



ARBITRAGEM E PRECEDENTES: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle

7

ARBITRATION AND PRECEDENTS: possible binding effect to the arbitrator and control mechanisms

Luis Felipe Salomão
Rodrigo Fux

RESUMO

Analisa os impactos do sistema de precedentes nas jurisdições estatal e arbitral para discorrer sobre a possível vinculação do árbitro aos precedentes judiciais vinculantes nas arbitragens sob a égide da legislação brasileira, bem como abordar os meios de impugnação das sentenças arbitrais para se apurar quais seriam os mecanismos de controle diante de eventual desconformidade da sentença arbitral com os precedentes vinculantes.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Civil; jurisprudência; precedentes vinculantes; vinculação do árbitro; sentença arbitral.

ABSTRACT

This article aims at analyzing the impact of the system of precedents in state and arbitral jurisdictions in order to examine the possibility that an arbitrator is bound by judicial precedents in arbitrations under Brazilian law, as well as to address the methods to challenge arbitral awards to ascertain the applicable control mechanisms in case of non-conformity of an arbitral award to binding precedents.

KEYWORDS

Civil Procedural Law; case law; binding precedents; arbitrator; arbitral awards; control mechanisms.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca empreender uma análise sobre a relação entre dois temas que ganharam especial relevo nos últimos vinte anos: a arbitragem e a necessidade de uniformidade entre os posicionamentos jurisdicionais. Um diálogo necessário, porquanto as questões atinentes ao assunto que aqui será tratado passaram por significativa evolução e foram objeto de pesquisas e escritos por parcela relevante da doutrina.

Além de uma necessária, mas sucinta, digressão histórica acerca do método extrajudicial de heterocomposição de conflitos, hoje tão difundido em nosso País, será realizada investigação sobre os impactos do sistema de precedentes na jurisdição estatal e no procedimento arbitral, sobretudo tendo em vista a (eventual) vinculação do árbitro aos precedentes judiciais (notadamente aos intitulados vinculantes). Os meios de impugnação das sentenças arbitrais também serão abordados, principalmente para que se tenha um panorama de quais seriam os mecanismos de controle no que diz respeito à (des)conformidade da sentença arbitral em relação ao Direito brasileiro.

[...] a arbitragem voltou a ser objeto de leis, dentre as quais se pode destacar o Código Comercial de 1850 e o Decreto n. 3.900 de 1867, marcos legislativos que definiram a trajetória da arbitragem durante os séculos XIX e XX.

8

Conforme será examinado, o percurso teórico do estudo aqui proposto passa pela averiguação da trajetória da arbitragem no Brasil e da natureza jurídica conferida a tal instituto na atualidade. Buscaremos investigar o papel que os precedentes – como fonte do Direito – exercem no ordenamento jurídico brasileiro, além das alterações promovidas nos últimos anos em nosso sistema jurisdicional.

Nesse contexto, diante das mudanças empreendidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (Código Fux), atentando para o fato de que um sistema de precedentes é visto, ao redor do mundo, como significativo avanço na prestação jurisdicional por inúmeros fatores, pretendemos analisar seus reflexos nos procedimentos arbitrais sob a égide da legislação nacional, sempre considerando as diferenças e as semelhanças entre a arbitragem e o procedimento jurisdicional tradicional conduzido pelo Poder Judiciário.

Ademais, se ratificada a hipótese de que os árbitros devem respeitar os precedentes judiciais, tem-se como finalidade perquirir os mecanismos de que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe para a impugnação da sentença arbitral que negue a aplicação de precedente (ou persuasivo ou vinculante).

Neste trabalho – desde logo se ressalte esta importante premissa –, não abordaremos a problemática em torno da arbitragem **por equidade**. Como nesta modalidade não se seguem as leis e as normas positivadas nos ordenamentos, buscar compreender os reflexos do sistema de precedentes sobre tais procedimentos é uma tarefa absolutamente estéril.

Do mesmo modo, a análise pretendida não diz respeito aos procedimentos arbitrais que se realizem com base nos princípios gerais de Direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Portanto, é prudente sublinhar, toda e qualquer abordagem jurídica lançada neste estudo diz respeito às arbitragens de direito, sob a égide da legislação brasileira, de livre escolha das partes.

2 A ARBITRAGEM, SUA ORIGEM E SEU CARÁTER JURISDICIONAL

A arbitragem é método heterocompositivo de solução de controvérsias, no qual terceiro imparcial, nomeado pelas partes no gozo de autonomia privada, decide o conflito vivenciado pelos sujeitos. Além de ser manifestação jurisdicional, encontra fundamento na vontade das partes¹.

Sobre a origem do instituto, afirma-se que a arbitragem é tão antiga quanto a própria humanidade, pois decorreria simplesmente da nomeação de terceiro para resolução de conflitos. Na história da civilização, por exemplo, é empregada desde os períodos da Grécia e da Roma antiga, quando os cidadãos já submetiam a um terceiro imparcial a resolução de suas disputas. (CAHALI, 2018)².

No sistema jurídico brasileiro, é possível identificar a arbitragem já no período da colonização portuguesa. Como aponta José Augusto Delgado, considerando somente o período de Brasil independente, o primeiro dispositivo legal a fazer referência à arbitragem foi a Constituição Imperial de 1824, a qual estabelecia, no art. 160, a prerrogativa das partes de nomearem árbitros para solucionar os conflitos de natureza cível³. As decisões proferidas seriam executadas sem possibilidade de recurso (FIORAVANTI, 2017, p. 61).

Ainda no período monárquico, a arbitragem voltou a ser objeto de leis, dentre as quais se pode destacar o Código Comercial de 1850 e o Decreto n. 3.900 de 1867, marcos legislativos que definiram a trajetória da arbitragem durante os séculos XIX e XX. O citado Código Comercial estabelecia a arbitragem compulsória para a resolução dos conflitos de natureza societária e para as causas relacionadas a locações comerciais (LOBO, 2016).

Diante da obrigatoriedade do procedimento arbitral para solução das querelas envolvendo questões mercantis determinadas pelo Código Comercial de 1850, esse passou a ser o meio de resolução de uma fração relevante dos litígios daquele período, tendo sido regulado no mesmo ano pela edição do Decreto n. 737. A homologação da decisão arbitral pelo juízo estatal, no entanto, não deixava de ser uma exigência (LOBO, *op. cit.*, p. 2).

Diante das críticas à compulsoriedade da arbitragem, foram editados os Decretos n. 1.350, em 1866, e 3.900, em 1867, os quais foram responsáveis pela extinção da arbitragem compulsória no Direito brasileiro, com a revogação do Decreto n. 737. O compromisso arbitral foi entendido como mera promessa de contratar. Além disso, não havia possibilidade de execução específica do compromisso para instaurar a arbitragem, caso uma das partes não estivesse de acordo com o procedimento privado⁴.

No século XX, o primeiro diploma normativo que impactou a arbitragem foi o Código Civil de 1916. Clóvis Beviláqua, assim como a doutrina que prevalecia à época, entendia que o compromisso arbitral tinha como principal objetivo a extinção das obrigações, fato que o tornava semelhante ao instituto da transação. Desse modo, o legislador de 1916, além de reafirmar a voluntariedade da arbitragem, também passou a considerá-la questão de direito material (FIORAVANTI, 2017, p. 62).

A Constituição de 1934 voltou a dar destaque ao instituto,

haja vista ter estabelecido, ao distribuir as competências dos entes federativos, que à União caberia legislar sobre as matérias referentes à arbitragem (DELGADO, 2000, p. 7). Tendo em conta as possibilidades abertas com a definição da competência da União para legislar sobre as questões referentes à arbitragem, esse tema voltou a ser tratado pela legislação processual quando foi editado o Código de Processo Civil de 1939.

Como relembra Marcos Fioravanti (2017, p. 63), o Código de Processo Civil de 1939 dedicou uma seção com dez artigos à arbitragem e reafirmou a voluntariedade como requisito essencial para instauração do procedimento arbitral, passando a proibir que as partes celebrassem compromisso arbitral depois de proferida decisão do Poder Judiciário.

Com a edição do Código de Processo Civil de 1973, não houve grande alteração na disciplina da arbitragem, que continuou a ser tratada na seção “Do Juízo Arbitral”, fato que demonstrava o pouco interesse do legislador pelo tema, reflexo do ‘adormecimento’ da arbitragem (termo utilizado por Marcos Fioravanti (2017, p. 63).

Mesmo prevista desde o período imperial e mantida ao longo dos anos, a arbitragem passou um longo período esquecida pela sociedade. Foi somente no último quartel do século passado que iniciou a trajetória de crescimento, ganhando espaço em litígios de circunstâncias muito especiais, que demandassem procedimento mais célere e maior especialização dos julgadores. Tal ressurgimento parece, em alguma medida, relacionado com a globalização e com os inúmeros entraves pelos quais vinha – e vem – passando o acesso à Justiça.

Segundo aponta Carlos Augusto da Silveira Lobo, a arbitragem esteve em baixa por tantos anos principalmente porque “era lembrada para solucionar alguns casos excepcionais, sem que fosse percebida a sua qualidade de constituir um meio socialmente relevante de resolver litígios. No geral, a arbitragem era alvo de suspeitas e reservas pelos que consideravam que a prestação jurisdicional era atividade privativa do Poder Público.” (LOBO, 2016, p. 5-6). A ideia do “monopólio” da jurisdição afeta ao Estado sempre foi um componente cultural de nosso povo.

Todavia, diante de numerosas atribuições que o Poder Judiciário passou a enfrentar, sobretudo no que diz respeito à entrega de tutela jurisdicional efetiva, fez-se necessária a busca por outros mecanismos que privilegiassem o acesso à Justiça e a solução adequada de conflitos.

No cenário de fuga do formalismo pernicioso, de imperiosa necessidade de entrega efetiva da prestação jurisdicional e de combate à rigidez do processo tradicional, surgiu o renomado “Movimento de Acesso à Justiça”, por meio do qual os juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth desenvolveram o cognominado “Projeto de Florença”. O sempre lembrado estudo tinha como objetivo justamente realizar uma profunda investigação sobre os problemas em torno da prestação jurisdicional em todo o mundo e suas possíveis soluções⁵.

O mencionado movimento dividiu-se em três etapas – as chamadas “ondas renovatórias do acesso à Justiça”. A primeira tinha o propósito de oferecer soluções a problemas em torno da assistência judiciária, cuidando dos obstáculos econômicos constantemente enfrentados pelas partes para obter a tutela jurisdicional. Debateu-se sobre os custos do litígio e a possibilidade de assistência jurídica pelo Estado.

[...] diante de numerosas atribuições que o Poder Judiciário passou a enfrentar [...] fez-se necessária a busca por outros mecanismos que privilegiassem o acesso à Justiça e a solução adequada de conflitos.

A segunda, atinente à tutela dos direitos coletivos, inspirou a criação de importantes institutos no Brasil, como a ação popular (Lei n. 4.717/1965), a ação civil pública (Lei n. 7.347/1985) e o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal e art. 21 e seguintes da Lei n. 12.016/2009).

A terceira onda renovatória, por fim, buscava avançar mais profundamente nos desafios anteriores, empenhando-se para desenvolver uma verdadeira reorganização institucional do Poder Judiciário, incentivando novas formas de acesso à Justiça⁶. A retomada da arbitragem no Brasil inseriu-se justamente nessa conjuntura.

Sob o influxo dessa terceira onda renovatória no Brasil, que promoveu a vi-

são de que o acesso à Justiça passa pela criação de mecanismos alternativos para a solução adequada de conflitos (mesmo extrajudiciais), a arbitragem passou a ser encarada como instrumento eficiente de auxílio à jurisdição estatal, uma ferramenta apta a desafogar o Poder Judiciário do exponencial número de demandas.

Diante desse panorama, mostrava-se necessária a edição de diplomas legais que possibilitassem as transformações que a doutrina vinha apontando como possíveis soluções para os entraves assinalados. Após três tentativas frustradas de criar uma lei para disciplinar a arbitragem (em 1981, 1986 e 1988), o anteprojeto idealizado por renomados juristas foi finalmente aprovado, tendo sido sancionada a Lei n. 9.307, em 23 de setembro de 1996, conhecida como a Lei de Arbitragem (CARMONA, 2009, p. 1-14).

Ainda que não tenha sido o primeiro diploma normativo a tratar da arbitragem no Brasil, a Lei n. 9.307/1996 representou uma grande evolução para o ordenamento jurídico brasileiro⁷. Sua edição renovou o debate acerca da natureza jurídica da atividade exercida pelo tribunal arbitral. Apesar de terem sido sustentadas diversas teorias ao longo dos anos, duas possuem especial destaque, como

leciona Alexandre Freitas Câmara (2009, p. 9), sendo uma de viés privatista e outra de viés jurisdicional.

A corrente que defende que a atividade do árbitro é puramente contratual tem como premissa o argumento de que o exercício da jurisdição é prerrogativa do Estado, sendo a escolha da arbitragem pelas partes uma renúncia à jurisdição (CREMASCO; SILVA, 2011, p. 373), posição, por exemplo, defendida por Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 147 e ss.).

Em sentido oposto, sustentado por Fredie Didier (2018, p. 206-211), a celebração de compromisso arbitral entre as partes não importa renúncia à jurisdição, mas tão somente em “renúncia à jurisdição exercida pelo Estado”. Apesar de a jurisdição ser monopólio do Estado,

seu exercício não o é, podendo ser conferido a particulares pela Constituição e por leis, desde que respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Para aqueles que defendem a natureza meramente contratual da arbitragem, haveria intrínseca diferença entre a atividade exercida pelo árbitro e aquela desempenhada pelo juiz, o que decorreria sobretudo da forma de investidura de cada um.

A suposta inexistência de mecanismos para a execução das decisões provenientes do juízo arbitral seria outro argumento no sentido de afastar essa atividade daquela exercida pelo Poder Judiciário. Em verdade, a questão do cumprimento das decisões encontra fácil solução no âmbito da divisão de competências, com a devida vênia: a lei confere ao árbitro competência apenas para certificar direitos, para resolver juridicamente o conflito, mas não para efetivá-los na prática, se necessário for. O fato de não possuir competência para fazer executar suas decisões não significa que não esteja investido da função jurisdicional. Nesse ponto, nunca é demais lembrar que a sentença arbitral sempre constituiu título executivo judicial (art. 475-N, inciso IV, do CPC de 1973, e art. 515, inciso VII, do novo CPC).

No princípio dos anos 2000, como se sabe, o mecanismo de resolução de conflitos teve sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal, o que trouxe alguma percepção de insegurança jurídica em relação à novel legislação.

10

A corrente contratualista também suscita suposta ofensa ao princípio do juiz natural, garantia com assento constitucional que afiança a imparcialidade do julgador no exercício da jurisdição. Ora, a esse respeito, a própria Lei de Arbitragem assegura a existência de um juiz imparcial, sem prejuízo do inexorável fato de que a confiança depositada no(s) árbitro(s) advém de comum acordo entre as partes.

Essa discussão tinha reflexos inclusive na terminologia conferida ao pronunciamento que decidiria a lide e encerraria o procedimento arbitral. Aqueles que não reconheciam a atuação do árbitro como atividade jurisdicional denominavam o ato de “laudo arbitral”, enquanto aqueles que reconheciam o procedimento arbitral como atividade jurisdicional denominavam-no de “sentença arbitral”.

Como registra Rodrigo Garcia da Fonseca⁸, o legislador teve preocupação com a terminologia empregada, visto que não mais menciona o termo “laudo arbitral”, passando a referir-se à decisão do árbitro ou do tribunal arbitral como “sentença arbitral”, o que reforça o caráter jurisdicional da arbitragem, reconhecido pelo legislador e pela ampla maioria dos doutrinadores, dentre os quais se pode facilmente apontar Carlos Alberto Carmona⁹ e José Eduardo Carreira Alvim (2002, p. 28-31).

Os pressupostos utilizados para defender a natureza contratual da arbitragem haviam perdido o sentido, porquanto se atêm a um conceito de jurisdição vinculado à figura do Estado, embora, na verdade, a principal característica da jurisdição seja a substitutividade¹⁰, que evidentemente é verificada na arbitragem.

Ademais, o conceito de jurisdição vem evoluindo para comportar diversas outras atividades, devendo ser superada a ideia de indissociabilidade entre a atividade jurisdicional e a atuação jurisdicional do Poder Judiciário. Do mesmo modo, esclarece Carlos Alberto Carmona (1990): *Desta maneira simplista, procuram alguns descartar a natureza jurisdicional da arbitragem. Talvez a questão mereça alguma reflexão. O fato de encarar-se a jurisdição como poder, atividade e função do Estado não descaracteriza, desde logo, a jurisdicionalidade da arbitragem. [...] Está presente na arbitragem o caráter substitutivo da jurisdição, que consiste na interferência de uma terceira pessoa, estranha à lide, que não participa do conflito de interesses, terceiro esse que dirigirá imparcialmente a busca da verdade para a aplicação do direito objetivo ao caso concreto.*

Hoje, a maior parte da doutrina reconhece o caráter jurisdicional da arbitragem, ou seja, *não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição. Exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada)* (DIDIER JR, 2018, p. 209).

Apesar do avanço representado pelo reconhecimento do caráter jurisdicional da atividade exercida pelo árbitro durante o procedimento arbitral, vale destacar que a arbitragem enfrentou um último grande obstáculo antes de ser de fato incorporada à rotina de resolução de conflitos comerciais.

No princípio dos anos 2000, como se sabe, o mecanismo de resolução de conflitos teve sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal, o que trouxe alguma percepção de insegurança jurídica em relação à novel legislação. Porém, como salienta Nadia de Araújo, o STF finalmente concluiu pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem, o que pôs fim à atmosfera de incerteza que pairava sobre o procedimento arbitral¹¹.

A arbitragem passou por longo processo até atingir a relevância e a inserção que atualmente ostenta no cenário nacional, teve sua constitucionalidade e sua jurisdicionalidade questionadas, mas as suas potencialidades foram bastantes para superar os entraves encontrados.

Na contemporaneidade, a arbitragem é considerada meio adequado e eficiente de solução de controvérsias, gozando cada dia mais de respeitabilidade perante a jurisprudência pátria (TIBÚRCIO, 2012, p. 75) e possibilitando prestação jurisdicional com previsibilidade, celeridade, além de procedimento moldado conforme as peculiaridades da causa e a vontade das partes, sem deixar de lado os princípios e os valores fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

Como ressalta Paulo Nasser, os princípios aplicáveis à arbitragem não decorrem somente de lei, mas da própria Constituição da República¹².

Nessa toada, a criação do sistema de precedentes, como veremos adiante, também tem assento constitucional, muito embora esteja positivada no novo Código de Processo Civil.

Convém salientar que, recentemente, no campo das soluções extrajudiciais adequadas a solução de controvérsias, menciona-se a criação de um microsistema composto pela Lei n. 13.129, de 26/5/2015 – Reforma da Lei de Arbitragem, Lei n. 13.140, de 26/6/2015 – Lei de Mediação e novo CPC.

3 A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE FORMAL E IMEDIATA DO DIREITO: O PAPEL DOS PRECEDENTES (PERSUASIVOS E VINCULANTES) NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como nos ensina Norberto Bobbio (2017, p. 55), as fontes do Direito são aqueles fatos e aqueles atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas, de modo que o conhecimento de qualquer ordenamento jurídico passa necessariamente pela enumeração de suas fontes do Direito.

As fontes do Direito podem ser divididas entre fontes formais e fontes materiais. Segundo Dimitri Dimoulis, as fontes formais são o *locus* em que se encontram as normas jurídicas válidas de determinado ordenamento, enquanto as fontes materiais são os fatores que criam o direito e dão origem às normas válidas¹³.

As fontes formais podem ser classificadas em imediatas – primárias – ou mediadas – secundárias. As normas imediatas são aquelas cuja força jurídica não se funda em qualquer outra nem necessita da mediação de qualquer outra fonte para se manifestar (KATCHI, 2006, p. 114). As fontes mediadas, de modo contrário, são entendidas como aquelas cuja força jurídica se funda em outra fonte ou se manifesta por seu intermédio (*Ibidem*, p. 114).

O Direito brasileiro, em decorrência de sua origem romano-germânica, historicamente reconhecia a jurisprudência como fonte formal do Direito, ou seja, no sistema brasileiro, entendia-se que a jurisprudência era fonte da qual emanava o direito. Não obstante, apesar de ser entendida como fonte formal do Direito, a jurisprudência tinha papel secundário ou mediato nesse sistema de fontes, assim como os costumes, a analogia e a doutrina.

A fonte primária por excelência, no sistema da *civil law*, é a norma legal. Em razão da influência do positivismo, havia a compreensão de que o juiz era servo da lei e de que os tribunais não deveriam ter nenhum tipo de papel criativo. Assim, a jurisprudência possuía apenas força persuasiva ou integrativa, visto que vigorava o entendimento de que a decisão judicial não tinha o condão de criar norma aplicável a sujeitos estranhos à relação sob análise, diferentemente da norma legal, como esclarece Hermes Zaneti (2014, p. 298-299): *Nos países de tradição de civil law, a juris-*

prudência é apresentada como parte das fontes indiretas, secundárias e materiais do direito, normalmente ligada aos costumes, não tendo a força vinculante de uma fonte formal e primária. Portanto, não é considerada, do ponto de vista dogmático, norma válida e obrigatória. Esta força vinculante, comumente, é atribuída apenas às normas legais (Constituição, leis, decretos etc.), as quais, pela sua origem (pedigree) a partir de órgãos com atribuição de produção normativa, são reconhecidas como vigentes, válidas e vinculantes.

Diferentemente dos países integrantes do sistema da *civil law*, os países de tradição anglo-saxônica, em especial a Inglaterra e os Estados Unidos da América, desenvolveram a criação jurídica com base nos costumes e nas decisões pretéritas, o que deu origem ao chamado “sistema de precedentes vinculantes”. A esse respeito, veja-se pertinente observação de Teresa Arruda Alvim (2013, p. 373): [...] isto acabou acontecendo imperceptivelmente, desde quando a decisão dos casos era tida como a aplicação do direito costumeiro, antes referido, em todas as partes do reino, até o momento em que as próprias decisões passaram a ser consideradas direito. Assim, desenvolveu-se o processo de confiança nos precedentes [...]. A obediência, o respeito, a reverência a precedentes foi a forma que eles encontraram de manter regras uniformes (para todos), e estáveis, para gerar previsibilidade.

O conceito de jurisprudência, por sua vez, é usualmente empregado para fazer referência a uma pluralidade de decisões, proferidas por tribunais diversos, concernentes a vários e diferentes casos concretos.

Como é possível constatar da lição de Michele Taruffo, “precedente judicial” e “jurisprudência” não guardam o mesmo sentido, apesar de serem tratados de forma atécnica, como se representassem o mesmo fenômeno. Contemplam conceituações distintas¹⁴. Entende-se como precedente uma decisão judicial de um caso concreto, cujo núcleo essencial, bem como a tese jurídica ou a interpretação da norma (MARINONI, 2011, p. 222) (*ratio decidendi* ou *holding*), pode destinar-se à parametrização de julgamentos posteriores de casos análogos. O conceito de jurisprudência, por sua vez, é usualmente empregado para fazer referência a

uma pluralidade de decisões, proferidas por tribunais diversos, concernentes a vários e diferentes casos concretos¹⁵.

Deve-se levar em conta, também, as sempre lúcidas ponderações de Benjamin N. Cardozo, Juiz da Suprema Corte Americana, o qual, ainda no alvorecer do Século XX, ressaltava que a importância e a força do julgamento colegiado não se hospedavam exatamente na aventada superioridade intelectual dos juizes de cortes colegiadas, mas na circunstância de que, nas cortes de justiça, ocorre o chamado “temperamento judicial”, que emancipa o jurisdicionado do [...] *poder sugestivo das aversões e predisposições individuais*, de modo que a jurisprudência reflita um vetor resultante cujo valor sempre supere as forças singulares que o compõem: [...] *as excentricidades dos juizes se equilibram. Um juiz examina os problemas do ponto de vista da história; outro, do ponto de vista da filosofia; um terceiro, do ponto de vista da utilidade social; um é formalista; outro, tolerante; um tem medo de mudanças; outro está insatisfeito com o presente. Do atrito entre diversas mentes cria-se algo que tem uma constância, uma uniformidade e um valor médio maiores do que seus elementos componentes* (CARDOZO, 2004, p. 131).

No Brasil, muito em razão da necessidade de uniformização das decisões

judiciais, com vistas à otimização do sistema e à concreção dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, houve uma latente aproximação ao sistema da *common law*, o que representou um desenvolvimento da jurisprudência como fonte imediata do Direito.

Esse avanço tornou-se mais pronunciado quando a Constituição foi alterada pela Emenda Constitucional n. 45/2004. A “Reforma do Judiciário” possibilitou a edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶.

Embora relevante a aludida alteração sistêmica de vetor empreendida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a

grande mudança qualitativa nesse panorama deu-se indiscutivelmente com a edição do novo Código de Processo Civil, quando foi inaugurado no ordenamento jurídico brasileiro um verdadeiro sistema de precedentes judiciais, que representou uma genuína *fusão singular entre os institutos das famílias jurídicas do civil law e do common law* (FUX, 2015, p. VII).

A esse respeito, sempre valiosas as lições do Ministro Luiz Fux (2019, p. 44), encarregado de presidir a comissão do anteprojeto que culminou no novo código: *A Jurisprudência assumiu o destaque característico dos sistemas da família da common law, vinculando juízes e tribunais, reclamando, por seu turno, a perfeita adequação da causa ao precedente (distinguishing), a possibilidade de sua modificação (overruling), bem como a modulação temporal da modificação jurisprudencial no afã de evitar a surpresa judicial, interdição que conspira em prol da prometida segurança jurídica eclipsada em cláusula pétrea constitucional. Essa força emprestada à jurisprudência viabiliza, também, a previsibilidade das decisões, respeitando as justas expectativas dos jurisdicionados.*

As mudanças promovidas pelo novo CPC, da forma como o ordenamento jurídico compreende a jurisprudência, tinham como fundamento a necessidade de promover os princípios da legalidade, da isonomia e da segurança jurídica – incluindo o viés do princípio da proteção da confiança, e almejavam a otimização da boa administração da Justiça no Brasil (FUX, 2015, p. 161-173).

As mudanças foram questionadas, especialmente diante do suposto abalo às raízes históricas do ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, como bem lembra Fredie Didier¹⁷, criar um sistema de precedentes influenciado por aquele utilizado na *common law* não significa uma alteração na matriz do sistema jurídico brasileiro. Não mesmo. Além de a absorção ter sido realizada com os olhos voltados à realidade do nosso sistema, os precedentes no Brasil prestam-se a trazer maior efetividade à aplicação dos mandamentos constitucionais e das normas legais, evitando, por exemplo, soluções diversas para o mesmo problema.

Ao consolidar o capítulo dedicado aos precedentes judiciais no novel códex, o legislador pátrio importou de maneira crítica e ponderada a ‘teoria geral dos precedentes’ dos países de tradição anglo-saxônica, absorvendo conceitos e institutos da teoria do *stare decisis* e da *doctrine of binding precedent*, de modo a possibilitar uma estruturação e uma aplicação adaptadas às particularidades da máquina judiciária brasileira¹⁸.

A propósito, tal simbiose entre as famílias da *civil law* e da *common law*, em prol de uma Justiça melhor, de há muito já vinha sendo notada e defendida pelo grande mestre José Carlos Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 87-104): *Tem-se acusado notável crescimento, nos últimos tempos, entre os juristas da chamada família "romano-germânica", o interesse pelos ordenamentos anglo-saxônicos. O fenômeno, em si, merece irrestritos louvores, independentemente do fato de que suas razões, em boa parte, guardam evidentíssima relação com a conjuntura político-econômica de hoje. Como é natural, ele vem se estendendo ao campo do processo, onde não raro se exterioriza em sugestões de reforma. [...] Não falta quem deposite na absorção de elementos característicos daquela outra família uma grande esperança de imprimir maior eficácia ao funcionamento da máquina e, em termos genéricos, à ativi-*

dade da composição de litígios.

Em linhas substanciais, o novo Código de Processo Civil basicamente subdividiu os precedentes em dois tipos: os **persuasivos** e os **vinculantes**.

Para Patrícia Perrone e Luís Roberto Barroso (2016, p. 11-13, o sistema de precedentes inaugurado pelo novo Código de Processo Civil trouxe consigo uma gradação na eficácia desses precedentes, propondo uma classificação tripartite: a) os precedentes com eficácia normativa; b) os precedentes com eficácia puramente persuasiva; e c) os precedentes com eficácia intermediária.

Os preclaros autores sustentam que os precedentes com eficácia puramente persuasiva *produzem efeitos restritos às partes e aos feitos em que são afirmados, são relevantes para a interpretação do direito, para a argumentação e para o convencimento dos magistrados; podem inspirar o legislador; e sua reiteração dá ensejo à produção da jurisprudência consolidada dos tribunais.* São, contudo, fonte mediata ou secundária do direito (*Ibidem*, p. 11-13).

Os precedentes com eficácia normativa, por seu turno, são aqueles precedentes *em sentido forte, correspondentes aos julgados e entendimentos que devem ser obrigatoriamente observados pelas demais instâncias e cujo desrespeito enseja reclamação* (*Ibidem*, p. 11-13), nos termos do art. 988 do CPC/2015, dos quais são exemplos: as decisões em controle concentrado da constitucionalidade, as súmulas vinculantes, as decisões proferidas em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, as decisões oriundas do julgamento de incidente de resolução de demanda repetitiva e de incidente de assunção de competência (*Ibidem*, p. 11-13).

Apontam, por fim, um terceiro grau de eficácia, representado pelos precedentes ditos intermediários, que seriam as súmulas ordinárias¹⁹ do STJ e do STF e as decisões proferidas pelos órgãos especiais das Cortes. Apesar de fixarem entendimentos obrigatórios, não cabe reclamação caso não sejam observados, o que, na prática, acaba rebaixando-os a uma espécie de recomendação. Logo, não haveria como fazer um controle efetivo das decisões que descumprissem esses entendimentos, daí aduzirem os autores que sua eficácia seria intermediária (BARROSO; MELLO, 2016, p. 11-13).

4 A VINCULAÇÃO DO ÁRBITRO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS: IMPOSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE AMBIENTES JURISDICIONAIS EXTRAJURÍDICOS

Diante das inovações do novo CPC, surge uma sucessão de dúvidas e possibilidades a respeito da incorporação do sistema de precedentes em diversas matérias do Direito. Na arbitragem, notadamente, manifesta-se o questionamento sobre a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais (sejam persuasivos, sejam vinculantes).

O questionamento surge, mormente, em razão de alguns relevantes argumentos: a) não seria possível o controle do julgamento do árbitro, isto é, não haveria remédio contra o *error in iudicando*; e b) os precedentes não seriam fonte de direito, de forma que não poderiam ser considerados de observância obrigatória dos tribunais arbitrais.

Talvez, em momento anterior à Emenda Constitucional n. 45/2004 e, principalmente, ao CPC/2015, cogitar de tal possibilidade causaria estranheza, principalmente em razão da ideia de que as decisões judiciais teriam a mera faculdade de criar normas concretas, aplicáveis aos casos concretos levados a juízo. Todavia, após o avanço dos precedentes no ordenamento jurídico, especialmente com a gênese dos precedentes vinculantes, não parece restarem dúvidas quanto à necessidade de sua observância – novamente, como fonte do Direito – para que haja pronunciamento jurisdicional válido.

Isso porque o novo diploma processual foi cristalino ao reconhecer eficácia normativa de determinadas decisões, fato que fez com que os precedentes enumerados²⁰ como vinculantes evidenciassem o mesmo valor da norma legal: fonte imediata e obrigatória do Direito²¹. Longe de tratar-se de mera enunciação vazia, o Código de Processo Civil de 2015 apresenta claro fundamento constitucional, sobretudo ao trazer normas que buscam garantir o devido processo legal²², a isonomia, e a segurança jurídica, corolários do Estado de Direito.

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. Como expõe Ruy Rosado de Aguiar (2019, p. 199), *o sistema de arbitragem é peculiar e autônomo, mas não está no espaço, e sim inserido no ordenamento jurídico nacional, que deve respeitar naquilo que este tem de indispensável ao interesse público e inderrogável pelas partes*.

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

Essa conclusão não representa nenhuma espécie de “contracultura arbitral”²³, advirta-se. Consoante o festejado Pedro Baptista Martins (1995), uma vez eleito voluntariamente o Direito brasileiro pelas partes, embora o árbitro goze de plena liberdade de convicção, *deve ele, no exame final sobre as questões de fato e de direito, estribar-se nas regras de direito e manter-se fiel aos dados e fatos que ressaltam dos autos*.

[...] o Código de Processo Civil de 2015 apresenta claro fundamento constitucional, sobretudo ao trazer normas que buscam garantir o devido processo legal, a isonomia, e a segurança jurídica, corolários do Estado de Direito.

Antônio Menezes Cordeiro elucida que o processo de realização do direito é unitário²⁴. Posicionar-se em contrariedade ao reconhecimento da vinculação do árbitro ao precedente judicial, consequentemente, seria negar o caráter unitário do ordenamento jurídico, já que possibilitaria ao intérprete selecionar conforme sua conveniência as regras do ordenamento que são (ou não) aplicáveis.

Se resposta diferente fosse dada, ou seja, se fosse reconhecida completa autonomia da jurisdição arbitral em relação ao sistema de precedentes, criar-se-ia tenebroso cenário de manifestações jurisdicionais contraditórias apenas pela escolha do procedimento. Nunca é demais relembrar que as partes escolhem a arbitragem como método de solução de conflito, como procedimento; as partes não escolhem o resultado.

É fato que a existência de decisões divergentes sobre temas semelhantes e a mudança repentina da orientação jurisprudencial acabariam por gerar inaceitável imprevisibilidade a respeito da aplicação da lei.

Ao alçar algumas categorias de decisões judiciais à condição de fontes imediatas do Direito, tornando sua aplicação obrigatória, o legislador deixou de conferir essa obrigatoriedade a tantas outras categorias de decisões judiciais, fato que criou uma gradação na eficácia dos precedentes.

Os precedentes com eficácia normativa, também chamados de “precedentes vinculantes”, têm sua obrigatoriedade pronunciada, sendo a formulação dessa

categoria a grande responsável por assentar o precedente como fonte imediata do Direito.

Da mesma maneira como ocorre no processo judicial, entendemos que os árbitros estão obrigados a respeitar as decisões vinculantes, hipótese defendida também por José Rogério Cruz e Tucci²⁵.

Nesses casos, a não aplicação do precedente vinculante seria uma falha gravíssima no sistema, visto que o juiz togado e

o árbitro dariam respostas diferentes a casos iguais, ambos utilizando-se do ordenamento brasileiro como arcabouço. Então, como anota Ana Tereza Basílio, sustentar o contrário representaria cisão do Direito brasileiro: *Sustentar o contrário seria admitir uma verdadeira cisão no Direito brasileiro, discrepante sobre temas idênticos de mérito, a depender de quem vai julgar o caso (um árbitro ou um juiz), o que acabaria por gerar indesejável insegurança e tornar o instituto da arbitragem desacreditado. Com base, pois, na prevalência do princípio da segurança jurídica e na integridade do sistema, deve-se concluir pela vinculação dos árbitros a todas as espécies de precedentes judiciais sobre temas de direito material, aos quais o legislador atribuiu eficácia vinculativa, tal como previsto no art. 927 do novo Código de Processo Civil*²⁶.

Por outro lado, as numerosas reformas pelas quais vem passando o Direito brasileiro sempre buscaram aprimorar a prestação jurisdicional como um todo, trazendo uniformidade, consensualidade, facilitando o acesso à Justiça e tutelando novos direitos.

Assim, parece que contrariar esse natural movimento de coesão entre arbitragem e jurisdição estatal, nessa ordem, é obstar todo o caminho percorrido até os dias atuais. Além de não obedecer a lógica do sistema, esse “cabo de guerra” só enfraquecerá o sistema jurisdicional, conduzindo inexoravelmente ao desprestígio paulatino o instituto da arbitragem perante o Poder Judiciário.

Com relação aos precedentes persu-

ativos, situação diversa é apresentada. Esses possuem eficácia mediata ou secundária, assim como a analogia, os costumes, entre outras fontes do Direito que concorrem para a formação do convencimento do julgador. Percebe-se, desse modo, que os julgadores, inclusive os árbitros, não estão obrigados a aplicar os precedentes persuasivos, mas isso não significa que devem ignorá-los solenemente.

Até porque os precedentes persuasivos possuem papel relevantíssimo no esforço pela uniformização e pela harmonização da jurisprudência. Apesar de não haver a obrigatoriedade da aplicação do precedente persuasivo pelo árbitro, entendemos que o ordenamento jurídico impõe-lhe um dever de ao menos levar em consideração essas decisões na formação de sua convicção.

Tal obrigação decorre, necessariamente, do dever de fundamentação/motivação das decisões, garantia prevista constitucionalmente no art. 93, inciso IX, e repetida no Código de Processo Civil, em seu art. 489, § 1º, inciso IV²⁷. Como explicam Luiz Fux e Bruno Bodart, a fundamentação da decisão é essencial para provocar nas partes a confiança na solução oferecida: *O Estado não deve se limitar a impor seus provimentos, pois o papel constitucional que lhe foi atribuído é promover a justiça e a pacificação social. Nesse contexto, o convencimento das partes acerca da legitimidade da decisão é essencial. A sensação de frustração da parte derrotada é bastante amainada, se não eliminada, quando o julgador demonstra ter analisado todos os seus argumentos relevantes, opondo motivos racionais para o seu acolhimento ou não. Do contrário, o que se tem é denegação de justiça, provocando a revolta e o descrédito do Judiciário perante os cidadãos*²⁸.

Conclui-se, por isso, que não há espaço na ordem constitucional brasileira para amparar raciocínio de absoluta autonomia do árbitro em relação aos precedentes. Ainda que seja possível vislumbrar diferentes graus de eficácia para os precedentes, acreditamos que todos deverão ser observados, em alguma medida, pelo árbitro quando as partes escolherem claramente o ordenamento brasileiro como aplicável.

5 O VALOR DOS PRECEDENTES JUDICIAIS SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Em razão da concreta aproximação entre as famílias da civil law e da common law no sistema pátrio²⁹, conforme já mencionado, paulatinamente foi crescendo no Brasil o estudo da Análise Econômica do Direito (AED), de origem anglo-saxônica, cujo berço foi a Escola de Chicago.

A Análise Econômica do Direito é uma escola de pensamento que busca, mediante a aplicação de ferramentas da microeconomia, auxiliar e propor desenhos normativos mais adequados e eficientes para que valores e direitos socialmente desejados sejam efetivamente implementados. Segundo Ivo Gico Jr. (2010, p. 11): A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para

tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito.

A Análise Econômica do Direito tem o foco na floresta, e não na árvore, na medida em que é apenas mais uma ferramenta ao dispor dos operadores do Direito na construção do seu raciocínio e na condução dos feitos (administrativos, judiciais e arbitrais)^{30,31}.

Nessa perceptiva, os precedentes assumem valor importantíssimo na doutrina da Análise Econômica do Direito, seja pelo vetor eficiência do sistema jurídico por completo (notadamente visando à valorização das decisões judiciais e seus reflexos pedagógicos nos jurisdicionados, assim como à preservação dos princípios da isonomia e da segurança jurídica), seja pelo impacto que representa no mundo real (como, por exemplo, no denominado Risco-Brasil).

Segundo os ensinamentos de Richard Posner (2014, p. 759), os precedentes judiciais devem ser encarados como um estoque de capital³² apto a gerar incrementos produtivos não só para futuras decisões do Judiciário, como também para o sistema jurisdicional como um todo (FUX; BODART, 2017).

O conceito de capital jurídico pode ser definido como um conjunto de mandamentos jurídicos, de base legislativa ou jurisdicional (e.g., os precedentes judiciais) (GICO JR., 2012, p. 27), aplicados pelo Poder Judiciário. O capital jurídico que proporciona um saldo positivo no estoque de capital advém da segurança jurídica (KAPLOW; SHAVELL, 2001) proporcionada pela efetividade das decisões judiciais, bem como pelo respeito aos precedentes.

Nessa toada, o instituto dos precedentes judiciais, na qualidade de fonte primária do Direito, compõe o capital jurídico de um Estado de Direito, e seus benefícios reverberam para além dos momentos de sua aplicação a casos análogos pelo Poder Judiciário ou pelas câmaras arbitrais. Afinal, o instituto pode ser investigado como mecanismo de (des)estímulo ao comportamento (in)eficiente dos jurisdicionados, evitando o manejo de recursos manifestamente protelatórios ou inadmissíveis, que resultariam no desperdício de recursos, bem como no próprio ajuizamento de demandas frívolas (quer pela via judicial, quer pela via arbitral).

Vê-se, por conseguinte, que as os precedentes vinculantes devem ser tidos não apenas como um mandamento judicante para os tribunais arbitrais, mas como um paradigma de comportamento para os operadores do Direito e para os cidadãos, tendo em vista que influenciam diretamente nos custos de transação de toda a sociedade e na assimetria de informação oriundos do ato de litigar (BAR-GILL, 2005).

Vale dizer, o estoque de capital resultante do respeito aos precedentes influencia justamente no processo decisório de litigância – seja no âmbito do Poder Judiciário, seja na arbitragem –, uma vez que, a um só tempo, fornece um prognóstico das chances dos potenciais litigantes em juízo e fomenta a adoção de métodos consensuais de resolução de conflitos (TIMM; TRINDADE, 2009, p. 153 – 179).

Em relação à conduta dos árbitros, a sentença arbitral que decide em desacordo com precedentes vinculantes, ante as justificativas de que não seria possível o controle do julgamento do árbitro e de que os precedentes não seriam fonte de direito, além de equivocada sob a ótica sistêmica, dá azo ao ajuizamento das ações anulatórias – como será visto a seguir.

A adoção desse tipo de posicionamento pode gerar um nefasto fenômeno na escolha de procedimentos, não pelo notável valor assumido pela arbitragem na quadra atual, mas sim pela possível escolha de um resultado que será obtido ao “fugir” de um precedente vinculante – o que decerto colide com o espírito da lei, quanto mais da Constituição da República.

Fato é que, uma vez conferida essa perigosa “carta branca” aos árbitros, não ficaríamos surpresos com a explosão de ações anulatórias em razão da completa negativa de aplicação de precedentes vinculantes pelos tribunais arbitrais.

Esse é um claro exemplo do fenômeno de coletivização das externalidades negativas – como na “Tragédia dos Comuns” (WOLKART, 2018) –, pois, além dos prejuízos causados às partes em litígio, toda a sociedade absorve os ônus da utilização desmedida da máquina judiciária.

Enfim, vê-se que a sintonia fina entre os pontos nodais da AED (e.g., preocupação com incentivos, análise de custo-benefício e consequências agregadas da aplicação direta das leis e das decisões) e a novel lógica de alocação eficiente de recursos e de resultados, sustenta também a subordinação dos árbitros aos precedentes vinculantes.

6 MECANISMOS APTOS AO CONTROLE DA SENTENÇA ARBITRAL PROFERIDA EM DESCONFORMIDADE COM OS PRECEDENTES VINCULANTES

Como visto, malgrado a inexistência de julgado específico sobre o tema, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pensamos, no plano doutrinário, que o árbitro deverá aplicar o ordenamento jurídico de forma unitária nas arbitragens do Direito brasileiro, o que pressupõe seu respeito aos precedentes considerados vinculantes, por possuírem força normativa direta e imediata.

Toda a construção feita até agora não teria nenhuma relevância se não houvesse mecanismo algum apto a controlar eventuais abusos e violações. Surge, então, o questionamento de quais seriam os instrumentos que o ordenamento jurídico brasileiro teria dispensado para o controle da sentença arbitral quando esta violasse ou ignorasse o precedente judicial.

No Brasil, está consolidada a compre-

ensão de que o modelo vigente privilegia a autonomia da arbitragem em relação ao Poder Judiciário e ao Estado, como assinado por Carlos Alberto Carmona (2009, p. 423). Essa autonomia é vital para que a arbitragem possa atingir seu propósito no sistema brasileiro de Justiça.

Dessa maneira, é inadequado cogitar da aplicação dos mecanismos tradicionais do Direito processual para as hipóteses de violação do precedente, como também vem apontando a doutrina. Não é possível, por exemplo, tratar de reclamação da sentença, segundo a lição de Eduardo Talamini (2018). Sofia Temer (2018) também reproduz essa ressalva: *Os precedentes judiciais são fonte de direito, compõem o ordenamento jurídico e devem ser ponderados pelos árbitros no exercício de sua função jurisdicional. A afirmativa não implica, contudo, a imediata importação à arbitragem dos remédios processuais (como reclamação) ou das mudanças procedimentais (como suspensão, julgamento de improcedência liminar, tutela de evidência) previstas para o processo judicial.*

Talamini (2018), entretanto, defende que a discussão é um falso problema, uma vez que os árbitros já demonstram um elevado respeito aos precedentes que os tribunais têm firmado, vislumbrando o autor que algum grau de controle já é um risco à arbitragem.

André Roque, por sua vez, entende que a sentença arbitral que ignora o precedente arbitral incorre em mero *error in iudicando*, sustentando que a sentença arbitral proferida em inobservância ao precedente escapa da ação anulatória³³.

Sempre respeitando as vozes em sentido contrário, não entendemos tratar-se de um falso problema, tampouco parece razoável defender que o completo descompasso entre a sentença arbitral e os precedentes vinculantes seria mero *error in iudicando*, inapto a suscitar eventual controle de validade por parte do Poder Judiciário.

Em um Estado Democrático de Direito, que prevê o princípio da inafastabilidade da jurisdição como cláusula pétrea e veda aos juizes o *non liquet*, não nos parece coerente aceitar a possibilidade de uma mazela patente sem o respectivo remédio.

Não se pode outorgar uma “car-

ta branca” para que os árbitros deixem de aplicar os dispositivos do novo CPC cuja *ratio essendi* emana da Constituição Federal. É indireta a violação dos dispositivos infraconstitucionais que enumeram os precedentes vinculantes. Tal hipótese revela, a bem da verdade, afronta direta e contundente aos postulados da segurança jurídica, da isonomia, da ordem pública e do devido processo legal, todos plasmados na Carta Magna.

Como se sabe, a ação anulatória é o mecanismo de controle da arbitragem por excelência, que objetiva a invalidação da sentença arbitral para desconstituir a decisão que contenha algum dos vícios previstos no art. 32 da Lei de Arbitragem (PINHO; MAZZOLA, 2019). Para Carmona (2009, p. 423), o rol do art. 32 é taxativo, *de modo que não podem as partes ampliar os motivos de impugnação nem estabelecer na convenção de arbitragem novas formas de revisão judicial do laudo*. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que as partes devem limitar-se a alegar os vícios elencados no rol do art. 32 da Lei de Arbitragem³⁴.

Apesar de ser relevante a preservação de autonomia da arbitragem, sobretudo tendo em vista a impossibilidade de revisão judicial do mérito da decisão arbitral (TEMER, Sofia, 2018, p. 529), a negativa de aplicação do precedente vinculante, além de violar os limites impostos pela cláusula compromissória e/ou do compromisso arbitral que elegera o Direito brasileiro, também atenta contra a ordem pública brasileira, núcleo duro do Estado de Direito.

Antônio Sampaio Caramelo esclarece que a ordem pública é um conceito indeterminado e imprescindível ao Direito³⁵. Trata-se, é verdade, de conceito de difícil contorno e densificação, necessitando de grande esforço hermenêutico da doutrina e da jurisprudência para sua compreensão.

Como destaca Ruy Rosado de Aguiar (2019, p. 202), a ordem pública “não é um conceito estático, mas dinâmico e externo, que varia conforme as circunstâncias de tempo e de lugar. É conceito conjuntural. Assim, atualmente, a tutela da dignidade da pessoa humana é de ordem pública, e também o respeito ao meio ambiente, temas novos que ago-

ra podem ser considerados como determinantes de questões de ordem pública. O que hoje não é, amanhã poderá sê-lo, como o número de filhos, a transgenia, o uso da internet, dentre outros”.

Como lembrado por Humberto Santarosa de Oliveira (2020, p. 10), em artigo específico sobre o tema de cabimento de ações anulatórias por violação da ordem pública, *há diversas normas processuais constitucionais que possuem grande relevância e importância, motivando seu enquadramento no conceito de ordem pública processual, mesmo porque teriam como fim não apenas a segurança jurídica, como também a própria isonomia entre as partes em conflito.*

Apesar da dificuldade de conceituar a ordem pública, a nosso ver, o desrespeito aos precedentes vinculantes configura a sua violação, dado que todo o pensamento contemporâneo jurisdicional foi forjado para garantir a isonomia, a segurança jurídica nos julgamentos e a absoluta observância ao devido processo legal, valores essenciais para um Estado de Direito.

Para Ruy Rosado de Aguiar, não é possível que o árbitro ignore, por exemplo, enunciado vinculante do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade concentrado, sem que haja ofensa à ordem pública, porquanto não se mostra razoável a existência de duas ordens jurídicas ou de espaços jurisdicionais extrajurídicos³⁶.

Nesse sentido, comungamos da ideia de que, nessas raras exceções a serem analisadas caso a caso, quando se estiver diante de completa negativa de aplicação de precedentes vinculantes, será possível a propositura de ação anulatória, não pelo rol do art. 32, mas sim com lastro no art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem, o qual prevê que as regras escolhidas pelas partes não poderão violar a ordem pública. Ora, a Lei de Arbitragem, inclusive numa interpretação teleológica do art. 32, deve ser lida com os olhos voltados para a *mens legis*, que reside justamente no Capítulo I das disposições gerais desse importante regramento.

16

[...] nas arbitragens de direito, quando as partes elegerem o Direito brasileiro para solucionar a controvérsia, todas as fontes do Direito devem ser aplicadas, sendo impossível a cisão do ordenamento.

Nunca é demais lembrar que o Superior Tribunal de Justiça não defere o *exequatur* de sentença arbitral estrangeira que ofenda a ordem pública e a soberania nacional³⁷. Dessa forma, parece haver uma omissão no sistema ao reconhecer a violação da ordem pública quando advier de sentença estrangeira, mas ignorá-la quando ocorrer em território nacional³⁸.

A segunda hipótese, a nosso ver, capaz de fundamentar o controle da decisão arbitral que não observou o precedente vinculante seria aquela prevista no inciso IV do art. 32 da Lei de Arbitragem. Como se sabe, é inválida a sentença arbitral que *for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem*.

Como já ventilado neste ensaio, nas arbitragens de direito, quando as partes elegerem o Direito brasileiro para solucionar a controvérsia, todas as fontes do Direito devem ser aplicadas, sendo impossível a cisão do ordenamento.

Guilherme Rizzo Amaral (2017) comenta que *o árbitro vincula-se aos precedentes judiciais na medida em que as partes elegem arbitragem de direito e que os precedentes judiciais vinculantes integram o Direito brasileiro. É dizer: não está o árbitro vinculado aos precedentes por conta da (inexistente) aplicação direta de dispositivos do CPC à arbitragem, mas pela vontade das partes que deram ao árbitro a missão de julgar conforme o direito.*

Não parece restar outra conclusão, senão a de que o árbitro que desrespeita ou ignora precedente judicial está, na verdade, violando a vontade das partes que livremente optaram pela resolução da contenda em consonância com as regras do Direito brasileiro³⁹.

De outro modo, estar-se-ia diante de uma arbitragem por equidade, e não de direito, pois *[n]o Brasil, quando o árbitro decide por equidade sem autorização das partes, está decidindo fora dos limites da convenção de arbitragem, atraindo a sanção de nulidade para sua sentença, nos termos do artigo 32, inciso IV, da LArb.* (AMARAL, 2017), o que representa afronta aos limites fixados no compromisso arbitral.

Márcio Bellocchi (2017, p. 188) afirma que, *[s]e as partes livremente pactuaram, na convenção arbitral, que o Direito brasileiro seria o aplicável para o julgamento da controvérsia e, se os árbitros deixaram de fundamentar sua decisão em precedente obrigatório – existente e aplicável ao caso-, a sentença arbitral, a nosso ver, foi proferida ‘fora dos limites da convenção de arbitragem’, acarretando, portanto, sua nulidade.*

Por fim, o art. 32 da Lei de Arbitragem deve receber interpretação de acordo com a Constituição da República⁴⁰, não se podendo admitir que sentenças que violem garantias fundamentais da jurisdição sejam consideradas válidas. Se a estrutura do devido processo legal foi vulnerada, deve-se possibilitar o controle de validade da sentença arbitral.

Nesse sentido, extraímos das lições de Paulo Lucon, Rodrigo Barioni e Elias Marques de Medeiros Neto (2015, p. 268) que *[e]rros grosseiros e evidentes, em total descompasso com a lei brasileira e que não dependam de esforço interpretativo, estão protegidos pela possibilidade de anulação da decisão arbitral, já que eles ultrapassam os próprios limites impostos pela convenção.*

De forma sintética e assertiva, entendemos que caberá ação anulatória contra a sentença arbitral que desrespeitar os precedentes vinculantes, sob possíveis dois fundamentos distintos: a) por violação à ordem pública, com base no art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem, o qual prevê que as regras escolhidas pelas partes não poderão violar a ordem pública; b) por afronta ao inciso IV do art. 32 da Lei de Arbitragem, porque proferida “fora dos limites da convenção de arbitragem”.

7 CONCLUSÃO

Em síntese, buscou-se demonstrar que a arbitragem possui genuína natureza jurisdicional, não funcionando como mero equivalente, mas, de maneira voluntária, é eleita pelas partes como mecanismo adequado para a resolução de determinado conflito.

Os árbitros, assim como os juizes togados, têm a obrigação de atender aos escopos da jurisdição (jurídicos, políticos e sociais) e de zelar pelo fiel cumprimento da Constituição da República e das leis que compõem o ordenamento jurídico pá-

trio nas arbitragens de direito sob a égide da legislação nacional.

Foram analisadas as evoluções pelas quais o Direito brasileiro vem passando, notadamente com relação ao sistema de precedentes instituído no Brasil pelo novo Código de Processo Civil, cujo ideário foi oferecer instrumentos aptos a proporcionar maior efetividade à aplicação dos mandamentos constitucionais e das normas legais.

A partir de então, sustentou-se ser imperativo para os árbitros, nas arbitragens de direito ao abrigo da legislação nacional, que observem os precedentes vinculantes, em virtude de os pronunciamentos indicados no art. 927 do CPC/2015, definidos pelo legislador como fonte do Direito brasileiro, comporem o ordenamento jurídico, mesmo que a lei seja tomada em sentido formal.

Também à luz da análise econômica do Direito, resta claro que um sistema de precedentes vinculantes coeso e uniforme funciona como estoque de capital jurídico, gerando significativo ganho para a sociedade. Uma maior previsibilidade e a unidade do sistema jurisdicional são fundamentais para a redução do número de contendas judiciais ou arbitrais e para a obtenção do desiderato da efetividade numa visão chiovendiana.

Tendo em vista a natureza jurisdicional do procedimento arbitral, dificilmente seria possível vislumbrar a possibilidade de desvincular os árbitros dos precedentes vinculantes, uma vez que é inviável a criação de ambientes extrajurídicos e, simultaneamente, consideramos jurisdicionais.

Por fim, demonstrou-se que a violação da ordem pública e dos limites da convenção de arbitragem oferece elementos suficientes para a propositura de ação anulatória contra decisões que desconsiderarem precedentes vinculantes, em uma interpretação da Lei de Arbitragem conforme a Constituição da República.

A observância pelo árbitro dos precedentes (vinculantes) é, de fato, um dos temas mais delicados envolvendo a arbitragem. Seu enfrentamento, diante de tantas vozes respeitadas que já se pronunciaram acerca da matéria, exige determinação.

A advertência final é obtida a partir das reflexões do Justice Cardozo, na obra seminal sobre o tema dos preceden-

tes vinculantes, aqui já antes invocada: *Se um grupo de casos envolve o mesmo ponto, as partes esperam a mesma decisão. Grande injustiça seria decidir casos alternados tomando como base princípios opostos. Se um caso foi decidido contra mim ontem, quando eu era o réu, esperarei o mesmo julgamento hoje, se for o autor. Decidir de modo diferente levantaria um sentimento de injustiça e de ressentimento em meu íntimo; seria uma infração material e moral de meus direitos. Todos sentem a força desse sentimento, quando dois casos são semelhantes. A adesão ao precedente deve, pois, ser a regra e não a exceção, se se quer que os litigantes tenham fé na igualdade de condições na distribuição de justiça pelos tribunais. Sentimento igual em espécie, embora diferente em grau, está na fonte da tendência demonstrada pelo precedente, de estender-se ao longo das linhas de desenvolvimento lógico⁴¹.*

NOTAS

- 1 Sobre a controvérsia entre a natureza jurisdicional ou contratual da arbitragem, ver Carmona (1990, p. 33-40).
- 2 Veja-se também Salomão (2014).
- 3 Sobre a trajetória da arbitragem no Brasil, são válidos os apontamentos do Ministro José Augusto Delgado (2000).
- 4 O Código Comercial, de 1850, estabeleceu a arbitragem como meio de solução obrigatório para diversos conflitos de caráter comercial, entre eles o conflito entre sócio de uma sociedade comercial. No entanto, em 1866 a arbitragem obrigatória foi abolida pela Lei n. 1.350, permanecendo em vigor somente a arbitragem voluntária. O Dec. N. 3.900/1867, por sua vez, estabeleceu que a cláusula compromissória teria natureza de promessa de contratar, não sendo permitida a execução específica desta. (WALD, 2008, p. 242).
- 5 Sobre o acesso à Justiça e as ondas renovatórias, por todos, cf. os próprios idealizadores do movimento: Cappelletti e Garth (2002).
- 6 Sobre os reflexos do movimento de acesso à justiça no Brasil, por todos, cf. Carneiro (1999).
- 7 Aqui, novamente merece o destaque: a arbitragem não foi introduzida por referida lei. Em verdade, apenas houve o oficial reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem, cujas decisões passaram a não mais depender de qualquer homologação judicial para produção de efeitos.
- 8 Cf. Fonseca (2005, p. 40-74).
- 9 Nesse sentido, veja-se ensinamento *Dois motivos levaram o legislador a abandonar a clássica dicotomia sentença-laudo adotada tanto no Código de Processo Civil de 1939 como no de 1973: o primeiro, mais importante e de ordem científica, diz respeito ao reconhecimento da natureza jurisdicional da arbitragem, de*

modo que não se justificaria a adoção de diferença substancial e ontológica) – inexistente – entre a decisão do juiz togado e a do árbitro; o segundo motivo para a alteração da terminologia foi político, eis que o legislador mostrou sua intenção de fortalecer o resultado prático da atividade arbitral, deixando clara a equiparação de efeitos entre sentença estatal e sentença arbitral. [...] Não têm razão aqueles que criticam a terminologia acolhida pelo legislador: utilizando-se o juízo arbitral necessariamente do processo (procedimento animado pelo contraditório), nada mais correto que designar o laudo como sentença arbitral, tudo a reforçar a ideia de que laudo e sentença (estatal) têm a mesma eficácia. (CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 338-340.)

- 10 *Una prima osservazione in relazione al concetto di giurisdizione è che dobbiamo allontanarci subito dall'idea che assimila la giurisdizione allo Stato. È possibile un esercizio di giurisdizione per conto di privati. L'ascesa di alternative dispute resolutions, come l'arbitrato, è stato il primo passo per richiamare l'attenzione sugli "equivalenti giurisdizionali". Vogliamo fin d'ora manifestarci sul carattere giurisdizionale dell'arbitrato, senza tuttavia ignorare l'ampio dibattito in corso sulla sua natura giurisdizionale o meno. A nostro avviso, meno statalismo e più esistenza di un procedimento con garanzie processuali, condotto da un terzo imparziale, sarebbe la nota caratteristica che sussume all'arbitrato nel concetto di giurisdizione. (CABRAL, 2016, p. 366).*
- 11 *É preciso esclarecer que, apesar do expressivo desenvolvimento do instituto, alcançado com a Lei de Arbitragem, foi somente cinco anos após sua promulgação, com o julgamento do leading case SE 5206/EP em 2001, que o STF finalmente sepultou qualquer dúvida sobre a constitucionalidade da opção das partes pela arbitragem, e espancou a insegurança jurídica que cercava o instituto. Assim, tornou-se realidade no Brasil a consolidação do movimento em prol da utilização da arbitragem como método de solução de controvérsias, tanto nos contratos nacionais quanto internacionais. (ARAÚJO, 2015, p. 156).*
- 12 *Não é a lei que delimita os princípios aplicáveis à tutela jurisdicional arbitral, assim como não é o Código de Processo Civil que enumera de modo exaustivo os princípios aplicáveis à jurisdição estatal. Não seria razoável nem proporcional que se atribuísse à arbitragem o poder de gerar um título executivo judicial sujeito à coisa julgada material e com plena exequibilidade pelo Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, negar a aplicabilidade de princípios e garantias constitucionais fundamentais à tutela jurisdicional. Disso decorre ser imperativo que o processo arbitral se desenvolva em consonância e em obediência aos princípios constitucionais que iluminam e norteiam os atos de natureza jurisdicional. (NASSER, 2019, p. 27-28).*
- 13 Cf. Dimoulis (2014, p. 165-168 e 283).
- 14 A respeito da distinção entre jurisprudência e precedente, por todos, v. Taruffo (2011).
- 15 Sobre o tema, permita-se remeter a FUX, Rodrigo. *O novo processo civil brasileiro: ideologia, princípios e institutos*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito Processual da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. 2015.
- 16 *A EC. 45/2004, que foi batizada de 'Reforma*

- do Judiciário', implantou no ordenamento jurídico nacional as súmulas vinculantes, inserindo o art. 103-A na CF/1988. Alterou significativamente o enquadramento da jurisprudência dos tribunais superiores entre as fontes do Direito nacional, aproximando o sistema jurídico brasileiro dos vigentes em países que adotam o modelo anglo-saxão, dos chamados precedentes judiciais. (ADORNO JÚNIOR; SOARES, 2016).
- 17 O que se pretendeu demonstrar com este ensaio é que o recrudescimento da importância do precedente judicial no Direito brasileiro não é um desvirtuamento, senão um aperfeiçoamento, da tradição jurídica com a qual sempre esteve associado o Direito brasileiro. O atual sistema brasileiro de formação, divulgação, aplicação e superação dos precedentes judiciais não se estabeleceu por acaso, nem fora de uma linha evolutiva cujo início remonta ao final do período colonial brasileiro. Ele é, ao contrário, fruto de uma tradição brasileira que se desenvolveu na prática jurídica e, mais recentemente, no pensamento jurídico brasileiro. Além disso, o Direito brasileiro não aderiu, com uma penada legislativa, à tradição jurídica da common law, tão somente porque adotou um sistema de precedentes vinculantes nos seus tribunais superiores, ou porque já instalou um regime de respeito aos precedentes baseado na atribuição de eficácia processual à jurisprudência – afinal, já foram muitas as incorporações de elementos jurídicos transplantados de sistemas ou tradições estrangeiras. Se há um *crossing over* jurídico em curso nos diversos sistemas jurídicos, isto não desnatura a sua forte carga genética que lhes dá identidade e significação. (DIDIER JR.; SOUZA, 2015, p. 106-107).
- 18 Nesse sentido, veja-se: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo (2018, p. 33-34).
- 19 Súmulas são meros enunciados para facilitação da compreensão da jurisprudência dominante dos tribunais. Não podem ser encaradas, por si só, como precedentes judiciais, uma vez que são formuladas pelos tribunais com o simples objetivo de facilitar a identificação dos posicionamentos a respeito de determinadas questões.
- 20 A esse respeito, as decisões enumeradas no art. 927 do CPC trazem importante baliza.
- 21 Especificamente sobre o efeito vinculante decorrente do julgamento de incidentes de resolução de demandas repetitivas, veja-se Aluisio Mendes (2017, p. 233-250).
- 22 Como se sabe, tal garantia encontra expressa previsão no art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República.
- 23 A feliz expressão foi cunhada por Pedro A. Batista Martins.
- 24 O processo de realização do Direito é unitário. Em termos materiais, a fonte do Direito existe quando, como tal, seja localizada pelo intérprete-aplicador. A interpretação e a conformação da fonte inserem-se na espiral hermenêutica. Seria um retrocesso reconceitualizar a matéria, regressando a uma estratificação estanque das fases de realização do Direito. (CORDEIRO, 2016, p. 662).
- 25 Não tem sentido algum admitir que, de um lado, o juiz estatal encontre-se sujeito à incidência do precedente e, de outro, o árbitro esteja livre para afastar a sua observância. Quando nada, maculado estaria o princípio da isonomia, a desacreditar o juízo arbitral (CRUZ E TUCCI, 2016).
- 26 Mas, a despeito da diferença dos institutos, consistiria em manifesta patologia sistêmica admitir-se a possibilidade, de um lado, de o juiz em uma demanda judicial estar vinculado ao precedente e, de outro, o árbitro em processo arbitral não, com fundamento nos princípios da isonomia e da segurança jurídica.
- 27 A fundamentação do *decisum* é ponto crucial da concepção democrática do processo, tanto que insculpida na Carta Magna como garantia fundamental (art. 93, inciso IX). Com efeito, a legitimidade democrática do Judiciário reside no fato de que, em juízo, a solução justa é encontrada pelo Estado-juiz em conjunto com as partes. (FUX; BODART, 2017, p. 422). Ainda sobre o tema da motivação das decisões, cf. Barbosa Moreira (1988, p. 104-120), Wambier (2009, p. 53-65).
- 28 Fux, Bodart (*op. cit.*, p. 423). A mesma lógica deve se aplicar ao juízo arbitral, uma vez que também foi constituído para efetivar a justiça e promover a pacificação social.
- 29 Antes mesmo da entrada em vigor da Lei n. 13.105/2015, muito se discutia sobre a manifesta influência do direito anglo-saxão na elaboração do NCP, que importou técnicas e institutos há muito utilizados nos países de sistema de common law. No afã de conferir maior celeridade processual, a fim de garantir a duração razoável do processo, com respeito às garantias fundamentais do processo, o legislador brasileiro recorreu legitimamente ao Direito Comparado. A partir de uma análise cuidadosa do texto do novo código, verifica-se que sua mens legis não é a conversão cega e absoluta ao sistema do common law ou a adoção irrestrita de instrumentos da-quele sistema legal, mas sim assegurar uma tutela jurisdicional efetiva e compatível com a realidade contemporânea. (FUX, Luiz; FUX, Rodrigo, 2018, p. 27).
- 30 Em nossa visão, a Análise Econômica do Direito pode ser utilizada como um elemento da "caixa de ferramentas" que é o Direito, que pode irrigar as discussões jurídicas com argumentos para resolver casos práticos, ao modo do que as ferramentas fazem (RIBEIRO, 2016, p. 69-70).
- 31 Na mesma direção que Luciano Benetti Timm e Bruno Meyerhof Salama, acreditamos que a Análise Econômica do Direito serve, antes de tudo, para iluminar problemas jurídicos e para apontar implicações das diversas possíveis escolhas normativas. (SALAMA, 2008, p. 50).
- 32 A primeira referência ao conjunto de regras jurídicas como um bem capital, com características de bem público, é o trabalho de Buchanan (2000 [1975]). Para Buchanan, os benefícios decorrentes da criação de uma regra jurídica, isto é, o retorno (*yield*) esperado não é auferido apenas em um período, como um show de fogos de artifício, mas continuamente no futuro, como um farol. O principal objetivo de se adotar leis seria restringir comportamentos em períodos futuros; restrições que, por sua vez, quando impostas a toda a coletividade, permitiriam o planejamento incorporador de previsões mais acuradas. O direito seria, portanto, um bem durável cuja utilidade se usufrui no decorrer do tempo (Buchanan, 2000 [1975], p. 99 e ss.). No ano seguinte à publicação do trabalho de Buchanan, Landes e Posner (1976) elaboraram um modelo econômico para a análise de precedentes legais derivado da teoria de formação de capital e investimento.
- 33 Não há razão para que a inobservância ao precedente pela sentença arbitral seja tutelada de forma mais enérgica que a violação à lei. Embora indesejável, trata-se de erro in iudicando pelo árbitro, o qual escapa aos domínios da ação anulatória, que não pode, nem deve, ser banalizada no Brasil (ROQUE, 2016).
- 34 STJ, REsp n. 1.736.646/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 5/6/2018.
- 35 A ordem pública é uma cláusula geral ou conceito indeterminado, semelhante a outros (boa-fé, bons costumes, moral, justiça, equidade) a que o legislador frequentemente recorre e de que os sistemas jurídicos sofisticados não prescindem. Tal como acontece com outros conceitos indeterminados, também o de "ordem pública" tem de ser densificado ou integrado pela jurisprudência, com o auxílio da doutrina, conferindo-se-lhe conteúdo preceptivo que o habilite a auxiliar as normas de caráter casuístico na regulação das situações concretas.
- 36 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, juizes e Administração Pública, e outra que venha a ser estabelecida livremente pelo árbitro, que resolve a causa sem examinar o enunciado vinculante. A lei declarada inconstitucional em controle concentrado de inconstitucionalidade pelo STF não pode ser aplicada pelo árbitro sem ofensa à ordem pública constitucional. De outra parte, não pode ele deixar (AGUIAR, Ruy Rosado de. *op. cit.*, p. 199).
- 37 Ver, por exemplo, STJ, SEC n. 9.412/EX, Relator para Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. 19/4/2017; STJ, SEC n. 978/GB, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Corte Especial, j. 17/12/2008.
- 38 Nesse mesmo sentido: A ordem pública, que abraça as normas que buscam empreender a coerência e coesão necessária de qualquer sistema jurídico, certamente é hipótese de anulação da sentença arbitral, mesmo sem estar prevista de forma expressa na Lei n. 9.307/96. E esta aplicabilidade não pode jamais se restringir à denominada "ordem pública internacional", ainda mais quando se está diante da sentença arbitral nacional, cujo resultado interessa, em maior medida, ao próprio país prolator da decisão (OLIVEIRA, p. 17).
- 39 Havendo violação da vontade das partes, naturalmente surge a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário. Veja-se: [n]esse cenário, penso que o Poder Judiciário é competente para dirimir as questões necessárias à instauração do juízo alternativo de resolução de conflitos, inclusive a alegada inexistência da cláusula compromissória, de modo a tomar

efetiva a vontade das partes ao instituírem a cláusula compromissória (STJ, CC n. 151.130/SP, Relator para Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. 27/11/2019).

- 40 A esse respeito, vale lembrar que *oportunidade para interpretação conforme a Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição* (MENDES, 1996, p. 222).
- 41 Cardozo, Benjamin N., *A natureza do Processo e a Evolução do Direito*, Ed. Nacional de Direito, p. 150.

REFERÊNCIAS

- ADORNO JÚNIOR, Hécio Luiz; SOARES, Marcele Carine dos Praseres. A alteração do sistema das fontes do direito brasileiro pelas súmulas vinculantes e pelos princípios normativos. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 42, n. 170, p. 187-201, jul./ago. 2016.
- 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, DF: STJ, 2019. p. 193-224.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23/09/1996)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 3 out. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral-vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais>. Acesso em: 13 abr. 2020.
- ARAÚJO, Nádia. O STJ e a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras: dez anos de atuação. In: TIBÚRCIO, Carmen; MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael (org.). *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*: Festschrift ao professor Jacob Dolinger. Belo Horizonte: Arraes, 2015.
- ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In: BASTOS, Antonio Adonias Aguiar; DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.); VICTOR, Alexandre Gois de et al. *Projeto do novo Código de processo civil: 2ª série*: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos. Salvador: JusPODIVM, 2012.
- BAR-GILL, Oren. The evolution and persistence of optimism in litigation. *Journal of Law, Economics & Organizations*, New Haven, CT, v. 22, n. 2, Fall 2006.
- BASÍLIO, Ana Tereza. A arbitragem e a sua controversa vinculação aos precedentes do novo Código de processo civil. *Justiça e Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 217, 10 set. 2018. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/arbitragem-e-sua-controversa-vinculacao-aos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em: 13 abr. 2020.
- BELLOCCHI, Márcio. *Precedente vinculantes e a extensão da expressão "aplicação do direito brasileiro" na Convenção de arbitragem*. Orientador: Alvim, Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim. 2017. 227 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, 2017. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20254>. Acesso em: 11 abr. 2020.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2017.
- CABRAL, Antonio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione. In: BRIGUGLIO, Antonio; MARTINO, Roberto; PANZAROLA, Andrea; SASSANI, Bruno. *Scritti in onore di Nicola Picardi*. Pisa: Pacini Editore, 2016. Tomo I.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. E-book.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*: Lei n.º 9.307/96. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- CARAMELO, Antônio Sampaio. Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, n. 32, p. 133-173, jan./mar. 2012.
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 58, p. 33-40, abr./jun. 1990.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: Juizados especiais cíveis e ação civil pública*: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CORDEIRO, Menezes Antônio. *Tratado de direito civil*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2016. Tomo I.
- CREMASCIO, Suzana Santi; SILVA, Tiago Eler. O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 59, p. 367-404, jul./dez. 2011.
- DELGADO, José Augusto. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 1-24, maio/ago. 2000. Disponível em: http://www.escolamp.org.br/arquivos/22_05.pdf. Acesso em: 13 abr. 2020.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 1.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, n. 2, p. 99-120, jul./dez. 2015.
- DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A arbitragem e os precedentes judiciais*: observância, respeito ou vinculação? Orientador: Cahali, Francisco José. 2017. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, 2017.
- FONSECA, Rodrigo Garcia. Reflexões sobre a sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 40-74, jul./set. 2005.
- FUX, Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 269, p. 421-432, jul. 2017.
- FUX, Luiz; FUX, Rodrigo. O novo Código de processo civil à luz das lições de José Carlos Barbosa Moreira, um gênio para todos os tempos. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 22-38, jan./abr. 2018.
- FUX, Rodrigo. *O novo Processo civil brasileiro*: ideologia, princípios e institutos. Orientador: Luiz Fux. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito Processual, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, 2015.
- GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário*: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Orientador: Bernardo Pinheiro Machado Mueller. 2012. 146 f. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Departamento de Economia, UnB, Brasília, DF, 2012, p. 27. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/File/46462/44453>. Acesso em: 6 maio 2020.
- GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.
- KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Fairness versus welfare. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 114, n. 4, p. 961-1388, Feb. 2001.
- KATCHI, Antônio. *Dicionário da parte geral do Código civil português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e perspectivas da arbitragem no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 13, n. 50, p. 79-94, jul./set. 2016.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BARIONI, Rodrigo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A causa de pedir das ações anulatórias de sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 265-276, jul./set. 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTINS, Pedro A. Batista. O Poder judiciário e a arbitragem: quatro anos da Lei nº 9.307/96: (parte I e II). *Batista Martins Advogados*, Rio de Janeiro, 46 p. ago. 2017. Disponível em: <http://batistamartins.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/o-poder-judiciario-e-arbitragem-quatro-anos-da-lei-n-9-30796-parte-i-e-ii.pdf>. Acesso em: 14 maio 2020.
- MARTINS, Pedro A. Batista. Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado n. 78/92. *Batista Martins Advogados*, Rio de Janeiro, 48 p. 1995. Disponível em: <http://batistamartins.com/anotacoes-sobre-arbitragem-no-brasil-e-o-projeto-de-lei-do-senado-n-7892/>. Acesso em: 14 maio 2020.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luis Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, DF, ano 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 92, p. 87-104, out./dez. 1998.
- NASSER, Paulo Magalhães. *Vinculações arbitrais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Anulação da sentença arbitral nacional por violação da ordem pública*. Disponível em: www.academia.edu. Acesso em: 13 maio 2020.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 9. ed. New York: Wolters Kluwer, 2014.
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como "caixa de ferramentas"*: uma nova abordagem

da ação pública. São Paulo: Malheiros, 2016.

ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC: precedente vinculante não pode ser causa da ruína da arbitragem no Brasil. *Jota*, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016>. Acesso em: 13 abr. 2020.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é direito e economia*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito & economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SALOMÃO, Luis Felipe. *A atualização da lei de arbitragem*. *Migalhas*, São Paulo, 19 nov. 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/211461/a-atualizacao-da-lei-de-arbitragem>. Acesso em: 4 maio 2020.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e precedentes: cinco premissas, cinco conclusões, um epílogo (e um vídeo). *Migalhas*, São Paulo, 3 set. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/286703/arbitragem-e-precedentes-cinco-premissas-cinco-conclusoes-um-epilogo-e-um-video>. Acesso em: 13 abr. 2020.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 199, p. 139-155, set. 2011.

TEMER, Sofia. Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 278, p. 523-543, abr. 2018.

TIBÚRCIO, Carmen. Arbitragem no Brasil: panorama dos últimos 15 anos. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO (org.) *Arbitragem: temas contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da law and economics. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 178, p. 153-179, dez. 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O árbitro e a observância do precedente judicial. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 1 nov. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>. Acesso em: 13 abr. 2020.

WALD, Arnoldo. Maturidade e originalidade da arbitragem no direito brasileiro. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (org.); ACERBI, Andrea Goes et al. *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 168, p. 53-65, fev. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Em direção ao Common Law? In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual*: homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do Processo civil*: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da justiça no Processo civil brasileiro. Orientador: em Harvard Law School (Oren Bar-Gill); Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de processo civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmáti-

ca dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 235, p. 293-349, set. 2014.

Artigo recebido em 29/7/2020.

Artigo aprovado em 31/8/2020.

Luis Felipe Salomão é ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ, Presidente da Comissão de Juristas que elaborou anteprojeto da ampliação da Lei de Arbitragem e a Lei de Mediação. Doutor *honoris causa* em Ciências Sociais e Humanas pela Universidade Cândido Mendes. Professor Emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Escola Paulista da Magistratura.

Rodrigo Fux é Advogado, Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.