário e sua dificuldade em dar vazão às lides que chegam à sua apreciação, a arbitragem se insere apenas como uma opção adicional às partes para buscarem a satisfação de seus direitos. Conforme resume Nery Junior⁴⁷:

(...) o fato das partes constituírem convenção de arbitragem não significa ofensa ao direito de ação. Isto porque somente os direitos disponíveis podem ser objeto de convenção de arbitragem, razão porque as partes, quando o celebram, estão abrindo mão da faculdade de fazerem uso da jurisdição estatal, optando pela jurisdição arbitral. Terão, portanto, sua lide decidida pelo árbitro, não lhes sendo negada a aplicação da atividade jurisdicional.

2.2.3 Princípio da autonomia da vontade das partes

A autonomia da vontade das partes é, indubitavelmente, um dos elementos centrais da arbitragem e isso se deve ao fato de que a opção pela arbitragem se dá pela via contratual, por manifestação expressa das partes, sendo que as disposições da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral⁴⁸ regem a maior parte de como o procedimento ocorrerá.

É por esse motivo que a análise de muitas das questões práticas envolvendo um conflito arbitral tem início na leitura do conteúdo da cláusula contratual que institui a arbitragem no acordo celebrado entre as partes. Afinal, é na redação desta cláusula que as partes podem estipular: escopo de conflitos que serão submetidos à arbitragem, número de árbitros, câmara arbitral competente, possibilidade etapas preliminares ou concomitantes ao procedimento arbitral (como negociação, mediação

⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 9 ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 172.

⁴⁸ A diferença entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral segue um critério temporal. Vejamos: a cláusula compromissória é anterior à existência do conflito (art. 4º da Lei nº 9.307/1996), inserida em caráter preventivo por livre estipulação das partes, ao passo que o compromisso arbitral é o ato consensual por meio do qual as partes remetem uma lide já existente e em curso à arbitragem (art. 9º da Lei nº 9.307/1996), removendo-a do âmbito do Poder Judiciário. De forma genérica e abrangente, pode-se referir a ambas às espécies como tipos de convenções arbitrais, que se trata de gênero.

ou conciliação), indicação de árbitros, lei aplicável, idioma em que será conduzido o processo, entre tantas outras possibilidades.

A incontestável importância desse princípio na arbitragem não significa que a liberdade das partes no processo arbitral seja irrestrita e absoluta. Como ocorre em todos os outros princípios constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento jurídico pátrio, faz-se necessário harmonizar o princípio da autonomia da vontade das partes junto a outros regramentos principiológicos do direito brasileiro, bem como considerar a moral e os bons costumes.

Nesse contexto, são valiosas as lições de Luigi Ferri, célebre autor italiano que se debruçou sobre a noção de autonomia da vontade das partes, como resume Silva⁴⁹:

A autonomia privada, como poder de autorregulação dos particulares, só pode ser concebida desde a ideia de limites. Dentro destes limites, os particulares são livres para dispor de seus interesses e agirem livremente. A grande marca destes limites é fixada pela lei, mas outras esferas de regulação, como a moral e os bons costumes limitam a autonomia privada.

Desta forma, reitera-se que a arbitragem está fundada no princípio da autonomia da vontade das partes, especialmente devido à necessidade de previsão contratual para a adoção desse instituto e por conta da ampla flexibilidade que o procedimento arbitral permite na convenção arbitral. Entretanto, tal liberdade não é absoluta, sendo que deve ser exercida dentro dos limites da própria ordem pública do direito brasileiro.

2.2.4 Princípio da imparcialidade do árbitro

A questão que concerne à imparcialidade do árbitro pode causar certa estranheza aos que iniciam o estudo da arbitragem. Isto porque, como já comentado anteriormente, as partes possuem a liberdade de indicar pessoas específicas que decidirão suas lides, o que se contrapõe ao método tradicional do Poder Judiciário,

⁴⁹ SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e Direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.68.

que designa um juiz aleatório para decidir sobre a causa, em conexão com o princípio do juiz natural.

Entretanto, a própria LArb determina que o árbitro deve agir com “imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção” (art. 13, § 6º da LArb), além de aplicar as mesmas disposições sobre impedimento ou suspeição de juízes do CPC aos árbitros (art. 14 da LArb). Segundo Alves⁵⁰, a imparcialidade do árbitro pode ser compreendida como a “equidistância do julgador em relação às partes”.

Na esteira da profissionalização da arbitragem, tema já tratado anteriormente, é especialmente de interesse do árbitro que respeite o dever legal de imparcialidade, tendo em vista preservar sua reputação perante o mercado e a comunidade jurídica. Assim, está diretamente ligado a este princípio o dever de revelação dos árbitros, que consiste na obrigação que os árbitros indicados possuem em serem transparentes com as partes em relação a possíveis conflitos de interesse existentes, como aduz Lucon⁵¹:

O dever de revelação nada mais é que a consagração material da obrigação moral de independência, o parâmetro de avaliação da independência e da imparcialidade do árbitro. Mas quais fatos devem ser revelados? Missão difícil é aquela de definir quais fatos são relevantes ou suficientes para, caso omitidos, levar à substituição do árbitro ou, pior, à anulação da sentença arbitral. A imparcialidade caminha para adquirir um sentido instrumental, para evitar que todo o esforço, tempo e recurso gastos com a arbitragem não sejam em vão (...)

Existem fatos que podem parecer virtualmente irrelevantes para o caso mas que gerem um “desconforto ético” no árbitro, o que o levará, em grande parte dos casos, a revelar tais circunstâncias.

3.2.5 Princípio da competência-competência

O princípio da competência-competência (comumente também referido como “*kompetenz-kompetenz*”, em referência à doutrina alemã) é um dos pilares da

⁵⁰ ALVES, Rafael Francisco. A imparcialidade do árbitro no Direito brasileiro: autonomia privada ou devido processo legal? *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 2, out-dez/2005, p. 121.

⁵¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Imparcialidade na arbitragem e impugnação aos árbitros”. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 39, p. 39, 2013. p. 50.

arbitragem e aceito de forma consideravelmente pacífica em todas as principais jurisdições pelo mundo.

Sob o ponto de vista do Poder Judiciário, em uma conceituação clássica, sabe-se que a competência se refere à “quantidade de jurisdição cujo exercício se atribui a um específico órgão judiciário ou a órgãos da mesma espécie, pertencente à mesma Justiça, localizados no mesmo grau de jurisdição e ocupando a mesma base territorial”⁵². Entretanto, tal conceito não se aplica exclusivamente aos órgãos jurisdicionais estatais próprios do Poder Judiciário, mas também no ramo da arbitragem e dos tribunais arbitrais.

Nesse sentido, como destaca o art. 8º, § único da LArb⁵³, o árbitro que recebeu determinado caso para sua apreciação possui a competência para decidir sobre a sua própria competência, isto é, ele mesmo julgará, antes de qualquer tipo de intervenção do Poder Judiciário ou de outro tribunal arbitral, acerca de eventuais impugnações que tratem sobre sua legitimidade para atuar no caso, como pode ser observado no dispositivo “*in verbis*”: “[c]aberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

Em termos práticos, isso significa que mesmo uma arguição que diga respeito à própria inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, o que invariavelmente levaria à lide ao Poder Judiciário, deve ser apreciada primeiro pelo árbitro que foi provocado.

O Brasil, que passa por um louvável momento pró-arbitragem, como já foi comentado alhures, tem aceitado tal disposição, como revelam julgados do STJ que reconhecem a aplicação do princípio da competência-competência como um dever do árbitro⁵⁴ e que as discussões relativas à existência, validade e eficácia da convenção arbitral não devem ser antecipadas no âmbito da jurisdição estatal⁵⁵.

⁵²DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 562

⁵³ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 4 out. 2021.

⁵⁴ BRASIL. AgInt no AREsp 425.955-MG, rel. min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 25/2/2019, DJe 1/3/2019. No mesmo sentido: REsp 1.694.826-GO, rel. min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 7/11/2017, DJe 13/11/2017.

⁵⁵ REsp 1.598.220-RN, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 25/6/2019, DJe 1/7/2019.

O princípio da competência-competência possui reflexo mesmo na arbitragem internacional, sendo que doutrinas estrangeiras muito comentam acerca de eventuais conflitos de competência entre tribunais domésticos e tribunais arbitrais, ou mesmo entre tribunais arbitrais distintos, por vezes alocados em países diferentes. Nas palavras de Born⁵⁶, assim pode ser definido o princípio em comento:

A doutrina da competência-competência determina, em termos gerais, que tribunais arbitrais internacionais possuem o poder de considerar e decidir acerca de disputas sobre suas próprias jurisdições. A doutrina está intimamente ligada à alocação de competência para considerar e decidir disputas jurisdicionais entre tribunais arbitrais e cortes nacionais.

A lógica de atribuir ao árbitro a primeira decisão acerca de sua própria competência é importante para reter no âmbito da arbitragem as lides que foram validamente remetidas a esse método de resolução de disputas, impedindo que o Poder Judiciário influencie equivocadamente no processo e atraia para si uma demanda que deveria ser debatida no foro arbitral.

Entretanto, há de se reconhecer que é criado um problema nas situações em que o árbitro decide erroneamente sobre sua própria competência, o que, a princípio, força as partes a litigar pela via da arbitragem, mesmo que haja fundado argumento de que a convenção de arbitragem é inaplicável no caso concreto.

O remédio cabível para situações como essa é dado por Menna⁵⁷, e consiste na propositura de ação anulatória com base nos incisos do art. 20 da LArb⁵⁸ ou no pedido de decisão antecipada pelo Poder Judiciário, como resume no excerto abaixo:

A problemática reside na situação em que o árbitro de forma equivocada lhe atribui a própria competência, isto porque como não existem recursos previstos na LArb, cabe às partes, no nosso ver, apenas a possibilidade de se promover uma ação anulatória da sentença (art. 32 da LArb) ou a propositura de uma medida cautelar perante o Poder Judiciário para a suspensão do procedimento arbitral.

⁵⁶ BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. Kluwer Law International BV, 2021, pp. 1141–1142.

⁵⁷ MENNA, Fabio de Vasconcellos et al. *Limites da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 112

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 4 out. 2021.

3 SISTEMA DE PRECEDENTES E ARBITRAGEM: INTERSECÇÕES

3.1 FUNDAMENTOS: RAÍZES DA PROBLEMÁTICA ACERCA DA APLICABILIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES NA ARBITRAGEM

Tratando-se de discutir sobre as bases da discussão acerca do alcance dos precedentes judiciais na arbitragem, há que se destacar que o tema possui elevada importância frente à crescente valorização da arbitragem como atividade jurisdicional. Vale rememorar que o legislador atribuiu força de título executivo judicial à sentença arbitral, por meio do art. 515, inc. VII do CPC⁵⁹, adotando, assim, a tese da jurisdicionalidade da arbitragem⁶⁰.

Tende a ser cada vez menos comum a tese de que a arbitragem tem natureza puramente contratualista, sendo que diversos autores, como Beraldo⁶¹, compreendem que a opção pela via arbitral tem natureza mista, com o argumento que “a origem da arbitragem é contratualista, entretanto, a sua finalidade é atividade jurisdicional”. Similarmente, Carmona⁶² opina que a arbitragem se desenvolve “com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial”.

Em verdade, o debate que está ao fundo da problemática acerca dos precedentes judiciais na arbitragem é o seguinte: qual seria o grau de separação entre o procedimento arbitral e os procedimentos judiciais tradicionais? Com essa resposta, passa a ser possível analisar a influência do sistema de precedentes da CF e do CPC em procedimentos de arbitragem.

Adotando-se a teoria mista comentada anteriormente e aceitando a jurisdicionalidade da arbitragem, fica patente que, ao menos do ponto de vista da natureza jurídica entre ambas as sistemáticas, a diferença entre a via arbitral e a via judicial é bastante reduzida, afinal, a decisão emitida ao fim da lide busca a mesma

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 4 out. 2021.

⁶⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.26.

⁶¹ BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem*. São Paulo, Atlas, 2014, p. 5

⁶² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.27.

finalidade, que é resolver o conflito entre as partes por meio de uma ordem que emana de julgadores com legitimidade para exercer a atividade jurisdicional.

Nessas linhas, já decidiu o STJ, em acórdão de relatoria do ministro Luiz Fux sobre o art. 18 da LArb:

(...) uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, será um árbitro o juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa dizer que terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência.

Em outras palavras, o tema central consubstanciado na decisão acima e no entendimento geral de que as decisões judiciais e arbitrais possuem a mesma finalidade consiste na natureza heterocompositiva de ambos. Isto porque, nos dois casos, existe um terceiro independente das partes que, na qualidade de julgador, emite um veredito que vinculará os litigantes.

Como resume Scavone Júnior⁶³, pode-se traçar um paralelo entre os procedimentos judicial e arbitral:

A heterocomposição é a solução do conflito pela atuação de um terceiro dotado de poder para impor, por sentença, a norma aplicável ao caso que lhe é apresentado.

A solução através do Poder Judiciário (jurisdição estatal) decorre da atribuição sistemática do Estado, que deve dizer o direito e, principalmente, impor a solução do conflito. Sendo assim, a solução judicial será dada pela heterocomposição.

Igualmente a arbitragem, que, como vimos, é um meio privado e alternativo à solução judicial de conflitos, desde que esses conflitos sejam decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis, solução esta atribuída por intermédio da sentença arbitral, obrigatória para as partes nos termos da Lei 9.307/1996.

Sendo assim, a vinculação ou não desse órgão julgador aos entendimentos consagrados no sistema de precedentes do direito brasileiro é temática de suma importância que é capaz de influenciar consideravelmente na decisão final.

⁶³ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem: mediação e conciliação. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 24.

Considerando o escopo do presente estudo, o próximo passo é avaliar o grau de influência e a força jurídica que o sistema de precedentes do Poder Judiciário possui dentro do sistema vigente e em relação às sentenças arbitrais. Como já comentado anteriormente, o direito pátrio atual proporciona destacada importância ao sistema de precedentes, em especial ao que se refere como “jurisprudência qualificada”, que pode ser entendida como o conjunto de componentes do sistema de precedentes que fazem parte da ordem pública do direito brasileiro – no tópico 3.2.2, será feito um detalhamento sobre quais seriam esses componentes.

Assim, aplicar a lei brasileira, mesmo do ponto de vista dos tribunais arbitrais, passa a abranger elementos que vão muito além da letra fria da legislação positivada, podendo alcançar também os princípios e a jurisprudência consolidada dos tribunais superiores, como resume Nasser⁶⁴:

Se a tendência dos textos normativos é a vagueza conceitual em detrimento da particularização do esgotamento de possibilidade, o que naturalmente força o papel da jurisprudência no processo de interpretação, integração e aplicação da norma jurídica, a completude normativa que advém da jurisprudência apresenta-se como parte integrante e essencial do ordenamento jurídico.

A conclusão supra decorre da lógica atualmente majoritária que determina que o direito não é apenas um conjunto de códigos e regramentos escritos, mas é também composto do sistema principiológico, dos entendimentos jurisprudenciais devidamente consolidados e da análise prática dos casos concretos, como defende Bueno⁶⁵:

O direito, definitivamente, não corresponde ao texto que lemos nos códigos, nas leis; seja diretamente nas páginas do Diário Oficial ou nos textos compilados pelos autores ou pelas editoras. O direito é muito mais do que isto. Ele não cabe nas páginas do Diário Oficial, nos textos impressos da “lei” e também não cabe nos livros de doutrina e nos repertórios de jurisprudência. O direito é a prática, a aplicação, a vivência destas representações.

⁶⁴ NASSER, Paulo Magalhães. *Vinculações Arbitrais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019, p. 137.

⁶⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Direito, interpretação e norma jurídica: uma aproximação musical do direito. In: *Revista de Processo*, São Paulo. 2008. p. 223-242. p. 230.

Isto posto, a problemática enfrentada pelo presente estudo parte do pressuposto de que o sistema de precedentes, à luz do CPC e das modernas tradições jurídicas, possui relevante carga jurídica e se constitui como verdadeira fonte do direito, conforme defende Panutto⁶⁶:

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 (...) 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.

Aliado ao entendimento majoritário da doutrina moderna, parece suficientemente claro pela leitura do art. 927 do CPC⁶⁷ que o sistema de precedentes é capaz de gerar normas jurídicas aplicáveis aos tribunais do país, constituindo-se como genuína fonte jurídica. Portanto, é dessa visão que se inicia a discussão acerca do dever de vinculação dos árbitros aos precedentes estabelecidos pelo Poder Judiciário.

Finalmente, enfrentados os temas acerca da similaridade entre procedimento arbitral e procedimento judicial, bem como a categorização dos precedentes judiciais como fontes do direito pátrio, cabe destacar que também está no contexto da presente discussão a questão das diferenças entre ambos os procedimentos, uma vez que, como será detalhado adiante, da mesma forma que os defensores da aplicação obrigatória dos precedentes judiciais ao processo arbitral se apoiam no argumento da jurisdicionalidade da arbitragem, quem argumenta em sentido contrário aduz que as discrepâncias entre as duas formas de resolução de conflitos constituem fatores

⁶⁶ 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. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 124-125.

⁶⁷ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 4 out. 2021.

importantes para desvincular ambos das decisões emitidas pelos juízes togados, mesmo que advindas das instâncias máximas do Poder Judiciário.

Cabe rememorar o princípio da autonomia da vontade das partes, tratado anteriormente no tópico 2.2.3 do presente estudo. De acordo com esse princípio, sabe-se que a arbitragem é um método mais flexível que a resolução pela via judiciária, especialmente pela possibilidade de as partes escolherem quais árbitros comporão o tribunal julgador e quais leis são aplicáveis.

Inclusive, podem as partes até mesmo decidir pela aplicação de “*soft law*”, que são dispositivos legais que não possuem força vinculante dada por um Estado, mas indicam boas práticas comerciais, costumam regular negócios específicos e podem, facultativamente, ser adotados contratualmente pelas partes como obrigatórios, como define Kaufmann-Kohler⁶⁸:

(...) normas de “*soft law*” são genericamente entendidas como aquelas que não podem ser forçadas mediante ordem pública. Essas normas podem emanar de entidades estatais, sejam legisladores, governos ou organizações internacionais. Também podem emanar de entidades não-Estatais, como instituições privadas e associações profissionais ou comerciais.

Sendo assim, a arbitragem se coloca como um sistema próprio, autônomo operacionalmente, dotado de flexibilidade quanto aos julgadores e à lei aplicável. Essa lógica, na visão de autores como Marques⁶⁹ e Dinamarco⁷⁰, contrapõe-se à rigidez que é intrínseca ao Poder Judiciário, em que pesem os recentes avanços quanto à maleabilidade do processo judicial introduzidos pelo CPC, a exemplo de seu art. 190⁷¹, que permite às partes “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às

⁶⁸ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*, in Thomas Schultz (ed), *Journal of International Dispute Settlement*, (© The Author(s); Oxford University Press, 2010, p. 283-299.

⁶⁹ MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas judiciais do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, v. 10, n. 38, abr.-jun. 2013. p. 116.

⁷⁰ DINAMARCO, Júlia. *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.

⁷¹ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 4 out. 2021.

especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”.

Destarte, para o presente debate é fundamental considerar que as semelhanças entre o procedimento judicial e arbitral não possuem o condão de igualar os dois sistemas, que são autônomos por natureza e possuem distinções importantes que podem afetar os vereditos dados pelos julgadores. Todavia, o grau de separabilidade entre os sistemas dará os contornos dos argumentos a favor e contra a vinculação dos árbitros ao sistema de precedentes.

3.2 LIMITES: QUESTÕES DE BONS COSTUMES, ORDEM PÚBLICA E RESTRIÇÕES À REFORMA DE MÉRITO DA SENTENÇA ARBITRAL

Embora haja acalorada discussão acerca do grau de separabilidade entre a via judicial e arbitral, há consenso, até mesmo em decorrência do texto legal, que existem limites à autonomia das partes na arbitragem. Salienta-se ainda que a arbitragem e a litigância judicial são dois caminhos distintos, porém só podem operar de maneira legítima e eficaz dentro dos limites impostos pela legislação, como a LArb, marco inicial da regulamentação contemporânea da arbitragem no Brasil.

O art. 2º, § 1º da LArb já estabelece diretrizes gerais que impõem limites à liberdade das partes quando fazem a opção pela arbitragem, disciplinando que “[p]oderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.

Assim, com o objetivo de traçar os limites de intromissão do Poder Judiciário na arbitragem, deve-se considerar qual a conceituação e o alcance dos “bons costumes” e da “ordem pública”, para então enfrentar o debate sobre a inclusão ou não do sistema de precedentes nesse escopo. De antemão, importante destacar que tais conceitos são abertos e mencionados na legislação de maneira genérica, por vezes abstrata. Por isso, há um universo de interpretações distintas de diversos autores jurídicos quanto ao real significado do que são bons costumes e ordem pública.

Essa amplitude concedida aos conceitos em comento é proposital, e visa garantir um aspecto democratizante e flexível para que sejam aplicadas nos mais variados e distintos casos concretos, cabendo aos juízes, árbitros, advogados, acadêmicos e outros operadores do direito fomentar o debate sobre a matéria e analisar a adequação dos bons costumes e da ordem pública para cada situação.

O desafio de se enfrentar cláusulas gerais dessa natureza é resumido por Nalin⁷², que destaca o relevante papel do magistrado na aplicação da norma ao caso concreto:

A esperança que alguns civilistas depositam na nova codificação encontra-se personificada na figura do juiz, pois a ele é dado operar as cláusulas gerais no texto legal, estrategicamente posicionadas no código, e que é a chave para a compreensão das potencialidades maiores da nova legislação civil.

Desse modo, não é o objetivo do presente estudo esgotar a discussão sobre o assunto, mas tão somente eleger interpretações mais adequadas e alinhadas à compreensão moderna sobre eles, buscando-se detalhar como estão relacionados com o sistema de precedentes no processo arbitral.

Importante frisar, desde já, que o art. 166, inc. VII do CC determina que o negócio jurídico será considerado nulo quando “a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”. Destarte, tem-se como regra geral que o negócio jurídico será nulo quando a lei não expressamente determinar efeito distinto, sendo a segunda hipótese precisamente o caso da arbitragem que viola os bons costumes ou a ordem pública, como se extrai da leitura do art. 2º, § 1º da LArb⁷³ anteriormente reproduzido.

É por essa razão que se faz necessária a análise cautelosa de ambos os conceitos, visto que o preenchimento desses requisitos é condição inafastável da devida validade da sentença arbitral que será proferida. Tratando-se inicialmente dos bons costumes, é primordial compreender que o frequente equívoco de visualizar esse

⁷² NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 41, 2004, p. 89.

⁷³ BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 4 out. 2021.

conceito unicamente como um garantidor de práticas antiquadas e já consagradas no passado deve ser evitado, à luz da CF e das mais modernas doutrinas de direito civil.

Em verdade, os bons costumes não se restringem apenas às práticas já tidas como adequadas por terem sobrevivido ao teste do tempo, mas também devem levar em conta o que se deseja para o futuro, considerando as mudanças cada vez mais frequentes na sociedade e na própria legislação. Assim, a noção de bons costumes pode ser vanguardista, buscando consolidar padrões na sociedade que ainda não passaram por uma longa validação histórica no passado, como defende Castro⁷⁴:

Trata-se, com efeito, de promover a correta transição entre os elementos vinculadores dos costumes. Agora bons costumes, revestido das qualidades de uma técnica legislativa orientada à abertura do sistema, volta-se também para o futuro, vinculando-se à concretização não mais da moral social pura e simplesmente, mas, especificamente, da moralidade constitucional. Dito de outro modo, os bons costumes no sentido tradicional do termo estavam ligados à moral social revelada pelo passado e pelos comportamentos reiterados. A concepção constitucionalizada de bons costumes, por sua vez, volta seus olhos para o futuro, a fim de impregnar de sentido constitucional as práticas que ainda serão consolidadas.

De toda forma, o principal conceito que guarda relação direta com o objeto do presente estudo é o da ordem pública, visto que grande parte do debate está concentrado na inclusão ou não do sistema de precedentes dentro dessa noção. Como já aduzido, assim como no caso dos bons costumes, a devida observância da ordem pública é condição essencial da validade da decisão arbitral.

Nesse contexto, as normas de ordem pública são aquelas que não podem ser ignoradas ou abdicadas pelas partes devido ao seu elevado grau de relevância no ordenamento jurídico pátrio, especialmente devido ao fato de serem salvaguardas direcionadas à toda a sociedade, não se restringindo somente aos interesses das partes.

Esse conceito está consubstanciado no brocado “*jus publicum privatorum pactis derogare non potest*”, que determina que os princípios de ordem pública não podem ser modificados mediante convenção entre particulares, inserido no contexto das limitações à liberdade de contratar.

⁷⁴ CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros. A Função da Clausula de Bons Costumes no Direito Civil e a Teoria Tríplice da Autonomia Privada Existencial. *Revista Brasileira Direito Civil*, v. 14, p. 112, 2017.

Assim, a conceituação de ordem pública é dada por Rodrigues⁷⁵ como uma “(...) a ideia de ordem pública é constituída por um conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar. Por conseguinte, os princípios de ordem pública não podem ser alterados por convenção entre os particulares”. Na mesma linha, Marques⁷⁶ destaca a importância da ordem pública e sua relação com a ordem social:

Assim, sem embargo a tais observações, constatou-se que a ordem pública interessa à vida, à incolumidade da prosperidade da comunidade, à organização da vida social, sendo, por isso, oficialmente reconhecida pela ordenação jurídica. Como sinônimo de ordem social, para alguns, a ordem pública abrange todas as manifestações sociais relevantes, sobretudo a soberania nacional e os bons costumes. A ordem social é a relativa ao interesse geral da sociedade, regido por normas jurídicas, tradições, concepções morais e religiosas, ideologias políticas e econômicas, etc.

Nesse contexto, considerando o sistema de precedentes como componente indissociável da ordem pública nacional, tende-se à conclusão lógica de que os árbitros estariam necessariamente vinculados à sua observância, sob pena de nulidade da sentença arbitral. Por outro lado, deixar a jurisprudência qualificada alheia à noção de ordem pública implica em atribuir efeito meramente persuasivo dos precedentes judiciais nos procedimentos arbitrais.

Frise-se que adotar a segunda corrente, que considera o sistema de precedentes como externo à ordem pública, significa manter a jurisprudência qualificada apenas na esfera do mérito da decisão. Nessa situação, é incabível a propositura de ação anulatória, de maneira que a decisão permanecerá válida mesmo havendo afronta aos precedentes consolidados na esfera do Poder Judiciário.

Isto porque, como já aduzido, a LArb⁷⁷ considera o árbitro como “juiz de fato e de direito” (art. 18) e o controle judicial de sentenças arbitrais que contenham erro de mérito definitivamente não consta do rol taxativo de hipóteses de anulação da sentença do árbitro (art. 32).

⁷⁵ RODRIGUES, Silvío. *Direito civil: Parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

⁷⁶ MARQUES, Jussara Cristina. Ordem pública, ordem privada e bem comum. Conceito e extensão nos direitos nacional e internacional. *Revista Jurídica Cesumar*, v.2, n. 1, 2002, p. 247.

⁷⁷ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 4 out. 2021.

Como decorrência lógica da posição adotada pela legislação arbitral brasileira nos dispositivos acima referidos, conclui-se que o Brasil não adotou a teoria do “*manifest disregard of the law*”, introduzida no direito norte americano, que gerou o aumento de poderes dos juízes togados para exercer controle judicial sobre as decisões arbitrais.

Ao contrário do que determina a doutrina dos Estados Unidos, não há espaço no ordenamento jurídico brasileiro para que se reforme uma decisão arbitral pela única razão de referido veredito não estar de acordo com a lei nacional, excetuando-se, conforme já detalhado, as situações de afronta aos bons costumes e à ordem pública.

Sobre o assunto pertinente à inadequação da doutrina do “*manifest disregard of the law*” no direito brasileiro, assevera Rocha⁷⁸:

Em conclusão, entende-se inaplicável, no Brasil, a doutrina do “*manifest disregard of the law*”, não sendo justificável o controle judicial sobre a sentença arbitral com base em eventual equívoco do árbitro quanto ao mérito da sua decisão, anda que isto importe em desconsideração manifesta do Direito aplicável. O conceito de ordem pública pode, no entanto, servir como base ao controle judicial sobre a jurisdição arbitral, desde que compreendido apenas como o conjunto de regras de arbitralidade estabelecido no ordenamento jurídico.

Feitas as considerações supra, passa-se, portanto, a analisar as diferentes correntes acerca do encaixe do sistema de precedentes no conceito de ordem pública ou, em posição contrária, unicamente no contexto de mérito da decisão arbitral.

3.3 DESAFIOS: O EMBATE ENTRE OS EFEITOS VINCULANTE E PERSUASIVO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NA ARBITRAGEM

3.3.1 Divergências doutrinárias: perspectivas distintas geram resultados distintos

A atribuição de efeito vinculante ou meramente persuasivo aos precedentes nos procedimentos arbitrais perpassa por diferentes juízos de valores que os operadores do direito precisam realizar com relação a outros temas, como a força do

⁷⁸ ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil*. Tese de doutorado. 2012, p. 279.

sistema de precedentes no ordenamento jurídico atual, a categorização dos precedentes como fontes do direito, as liberdades e restrições das partes no contexto da arbitragem e a classificação da jurisprudência qualificada como questão de ordem pública ou tão somente mérito da decisão.

Tendo em vista referidos fatores, somada a omissão legislativa quanto a esse assunto específico, o Brasil possui diversos posicionamentos doutrinários acerca da problemática do presente estudo. Cada autor se coloca em um espectro que parte de uma opinião mais apegada às decisões do Poder Judiciário, que defende a obrigatoriedade de observância aos precedentes na arbitragem, e se desloca até visões que tratam o sistema de precedentes com meras recomendações que podem ser desconsideradas sem que isso gere nulidade da decisão arbitral. Naturalmente, há posições intermediárias.

Iniciando-se pela defesa doutrinária do efeito vinculante, isto é, obrigatório, aos precedentes na arbitragem, Fux e Salomão⁷⁹ aduzem que o CPC consagrou os precedentes como fontes primárias e vinculantes do direito, de maneira que o respeito à jurisprudência qualificada é imperativo e uma questão de ordem e interesse públicos.

Ainda, destacam a importância do tema sob a égide da análise econômica do direito, vez que a observância dos precedentes pelos árbitros deve gerar maior previsibilidade jurídica e confiabilidade na jurisdição, seja ela judicial ou arbitral.

Compreendem os autores que a questão do efeito vinculante dos precedentes está fora dos limites da convenção de arbitragem, de modo que as partes não podem negociar acerca dessa matéria. Cabe aos árbitros, portanto, levá-los em consideração sempre que estiverem diante de situações similares, nas quais os precedentes se aplicam. Como pode ser observado a seguir:

Diante deste cenário, em nível acadêmico, pensamos que é imperativo, nas arbitragens de direito sob a égide da legislação nacional, que os árbitros observem os precedentes vinculantes, tendo em conta que os precedentes compõem o ordenamento jurídico mesmo que a lei seja interpretada em sentido formal (...)

Assim sendo, apesar de a arbitragem conferir significativa autonomia às partes e aos julgadores, a partir do momento em que elegem o direito

⁷⁹ SALOMÃO, Luiz Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação e mecanismos de controle. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 66, p. 139-174, jul./2020.

brasileiro como conjunto de regras aplicável à resolução da contenda, o árbitro e o procedimento não estão alheios ao ordenamento jurídico, o que impede o afastamento dos precedentes judiciais, os quais foram definidos como fonte do direito brasileiro pelo legislador.

Em sentido semelhante, em especial no toca às sumulas vinculantes do STF, opina Aguiar⁸⁰ que seria incabível a criação de dois ambientes jurídicos distintos, um deles que subordina a Administração Pública ao respeito aos precedentes e outro, oposto, que autoriza aos árbitros que sejam contrários ao sistema de precedentes estabelecido no direito brasileiro, vide excerto abaixo:

Posso chegar a uma primeira conclusão: o árbitro está submetido ao sistema de precedentes vinculantes oriundos do Supremo Tribunal Federal, com assento na Constituição da República.

Assim, no que diz com esses enunciados, que existem para aplicar e respeitar a Constituição, que sempre são de repercussão geral (pressuposto para o conhecimento do recurso), penso que os árbitros devem respeitá-los, sob pena de ação de anulação.

Não me parece razoável que existam no país duas ordens jurídicas, uma que decorre da decisão do STF, que a todos obriga, juízes e Administração Pública, e outra que venha a ser estabelecida livremente pelo árbitro, que resolve a causa sem examinar o enunciado vinculante.

Ainda nesse sentido, Macêdo e Almeida⁸¹ argumentam que o “status” de fonte jurídica concedido aos precedentes pela ordem constitucional e processual civil levam à conclusão de que os árbitros estão vinculados aos precedentes judiciais, por comporem a ordem pública do direito brasileiro. Advertem, entretanto, que referida vinculação se dá apenas na esfera federal, sendo que os precedentes de tribunais locais não têm o condão de criar normas a serem observadas pelo tribunal arbitral:

Em se tratando de arbitragem de direito em que se aplique o ordenamento jurídico brasileiro, o árbitro deverá seguir os precedentes obrigatórios. O precedente se apresenta como fonte do direito capaz de criar normas, e tais normas não podem ser ignoradas pelo tribunal arbitral.

Entretanto, é necessário distinguir que a vinculação do árbitro aos precedentes judiciais não se dá por hierarquia. Isso porque a arbitragem não se submete à organização e à distribuição de competência do Poder

⁸⁰ AGUIAR, Ruy Rosado de. *Arbitragem, os precedentes e a ordem pública*. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ. Brasília: STJ, 2019. p. 199.

⁸¹ MACÊDO, Lucas Buri; ALMEIDA, Maria Eduarda. Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral?. *Revista de Processo* vol, v. 305, n. 2020, p. 377-399, 2020. p. 384.

Judiciário. Não há, assim, como se falar em hierarquia entre o tribunal arbitral e os tribunais estatais.

A vinculação do árbitro aos precedentes vinculantes se dá justamente pelo reconhecimento da força normativa do precedente. Do mesmo modo que as sentenças arbitrais têm que considerar a lei, devem também considerar o precedente judicial. Não se admite, portanto, que o árbitro solenemente ignore o precedente judicial.

Logo, os árbitros estão vinculados aos precedentes obrigatórios. Contudo, não há força vinculante, para o tribunal arbitral, de precedentes forjados em tribunais locais. Isso porque o âmbito de incidência do precedente está diretamente ligado à competência territorial daquele tribunal.

Nasser⁸² destaca o dever de enfrentamento que os árbitros possuem em relação aos precedentes judiciais, por serem parte do ordenamento jurídico brasileiro. Não estaria o árbitro, portanto, autorizado a ignorar a jurisprudência qualificada como fonte do direito:

O não reconhecimento da jurisprudência qualificada e vinculante como elemento constituinte da norma jurídica e a deliberada rejeição de sua aplicabilidade ao caso concreto implicam invalidade da sentença arbitral, quando as partes tiverem expressamente escolhido o direito brasileiro como regente da resolução do mérito da disputa (...)

O dever de fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais, previsto na Constituição da República, antecede qualquer regulamentação dos elementos da sentença por lei ordinária, de modo que não é a Lei de Arbitral que define isoladamente o que é uma sentença fundamentada. Trata-se de valor constitucional ínsito ao Estado Democrático de Direito porque norteia a atividade julgadora como um todo.

Entretanto, como comentado anteriormente, há autores que assumem posicionamento intermediário. Embora continuem a reconhecer o dever de fundamentação do árbitro, assim como é imperativo aos juízes togados, consideram que existe um caminho viável para a inaplicabilidade do sistema de precedentes à arbitragem.

Isto porque, à luz da CF e do CPC, há considerável consenso de que o sistema de precedentes é instrumento relevante da ordem jurídica nacional. Sendo assim,

⁸² NASSER, Paulo Magalhães. *Vinculações Arbitrais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019, p. 157.

Fioravanti⁸³ esclarece com detalhes a distinção entre o dever de vinculação e o dever de observância.

A partir dessa lógica, há de se considerar que a vinculação do árbitro aos precedentes judiciais não é automática, dada a liberdade das partes que é inerente ao processo arbitral, mas observar os precedentes enquanto fontes relevantes do direito pátrio é necessário, mesmo que seja para, ao fim da decisão, fundamentar o veredito em sentido contrário ao prescrito pelo precedente enfrentado, como destaca a seguir:

(...) as partes podem afastar a incidência de determinada fonte do direito da apreciação dos árbitros, mas mesmo essa autonomia de vontade sofre restrições.

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.

Nesse sentido, Bellochi⁸⁴ entende até mesmo que as partes podem gozar de sua autonomia e expressamente excluïrem a aplicação dos precedentes ao procedimento que serão submetidas mediante previsão expressa na convenção arbitral.

Ainda, Beraldo⁸⁵ apresenta um argumento prático para enfrentar a questão em comento. Opinando que não há vinculação dos árbitros ao sistema de precedentes, aduz que seria contra a própria vontade das partes que se obrigue o juízo arbitral a seguir os precedentes judiciais, visto que os próprios litigantes escolheram submeter a lide a uma jurisdição alternativa (ou adequada). Isto é, as partes expressamente decidiram retirar a questão das mãos do Poder Judiciário, de forma que seria

⁸³ FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação?* São Paulo, 2017, p. 119-125

⁸⁴ BELLOCHI, Márcio. *Precedentes Vinculantes e a Extensão da Expressão “Aplicação do Direito Brasileiro” na Convenção de Arbitragem*. 2017. Dissertação de mestrado – PUC-SP. São Paulo, 2017, p. 173

⁸⁵ BERALDO, Leonardo de Faria. *Os precedentes judiciais na arbitragem*. In: FINKELSTEIN, Cláudio. *Direito Internacional e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2018.

incoerente, em sua visão, forçar os árbitros de sua confiança a seguirem as diretrizes da jurisdição estatal.

Essa posição doutrinária, a despeito de ser uma das mais incisivas em sua visão pró-arbitragem e defensora de maior liberdade dos árbitros em relação ao sistema de precedentes, não deseja desconsiderar os precedentes judiciais totalmente.

Ainda na esfera da corrente doutrinária em comento, o sistema de precedentes, como parte relevante do ordenamento jurídico brasileiro, o que tem sido intensificado pelo processo de simbiose entre “*civil law*” e “*common law*”, constitui importante fonte do direito brasileiro. Entretanto, seu efeito de vinculação alcança apenas os juízes togados, não sendo extensíveis aos árbitros, que devem tão somente apreciá-los, sem necessidade vinculante de seguir referidas diretrizes. Nas palavras de Beraldo⁸⁶:

1. Não penso que todos os padrões decisórios constantes no art. 927 do CPC vinculam os tribunais e juízos de primeiro grau. E, mesmo se fossem, ainda assim não acredito que o árbitro estaria vinculado a eles, tendo em vista que a arbitragem é uma jurisdição diferente do Judiciário. (...)

3. Não estou defendendo (ninguém está, na verdade) que o árbitro deva decidir contra os precedentes judiciais; claro que não é isso! O que não reputo correto, contudo, é querer obrigar o árbitro a julgar de acordo com os precedentes judiciais vinculantes. É preciso recordar que a escolha consensual das partes de decidirem seu litígio na jurisdição arbitral é justamente porque não querem qualquer relação ou envolvimento com o Poder Judiciário.

3.2.2 Denominador comum: como aplicar o sistema de precedentes na arbitragem

Considerando os fundamentos tratados durante o desenvolvimento do presente estudo, bem como as diferentes correntes doutrinárias sobre a natureza persuasiva ou vinculante dos precedentes judiciais em relação à arbitragem, é possível emitir um juízo de valor a respeito da temática, levando em conta a crescente relevância do sistema de precedentes e a autonomia das partes na arbitragem.

Já foi estabelecida a inegável importância de um sistema de precedentes sólido e bem estabelecido para o aumento da segurança jurídica do país, sendo que o julgador sempre deve partir do pressuposto que “casos iguais devem ser tratados

⁸⁶ BERALDO, Leonardo de Faria. *Os precedentes judiciais na arbitragem*. In: FINKELSTEIN, Cláudio. *Direito Internacional e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2018.

igualmente”, em especial quando a diretriz advém de tribunais colegiados que enfrentaram a questão com o objetivo de pacificar a jurisprudência (como no caso dos julgamentos de IRDR) ou quando a regra é proferida por meio de uma súmula vinculante do STF.

Assim, está suficientemente superada a visão de que a sustentação do ordenamento jurídico se dá unicamente pela letra fria da lei, sendo perfeitamente cabível argumentar que os precedentes judiciais que compõem a ordem pública do direito brasileiro devem ser seguidos pelos árbitros em suas decisões. A questão, entretanto, tem nuances. Explica-se.

À luz dos motivos expostos anteriormente, razoável a posição de Nasser⁸⁷, que considera a jurisprudência qualificada como parte indissociável do regramento jurídico brasileiro, determinando que os árbitros estão vinculados a seguir as súmulas vinculantes e os precedentes judiciais de observância obrigatória proferidos pelo STF e STJ, conforme resumido abaixo:

A unidade do direito não permite a deliberada desconsideração de parte do ordenamento em razão de discordância pessoal com seu conteúdo normativo. Disso decorre que os árbitros não podem rejeitar a jurisprudência vinculante como parte componente do ordenamento jurídico, sob pena de invalidade da sentença. (...)

A sentença que rejeita a jurisprudência vinculante ou lhe nega este caráter pode ser invalidada por meio de ação anulatória.

Todavia, há de se destacar que nem todos os componentes do sistema de precedentes do direito brasileiro se comportam da mesma maneira no Poder Judiciário e na arbitragem, sendo que a genérica afirmação de que “os precedentes judiciais sempre são obrigatórios na arbitragem” é absolutamente inadequada.

Frise-se que a presente defesa da vinculação dos árbitros a parte dos precedentes judiciais se dá por um fundamento constitucional, possui relação direta com a ordem pública e com a busca pela segurança jurídica.

⁸⁷ NASSER, Paulo Magalhães. *Vinculações Arbitrais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019, p. 183.

É fundamental lembrar que, como brilhantemente concluído por Carmona⁸⁸ em sua analogia entre a arbitragem e o ornitorrinco, “*arbitration is different*”, isto é, trata-se de uma jurisdição separada do Poder Judiciário e que não deve cegamente seguir as suas diretrizes. Os momentos de contato entre os dois sistemas são pontuais, e normalmente ligados a questões de bons costumes, ordem pública ou pela escolha expressa das partes:

É assim que entendo deva a arbitragem ser estudada: como um sistema, apartado daquele oferecido pelo Estado. Isto vai causar uma série de perplexidades e interpretações duvidosas. Quem vê um ornitorrinco pela primeira vez pode imaginar que se depara com uma lontra com bico de pato; quem maneja a arbitragem sem conhecimento pode pensar estar lidando com um processo igual àquele oferecido pelo estado, que corre perante juízos privados. Duas imagens erradas, dois erros grosseiros.

Por isso mesmo, há determinados elementos integrantes do sistema de precedentes do direito brasileiro que não guardam relação com a arbitragem ou com a ordem constitucional, e que, portanto, não possuem caráter vinculante.

Por exemplo, em se tratando de precedentes judiciais vinculantes que versem sobre matéria essencialmente processual, não há que se falar em necessária vinculação dos árbitros ao conteúdo decisório, visto que a arbitragem é regida por seu procedimento próprio, atribuindo às partes a liberdade de estipular os mais variados prazos, adicionar ou suprimir fases do andamento processual, entre outras possibilidades de flexibilização.

As súmulas que não possuem caráter vinculante, ou seja, que são meramente persuasivas, também são desprovidas de força obrigatória em relação à arbitragem, estando restritas a meros instrumentos de convencimento se utilizadas no processo arbitral.

Ainda, a hipótese prevista no art. 927, inc. V do CPC (“orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”) também se revela flagrantemente descabida na arbitragem, visto que os tribunais arbitrais não estão

⁸⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno do Arbitro*. Disponível em: https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/arbitrators__impartiality_and_independence/Em_torno_do_arbitro.pdf. Acesso em: 04 out. de 2021.

diretamente vinculados ou subordinados a qualquer tribunal do Poder Judiciário, novamente sendo necessária a separação entre ambas as sistemáticas.

A mesma lógica se aplica aos precedentes estabelecidos em tribunais estaduais e regionais federais, como suas decisões paradigma e súmulas próprias. Mais uma vez, reitera-se que a aplicação de precedentes judiciais na arbitragem se dá somente por motivos de ordem pública e na esfera constitucional, sendo que as decisões de cortes locais não possuem esse alcance.

Apontadas as exceções acima, há de se reconhecer que o sistema de precedentes possui elementos que compõem a ordem pública e devem ser considerados como fontes primárias do direito. Os árbitros não podem ignorá-los porque, apesar das justas e necessárias distinções entre as jurisdições estatal e arbitral, a própria LArb determina que deve haver respeito à ordem pública, sob pena de anulação pela via judicial.

Entende-se que os precedentes judiciais a seguir listados fazem parte da ordem pública nacional e, portanto, devem ser obrigatoriamente respeitados e seguidos pelos árbitros: (i) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados das súmulas vinculantes; (iii) os acórdãos proferidos em sede de recurso extraordinário, recurso especial repetitivo e IAC no STJ, quando tratarem de direito material.

Neste aspecto, não se trata de adotar uma visão contrária às amplas liberdades dos árbitros ou da autonomia da arbitragem em relação ao Poder Judiciário, mas de consagrar a ordem pública como diretriz maior a ser respeitada na atividade jurisdicional, seja ela exercida por juízes togados ou árbitros.

É essencial reiterar que a arbitragem se pauta pelo princípio da autonomia das partes, e que a própria liberdade de atuação dos árbitros pode encontrar limites em decorrência desse princípio. Por serem as partes livres para escolher a lei aplicável ao procedimento, quando escolhem o direito brasileiro, também escolhem todo o arcabouço de fontes primárias que dele fazem parte, como os precedentes judiciais ligados à ordem pública listados nos itens (i), (ii) e (iii) acima.

Exatamente por essa razão é que as hipóteses de aplicabilidade obrigatória dos precedentes judiciais também parecem se sustentar em arbitragens por

equidade⁸⁹. Em procedimentos dessa natureza, apesar de o árbitro ter a permissão de decidir fora das regras de direito, as limitações com relação aos bons costumes e ordem pública continuam, como aduz Nery Júnior⁹⁰:

É dizer, ainda que se adote o posicionamento de se admitir o julgamento por equidade contra legem, em nenhuma hipótese pode-se admitir o julgamento por equidade contra constitutionem, nem contra a ordem pública. O julgamento arbitral por equidade, não autoriza o árbitro a decidir totalmente alheio à legislação vigente. Desse modo, ainda que se possa aceitar que o juízo arbitral profira decisões contra legem, tal amplitude decisória precisa ser limitada, afinal, nenhum julgamento por equidade poderia ser contrário aos preceitos contidos, por exemplo, em nossa Constituição Federal. A própria Lei da Arbitragem [LArb 2.º § 1.º] estabelece limites para o julgamento por equidade, que consistem na violação aos bons costumes e à ordem pública. Ou seja, a própria LArb já definiu em seu texto limites para o julgamento arbitral realizado por equidade.

Em que pese o brilhantismo de diversos autores que opinam em sentido contrário, parece inadequado sustentar que a liberdade dos árbitros em relação ao sistema de precedentes seria ilimitada unicamente devido à escolha das partes por um método alternativo de resolução de disputas.

Conforme pesquisa conduzida pela CBar-Ipsos⁹¹ sobre a opinião da comunidade jurídica acerca da arbitragem no Brasil, destaca-se, entre as vantagens da arbitragem, a rapidez do processo, a qualidade técnica das decisões e a possibilidade de indicação de árbitros.

Desse resultado é possível extrair que a maior parte das razões pelas quais as partes escolhem a arbitragem possuem relação com aspectos processuais, e não materiais. Isto é, não parece ser uma necessidade dos litigantes evitar que os precedentes judiciais se apliquem à arbitragem, visto que as vantagens processuais

⁸⁹ Quanto às arbitragens por equidade, importante lembrar que não se trata de um método sem regras norteadoras, a despeito de ampliar – e muito – a liberdade do julgador, inclusive para proferir decisão contra a lei, baseada em seu senso de justiça. É razoavelmente pacífico na doutrina que em nenhuma hipótese podem ser ignorados os princípios e normas de ordem pública, que continuam vigentes e aplicáveis. Sobre o tema, ver: Da Ordem Pública no Processo Arbitral (Antonio Pedro Pinto Monteiro) e Anulação da Sentença Arbitral Nacional por Violação da Ordem Pública (Humberto Santarosa).

⁹⁰ NERY JUNIOR. Julgamento arbitral por equidade e prescrição. *Revista de Direito Privado*, n. 45, p. 323-373, 2011.

⁹¹ CBar-Ipsos. *Arbitragem no Brasil*. Disponível em: https://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf. Acesso em: 04 out. de 2021. p. 11.

que essa alternativa proporciona continuam resguardadas, mesmo que se admita a vinculação dos árbitros a determinados precedentes em nome da ordem pública.

Em verdade, é consonante com o melhor interesse das partes que haja previsibilidade das decisões jurisdicionais. Em outras palavras, o efeito vinculante de precedentes judiciais que compõem o ordenamento jurídico brasileiro é fundamental para garantir a segurança jurídica das decisões arbitrais.

O respeito à unidade e coerência do ordenamento jurídico pelo árbitro é abordado em um clássico voto proferido na Suprema Corte da Escócia, em 1921, pelo ministro James Avon Clyde:

Quando se diz que um árbitro da Escócia é o juiz de fato e de direito, isto não quer dizer que ele tem o poder de forjar os fatos como pensa que devem ser, ou fazer a lei como ele pensa que ela deveria ser. Assim como qualquer outro juiz, ele deve considerar os fatos apresentados a ele, e a lei como ela é. Caso contrário, ele não atuará como juiz das partes, mas como seu oráculo; sua função não seria judicial, mas arbitrária; e sua decisão seria proferida não de acordo com os princípios da justiça, mas de acordo com seu capricho e preferências pessoais⁹².

Entretanto, não se pretende defender, em nenhuma hipótese, a aplicação indiscriminada dos precedentes judiciais em quaisquer decisões jurisdicionais. Como já salientado, é de suma importância o dever de fundamentação dos árbitros, assim como ocorre com os juízes, como aduzem Soares, Couto e Costa⁹³:

A partir de uma complexa atividade interpretativa e criativa do direito – na qual irá concretizar o seu dever de fundamentação –, o magistrado deixa de lado o papel de mero aplicador, assumindo um papel ativo na construção do direito, com normas gerais que serão utilizadas, em momento posterior, em casos semelhantes, formando o precedente judicial. Logo, é ainda mais imprescindível o cuidado com decisões judiciais que têm o condão de universalização, uma vez que, ao pecarem na adequada fundamentação, permitirão a reprodução de aberrações processuais.

Ao mesmo passo, ao invocar o precedente judicial na decisão, os juízes e tribunais devem indicar os motivos de fato e de direito para a escolha dessa estratégia decisória. Por conseguinte, uma motivação idônea e suficiente deve considerar todos os elementos probatórios, indicando na sentença onde

⁹² SUPREMA CORTE DA ESCÓCIA. *VLEX 806757589*. Disponível em: <https://vlex.co.uk/vid/mitchell-gill-v-buchan-806757589>. Acesso em 04 out. de 2021.

⁹³ SOARES, Marcelo Negri; COUTO, Monica Bonetti; COSTA, Jessica Chaves. Dever de fundamentação e precedentes no novo CPC: uma análise à luz do modelo constitucional de processo. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 13, n. 2, p. 554-576, 2018.

se encontram as fontes da convicção jurisdicional, além de realizar o contraditório participativo.

Como condição imprescindível da validade e qualidade da decisão arbitral, a aplicação de um precedente judicial, mesmo que de força vinculante, deve conter a fundamentação detalhada que seja capaz de explicitar a adequação da norma ao caso concreto.

Isso significa dizer que o dever de enfrentamento dos precedentes judiciais é imperativo aos árbitros. O mesmo ocorre quando o veredito da decisão se baseia na inaplicabilidade de referidos precedentes a determinado caso concreto, hipótese na qual a aplicação da técnica do “*distinguishing*” é essencial, como resume Nasser⁹⁴:

Disso decorre que, não havendo congruência fática entre as situações suficiente a ensejar o mesmo resultado, o árbitro deverá proceder à distinção e descartar a aplicação de uma interpretação jurisprudencial estranha à hipótese em análise. A utilização de precedentes interpretativos em casos similares ou idênticos representa o respeito aos valores transportados pela segurança jurídica (previsibilidade) e pela isonomia (coerência). De outro lado, solucionar um caso atribuindo-lhe o mesmo resultado de um precedente sem que haja subsunção entre o quatro fático e as premissas configuraria “error in arbitrando” (...)

Portanto, havendo distinção entre o paradigma e o caso concreto em exame, não haverá vinculação do árbitro. Há, contudo, um ônus argumentativo que lhe recai, consistente na efetiva demonstração da distinção na sentença arbitral, sob pena de vício procedimental.

Assim, ao passo que se busca a consagração da ordem pública e da segurança jurídica como diretrizes norteadoras da atuação dos árbitros, estando suas decisões vinculadas aos precedentes judiciais quando há escolha das partes pelo ordenamento jurídico brasileiro, também não se deve permitir a aplicação automática de referidos precedentes, sendo que recai sobre o árbitro o dever de enfrentamento, ou “ônus argumentativo”, para que justifique a aplicação ou não do precedente.

⁹⁴ NASSER, Paulo Magalhães. *Vinculações Arbitrais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019, p. 165-166.

4 CONCLUSÃO

De plano, deve ser reconhecida a crescente relevância do sistema de precedentes no direito brasileiro, especialmente com o advento do CPC. Como demonstrado anteriormente, as sistemáticas do “*common law*” e “*civil law*” interagem atualmente em um processo contínuo de simbiose, potencializado pela globalização que afeta todas as áreas do conhecimento, inclusive o direito.

Fica cada vez mais evidente que o ordenamento jurídico não pode ser mais compreendido apenas como a letra fria da legislação positivada, mas também devem ser consideradas as outras fontes normativas que o legislador pátrio buscou dar importância, como os precedentes estabelecidos pelos tribunais superiores no país e as súmulas vinculantes definidas pelo STF, que compõem a jurisprudência qualificada.

Por outro lado, não se deve olvidar que a arbitragem é dotada de jurisdicionalidade própria, o que significa que possui autonomia em relação ao Poder Judiciário e não existe vinculação ou subordinação automática entre ambas as esferas da jurisdição. A jurisdicionalidade da arbitragem é característica essencial para que esse meio adequado de resolução de disputas prospere, como ocorreu no cenário internacional nos últimos tempos e, portanto, deve ser preservada.

Os fundamentos da presente discussão acerca dos efeitos do sistema de precedentes nas decisões de arbitragem estão fundados no grau de separação entre esse sistema e o Poder Judiciário. Como se viu, essa distinção deve ser observada, já que são duas jurisdições com independência própria. Entretanto, a arbitragem é instituída dentro do ordenamento jurídico brasileiro e deve respeitar suas diretrizes maiores, especialmente suas fontes primárias.

Desta forma, os limites da aplicabilidade do sistema de precedentes judiciais na arbitragem estão consubstanciados em dois conceitos trazidos pelo art. 2º, § 1º da LArb: bons costumes e ordem pública. O primeiro diz respeito à moral social, aos comportamentos reiterados e às condutas consagradas pela ordem constitucional que se deseja para o futuro, enquanto o segundo, mais influente na temática tratada neste estudo, trata de garantias para toda a sociedade que não podem ser derogadas por convenção das partes.

Os desafios, portanto, consistem em balancear a jurisdicionalidade da arbitragem com os limites impostos pela própria LArb, analisando se o sistema de precedentes compõe os bons costumes ou a ordem pública, mecanismos importantes de restrição da independência dos árbitros.

Concluiu-se que determinados incisos do art. 927 do CPC podem ser considerados como componentes indissociáveis da ordem pública brasileira, por serem verdadeiras fontes primárias do direito e de observância vinculante pelos árbitros: (i) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados das súmulas vinculantes; (iii) os acórdãos proferidos em sede de recurso extraordinário, recurso especial repetitivo e IAC no STJ, quando tratarem de direito material.

Reitera-se que não se trata de subordinar a arbitragem às decisões dos juízes togados, mas tão somente de reconhecer o “status” vinculante do sistema de precedentes por serem parte da ordem pública, expressamente prevista como um limite às decisões arbitrais na própria LArb e, por essa razão, a decisão que infringir a ordem pública, não aplicando o sistema de precedentes em seu veredito, sem realizar a técnica do “*distinguishing*” ou sem fundamentação adequada, poderá ser objeto de ação anulatória pela via judicial.

Também se concluiu que há precedentes que não possuem a mesma força dos três itens citados acima, e que podem ser desconsiderados pelos árbitros no caso concreto: (i) orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais, (ii) as súmulas não vinculantes e (iii) os precedentes de cortes locais.

Com as conclusões acima, espera-se que a problemática siga evoluindo na doutrina e na jurisprudência, contribuindo para o amadurecimento do assunto e para a consolidação da arbitragem como método adequado, previsível e estável de resolução de conflitos, sem prejuízo da observância das diretrizes basilares do direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ruy Rosado de. **Arbitragem, os precedentes e a ordem pública**. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ. Brasília: STJ, 2019.

ALVES, Rafael Francisco. A imparcialidade do árbitro no Direito brasileiro: autonomia privada ou devido processo legal? **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 2, outubro/2005.

ANDRIGHI, Fatima Nancy. A arbitragem: solução alternativa de conflitos. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal**, n. 2, p. 149-173, 1996.

BELLOCHI, Márcio. **Precedentes Vinculantes e a Extensão da Expressão “Aplicação do Direito Brasileiro” na Convenção de Arbitragem**. 2017. Dissertação de mestrado – PUC-SP. São Paulo, 2017.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**. São Paulo, Atlas, 2014.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Os precedentes judiciais na arbitragem**. In: FINKELSTEIN, Cláudio. Direito Internacional e Arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2018.

BORN, Gary B. **International commercial arbitration**. Kluwer Law International BV, 2021.

BRASIL. **Constituição Brasileira de 25 de março de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 04 out. de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876**. Regula o modo por que devem ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6142-10-marco-1876-549106-publicacaooriginal-64454-pe.html>. Acesso em: 4 out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 4 out. 2021.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 4 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 4 out. 2021.

BRASIL. **AgInt no AREsp 425.955-MG**, rel. min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 25/2/2019, DJe 1/3/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. na Sentença Estrangeira 5.206-7** Reino da Espanha. Relator: Ministro Presidente. Brasília-DF. 30 de abril de 2004. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 4 out. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. Direito, interpretação e norma jurídica: uma aproximação musical do direito. In: **Revista de Processo, São Paulo**, p. 223-242, 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CARMONA, Carlos Alberto. **Em torno do Arbitro**. Disponível em: https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/arbitrators__impartiality_and_independence/Em_torno_do_arbitro.pdf. Acesso em: 04 out. de 2021.

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros. A Função da Clausula de Bons Costumes no Direito Cível e a Teoria Triplíce da Autonomia Privada Existencial. **Revista Brasileira Direito Civil**, v. 14, p. 112, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. I. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Júlia. **O árbitro e as normais 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.

DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 175, 2015.

DUARTE, Antonio Aurelio Abi-Ramia; BRASIL, Maria Eduarda. **O desafio de uniformizar a jurisprudência e o papel do Código de Processo Civil de 2015: Novos Desafios**. São Paulo: Saraiva, 2016.

DUXBURY, Neil. ***The nature and authority of precedent***. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. **A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação?** São Paulo: Saraiva, 2017.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de. **Manual de Arbitragem**. 2 ed. São Paulo: Método, 2007.

KARRER, Pierre A. ***Introduction to International Arbitration Practice***. Kluwer Law International 2014.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. **'Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity**, in Thomas Schultz (ed), *Journal of International Dispute Settlement*, (© The Author(s); Oxford University Press, 2010.

KURKELA, Matti; TURUNEN, Santtu. ***Due process in international commercial arbitration***. Conflict Management Institute : Oxford University Press, USA, 2010.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem princípios jurídicos fundamentais: direito brasileiro e comparado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Imparcialidade na arbitragem e impugnação aos árbitros”. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 39, p. 39, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9ª ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed Juspodivm, 2017.

MACÊDO, Lucas Buril; ALMEIDA, Maria Eduarda. Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral?. **Revista de Processo**, v. 305, n. 2020, p. 377-399, 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 49, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Jussara Cristina. Ordem pública, ordem privada e bem comum. Conceito e extensão nos direitos nacional e internacional. **Revista Jurídica Cesumar** – v.2, n. 1 – 2002.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas judiciais do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 10, n. 38, abr.-jun. 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, v. 15, n. 3, p. 9-52, 2016.

MENNA, Fabio de Vasconcellos et al. **Limites da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 245, p. 333-349, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3 ed. São Paulo: RT, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MORAES, Alexandre. As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, jan/dez 2011/2012, v. 106/107, p. 273.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Introdução à arbitragem**: coletânea de artigos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 41, 2004.

NASSER, Paulo Magalhães. **Vinculações Arbitrais**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NERY JUNIOR. Julgamento arbitral por equidade e prescrição. **Revista de Direito Privado**, n. 45, p. 323-373, 2011.

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. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. **Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil**. Tese de doutorado. 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: Parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALOMÃO, Luiz Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação e mecanismos de controle. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 66, p. 139-174, jul./2020.

SANTOS, Thiago Rodovalho. Do Respeito às Decisões do STF e a Súmula Vinculante. **Revista de Direito Brasileira**, v. 2, n. 2, p. 229-255, 2012.

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

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem**: um caminho para a crise do judiciário Barueri, SP: Manole, 2005.

SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e Direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOARES, Marcelo Negri; COUTO, Monica Bonetti; COSTA, Jessica Chaves. Dever de fundamentação e precedentes no novo CPC: uma análise à luz do modelo constitucional de processo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 13, n. 2, p. 554-576, 2018.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante.** Curitiba: Juruá, 2006.

SUPREMA CORTE DA ESCÓCIA. **VLEX 806757589.** Disponível em: <https://vlex.co.uk/vid/mitchell-gill-v-buchan-806757589>. Acesso em 04 out. de 2021.

TARUFFO, Michelle. **Precedente e jurisprudência.** 2 ed. São Paulo: Revista de Processo, 2014.

THEODORO, Junior Humberto. **Novo Código de Processo Civil Anotado.** 20ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

ZAKIA, José Victor Palazzi. Um panorama geral da reforma da Lei de Arbitragem: o que mudou com a Lei Ordinária nº 13.129/2015. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 13, n. 51, 2016.