

OS PRECEDENTES NA ARGITRAGEM: UMA ANÁLISE À LUZ DO *COMMON LAW* INGLÊS E DO *CIVIL LAW* BRASILEIRO

GABRIELA NAZARETH VELOSO RIBEIRO

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Ciência Jurídica Forense

Orientação: Profa. Dra. Maria João Mimoso

Novembro/2020



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Gabriela Nazareth Veloso Ribeiro

**OS PRECEDENTES NA ARBITRAGEM: UMA ANÁLISE À
LUZ DO *COMMOM LAW* INGLÊS E DO *CIVIL LAW*
BRASILEIRO**

Trabalho apresentado à
Universidade Portucalense Infante
D. Henrique como requisito parcial à
obtenção do grau de mestre em
Ciência Jurídica Forense.

Orientadora: Profa. Dra. Maria João
Mimoso

Porto, Portugal
2020

À minha querida tia Lourdes, que para sempre viverá dentro de nós, como fruto do amor que plantou e da lição de força que nos deixou. Espero um dia, quando a reencontrar, ter sido capaz de tocar tantos corações como ela o foi.

AGRADECIMENTOS

Aproveito o encerramento de mais este importante ciclo em minha jornada acadêmica para agradecer, de forma muito especial, àquelas pessoas que estiveram ao meu lado e foram diretamente responsáveis por esta conquista.

Agradeço, primeiramente, à minha família, aqui representada por meus pais, Gilda e Robério, minhas irmãs, Rafaela e Carolina, e meu marido, Henrique, por sempre encorajarem de maneira tão entusiasta todos os meus projetos e sonhos, por serem ombro amigo e colo de aconchego em todo o meu caminho, além de constante inspiração e força.

Aos meus parceiros de luta diária na advocacia, integrantes do escritório Trindade & Reis, agradeço pelo apoio e pela oportunidade de uma convivência tão rica em trocas e aprendizados; e, em especial à Dra. Anna Maria da Trindade dos Reis, agradeço por sempre incentivar nossos estudos e proporcionar experiências acadêmicas tão enriquecedoras.

À querida Professora Maria João Mimoso, agradeço pela gentileza de compartilhar seus valiosos conhecimentos na área de arbitragem e por dedicar-se com maestria à orientação deste trabalho.

Aos demais professores e toda a equipe da Universidade Portucalense, sou grata por tão carinhosamente receberem em seu país a mim e a todos os meus queridos colegas de turma, a quem também dedico um agradecimento muito especial por tornarem esta jornada mais leve e divertida.

E, ainda, ao Professor Guilherme Rizzo Amaral, agradeço a gentileza de contribuir em minhas pesquisas por meio do compartilhamento de seu livro, sem dúvida uma obra essencial a todos que estudam sobre o uso de precedentes na arbitragem.

RESUMO

Com o vertiginoso crescimento da arbitragem ao redor do mundo nas últimas décadas, ela tem se consolidado como mecanismo alternativo de resolução de conflitos. Apesar da autonomia e independência da jurisdição arbitral em relação à estatal, há pontos de confluência entre as duas, sendo que o presente trabalho propõe-se a analisar um desses pontos: o uso de precedentes – ferramenta há muito consolidada no âmbito do Judiciário – na arbitragem. Sob a ótica do *common law* inglês, do *civil law* brasileiro e também com enfoque na arbitragem internacional, analisa-se se os precedentes possuem força vinculante perante os árbitros, concluindo-se que a resposta a esta questão é afirmativa no recorte aqui proposto, havendo inclusive mecanismos previstos nas legislações nacionais para coibir, por meio da intervenção judicial, eventual inobservância ou desrespeito aos precedentes (que não se confunde com sua má-aplicação, a qual não comporta tutela judicial). O presente trabalho também estudará a possibilidade de formação de precedentes arbitrais, concluindo que é perfeitamente possível que os árbitros criem precedentes, desde que observado que não possuirão força vinculante, mas apenas persuasiva. A metodologia aplicada é de vertente jurídico-dogmática e buscará uma reflexão de *iure condendo*, a partir do estudo do estado da arte.

Palavras-chave: Arbitragem. *Civil law*. *Common law*. Precedentes arbitrais. Precedentes judiciais.

ABSTRACT

Given the vertiginous growth of arbitration around the world in the last decades, it has consolidated itself as an alternative conflict resolution mechanism. Despite the autonomy and independence of the arbitral jurisdiction in relation to the state jurisdiction, there are points of confluence between these two, and the present study aims to analyze one of these points: the use of precedents – a tool already consolidated in the Judiciary system – in arbitration. From the perspective of English common law, Brazilian civil law and also focusing on international arbitration, it is analyzed whether the precedents have binding force before the arbitrators, concluding that the answer to this question is affirmative. In national laws, there are even mechanisms provided to prevent, through judicial intervention, eventual non-compliance or disrespect to precedents (which is not to be confused with its misapplication, which does not include judicial protection). The present study will also analyze the possibility of setting arbitration precedents, concluding that it is perfectly possible for arbitrators to set precedents, but they are not binding, only persuasive. The applied methodology is of a juridical-dogmatic aspect and will seek a reflection of *iure condendo*, from the study of the state of art.

Keywords: Arbitration. Civil law. Common law. Arbitral precedents. Binding precedents.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	7
1 ARBITRAGEM.....	10
1.1 Conceito e histórico.....	10
1.2 Natureza Jurídica.....	17
1.2.1 Teoria contratualista (ou privatista).....	17
1.2.2 Teoria jurisdicional (ou publicista).....	19
1.2.3 Teoria mista.....	21
1.2.4 Posição adotada: a natureza jurisdicional da arbitragem.....	22
1.3 Classificação da arbitragem.....	24
1.3.1 Arbitragem de direito e arbitragem de equidade.....	24
1.3.2 Arbitragem <i>ad hoc</i> e arbitragem institucional.....	25
1.3.3 Arbitragem internacional e arbitragem doméstica.....	27
2 O PAPEL DO PRECEDENTE JUDICIAL NO <i>COMMON LAW</i> E NO <i>CIVIL LAW</i>.....	29
2.1 <i>Common law</i> inglês.....	29
2.1.2 Formação histórica.....	29
2.1.2 O precedente vinculante – <i>stare decisis</i>	31
2.1.3 Conceitos essenciais para operação com precedentes: <i>ratio decidendi</i> , <i>obiter dicta</i> , <i>distinguishing</i> e <i>overruling</i>	36
2.2 <i>Civil law</i>.....	38
2.2.1 Formação histórica.....	39
2.2.2 A lei como fonte primária do direito e o papel secundário da jurisprudência.....	42
2.3 A aproximação entre os dois sistemas.....	44
2.3.1 O <i>civil law</i> brasileiro e sua adesão à lógica do precedente vinculante.....	47
3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULAM OS ÁRBITROS?.....	55
3.1 Inglaterra.....	56
3.1.1 Os precedentes e seu efeito vinculante perante arbitragem amparada em direito anglo-saxão.....	56
3.1.2 Medidas cabíveis em caso de decisão arbitral que desrespeite precedente: <i>appeal on point of law</i>	58
3.2 Brasil.....	68

3.2.1 O dever de observância aos precedentes na arbitragem regida por direito brasileiro.....	68
3.2.2 A interferência do Judiciário na hipótese de não aplicação de precedente vinculante pelo árbitro: reclamação ou ação anulatória?.....	75
3.3 Arbitragem internacional.....	81
3.3.1 A força dos precedentes perante os árbitros internacionais.....	81
3.1.2 Mecanismos de controle na arbitragem internacional.....	84
4 PRECEDENTES ARBITRAIS: OS ÁRBITROS PODEM CRIAR PRECEDENTES?.....	88
4.1 Conceito e origens.....	88
4.2 Os benefícios no uso de precedentes arbitrais.....	92
CONCLUSÃO.....	97
REFERÊNCIAS.....	103

INTRODUÇÃO

Desde os fins do século XX, foi se tornando cada vez mais comum, para cidadãos de diversos países do mundo que submetem suas demandas ao Poder Judiciário, o ônus de aguardar durante anos pela solução de seus litígios, com instruções processuais morosas, possibilidades de recursos quase intermináveis para variadas instâncias e decisões que nem sempre possuem o nível desejável de conhecimento técnico sobre a matéria *sub judice*.

Avessos a essa realidade, fatores como o avanço da globalização e da era digital, o estreitamento dos laços e crescimento das trocas entre pessoas, mercadorias e capitais de diferentes cantos do mundo, em especial para fins de comércio, têm gerado conflitos que clamam por soluções cada vez mais rápidas e com maior nível de especialização.

Nessa esteira, sendo claros os sinais de que as soluções estatais comuns não têm sido capazes de atender satisfatoriamente às demandas do mundo moderno, a arbitragem se coloca como alternativa viável.

Privilegiando a autonomia da vontade das partes, a arbitragem oferece aos litigantes a possibilidade de pactuar um procedimento célere e simples, fixar regras sobre sua possível confidencialidade e eleger a norma que melhor entenderem cabível para a solução do mérito da sua controvérsia, inclusive com a possibilidade de elegerem normas de direito internacional ou optarem por um julgamento por equidade.

Dá às partes, ainda, a prerrogativa de escolherem um árbitro que possua conhecimento técnico aprofundado na área do litígio, a fim de possibilitar sentenças qualitativamente mais apuradas e com eficácia transnacional.

Historicamente, há registros de práticas arbitrais desde as civilizações mais remotas. Porém, os fundamentos da arbitragem da forma como hoje são conhecidos somente foram estabelecidos ao longo do século XX.

O Protocolo de Genebra de 1923 e a Convenção de Genebra foram instrumentos essenciais para fixação de suas principais diretrizes, seguidos da Convenção de Nova York (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*) em 1958, da *UNCITRAL Arbitration Rules* em 1976 e da *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* – Lei Modelo UNCITRAL em 1985, que auxiliaram no desenvolvimento da estrutura legal internacional do instituto.

Não há dúvidas de que a arbitragem, enquanto mecanismo alternativo à solução judicial de conflitos, possui autonomia e independência em relação ao Poder Judiciário. Entretanto, isso não significa que haja um distanciamento absoluto entre as justiças pública e privada.

Pelo contrário, há diversos pontos de intersecção entre os dois mecanismos de solução de conflitos, sendo que sua atuação deve funcionar sempre de forma coordenada e complementar, na busca pelo fim maior de pacificação social e obtenção de justiça.

O presente trabalho tem o objetivo de explorar um importante ponto de confluência entre as jurisdições estatal e arbitral, relativo ao uso de precedentes (mecanismo tradicionalmente utilizado pelo Poder Judiciário) pela arbitragem.

A primeira questão que se coloca é saber se os precedentes oriundos do Poder Judiciário (aqui chamados de precedentes judiciais) devem ser obrigatoriamente observados pelos árbitros ou se há, para eles, liberdade plena para decidirem inclusive em sentido contrário aos precedentes.

Evidentemente, o estudo desta questão não pode deixar de considerar que, a nível mundial, existem sistemas jurídicos distintos, nos quais os precedentes judiciais podem assumir maior ou menor importância.

Ordenamentos adeptos do *common law*, tal como o do Reino Unido, adotam o precedente judicial como principal fonte de direito, de onde se extrai um comando a ser aplicado, por indução, à solução de conflitos futuros que sejam idênticos.

Já os ordenamentos adeptos do *civil law* adotam a lei como fonte primária de direito, a qual estabelece um comando geral e abstrato a ser aplicado aos casos futuros por meio de um raciocínio dedutivo. Neste sistema, as decisões judiciais tendem a funcionar apenas como argumento de reforço, sem o condão de produzir efeitos vinculantes para casos futuros, tampouco de criar direito novo.

Apesar desta ser a visão mais tradicional do *civil law*, o Brasil tem implementado de forma paulatina em sua legislação (notadamente, no Código de Processo Civil de 2015) um sistema de precedentes totalmente único, que confere a alguns tipos específicos de decisões judiciais uma peculiar força vinculante.

Destarte, a análise da aplicabilidade dos precedentes judiciais na arbitragem será feita, no presente trabalho, a partir de uma perspectiva comparada entre o *common law* inglês e o *civil law* brasileiro, além de se analisar a celeuma no âmbito da arbitragem internacional.

O presente estudo também explorará a relação entre arbitragem e precedentes na perspectiva inversa, a dos precedentes arbitrais; com vistas a analisar se o árbitro é capaz de produzir precedentes a vincularem outros árbitros ou eventualmente até mesmo o Poder Judiciário.

A fim de responder estes questionamentos, o trabalho será dividido em quatro capítulos, sendo que os dois primeiros serão dedicados à revisão de alguns

institutos e conceitos básicos que conformarão importantes premissas para a argumentação a ser construída nos demais.

No primeiro capítulo, será feito um estudo mais aprofundado acerca da arbitragem, apresentando-se o histórico de seu surgimento, seu conceito e as discussões mais relevantes no tocante à sua natureza jurídica e suas principais classificações.

No segundo capítulo, serão analisados os principais sistemas jurídicos (inclusive do ponto de vista histórico) e o papel que o precedente judicial assume em cada um deles como fonte de direito (primária ou secundária).

Já no capítulo 3, será propriamente analisada a possível vinculação dos árbitros aos precedentes nos dois ordenamentos jurídicos mencionados (Inglaterra e Brasil), bem como no âmbito da arbitragem internacional.

Por fim, o capítulo 4 explorará a possibilidade de formação dos chamados precedentes arbitrais e seus impactos perante a comunidade arbitral.

A metodologia adotada nesta pesquisa, de vertente jurídico-dogmática, terá por base o estado da arte quanto ao uso dos precedentes no âmbito da arbitragem, permitindo uma reflexão de *iure condendo* acerca do tema.

1 ARBITRAGEM

1.1 Conceito e histórico

Desde os primórdios, os homens vivem agrupados em sociedades, que nada mais são do que reuniões de indivíduos que necessitam uns dos outros em diversos aspectos (seja físico, afetivo, emocional, reprodutivo, etc), mas que possuem, ao mesmo tempo, interesses e aspirações distintos e em constante fluxo de interação.

Dada a natureza peculiar do homem em relação a outros seres que igualmente se organizam em grupos, não é difícil perceber que, de suas interações intersubjetivas, emergem uma série de conflitos e insatisfações que demandam a criação de mecanismos de pacificação para compor as tensões e evitar situações de colapso.

Dentro desse contexto, o Estado surgiu como um importante instrumento de pacificação social, retirando dos particulares o direito de “fazer justiça com as próprias mãos” e, assim, atraindo para si a função de julgar os conflitos e promover a paz social¹.

Ocorre que, com a evolução da sociedade, houve um aumento inimaginável na demanda social pela atuação do Estado-juiz, de modo a criar, em diversos países do mundo, situações de grave congestionamento judiciário e morosidade. Dessa forma, para ajudar a dar vazão à tamanha demanda, passou-se a incentivar, nas últimas décadas, o uso de meios alternativos de solução de litígios, que sejam reconhecidos pelo Estado e funcionem em complementaridade à sua atuação.

Segundo Gáudio Ribeiro de Paula, os métodos alternativos de composição de litígios “têm se apresentado como um dos instrumentos de superação do estado de *insolvência jurisdicional* em que se encontram os órgãos judiciários de diversos países”².

Os meios alternativos de composição de controvérsias podem ser qualificados como autocompositivos ou heterocompositivos.

A autocomposição é mecanismo não jurisdicional de solução de disputas em que as partes, de maneira autônoma, sem a imposição da vontade de um terceiro, entabulam uma solução para o seu conflito³.

¹ AVELINO, Geraldo Antônio. *Resolução Alternativa de Litígios: Arbitragem em Conflitos Individuais Laborais*. Dissertação de Mestrado, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2016 [consult. 16 mai. 2020]. Disponível em http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3073/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_para_impress%C3%A3o%20final_UAL.pdf. P. 16.

² PAULA, Gáudio Ribeiro de. Arbitrabilidade dos litígios individuais laborais à luz do ordenamento luso-brasileiro. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jul. 2018, v. 44, n. 191, pp. 235-278. ISSN: 0102-8774. P. 236.

³ AVELINO, Geraldo Antônio. *Resolução Alternativa de Litígios: Arbitragem em Conflitos Individuais Laborais*. Dissertação de Mestrado, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2016 [consult. 16 mai. 2020]. Disponível em http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3073/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_para_impress%C3%A3o%20final_UAL.pdf. P. 22.

Note-se que o fato de não haver a imposição de vontade de um terceiro não significa que não possam haver impulsos externos na busca pela construção da solução do litígio. Pelo contrário, nas modalidades mais comuns de autocomposição, como a conciliação e a mediação, há a participação de um terceiro (imparcial e despido de poder decisório) que envidará esforços para ajudar na identificação e desenvolvimento de uma solução consensual a ser entabulada pelas partes⁴.

Por sua vez, os meios heterocompositivos envolvem a atuação de um terceiro dotado de poder para impor uma solução ao caso. A autonomia da vontade dos litigantes não deixa de ser importante nas modalidades heterocompositivas não estatais, na medida em que as partes, salvo em algumas exceções previstas em lei⁵, têm de fazer a opção pela adoção da heterocomposição não estatal⁶.

Porém, é esse o limite da autonomia da vontade: apenas quanto à adoção do mecanismo heterocompositivo não estatal. Quanto à solução a ser aplicada ao caso, é adjudicada pelas partes a um sujeito exterior.

A modalidade de heterocomposição não estatal mais comum (e mais importante, no que toca ao presente trabalho) é a arbitragem. Carlos Alberto Carmona a define como “meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal”, sendo que a decisão a ser proferida deve “assumir a mesma eficácia da sentença judicial”⁷.

Trata-se, portanto, de “mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes”⁸.

A arbitragem, enquanto método voluntário de solução de controvérsia, deve ser entabulada pelas partes na forma escrita, por meio de uma convenção de arbitragem, que pode assumir duas formas: compromisso arbitral ou cláusula compromissória.

⁴ AVELINO, Geraldo Antônio. *Resolução Alternativa de Litígios: Arbitragem em Conflitos Individuais Laborais*. Dissertação de Mestrado, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2016 [consult. 16 mai. 2020]. Disponível em http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3073/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_para_impress%C3%A3o%20final_UAL.pdf. P. 23.

⁵ Há algumas hipóteses em que o uso de mecanismos alternativos de composição de litígio é imposto por lei. Como exemplo, pode-se mencionar o artigo 508 do Código do Trabalho de Portugal (Lei n. 7/2011), o qual prevê que, em se tratando de conflitos resultantes de celebração de convenções coletivas de trabalho, a arbitragem é obrigatória, e não apenas facultativa. Na mesma linha, pode-se mencionar o artigo 510 do mesmo *Códex*, o qual estabelece a arbitragem como sendo necessária na hipótese em que, após a caducidade de uma ou mais convenções coletivas, não seja celebrada nova convenção nos doze meses subsequentes, bem como não haja outra convenção aplicável a pelo menos 50% dos trabalhadores.

⁶ AVELINO, Geraldo Antônio. *Resolução Alternativa de Litígios: Arbitragem em Conflitos Individuais Laborais*. Dissertação de Mestrado, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2016 [consult. 16 mai. 2020]. Disponível em http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3073/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_para_impress%C3%A3o%20final_UAL.pdf. P. 28.

⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 978-85-224-5584-3. P. 31.

⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 978-85-224-5584-3. P. 31.

A cláusula compromissória costuma ser entabulada no contrato original firmado entre as partes, a fim de prever a arbitragem como maneira de solução para conflitos futuros. Já o compromisso arbitral constitui uma celebração de acordo em separado, posterior à conclusão do contrato original ou ao fato que lhe deu ensejo, logo que a controvérsia se apresenta⁹.

Historicamente, há registros da adoção de práticas arbitrais desde as civilizações mais remotas. O Código de Hammurabi, editado pelo Rei Hammurabi (1728-1686 a.C.) na Babilônia, já franqueava aos seus cidadãos a possibilidade de uso da justiça privada¹⁰.

Na Grécia antiga, era comum o uso de arbitragem não apenas para disputas privadas, mas também para pôr fim a conflitos havidos entre duas cidades-estados. Nesse sentido, vale destacar a existência de uma forma embrionária de cláusula compromissória no Tratado Atenas-Esparta, de 445 a.C., responsável por encerrar o conflito entre as duas cidades¹¹.

Na civilização romana, os historiadores afirmam que a justiça arbitral antecedeu a própria jurisdição estatal. Desde as origens de Roma, sob o comando da Realeza (em 754 a.C.) até o período de Diocleciano (no século III d.C.), os julgamentos eram realizados por um *iudex* ou *arbitrer*, particular idôneo que não integrava o corpo funcional romano. Apenas com a publicização do Estado romano é que, com vistas a instituir o poder absoluto do imperador e concentrar suas forças, a arbitragem perdeu força e, assim, deu lugar à jurisdição estatal¹².

Com a queda do império romano, houve uma lacuna de poder que foi tomada por povos com fraca ou até mesmo ausente organização judiciária e estatal, de modo que a arbitragem voltou a ganhar força na Idade Média¹³.

A crise do poder estatal fez com que houvesse uma tendência natural à busca por meios alternativos para a resolução de conflitos. Segundo Francesco Zapallá, a arbitragem acabava se colocando como expressão de determinados grupos econômicos sociais que se identificavam muito mais nas próprias manifestações do que nas instituições estatais, “a ponto de considerarem mais seguro e muito natural resolver

⁹ LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Arbitragem: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. ISBN 978-85-309-2054-8. P. 12.

¹⁰ FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. P. 22.

¹¹ FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. P. 22.

¹² FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. P. 23.

¹³ ZAPPALÁ, Francesco. Memória histórica da arbitragem. *Revista de Direito da Universidade FUMEC*. Belo Horizonte: Ed. Meritum, jan./jul. 2011, v. 6, n. 1, pp. 101-132, ISSN: 2238-6939. P. 116.

entre si as controvérsias, confiando-as a um deles ao invés de a um juiz de uma estrutura considerada estranha”¹⁴.

Há referências a formas de juízo arbitral em diversas fontes medievais, em especial no direito canônico. Isto porque a Igreja Católica exerceu papel importantíssimo na arbitragem, especialmente quando da solução de conflitos originados nas demarcações de fronteiras, bastante comuns na época. Quem atuava como árbitro era o Papa ou auxiliares e bispos por ele indicados. Nesse período, diversos contratos mercantis advindos da expansão do comércio marítimo passaram a conter cláusulas compromissórias¹⁵.

Com a conquista das Américas, a Espanha promulgou diversas disposições para o novo continente, no qual se previa o instituto da arbitragem: *Las Leyes de Toro* de 1505, durante o reinado de Juana *La Loca*, a *Recopilacion de las Leyes de los Reinos de las Indias*, de 18 de maio de 1680, durante o reinado de Carlos II, as *Ordenanzas de Bilbao* e a *Novísima Recopilación*, ambas editadas por Carlos IV, em 1737 e 1805, respectivamente¹⁶.

Portugal também teve diversas compilações legislativas que continham previsões de arbitragem, tais como as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1514), as Ordenações Filipinas (1603) e até mesmo o Tratado de Tordesilhas, estabelecido entre Portugal e Espanha em 1494, cujo árbitro era o Papa Alexandre VI¹⁷.

Embora tenha havido um longo período em que a classe comerciante possuía força o suficiente para evitar a intervenção da coroa imperial acerca da forma de resolução de seus conflitos, a arbitragem entrou em declínio com a ascensão do poder monárquico e o fortalecimento do poder do Estado moderno, que estabelecia a necessidade de submeter qualquer manifestação de função judiciária à vontade do rei¹⁸.

A classe mercantil deixou de ser a construtora do seu próprio direito e de seus próprios mecanismos de resolução de litígios. O direito comercial de classe deu lugar a um direito do Estado, que deixava de ser universal e tornava-se nacional. Era clara a

¹⁴ ZAPPALÁ, Francesco. Memória histórica da arbitragem. *Revista de Direito da Universidade FUMEC*. Belo Horizonte: Ed. Meritum, jan./jul. 2011, v. 6, n. 1, pp. 101-132, ISSN: 2238-6939. Pp. 115-116.

¹⁵ AVELINO, Geraldo Antônio. *Resolução Alternativa de Litígios: Arbitragem em Conflitos Individuais Laborais*. Dissertação de Mestrado, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2016 [consult. 16 mai. 2020]. Disponível em http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3073/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_para_impress%C3%A3o%20final_UAL.pdf. P. 34.

¹⁶ ZAPPALÁ, Francesco. Memória histórica da arbitragem. *Revista de Direito da Universidade FUMEC*. Belo Horizonte: Ed. Meritum, jan./jul. 2011, v. 6, n. 1, pp. 101-132, ISSN: 2238-6939. P. 119.

¹⁷ FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. P. 24.

¹⁸ ZAPPALÁ, Francesco. Memória histórica da arbitragem. *Revista de Direito da Universidade FUMEC*. Belo Horizonte: Ed. Meritum, jan./jul. 2011, v. 6, n. 1, pp. 101-132, ISSN: 2238-6939. P. 120.

progressiva tendência de concentração do exercício jurisdicional como função pública¹⁹.

Porém, ao questionar o Absolutismo, a Revolução Francesa novamente fez florescer a arbitragem, enquanto manifestação da liberdade e autonomia dos cidadãos e mecanismo adequado contra os abusos, altos encargos e lentidões da justiça estatal²⁰.

A Assembleia Geral francesa erigiu a arbitragem à categoria de princípio constitucional da Constituição de 1791, de modo a assegurar o direito dos cidadãos de resolverem definitivamente seus conflitos por esta via sem sofrer qualquer tipo de restrição por parte do Poder Executivo ou Legislativo²¹.

Na era contemporânea, a França fez sua primeira previsão de arbitragem em legislação datada de 1806, em seu Código de Processo Civil; ao passo que os Estados Unidos da América o fizeram em 1925, por meio do *Federal Arbitration Act*²².

Na Europa e nos Estados Unidos, a arbitragem foi ganhando bastante força ao longo do século XX, em especial após o renascimento econômico havido depois da Segunda Guerra Mundial, em que os fluxos de interação da sociedade, não apenas comerciais, mas também de natureza social e cultural, alcançaram níveis astronômicos²³.

Nesse contexto, o direito estatal tornou-se insuficiente para resolução de conflitos transnacionais e, com isso, a entabulação de contratos entre pessoas privadas acabou suprimindo um vazio normativo e os limites de soberania estatal, que se colocavam como obstáculos da nova classe mercantil²⁴.

As constantes e crescentes interações de mercados internacionais geraram uma demanda pela globalização da justiça, em que as partes preferem se submeter à arbitragem por enxergarem nela “foro neutro, especializado, flexível, confidencial e célere”²⁵.

Com isso, foram criados diversos centros e associações privadas, em âmbito internacional, com o objetivo de harmonizar as normas internas dos diversos Estados

¹⁹ ZAPPALÁ, Francesco. Memória histórica da arbitragem. *Revista de Direito da Universidade FUMEC*. Belo Horizonte: Ed. Meritum, jan./jul. 2011, v. 6, n. 1, pp. 101-132, ISSN: 2238-6939. P. 121.

²⁰ ZAPPALÁ, Francesco. Memória histórica da arbitragem. *Revista de Direito da Universidade FUMEC*. Belo Horizonte: Ed. Meritum, jan./jul. 2011, v. 6, n. 1, pp. 101-132, ISSN: 2238-6939. P. 122.

²¹ ZAPPALÁ, Francesco. Memória histórica da arbitragem. *Revista de Direito da Universidade FUMEC*. Belo Horizonte: Ed. Meritum, jan./jul. 2011, v. 6, n. 1, pp. 101-132, ISSN: 2238-6939. P. 122.

²² FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. Pp. 24-25.

²³ Conforme comenta Zappalá, “Na sociedade de mercado global, a organização tem dimensões planetárias, nas quais não circulam apenas produtos, mas também contratos de *know-how*, de *joint venture* e tantas quanto são as possibilidades da criatividade empreendedora”.

ZAPPALÁ, Francesco. Memória histórica da arbitragem. *Revista de Direito da Universidade FUMEC*. Belo Horizonte: Ed. Meritum, jan./jul. 2011, v. 6, n. 1, pp. 101-132, ISSN: 2238-6939. P. 125.

²⁴ ZAPPALÁ, Francesco. Memória histórica da arbitragem. *Revista de Direito da Universidade FUMEC*. Belo Horizonte: Ed. Meritum, jan./jul. 2011, v. 6, n. 1, pp. 101-132, ISSN: 2238-6939. P. 125.

²⁵ FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. P. 14.

envolvidos no comércio internacional e permitir a instituição de princípios e normas transnacionais de arbitragem. Como exemplo, pode-se citar a *International Law Association – ILA* (1873), o *International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT* (1926) e a *United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL* (1966)²⁶.

Também foi criada, em 1958, a Convenção de Nova York (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*), a qual garante a validade e exequibilidade transnacional de sentenças arbitrais, e inclusive já conta, segundo dados de 2017, com mais de 170 países signatários²⁷.

Em 1985, foi criada a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, que assumiu importância ímpar na regulamentação do tema e acabou servindo até mesmo como inspiração para diversas legislações estatais de arbitragem, tal como o *England Arbitration Act de 1996* (EAA), que é a atual legislação vigente na Inglaterra.

Embora estes movimentos de fortalecimento e valorização da arbitragem tenham se apresentado na Europa e nos Estados Unidos desde a segunda metade do século passado, somente vieram a se apresentar na América Latina mais recentemente.

Esse desenvolvimento mais tardio no âmbito da América Latina se deve, segundo aponta Carmona, ao fato de que muitos países da região acabaram se prendendo por muito tempo à Doutrina Calvo, hostil ao uso da arbitragem internacional, especialmente no tocante a disputas entre investidores estrangeiros e o Estado²⁸.

No Brasil, o primeiro diploma normativo a prever a arbitragem foi a Constituição Imperial de 1824, seguida pela Lei n. 108 de 11 de outubro de 1837, a qual regulamentou o uso do júízo arbitral para controvérsias emanadas de contratos de locação de prestação de serviço. O Código Comercial de 1850 previu a obrigatoriedade do uso da arbitragem para conflitos oriundos de contratos de locação mercantil, em matéria societária e em casos atinentes a transporte marítimo²⁹.

Na Constituição de 1891, primeira carta constitucional do Brasil-República, havia previsão de arbitragem e este método acabou sendo efetivamente aplicado na

²⁶ AVELINO, Geraldo Antônio. *Resolução Alternativa de Litígios: Arbitragem em Conflitos Individuais Laborais*. Dissertação de Mestrado, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2016 [consult. 16 mai. 2020]. Disponível em http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3073/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_para_impress%C3%A3o%20final_UAL.pdf. P. 35.

²⁷ FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. P. 14.

²⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 978-85-224-5584-3. P. 2.

²⁹ FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A Arbitragem e Os Precedentes Judiciais: Observância, Respeito ou Vinculação?* Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017 [consult. 27 jan. 2020]. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20834/2/Marcos%20Serra%20Netto%20Fioravanti.pdf>. P. 61.

solução de conflitos internacionais envolvendo o Estado brasileiro, tal como ocorreu em 1900, na disputa entre Brasil e França pelo território do Amapá, bem como em 1896 e 1904, nas disputas havidas entre Brasil e Inglaterra pela Ilha de Trindade e pelo território de Rio Branco, respectivamente, todas resolvidas em favor do Brasil³⁰.

As Cartas Constitucionais subsequentes (de 1934, 1937, 1946, 1967 e inclusive a de 1988, que é a atual) mantiveram a possibilidade de adoção desse mecanismo na solução de conflitos internacionais, mas não avançaram na regulamentação do tema, de forma que a arbitragem acabou não se popularizando no país por muito tempo³¹.

Apenas com a edição da Lei n. 9.307, de 26 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem Brasileira – LAB) é que esse mecanismo de solução de litígios realmente ganhou força, com especial fôlego no início dos anos 2000, diante de dois grandes acontecimentos: (i) a declaração de constitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2001, que encerrou de vez as discussões em torno da validade do instituto que haviam no país³²; e (ii) a ratificação da Convenção de Nova Iorque pelo Brasil, no ano de 2002, por meio do Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002³³.

Desde então, o Brasil tem seguido as tendências mundiais e se desenvolvido bastante em matéria de arbitragem, por enxergar nela uma forma de ajudar a desafogar a máquina judiciária e garantir o acesso efetivo de seus cidadãos à justiça, ainda que se esteja a tratar de uma justiça privada³⁴.

Afinal, a pacificação dos conflitos e a implementação da vontade da lei, a despeito de constituírem escopos de natureza pública, podem perfeitamente ser buscadas por órgãos e sujeitos não estatais, por meio da arbitragem ou de quaisquer outros meios alternativos de resolução de controvérsia³⁵.

Com isso, não se pretende substituir a atividade jurisdicional desempenhada pelo Estado, mas sim complementá-la. Nas palavras de Fichtner, Mannheimer e Monteiro, o objetivo é unir “forças convergentes ao mesmo objetivo fundamental: atuação da vontade concreta do Direito e, por conseguinte, resolução de conflitos e pacificação com justiça”³⁶.

³⁰ FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. Pp. 24-25.

³¹ FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. P. 28.

³² O reconhecimento da constitucionalidade da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96) ocorreu de forma incidental no bojo do processo de homologação de sentença estrangeira n. 5.206 (SE 5.206).

³³ FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A Arbitragem e Os Precedentes Judiciais: Observância, Respeito ou Vinculação?* Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017 [consult. 27 jan. 2020]. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20834/2/Marcos%20Serra%20Netto%20Fioravanti.pdf>. P. 65.

³⁴ SALOMÃO, Luis Felipe e FUX, Rodrigo. *Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle*. [consult. 03 nov. 2020]. Disponível em https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/10/54104E121B07DF_Arquivo-artigo.pdf. Pp. 6-7.

³⁵ FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. P. 17.

³⁶ FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. P. 15.

Arbitragem e Judiciário devem atuar sempre de forma coordenada e complementar, a fim de construir uma convivência plenamente harmônica, na qual ambos entendam sua importância dentro do contexto jurídico e procurem auxiliar-se mutuamente.

A arbitragem auxiliará o Judiciário ao possibilitar uma redução em sua sobrecarga; ao passo que o Judiciário auxiliará a arbitragem quando, por exemplo, tiver de atuar na fase de execução forçada da sentença arbitral; ou até mesmo quando houver abuso da jurisdição arbitral e for necessária a intervenção estatal para coibir os excessos e restabelecer a ordem.

1.2 Natureza jurídica

Ainda há intenso debate na doutrina internacional acerca da natureza jurídica da arbitragem. As discussões mais relevantes se constroem em torno da dicotomia público-privada, fazendo surgir quatro teorias principais: a contratualista (ou privatista), a jurisdicional (ou publicista), a mista (ou híbrida) e a autônoma (ou autonomista).

A análise dessas teorias, embora muitas vezes limitada ao campo teórico, tem amplas implicações na aplicação prática do instituto, sobretudo no que toca à discussão proposta no presente trabalho. Afinal, definir se a arbitragem aproxima-se mais da natureza contratual, ou da jurisdicional, ou até mesmo da mista ou da autônoma é premissa imprescindível para construção dos alicerces que levarão à análise da função exercida pelo árbitro no procedimento, a fim de identificar se ele deve ou não se vincular aos precedentes judiciais.

1.2.1 Teoria contratualista (ou privatista)

Um dos principais expoentes desta teoria é o italiano Giuseppe Chiovenda, que desenvolveu seus estudos numa época em que, pela legislação da Itália, as decisões arbitrais precisavam ser homologadas pelo Poder Judiciário para produzirem seus efeitos. Assim, o autor defendia a ideia de que a vontade da lei afirmada pelo árbitro não poderia ser considerada como jurisdição pelo fato de depender da chancela estatal para produção de seus efeitos, o que aproximava a arbitragem muito mais de uma natureza privada do que pública³⁷.

Muito embora esse fundamento possa, hoje, ser refutado pelo fato de a maior parte das legislações não mais prever a necessidade de homologação das decisões arbitrais, há outros doutrinadores que seguem defendendo a natureza privada da

³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio com anotações do Prof. Enrico Tullio Liebman. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, ISBN 8574680664.

arbitragem amparando-se no argumento de que a arbitragem é, acima de tudo, um ato volitivo das partes³⁸.

Para os defensores desta corrente, a essência da arbitragem estaria justamente na autonomia da vontade das partes, de modo a associar-lhe à própria noção de negócio jurídico. Segundo Ana Basílio e André Fontes, as raízes dessa associação estão nos primórdios do direito romano³⁹.

Conforme já anteriormente mencionado, na Roma Antiga, a arbitragem antecedeu a própria justiça estatal, de modo que os conflitos eram inicialmente resolvidos por um árbitro escolhido pelas partes que não fazia parte da estrutura do Estado, chamado de *iudex* ou *arbitrer*. A princípio, esse arbitramento era meramente facultativo, mas depois tornou-se obrigatório, sendo que, mesmo enquanto obrigatório, a manifestação da vontade das partes era elemento essencial, pois cabia aos litigantes, sem nenhuma interferência do Estado, a escolha do árbitro⁴⁰.

Dessa forma, havendo preponderância da vontade das partes e, por consequência, um fundo contratual em ambas as modalidades de arbitragem, muitos autores defendem sua essência volitiva e sustentam suas posições privatistas⁴¹.

A reforçar esse argumento, há que se observar que, em sua conformação atual, a arbitragem dá autonomia às partes para elegerem quase a integralidade de seus elementos, tais como a lei aplicável, a quantidade de árbitros, o prazo de encerramento do procedimento arbitral, se haverá a possibilidade de recorrer ou não, entre tantos outros.

Para esta corrente, o fato de o cumprimento das decisões arbitrais demandar a participação do Poder Judiciário não desnatura em nada o seu caráter privado e contratual. Afinal, o Estado somente é chamado a intervir para assegurar o cumprimento da sentença arbitral quando ela não é voluntariamente cumprida. Desse modo, a intervenção do Estado não é para afastar a vontade das partes, mas tão somente para honrá-la, ao garantir a exequibilidade da sentença arbitral⁴².

Outro aspecto relevante da argumentação dos defensores da teoria contratualista ou privatista é o fato de que a atividade jurisdicional seria prerrogativa exclusiva do Estado-juiz, de forma que, ainda que seja inegável o *múnus público* exercido pelo

³⁸ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares e André R. C. FONTES. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação: RArb*, jul./set. 2007, v. 4, n. 14, pp. 48-51, ISSN: 16796462. P. 49.

³⁹ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares e André R. C. FONTES. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação: RArb*, jul./set. 2007, v. 4, n. 14, pp. 48-51, ISSN: 16796462. P. 49.

⁴⁰ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares e André R. C. FONTES. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação: RArb*, jul./set. 2007, v. 4, n. 14, pp. 48-51, ISSN: 16796462. P. 50.

⁴¹ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares e André R. C. FONTES. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação: RArb*, jul./set. 2007, v. 4, n. 14, pp. 48-51, ISSN: 16796462. P. 50.

⁴² BASÍLIO, Ana Tereza Palhares e André R. C. FONTES. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação: RArb*, jul./set. 2007, v. 4, n. 14, pp. 48-51, ISSN: 16796462. P. 50.

árbitro em sua atividade privada, ele não se confunde com a figura do Estado-juiz e, portanto, não se poderia admitir que exerce jurisdição⁴³.

1.2.2 Teoria jurisdicional (ou publicista)

Conforme ensina Arnoldo Wald, esta teoria não deixa de reconhecer, por um lado, que a arbitragem possui origem contratual, já que a vontade das partes é importante na instituição do juízo arbitral, na escolha do árbitro e em muitos outros pontos atinentes ao desenvolvimento do processo arbitral. No entanto, por outro lado, a vontade das partes não interfere de modo algum na sentença arbitral, tornando-se, neste ponto, totalmente irrelevante⁴⁴.

Com isso, a despeito de a arbitragem possuir origem contratual, esta corrente de pensamento entende que ela teria natureza jurisdicional, pois a lei, em lugar de estabelecer um suposto monopólio jurisdicional do Estado, outorga ao árbitro poderes de exercer jurisdição tanto quanto outorga ao juiz⁴⁵, ao conferir-lhe a prerrogativa de aplicar o direito ao caso concreto e pôr fim ao litígio, com vistas a promover a paz social⁴⁶.

José Manoel de Arruda Alvim Neto analisa de maneira aprofundada as características da função jurisdicional e as define da seguinte forma:

A função jurisdicional é de índole substitutiva, destinada a solucionar um conflito de interesses, tal como tenha sido trazido ao Estado-juiz, sob a forma e na medida da lide. Deverá este juiz afirmar, sentenciando, a existência de uma vontade concreta da lei, favoravelmente àquela parte que seja merecedora da proteção jurídica⁴⁷.

Note-se, assim, que a atividade jurisdicional pressupõe a existência de um conflito de interesses entre as partes e de um terceiro imparcial que se propõe, por determinação legal, a substituir a vontade das partes e, por provocação delas, emitir um pronunciamento definitivo e que materialize a vontade da lei.

Considerando que a atividade arbitral contempla perfeitamente todos esses elementos, não haveria razão para não considerar que é jurisdição. Até porque, na visão

⁴³ FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. P. 36.

⁴⁴ WALD, Arnoldo. O espírito da arbitragem. *Revista IASP*, v. 23, São Paulo: RT, jan.-jun. 2009, pp. 22-35. ISSN: 14157683. P. 26.

⁴⁵ Confirma-se os ensinamentos de Salomão e Fux: “a celebração de compromisso arbitral entre as partes não importa em 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”.

SALOMÃO, Luis Felipe e FUX, Rodrigo. *Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle*. [consult. 03 nov. 2020]. Disponível em https://migelhas.uol.com.br/arquivos/2020/10/54104E121B07DF_Arquivo-artigo.pdf. P. 7.

⁴⁶ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares e André R. C. FONTES. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação: RArb*, jul./set. 2007, v. 4, n. 14, pp. 48-51, ISSN: 16796462. P. 50.

⁴⁷ ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In CAHALI, Francisco José. Thiago RODOVALHO e Alexandre FREIRE. *Arbitragem, estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, pp. 133-144, ISBN 978850262530-3. P. 135.

de Alvim, a “finalidade da jurisdição – resolução de conflitos e aplicação do direito – deve se sobrepor à titularidade para exercê-la”⁴⁸.

Nesse contexto, a sentença arbitral vincularia as partes não por ser negócio jurídico, mas por ser provimento de natureza jurisdicional, prolatada em rito formal e com respeito aos princípios fundamentais que inspiram a distribuição da justiça em qualquer processo, tais como o da imparcialidade do juiz/árbitro, da igualdade das partes e da ampla defesa e contraditório⁴⁹.

O fato de não se aplicarem necessariamente as mesmas regras procedimentais em processos judiciais e arbitrais seria irrelevante, pois o ponto crucial na definição da natureza jurídica da arbitragem não guardaria relação com o método que ela aplica, mas sim com o mister que desempenha⁵⁰.

Para os defensores da corrente jurisdicional, é, em verdade, importante que cada jurisdição se desenvolva por métodos distintos. Enquanto a jurisdição estatal se ampara nas regras processuais do ordenamento interno de cada Estado, a arbitragem segue regras procedimentais estabelecidas pelas partes ou em regulamentações de instituições de arbitragem, nacionais ou internacionais⁵¹.

Sequer faria sentido que ambas as jurisdições atuassem adotando exatamente o mesmo procedimento, pois, conforme alerta Wald, a arbitragem não é “uma mera alternativa ao Poder Judiciário”. Ela se propõe a lidar com o litígio de uma maneira totalmente distinta, levando em conta as vicissitudes de cada conflito⁵².

Uma ação judicial “pressupõe a existência de uma situação já deteriorada, que se tornou insuportável, carregando, por isso, consigo uma pesada carga emocional das partes e, algumas vezes, uma belicosidade dos seus advogados”. Por seu turno, a arbitragem já “nasce do consenso das partes, exteriorizado na convenção arbitral”⁵³.

Tomando em conta essas distinções, conforme alerta José Manoel de Arruda Alvim Neto, “o acesso à justiça deve buscar o método de resolução adequado para cada tipo de conflito”, levando em consideração a espécie de direito versado e os aspectos atinentes à própria relação entre as partes⁵⁴.

⁴⁸ ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In CAHALI, Francisco José. Thiago RODOVALHO e Alexandre FREIRE. *Arbitragem, estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, pp. 133-144, ISBN 978850262530-3. P. 140.

⁴⁹ WALD, Arnoldo. O espírito da arbitragem. *Revista IASP*, v. 23, São Paulo: RT, jan.-jun. 2009, pp. 22-35. ISSN: 14157683. P. 26.

⁵⁰ WALD, Arnoldo. O espírito da arbitragem. *Revista IASP*, v. 23, São Paulo: RT, jan.-jun. 2009, pp. 22-35. ISSN: 14157683. P. 25.

⁵¹ WALD, Arnoldo. O espírito da arbitragem. *Revista IASP*, v. 23, São Paulo: RT, jan.-jun. 2009, pp. 22-35. ISSN: 14157683. P. 26.

⁵² WALD, Arnoldo. O espírito da arbitragem. *Revista IASP*, v. 23, São Paulo: RT, jan.-jun. 2009, pp. 22-35. ISSN: 14157683. P. 25.

⁵³ WALD, Arnoldo. O espírito da arbitragem. *Revista IASP*, v. 23, São Paulo: RT, jan.-jun. 2009, pp. 22-35. ISSN: 14157683. P. 25.

⁵⁴ ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem In CAHALI, Francisco José. Thiago RODOVALHO e Alexandre FREIRE. *Arbitragem, estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, pp. 133-144, ISBN 978850262530-3. P. 133.

Outra discussão importante suscitada pelos adeptos da teoria jurisdicional (ou privatista) é quanto ao poder coercitivo do árbitro. Aqueles que se opõem a esta corrente de pensamento defendem a inexistência de jurisdição pelo fato de o árbitro não possuir poder coercitivo para tornar prática sua decisão.

No entanto, a prevalecer este entendimento, somente se consideraria que há jurisdição, quando há atividade executiva. Desse modo, ficariam excluídos, por exemplo, até mesmo os processos judiciais em que se demanda atividade meramente declaratória do Estado-juiz.

Logo, os defensores desta teoria não admitem a falta de jurisdição pelo simples fato de não haver sido outorgado ao árbitro o poder coercitivo, pois entendem que “a ausência dessa parcela específica de poder não pode servir para desqualificar todo o poder exercido pelo árbitro”⁵⁵.

1.2.3 Teoria mista (ou híbrida) e teoria autônoma (ou autonomista)

Outra corrente de pensamento relevante nos estudos da natureza jurídica da arbitragem é a teoria mista (ou híbrida), que agrega os fundamentos das duas teorias anteriores, na tentativa de construir um conceito intermediário.

Para os adeptos desta corrente, não há como se negar que, em seu nascedouro, a arbitragem assume forma absolutamente contratual, pois advém do acordo de vontade das partes que é expresso na convenção de arbitragem.

Ao mesmo tempo, Avelino pontua que, “Após deflagrada a arbitragem com a efetiva investidura dos árbitros, sua vertente passaria a ser jurisdicional”, já que o árbitro decidirá a causa de forma definitiva independentemente da vontade das partes⁵⁶.

Nessa linha, a teoria mista entende que não há como adotar uma posição totalmente contratualista ou totalmente jurisdicional, pois quaisquer das duas correntes deixaria de considerar aspectos relevantes do instituto.

Por esse motivo, os autores que se associam à teoria mista, ao enaltecerem a natureza híbrida do instituto, acreditam se alinhar de maneira mais equilibrada às características relevantes deste método alternativo de resolução de litígio.

Por sua vez, a teoria autônoma (ou autonomista), sem grande expressão na doutrina internacional, nega qualquer traço jurisdicional da arbitragem e sustenta que

⁵⁵ FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. P. 45.

⁵⁶ AVELINO, Geraldo Antônio. *Resolução Alternativa de Litígios: Arbitragem em Conflitos Individuais Laborais*. Dissertação de Mestrado, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2016 [consult. 16 mai. 2020]. Disponível em http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3073/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_para_impress%C3%A3o%20final_UAL.pdf. P. 69.

ela constitui um sistema jurídico totalmente desvinculado de quaisquer outros, pois encontra seu fundamento e se desenvolve com base em suas próprias regras⁵⁷.

Para subsidiar seu entendimento, os defensores desta teoria frequentemente ilustram seu ponto de vista a partir da arbitragem internacional, a qual se desenvolve com independência em relação às normas de direito das partes envolvidas.

Essa teoria configura, para Avelino, “o extremo da teoria da autonomia da vontade, pois as partes, ao adotarem a arbitragem para solucionar seus conflitos, retirariam a jurisdição estatal e criariam uma jurisdição autônoma em relação aquele sistema”⁵⁸.

A teoria autônoma não possui ampla adesão, na medida em que não é possível afirmar a completa independência da arbitragem com o ordenamento jurídico da sede onde ela é praticada. Fichtner, Mannheimer e Monteiro ponderam que a arbitragem, mesmo que internacional, sempre se vinculará a algum sistema jurídico. A uma, porque a sua instituição pressupõe que as partes firmaram convenção arbitral, o que somente pode ocorrer caso haja autorização legal para tanto, ou caso o próprio sistema jurídico institua a figura da arbitragem obrigatória; a duas, porque o árbitro sempre necessitará da participação estatal para emprestar exequibilidade às suas decisões, caso não sejam voluntariamente cumpridas; e, em terceiro lugar, porque eventualmente haverá a possibilidade de controle da sentença judicial por parte do Poder Judiciário local, conforme estabelecido pela Convenção de Nova Iorque⁵⁹.

1.2.4 Posição adotada: a natureza jurisdicional da arbitragem

O presente trabalho filia-se à teoria jurisdicional (ou publicista), por entender que ela é a que melhor pondera as características da arbitragem.

A teoria contratualista (ou privatista) peca ao considerar que a jurisdição é monopólio estatal, porquanto, ainda que este múnus seja público, ele é perfeitamente passível de ser delegado por lei a um particular, até mesmo como uma forma de assegurar a sua efetividade, que nem sempre o Estado consegue assegurar, diante das elevadas taxas de congestionamento que enfrenta em diversos países do mundo.

O simples fato de se admitir a constituição de um tribunal arbitral e permitir que a resolução de conflitos seja relegada a este espaço privado (não-estatal) pressupõe a

⁵⁷ AVELINO, Geraldo Antônio. *Resolução Alternativa de Litígios: Arbitragem em Conflitos Individuais Laborais*. Dissertação de Mestrado, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2016 [consult. 16 mai. 2020]. Disponível em http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3073/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_para_impress%C3%A3o%20final_UAL.pdf. P. 69.

⁵⁸ AVELINO, Geraldo Antônio. *Resolução Alternativa de Litígios: Arbitragem em Conflitos Individuais Laborais*. Dissertação de Mestrado, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2016 [consult. 16 mai. 2020]. Disponível em http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3073/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_para_impress%C3%A3o%20final_UAL.pdf. P. 70.

⁵⁹ FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. P. 45.

inexistência do suposto monopólio estatal. Parece evidente, assim, que a *iurisdictio* não é atividade privativa dos juízes.

Os árbitros cumprem a mesma função que é confiada aos juízes e o fazem com o mesmo nível de comprometimento e seriedade. São como extensões dos magistrados estatais, de modo a possibilitar, além de maior eficiência ao sistema estatal, maior dinamismo à resolução dos litígios.

É bem verdade que os tribunais arbitrais não fazem parte, organicamente falando, da estrutura da jurisdição estatal. Porém, tal fato em nada desnatura sua jurisdicionalidade, pois essa cisão guarda relação tão somente com a opção de organização judiciária do Estado, nada mais.

Além disso, discordamos dos contratualistas por acreditar que, ao fixarem seu olhar excessivamente nas origens negociais da arbitragem, supervalorizam a maneira como é acionada a arbitragem em detrimento de elementos muito mais importantes para a sua própria conceituação, tais como a forma como ela se desenvolve (com imparcialidade, independência e respeito ao devido processo legal) e, acima, de tudo, o objetivo que ela busca alcançar (de pacificação social, por meio da prolação de uma sentença imutável e que põe fim ao litígio).

Nessa esteira, não nos parece adequada a teoria contratualista e nem tampouco a mista, que apesar de abrir um pouco mais seus horizontes para levar em conta a natureza jurisdicional da arbitragem, ainda não é capaz de se desprender do fato (verdadeiramente irrelevante, para fins de análise da natureza jurídica do instituto) de que suas origens são negociais.

Por sua vez, a teoria autonomista não prospera pelo fato de não ser possível cogitar um desprendimento absoluto da arbitragem a ponto de considerá-la um sistema autônomo.

Por essas razões, o presente trabalho filia-se à corrente jurisdicional, mesmo porque diversas legislações têm expressamente adotado esta posição.

No Brasil, os artigos 3º (inciso I) e 42 do Código de Processo Civil de 2015, seguindo o princípio da inafastabilidade da jurisdição insculpido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, preveem que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, sendo permitido, nesse contexto jurisdicional, o uso da arbitragem:

Artigo 3º: Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1º. É permitida a arbitragem na forma da lei.
(...)

Artigo 42: As causas cíveis serão processadas e decididas pelo órgão jurisdicional nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.⁶⁰

Na mesma toada, a legislação da Inglaterra, nomeadamente o *England Arbitration Act* de 1996 (EAA)⁶¹, utiliza o termo “*jurisdiction*” em diversas passagens de seu texto, levando a crer que o país também adota esta posição. Como exemplo, pode-se citar a *Section 30* do EEA, que afirma ser competência do tribunal arbitral definir sua própria jurisdição⁶²:

Section 30: Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction.

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to—

(a) whether there is a valid arbitration agreement,

(b) whether the tribunal is properly constituted, and

(c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement.

(2) Any such ruling may be challenged by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part.⁶³

1.3 Classificação da arbitragem

1.3.1 Arbitragem de direito e arbitragem de equidade

Uma das características mais fundamentais da arbitragem diz respeito à flexibilidade que ela oferece às partes, permitindo-lhes, por exemplo, a escolha do Direito aplicável ao julgamento da causa.

Dentro desta perspectiva, a arbitragem pode ser classificada como sendo de direito ou de equidade.

A arbitragem de direito é aquela em que as partes indicam ao árbitro que a demanda tem de ser decidida com base nas normas jurídicas por elas eleitas, que podem ser desde normas nacionais de direito positivo até normas internacionais de *soft law*, como os *UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts*⁶⁴.

Note-se que, para a arbitragem ser considerada de direito, não é preciso que as partes convençam o uso de normas de direito positivo, basta que haja a indicação

⁶⁰ BRASIL. *Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União. Brasília/DF, 16 mar. 2015 [consult. 31 jan. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

⁶¹ O EEA apenas se aplica à Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte. A Escócia possui legislação própria para arbitragem: o *Scottish Arbitration Act* (SAA) de 2010.

⁶² A legislação da Inglaterra não é a única a prever que compete ao juízo arbitral definir sobre sua própria competência e seus próprios limites de atuação. Diversas outras normas arbitrais ao redor do mundo têm previsão equivalente, a fim de positivizar o princípio chamado *kompetenz-kompetenz*. No Brasil, o dispositivo que disciplina o tema é o § 1º do artigo 9º da Lei n. 9.307/96 (Lei de Arbitragem Brasileira – LAB):

“Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.”

BRASIL. *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Diário Oficial da União. Brasília/DF, 23 de setembro de 1996 [consult. 23 abr. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm.

⁶³ UNITED KINGDOM. *English Arbitration Act of 1996*. [consult. 29 set. 2020]. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/part/I/crossheading/powers-of-the-court-in-relation-to-award>.

⁶⁴ FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. Pp. 65-66.

das normas de algum ordenamento específico, cuja incidência não pode ser afastada pelo árbitro por qualquer razão, nem mesmo com base em seu sentimento de justiça. O árbitro deve ficar vinculado ao ordenamento convencionado pelas partes, independente de ele abranger norma estatal ou internacional, positivada ou não positivada, de *hard law* ou *soft law*.

Por outro lado, quando é dada ao árbitro a possibilidade de afastar a aplicação da norma jurídica eleita pelas partes, fala-se em arbitragem por equidade. Nessa modalidade, conforme ensina Carlos Alberto Carmona, o afastamento da norma pode ocorrer por diversos motivos, “ou porque a situação não foi prevista pelo legislador, ou porque a norma envelheceu e não acompanhou a realidade, ou porque a aplicação da norma causará injusto desequilíbrio entre as partes”⁶⁵.

Este tipo de arbitragem é menos usual e não encontra apoio unânime na doutrina. Carmona, por exemplo, entende que o uso da equidade pode, se negligenciadas limitações legais e regras de direito material, tornar a decisão “um verdadeiro barril de pólvora, sobre o qual placidamente resolvem sentar-se as partes”⁶⁶.

De toda forma, essa ampla gama de possibilidades oferecida às partes na escolha do direito material aplicável, e até mesmo a possibilidade de darem ao árbitro o poder de julgar por equidade, é de enorme importância especialmente no campo do comércio internacional, porquanto permite aos contratantes se libertarem de antigas amarras das tradicionais legislações estatais e de julgamentos estatais que apenas validavam esse tipo de norma⁶⁷.

1.3.2 Arbitragem *ad hoc* e arbitragem institucional

Esta classificação relaciona-se com a forma de instituição do tribunal arbitral.

O termo *ad hoc* significa “para isto”, de modo a indicar algo que foi criado especificamente para a realização de determinada tarefa. Destarte, a arbitragem *ad hoc* ocorre quando o tribunal é constituído especificamente para aquele caso concreto, esgotando-se com a resolução daquela lide⁶⁸.

Considerando que esta modalidade de arbitragem não pressupõe a intervenção de uma instituição arbitral já previamente existente, compete às partes toda a constituição e organização do tribunal, bem como a administração, junto com o árbitro, do procedimento arbitral, inclusive com escolha das regras aplicáveis ao processo, tais

⁶⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 978-85-224-5584-3. P. 65.

⁶⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 978-85-224-5584-3. P. 67.

⁶⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 978-85-224-5584-3. P. 65.

⁶⁸ FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. P. 85.

como prazos processuais, procedimento para envio de peças processuais, local para realização de audiências, procedimentos para impugnação das decisões, etc⁶⁹.

Para tornar viável a adoção desta modalidade de arbitragem, é importante que as partes possam contar com assessoria altamente especializada na hora de redigir a cláusula arbitral ou compromisso arbitral, tendo em vista a complexidade envolvida no estabelecimento de um tribunal e das regras que guiarão o procedimento. Fichtner, Mannheimer e Monteiro destacam os riscos de as partes não contarem com uma assessoria adequada neste momento, que “vão desde o possível cometimento de erros estratégicos que muito caro podem custar ao cliente, até uma possível nulidade do processo arbitral e da sentença arbitral”⁷⁰.

Por sua vez, a arbitragem institucional ocorre quando “as partes elegem uma instituição de arbitragem – também denominada câmara de arbitragem – para administrar o procedimento arbitral de acordo com seu regulamento”⁷¹.

As funções principais das instituições arbitrais envolvem administrar os procedimentos arbitrais e disponibilizar um regulamento com as regras que devem lhe guiar, além de administrar os seus custos e disponibilizar infraestrutura adequada para o seu desenvolvimento⁷².

É importante esclarecer que os centros de arbitragem não possuem competência para proferir sentenças arbitrais. Elas apenas oferecem o suporte necessário para o pleno desenvolvimento do procedimento arbitral, com a disponibilização de recursos técnicos e humanos. A decisão final do processo, por seu turno, é de competência exclusiva do árbitro ou tribunal arbitral nomeado pelas partes.

Algumas das instituições de arbitragem de maior relevância mundo afora são: *International Chamber of Commerce (ICC)*, *London Court of International Arbitration (LCIA)*, *International Centre for Dispute Resolution (ICDR-AAA)*, *Swiss Chambers' Arbitration Institution*, Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial), Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC), Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB), dentre várias outras.

A arbitragem institucional, embora seja, em geral, mais cara que a *ad hoc* (a depender do grau de complexidade da demanda) e sem a mesma flexibilidade procedimental, tende a oferecer maior segurança às partes, pois o fato de contar com a

⁶⁹ FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. P. 86.

⁷⁰ FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. P. 87.

⁷¹ FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. P. 89.

⁷² FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. P. 91.

supervisão de uma equipe especializada desde o início do procedimento até o final reduz os riscos de ocorrência de defeitos procedimentais que podem ocasionar nulidades.

1.3.3 Arbitragem internacional e arbitragem doméstica

Conforme já dito, nem sempre as demandas arbitrais têm natureza meramente interna, pois é comum que transcendam, de diversas maneiras, as fronteiras de um único Estado, razão pela qual foi criada a classificação da arbitragem como internacional ou doméstica.

A despeito de se tratar de uma classificação bastante clássica entre a comunidade arbitral, ainda não há consenso entre os diversos ordenamentos jurídicos quanto aos critérios que determinam o caráter internacional de uma arbitragem.

Na Suíça⁷³, por exemplo, o critério adotado é o subjetivo, relacionando a arbitragem internacional ao fato de as partes terem seus domicílios (no caso de pessoas físicas) ou sedes (no caso de pessoas jurídicas) em países distintos⁷⁴.

Já países como Portugal e França⁷⁵ adotam o critério objetivo, classificando a arbitragem como internacional sempre que estiverem em causa interesses do comércio internacional⁷⁶.

Adotando uma posição intermediária, a Lei Modelo UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*)⁷⁷, adota um critério misto em seu artigo 1, item 3:

An arbitration is international if:

- (a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or
 - (b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business:
 - (i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement;
 - (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected;
- or

⁷³ Na Suíça, o dispositivo que trata da matéria é a Lei de Direito Internacional Privado, a qual prevê no item 1 do artigo 176 que “the provisions of this chapter shall apply to all arbitrations if the seat of the arbitral tribunal is in Switzerland and if, at the time of the conclusion of the arbitration agreement, at least one of the parties had neither its domicile nor its habitual residence in Switzerland”.

⁷⁴ FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. P. 98.

⁷⁵ Em Portugal, o dispositivo que regulamenta a matéria é o artigo 49, nº 1, da Lei de Arbitragem Voluntária, segundo o qual “entende-se por arbitragem internacional a que põe em jogo interesses do comércio internacional”. Já na França, o dispositivo que regulamenta a matéria é o *Code de Procedure Civile*, o qual estabelece em seu artigo 1.504 que “est internationale l’arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international”.

⁷⁶ FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. Pp. 97-98.

⁷⁷ A UNCITRAL é uma comissão formada nas Nações Unidas com o intuito de uniformizar as normas relacionadas ao comércio internacional. Em 1976 criou as Regras de Arbitragem, que foram revisadas em 2010 e emendadas em 2013. Para maiores informações a respeito da UNCITRAL, pode-se acessar o seu sítio oficial: <https://uncitral.un.org/>.

(c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country.⁷⁸

A lei brasileira preferiu adotar um regime monista, de modo a não tratar, separadamente, da arbitragem internacional, tal como ocorre na Itália e na Áustria. Nesses países, as duas modalidades de arbitragem estão sujeitas à mesma disciplina, o que é visto por boa parte da doutrina de forma positiva, pois permitiria à arbitragem doméstica a mesma flexibilidade que se costuma admitir para a internacional⁷⁹.

⁷⁸ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW – UNCITRAL. *Model Law on International Commercial Arbitration*. Vienna: United Nations Publication, 2008 [consult. 31 jan. 2020]. ISBN 978-92-1-133733-0. Disponível em https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf.

⁷⁹ FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584. Pp. 101-102.

2 O PAPEL DO PRECEDENTE JUDICIAL NO *COMMON LAW* E NO *CIVIL LAW*

2.1 *Common law* inglês

O *common law*⁸⁰ ou “direito comum” tem origem em regras não escritas, a partir da evolução ininterrupta e contínua da tradição e dos antigos costumes da sociedade inglesa. É um sistema cuja base é o direito costumeiro.

Do estudo de seu processo de formação e consolidação, chama a atenção o fato de que jamais houve uma revolução ou ruptura abrupta que demandasse um novo modelo jurídico, tal como ocorreu na Europa Continental a partir da Revolução Francesa. O modelo jurídico inglês é marcado por seu enorme apego à continuidade e à tradição, de modo que sua evolução ocorreu ao longo dos séculos de maneira lenta e paulatina⁸¹.

A partir do século XIX, o direito inglês passou a adotar o uso de precedentes como fonte primária de direito, tornando-se, tal como afirmado por René David, um direito jurisprudencial (*case law*), no qual, embora a lei (*statute*) assuma, hoje em dia, papel de muito relevo, historicamente apenas desempenhava uma função secundária, “a acrescentar corretivos ou complementos à obra da jurisprudência”⁸².

2.1.1 Formação histórica

Em que pese a Inglaterra tenha ficado durante cerca de quatro séculos sob o domínio romano, diz-se que a história do direito inglês somente começa quando cessou este domínio e diversas tribos de origem germânica (saxões, anglos e dinamarqueses) partilharam entre si o território inglês, convertendo-se ao cristianismo⁸³.

René David considera que este é o primeiro período histórico relevante do *common law*, no qual surge o direito anglo-saxônico, em que as leis começam a ser redigidas para regulamentar aspectos ainda muito limitados das relações sociais e com abrangência ainda bastante restrita territorialmente, de modo a manter um direito estritamente local. A novidade, em relação à Europa continental, é que, ao contrário

⁸⁰ O direito inglês é o grande berço do *common law*. Não obstante, é inegável que, com o passar do tempo e a adesão deste sistema por diversos países ao redor do mundo, cada estado foi imprimindo adaptações e características próprias ao sistema. Como resultado, tem-se o fato de que o *common law* hoje praticado nos Estados Unidos, por exemplo, já não é exatamente igual ao que hoje se pratica na Inglaterra.

Considerando que, para o recorte feito no presente estudo, é relevante apenas o *common law* inglês, sempre que for utilizado o termo “*common law*”, deve-se entender que se está a fazer referência ao sistema inglês.

⁸¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estudo de direito – Civil law e common law. *Revista Jurídica: doutrina, legislação e jurisprudência*, v. 57, n. 384, Porto Alegre: Síntese, out./2009, pp. 53-62.

⁸² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. P. 415.

⁸³ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. Pp. 356-357.

das outras leis bárbaras que eram redigidas em latim, as leis inglesas eram escritas em língua anglo-saxônica⁸⁴.

Com a conquista da Normandia no ano de 1066, inaugura-se o segundo período do direito inglês. É neste momento que o feudalismo se instala na Inglaterra e vão surgindo diversas legislações com o objetivo de regulamentar e disciplinar o uso das terras feudais, de modo a evitar “subenfeudações” que pudessem comprometer a soberania dos senhores normandos⁸⁵.

A chegada dos normandos marcou o fim de uma sociedade tribal, em que o direito era fragmentado e local, para dar lugar a uma sociedade mais organizada, na qual os conflitos eram resolvidos de maneira centralizada a partir do uso dos costumes. A jurisdição comum, em detrimento das jurisdições locais que eram anteriormente praticadas, passou a ser exercida pelos Tribunais Reais de Justiça (ou Tribunais de Westminster)⁸⁶. É nesse momento que surge o *common law*, ou *comune ley*, na gíria normanda, como sendo o direito comum a toda a Inglaterra, construído sobre os costumes e tradições da sociedade da época⁸⁷.

Apesar das conquistas advindas da existência do *common law* que se formava, o excesso de formalismo por ele utilizado acabava dificultando o acesso à justiça, além de deixar muitos casos sem solução ou com soluções consideradas pelas partes como injustas. Por essa razão, no terceiro período do direito inglês, houve outro tipo de jurisdição que acabou concorrendo com os Tribunais Reais de Justiça⁸⁸.

As pessoas acabavam procurando o rei para remediar os erros dos tribunais. Inicialmente, os recursos submetidos ao rei eram antes encaminhados ao chanceler para análise preliminar. Com o tempo, o chanceler foi se tornando uma espécie de juiz autônomo, a agir em nome do rei, aplicando um sistema com regras próprias que se opunham ao *common law*⁸⁹.

O sistema aplicado era o chamado *equity law*, que proferia suas decisões amparado na “equidade do caso particular”, de uma maneira que se aproximava da lógica do direito romano. Esse sistema se desenvolveu com muita força no século XIV na Inglaterra, mas não conseguiu tomar o lugar do *common law* devido a fatores como

⁸⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. P. 357.

⁸⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. P. 358.

⁸⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. Pp. 358-359.

⁸⁷ ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. As tradições jurídicas de *civil law* e *common law*. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas Tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código processo civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, pp. 555-608.

⁸⁸ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. Pp. 370-371.

⁸⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. P. 371.

a morosidade e desorganização da jurisdição dos chancelers, bem como em razão da resistência dos juristas dos tribunais, que tinham o parlamento como aliado contra o absolutismo real⁹⁰.

Assim, o quarto momento histórico do direito inglês, vivido até os dias de hoje, foi marcado pela publicação dos *Judicature Acts* (1873-1875), que suprimiram a diferenciação entre os Tribunais de Westminster e as Cortes do Chanceler (de *equity*), de modo a permitir que todas as jurisdições inglesas fossem competentes para aplicar tanto as regras de *common law*, quanto as regras de *equity*⁹¹.

Nesse período, os juízes dos tribunais assumiram importância ímpar, pois foi quando surgiu a noção de *judge-made law*; e quando os princípios a reger a sociedade e a própria a produção legislativa formal (*statutory law*) passaram ser extraídos das decisões judiciais proferidas em casos concretos⁹².

Segundo Wambier e Dantas, “os costumes eram, por assim dizer, cristalizados ou solidificados quando confirmados por uma decisão judicial, quando chancelados pela autoridade de um juiz”⁹³.

2.1.2 O precedente vinculante (*stare decisis*)

Apesar de ter evoluído durante séculos sem a presença da teoria do precedente judicial⁹⁴, o conceito de *stare decisis* foi se arraigando ao *common law* lentamente, até o ponto em que se tornou característica fundamental deste sistema, no século XIX⁹⁵.

A expressão *stare decisis* é originada da expressão em latim *stare decisis et non quieta movere*, traduzida como “mantenha a decisão e não mexa no que está quieto”⁹⁶.

Segundo define Teresa Arruda Alvim Wambier, a teoria do precedente se desenvolveu de forma muito natural no direito inglês. À medida que os casos iam surgindo e iam sendo decididos, os julgadores, ao se depararem com casos iguais ou

⁹⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. Pp. 371-373.

⁹¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. P. 417.

⁹² AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. P. 22.

⁹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16)*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, ISBN: 978-85-203-6766-7. P. 75.

⁹⁴ É importante realizar um esclarecimento no tocante à relação do *common law* com o *stare decisis*. Apesar de os precedentes vinculantes serem característica muito importante para o direito inglês, ele não pode ser resumido à doutrina do *stare decisis*. O *common law* existia muito antes de sequer se pensar no uso de precedentes judiciais como fonte do direito. Ele surgiu como um direito tirado dos costumes e da tradição inglesa, sendo que o precedente judicial somente apareceu no século XIX, com o objetivo de prover segurança jurídica ao sistema.

⁹⁵ As razões para evolução da teoria do *stare decisis* foram muitas, dentre as quais se destaca “a alteração de estrutura (dos órgãos) judicantes, influência das ideias de Bentham e de Austin, ambiente intelectual propício à busca da certeza do direito – *certainty*”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16)*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, ISBN: 978-85-203-6766-7. P. 74.

⁹⁶ TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2014 [consult. 27 abr. 2020]. Disponível em <https://repositorio.unb.br/handle/10482/16990>. P. 24.

semelhantes, replicavam a decisão anterior ao novo caso⁹⁷, amparando-se na máxima de “treat like cases alike”.

Embora inicialmente os precedentes fossem produzidos sem que fosse declinada sua fundamentação, doutrinadores apontam que uma das razões para o desenvolvimento da teoria do precedente foi o fato de que os juízes começaram a produzir decisões fundamentadas, a viabilizar a identificação de elementos que assemelhavam casos presentes de casos pretéritos e, justamente em razão da similitude das circunstâncias, justificavam a aplicação da mesma solução⁹⁸.

Durante o processo de valorização dos precedentes na Inglaterra, assumiu papel de destaque a publicação de obras de compilação de decisões judiciais como os *Year Books*, posteriormente substituídos pelos *Law Reports*, em meados do século XVI⁹⁹.

Ao sistematizar, ainda que embrionariamente, os julgamentos pretéritos, os *reports* permitiram aos juízes, e até mesmo à sociedade, a criação de uma maior consciência acerca da jurisprudência vigente e da necessidade de segui-la como uma forma de assegurar segurança jurídica e isonomia.

Naturalmente, por se tratarem de coletâneas particulares, não havia ainda o dever de vinculação dos magistrados às decisões reportadas, sendo-lhes franqueado amplo grau de discricionariedade. Apenas no século XIX é que foi fixada a obrigatoriedade de observância aos precedentes, quando a *House of Lords*, julgando o caso *Beamish v. Beamish*, em 1861, categoricamente afirmou o caráter vinculante de suas decisões¹⁰⁰.

O mesmo entendimento foi reproduzido em 1895 no caso *Bradford v. Pickels* e finalmente se consolidou em 1898 no caso *London Tramways Company v. London County Council*¹⁰¹.

A partir daí, passou-se a aplicar a lógica do *stare decisis* a todos os casos em que houvesse identidade fática entre as demandas. As decisões pretéritas tornaram-se verdadeiramente fontes de direito, hábeis a produzir efeitos vinculantes e gerais. Era delas que deveria ser extraído um comando a ser aplicado, por indução, à solução de conflitos futuros idênticos¹⁰².

⁹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estudo de direito – Civil law e common law. *Revista Jurídica: doutrina, legislação e jurisprudência*, v. 57, n. 384, Porto Alegre: Síntese, out./2009, pp. 53-62.

⁹⁸ Para saber mais a respeito: DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. ISBN: 9780521713368.

⁹⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. P. 376.

¹⁰⁰ TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2014 [consult. 27 abr. 2020]. Disponível em <https://repositorio.unb.br/handle/10482/16990>. P. 24.

¹⁰¹ TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2014 [consult. 27 abr. 2020]. Disponível em <https://repositorio.unb.br/handle/10482/16990>. P. 25.

¹⁰² PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia e BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, ano 15, pp. 9-52, n. 3, jul./set. 2016, ISSN 2525-328X. P. 5.

O caráter vinculante das decisões judiciais funcionava na Inglaterra tanto do ponto de vista vertical, de modo a vincular os membros de tribunais posicionados hierarquicamente abaixo do prolator da decisão; quanto do ponto de vista horizontal, vinculando até mesmo os membros do tribunal prolator da decisão.

Aliás, o caráter vinculante horizontal das decisões chegou a um grau de rigidez tão elevado, no direito inglês, que nem mesmo a *House of Lords*, que constituía órgão máximo do Poder Judiciário do Reino Unido, poderia furtar-se à aplicação de suas decisões, tampouco podia modifica-las¹⁰³.

Certamente essa posição tão extrema não foi proveitosa e acabou sendo modificada pela *House of Lords* em 1966, quando se decidiu que era permitido aos membros da casa se desvincularem de casos anteriores e superarem decisões precedentes quando se mostrasse oportuno, como um embrião do que hoje se conhece como *overruling*¹⁰⁴.

Para Neil Duxbury, o valor da doutrina do precedente aliada à possibilidade de *overruling* “is not simply that it ensures respect for past decisions but also that it ensures that bad decisions do not have to be repeated”¹⁰⁵.

Com a doutrina do *stare decisis* e o papel destacado dos precedentes como fonte primária de direito, ao lado da lei e dos costumes, era proeminente o papel exercido pelos magistrados para o direito inglês, tendo havido longa discussão doutrinária acerca da natureza jurídica da jurisdição.

Inicialmente, possuía bastante força a teoria declaratória, corrente doutrinária segundo a qual o juiz apenas declarava o direito. Historicamente, um dos grandes defensores dessa teoria foi William Blackstone, para quem o *common law* representava a *lex non scripta* (lei não escrita)¹⁰⁶.

Para ele, o *common law* espelhava os costumes gerais (observados entre os *englishmen* por todo o reino) e os costumes particulares (observados em algumas cortes e jurisdições específicas). Assim, partindo da premissa de que o *common law* estaria nos costumes, o juiz não o criaria, mas tão somente o declararia a partir de suas decisões¹⁰⁷.

¹⁰³ TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2014 [consult. 27 abr. 2020]. Disponível em <https://repositorio.unb.br/handle/10482/16990>. P. 25.

¹⁰⁴ TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2014 [consult. 27 abr. 2020]. Disponível em <https://repositorio.unb.br/handle/10482/16990>. Pp. 25-26.

¹⁰⁵ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. ISBN: 9780521713368. P. 10.

¹⁰⁶ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England* (fac-símile da 1ª edição, de 1765). Chicago: The University of Chicago Press, 1979, vol. 1, p. 69 citado por MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6948-7. P. 26.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6948-7. P. 26.

Justamente com base nessa lógica é que os juízes estariam obrigados a seguir os precedentes judiciais: se a decisão primitiva declara o direito, as decisões subsequentes têm a obrigação de perpetuá-la, pois a autoridade do juiz “não lhe dava poder para criar um novo direito, mas apenas para manter e declarar um direito já conhecido”¹⁰⁸.

Esta teoria foi duramente criticada por diversos doutrinadores, dentre os quais se destacam Jeremy Bentham e John Austin. Este último chegou a afirmar que a crença de que o juiz apenas declararia o direito seria uma “ficção infantil”, pois não haveria como conceber que o *common law* seria algo milagroso feito por ninguém, mas existente desde sempre e para sempre, meramente declarado pelos juízes de tempos em tempos¹⁰⁹.

Para os críticos da teoria declaratória, o poder do juiz iria muito além de simplesmente declarar o direito. O juiz possuiria verdadeiro *making law authority* (autoridade de criar direito), o que ficaria evidente a partir do uso de seu poder de modificar uma decisão judicial anterior quando da constatação de que a replicação de seu conteúdo geraria injustiça ao caso concreto (*overruling*)¹¹⁰.

Em contraponto a este argumento, os defensores da teoria declaratória defendiam que os precedentes terminantemente absurdos ou injustos poderiam (e deveriam) ser superados sem que isso implicasse a criação de um direito novo. Para eles, implicaria a mera correção de um erro, pois a decisão anterior teria sido equivocada na declaração dos costumes do reino, de modo que caberia à nova decisão superar esse equívoco¹¹¹.

Naturalmente, essa justificativa não se sustentava, sobretudo porque havia casos em que a decisão judicial refletia precisamente o costume do reino, mas sua revogação fazia-se necessária mesmo assim, a fim de corrigir sua injustiça.

Com isso, a possibilidade de o juiz revogar um precedente anterior considerado injusto lançaria luz sobre o fato de que seu poder vai muito além de simplesmente descobrir e declarar um direito já posto, podendo efetivamente criar direito, conforme defendido pela teoria constitutiva (ou positivista).

Os adeptos dessa teoria reconheciam o papel fundamental do juiz na consolidação do *common law* e, segundo explica Luiz Guilherme Marinoni, o

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6948-7. P. 26.

¹⁰⁹ “What hindered him from seeing this, was the childish fiction employed by our judges, that judiciary or common law is not made by them, but is a miraculous something made by nobody, existing, I suppose, from eternity, and merely declared from time to time by the judges”.

AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*. 5 ed. rev. London: John Murray, 1911, vol. 2, pp. 634-635 citado por MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6948-7. P. 26.

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6948-7. P. 27.

¹¹¹ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England* (fac-símile da 1ª edição, de 1765). Chicago: The University of Chicago Press, 1979, vol. 1, p. 70 citado por MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6948-7. P. 29.

Parlamento inclusive considerava as decisões proferidas pelas cortes de justiça como inspiração para, a partir delas, elaborar sua legislação inspirada nos costumes¹¹².

Aliás, é justamente ancorando-se nesta compreensão que muitos doutrinadores justificam o fato de que o Poder Judiciário, na Inglaterra, jamais entrou em conflito com o Legislativo. Muito pelo contrário, os dois poderes chegaram a se confundir na figura da *House of Lords*, atuando juntos contra os arbítrios do monarca e reivindicando direitos e liberdades do cidadão.

Em contraponto ao histórico da Revolução Francesa, não houve contexto para rebelião contra o Judiciário ou elaboração de dogmas de que o juiz apenas poderia atuar mediante mera descrição dos termos da lei¹¹³.

Na Inglaterra, o juiz foi reconhecido e validado não apenas como intérprete da lei ou boca da lei (*judge bouche de la loi*), mas como criador do direito (*judge-made law*), atuando sempre – é válido frisar – submetido ao *common law*, “à luz e a partir de um direito”, segundo Marinoni¹¹⁴.

Ainda nos tempos modernos há intenso debate acerca da natureza da jurisdição no *common law*, sendo Herbet Hart e Ronald Dworkin dois dos grandes doutrinadores que são referência nessa discussão, sob uma roupagem contemporânea¹¹⁵.

No entanto, não sendo este o enfoque desta pesquisa, o que se busca é demonstrar que o papel exercido pelos juízes do *common law* é inegavelmente destacado, em função da posição primária assumida pelo precedente judicial como fonte do direito.

É importante esclarecer que o fato de se afirmar que o juiz cria o direito não diminui em nada a importância do Poder Legislativo. Pelo contrário, cada um dos poderes, dentro da lógica do sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos), exerce função primordial na construção do equilíbrio do sistema.

No que toca especialmente ao Legislativo, é inclusive nítido que também tem se destacado: se no *common law* primitivo havia baixa produção de leis, o mesmo não se pode dizer do *common law* contemporâneo, no qual a legislação escrita passou a ser incorporada ao sistema de forma mais contundente já há algumas décadas.

Esse movimento começou ainda no século XIX com o triunfo das ideias democráticas, mas somente se consolidou no século XX com a maior aproximação da

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6948-7. P. 33.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6948-7. P. 33.

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6948-7. P. 34.

¹¹⁵ Para lei mais a respeito: HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. ISBN: 978-0199644704; DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. ISBN: 978-0674867116; e DWORKIN, Ronald. *Laws empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. ISBN: 0674518357.

Inglaterra com o resto da Europa, até mesmo por meio do ingresso na Comunidade Econômica Europeia, tema que será melhor explorado no tópico 2.3 deste trabalho.

2.1.3 Conceitos essenciais para operação com precedentes: *ratio decidendi*, *obter dicta*, *distinguishing* e *overruling*

Sendo o direito inglês primordialmente amparado em precedentes, resta saber: o que é, dentro do precedente, que efetivamente vincula? Quais são os conteúdos, dentro de uma decisão judicial, que efetivamente criam regras para solução de casos futuros?

Uma decisão judicial, ao solucionar um determinado caso concreto, propõe-se a analisar os fatos, expor fundamentos jurídicos e impor a solução devida. Dentro dessa sistemática, é comum que no corpo da decisão constem reflexões jurídicas que não são relevantes para a solução final da lide, além de constar, claro, a tese jurídica realmente aplicada ao caso *sub judice*.

À parcela da decisão que apenas faz reflexões secundárias, desimportantes para solução do litígio, dá-se o nome de *obter dicta*. Já à parte que registra a essência da tese jurídica utilizada na solução do caso concreto, chama-se de *ratio decidendi*, que é a parte com força vinculante (*binding effect*)¹¹⁶.

Ou seja, o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente é em sua *ratio decidendi*. É ela que, segundo Marinoni, “interessa aos juízes – a quem incumbe dar coerência à aplicação do direito – e aos jurisdicionados – que necessitam de segurança jurídica e previsibilidade para desenvolverem suas vidas e atividades”¹¹⁷.

A grande dificuldade na operação com precedentes vinculantes é justamente identificar, na prática, o que é *ratio decidendi* e o que é *obter dicta*. Embora não haja consenso sobre o método mais eficaz para identificação desses elementos, dois deles assumem posição de maior destaque na doutrina: o teste de Wambaugh e o método de Arthur Goodhart.

Para aplicar o teste de Wambaugh – bastante similar ao de Vaughan C. J., formulado no século XVII¹¹⁸ –, Rupert Cross ensina que o operador deve começar separando o trecho da decisão que entende se tratar da regra geral, sem a qual o caso teria uma solução distinta. Feito isso, deve inverter o significado desse trecho da fundamentação, de modo que, se a solução remanescer idêntica, fica claro que aquela

¹¹⁶ SZABADOS, Tamás. ‘Precedents in EU law – The problem of overruling. *ELTE Law Journal*. Budapest: ELTE Eötvös University Press, pp. 125-146, 2015/2 [consult. 27 abr. 2020], ISSN 2064-4965. Disponível em <https://eltelawjournal.hu/wp-content/uploads/2016/03/2015109TamasSzabados.pdf>. P. 125.

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas Tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código processo civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, pp. 807-868.

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas Tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código processo civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, pp. 807-868.

fundamentação extraída não é a *ratio*; de outro ângulo, se a inversão ocasionar mudança no resultado do julgamento, tem-se que aquela fundamentação realmente pode ser considerada como *ratio*¹¹⁹.

A doutrina contemporânea do *common law* tem apontado este método como falho nas hipóteses em que a corte baseia sua decisão em dois fundamentos que podem, isoladamente, levar à mesma solução, mesmo que um deles seja invertido¹²⁰.

O método de Goodhart impõe maior ênfase aos fatos do que o teste de Wambaugh. Parte do isolamento dos fatos considerados como materialmente relevantes e daquilo que restou decidido em relação a eles. O que não se enquadrar nesses elementos, isto é, o que estiver relacionado a fatos não suscitados na solução do caso, não será considerado *ratio decidendi*¹²¹.

Mesmo com o auxílio dos testes, a operação é efetivamente complexa e demanda bastante prática para aperfeiçoamento de cada operador, que deve sempre partir do pressuposto de que a *ratio decidendi* é a “descrição do entendimento jurídico que serviu de base à decisão” e o *obiter dicta* é composto pelas considerações marginais¹²².

Outro conceito muito importante para se trabalhar com precedentes, no âmbito do *common law*, é o de *distinguishing*, que consiste na análise de eventual distinção entre o caso litigioso e o precedente, a fim de avaliar se uma *stare decisis* deve efetivamente ser aplicada ao caso em concreto.

Afinal, o fundamento maior para aplicação de precedentes vinculantes é a preservação da isonomia, a fim de assegurar que casos iguais sejam julgados de maneira igual. Segundo Charles D. Cole, “O caso precedente será tido como vinculante quando os fatos relevantes do caso precedente forem suficientemente semelhantes para justificar a aplicação da mesma regra de direito”¹²³.

Assim, o que justifica a aplicação de um entendimento anterior a um caso novo é a existência de semelhanças entre eles. Se os casos forem distintos, não há razão para aplicação do precedente, daí a importância de ser adequadamente realizado o *distinguishing*.

¹¹⁹ CROSS, Rupert. *Precedent in english law*. Oxford: Clarendon Press, 1961, p. 33-89 citado por TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2014 [consult. 27 abr. 2020]. Disponível em <https://repositorio.unb.br/handle/10482/16990>. P. 30.

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas Tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código processo civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, pp. 807-868.

¹²¹ Para saber mais acerca dos métodos mais utilizados na identificação e delimitação da *ratio decidendi*, ver: DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. ISBN: 9780521713368.

¹²² PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia e BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, ano 15, pp. 9-52, n. 3, jul./set. 2016, ISSN 2525-328X. P. 22.

¹²³ COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*. Trad. Maria Cristina Zucchi. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 87, v. 752, pp. 11-21, jun. 1998, ISSN 0034-9275. P. 15.

Segundo Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso, há quatro elementos essenciais a serem examinados e confrontados para fins de aplicação ou não de um precedente: (i) os fatos relevantes de cada caso; (ii) os valores e normas incidentes sobre cada quadro fático; (iii) a questão de direito a ser dirimida; e (iv) os fundamentos que justificaram a decisão¹²⁴.

Ao analisar todos esses dados, o magistrado terá condições de avaliar a adequação do uso do precedente no caso sob análise.

O quarto conceito importante no campo de estudo dos precedentes já foi previamente introduzido nesta pesquisa, que é o *overruling*. Este conceito assume papel de relevo justamente porque o direito inglês, embora extremamente apegado à tradição, não se propõe à mera utilização acrítica de decisões pretéritas, tampouco tem a intenção de promover o engessamento da ordem jurídica, sobretudo quando estiver a reproduzir injustiças.

Dessa forma, a possibilidade de superar o precedente surge como uma forma de assegurar um importante grau de flexibilidade ao pensamento jurídico e evitar a deformação de direitos decorrente de eventual reprodução de decisão injusta ou que já não reflita as aspirações da sociedade vigente à época do julgamento do caso.

Não se pode deixar de considerar que, sendo o *stare decisis* fonte primeira do direito inglês, é natural pensar que os cidadãos pautam suas atitudes pelos precedentes dos tribunais, de modo a alimentar a justa expectativa de que suas condutas serão julgadas à luz dessas orientações. Por essa razão, é importante que o *overruling* seja realizado de maneira cuidadosa, levando em conta os seus impactos na vida das pessoas em relação a atos e fatos já constituídos¹²⁵.

Embora, por regra, seja possível que a revogação de precedente opere efeitos retroativos, de forma que a nova orientação do tribunal poderá ser aplicada indistintamente inclusive a relações jurídicas estabelecidas antes da revogação da decisão; é comum, em nome da segurança jurídica, que sejam conferidos efeitos prospectivos ao novo precedente, a fim de que seja aplicado apenas para os casos futuros¹²⁶.

2.2 *Civil law*

¹²⁴ PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia e BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, ano 15, pp. 9-52, n. 3, jul./set. 2016, ISSN 2525-328X. Pp. 25-26.

¹²⁵ TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2014 [consult. 27 abr. 2020]. Disponível em <https://repositorio.unb.br/handle/10482/16990>. P. 33.

¹²⁶ TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2014 [consult. 27 abr. 2020]. Disponível em <https://repositorio.unb.br/handle/10482/16990>. P. 34.

O termo *civil law* refere-se aos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, cujas regras de direito, nas palavras de René David, são concebidas “como sendo regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral”. O berço desta tradição foi a Europa Continental do século XII, onde se formou com base em compilações do imperador Justiniano¹²⁷.

O uso do termo “romano-germânico”¹²⁸ para denominar esta tradição foi uma maneira de homenagear o fato de que se formou a partir dos esforços comuns desenvolvidos tanto nas universidades dos países latinos, quanto dos países germânicos, com vistas à elaboração de uma ciência jurídica que fosse comum a todos e que lhes parecesse mais apropriada para o mundo moderno¹²⁹.

Uma das principais características desta tradição jurídica diz respeito ao fato de que, a partir do século XIX, a lei assumiu um papel primordial enquanto fonte primária de direito, o que culminou na adoção de códigos pela maior parte dos países que utilizam o *civil law*¹³⁰.

Este sistema jurídico se desenvolveu bastante mesmo além das fronteiras europeias, de modo a conquistar toda a América Latina, grande parte da África e até mesmo alguns países do Oriente (sobretudo Japão e Indonésia). Tal expansão deveu-se, em parte, à colonização capitaneada por Portugal e Espanha; e, em outra parte, ao sucesso do regime da “codificação”, que funcionou como facilitador de sua difusão e receptividade nas colônias¹³¹.

2.2.1 Formação histórica

Enquanto o *common law* é marcado por um desenvolvimento contínuo e sem grandes rompimentos, o *civil law* é produto de dois momentos históricos de ruptura¹³².

O primeiro deles foi no contexto do Renascimento, no qual as cidades e o comércio da Europa Continental se reorganizavam sob o ideal de que “só o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso”. Foi um período

¹²⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. Pp. 23-24.

¹²⁸ Muito embora o termo “romano-germânica” seja usado para denominar os sistemas jurídicos ligados ao *civil law*, há autores como René David que afirmam que o direito inglês está muito mais próximo do direito romano do que a família romano-germânica. Isto porque o *common law* inglês não se desvinculou dos principais ideais romanos, tais como a noção de importância das formas de ação, o caráter casuístico das regras de direito (que faz com que muitas regras nasçam dos precedentes) e a desconfiança perante fórmulas gerais e sistematizações (que hoje são característica fundamental dos países de tradição de *civil law*, devido ao seu apego à codificação de normas).

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. P. 36.

¹²⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. P. 24.

¹³⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. P. 23.

¹³¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. P. 34.

¹³² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes. *Revista dos tribunais*, v. 99, n. 893, São Paulo: RT, mar./2010, pp. 33-45, ISSN: 0034-9275. P. 35.

marcado pela cisão entre a religião e o direito, que lançou a semente necessária para construção de uma das características fundamentais da civilização ocidental: a noção de autonomia do direito¹³³.

Filósofos e juristas clamavam por uma nova ordem social que confrontasse o uso do sobrenatural para reger as relações sociais. Queriam implementar um direito que se fundasse na justiça que a razão permite conhecer¹³⁴.

Nesse contexto de busca máxima pela racionalidade, o renascimento do direito proposto pelo *civil law* construiu-se nos principais centros de cultura da época, que eram as universidades¹³⁵.

Como ensina René David, a eclosão do sistema romano-germânico nos séculos XII e XIII em nada guardou relação com a afirmação de um poder político ou com a centralização de uma autoridade soberana. Aliás, é justamente aí que reside outra grande distinção em relação ao *common law*, que está fortemente ligado ao progresso do poder real, que levou à formação e ao fortalecimento de tribunais reais centralizados¹³⁶.

O *civil law*, por outro lado, formou-se independentemente das forças políticas, sobre uma comunidade de cultura que veio de dentro das universidades, como produto de um refinado trabalho intelectual dos estudiosos, e não do pensamento do homem comum. A construção do raciocínio jurídico que se tornou base da tradição romano-germânica foi profundamente pensada e maturada, a partir de técnicas que visavam soluções jurídicas mais conectadas com um direito novo, que fosse independente, isento e unificado¹³⁷.

Nesse sentido, ensina Ataíde Jr.:

A revolução Francesa procurou criar um Direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições até então herdadas de outros povos. O direito comum havia de ser substituído pelo direito nacional, que tinha de ser claro e completo, para não permitir qualquer interferência judicial no seu desenvolvimento e no do poder governamental; já que não havia como confiar nos juízes que até então estavam do lado dos senhores feudais e da monarquia.¹³⁸

A revolução Francesa procurou criar um Direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições até então herdadas de outros povos. O direito comum havia de ser substituído pelo direito nacional, que tinha de ser claro e completo, para não

¹³³ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. P. 40.

¹³⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. Pp. 40-41.

¹³⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. P. 41.

¹³⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. P. 40.

¹³⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes. *Revista dos tribunais*, v. 99, n. 893, São Paulo: RT, mar./2010, pp. 33-45, ISSN: 0034-9275. P. 36.

¹³⁸ ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. As tradições jurídicas de *civil law* e *common law*. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas Tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código processo civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, pp. 555-608.

permitir qualquer interferência judicial no seu desenvolvimento e no do poder governamental; já que não havia como confiar nos juízes que até então estavam do lado dos senhores feudais e da monarquia.¹³⁹

Foi aí que ganhou espaço o renascimento do direito romano, que era fácil de ser conhecido (pois escrito em língua latina, que foi amplamente disseminada pela Igreja) e remontava a uma unicidade perdida na tão fragmentada Idade Média da Europa Continental¹⁴⁰.

Assim, diversos textos jurídicos romanos foram profundamente analisados nas universidades. Teresa Arruda Alvim Wambier destaca que a maioria desses textos, elaborados sob Justiniano, não estavam inseridos no contexto de um código, mas consistiam em escritos esparsos (alguns textos de lei, comentários de juristas, decisões judiciais, etc) dos quais se buscava extrair uma harmonia que representasse o todo coerente que era o direito romano¹⁴¹.

Sabe-se que os romanos construíram seu direito extraindo dos casos concretos uma regra jurídica a ser replicada aos futuros casos idênticos. Muito embora o *civil law* não tenha se apegado tanto a essa análise casuística enquanto fonte de direito, o renascimento do direito romano ensinou à Europa Ocidental a forma de pensar dos romanos (suas classificações, conceitos e modos de argumentação) e foi essencial para resgatar a noção de que o direito é a maneira mais segura para o alcance da ordem e do progresso social¹⁴².

Ademais, o trabalho de compreensão e harmonização dos textos esparsos produzidos pelos romanos sinalizava para o embrião do pensamento sistemático que veio a se tornar marca registrada da tradição romano-germânica¹⁴³.

Diante de todos os esforços para construção de um direito mais independente e justo, a tradição romano-germânica que vinha se formando não aceitou os abusos cometidos pela nobreza e pelo clero da época, razão pela qual teve início a Revolução Francesa, que foi o segundo movimento histórico de ruptura vivido pelo *civil law*, responsável por sua consolidação definitiva¹⁴⁴.

¹³⁹ ¹³⁹ ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. As tradições jurídicas de civil law e common law. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas Tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código processo civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, pp. 555-608.

¹⁴⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. P. 42.

¹⁴¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes. *Revista dos tribunais*, v. 99, n. 893, São Paulo: RT, mar./2010, pp. 33-45, ISSN: 0034-9275. p. 35.

¹⁴² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. Pp. 52-53.

¹⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes. *Revista dos tribunais*, v. 99, n. 893, São Paulo: RT, mar./2010, pp. 33-45, ISSN: 0034-9275. P. 35.

¹⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes. *Revista dos tribunais*, v. 99, n. 893, São Paulo: RT, mar./2010, pp. 33-45, ISSN: 0034-9275. P. 35.

Com a queda da monarquia absolutista, ganharam espaço as ideias de Montesquieu acerca da tripartição de poderes, como um mecanismo para evitar a concentração de poder, bem como as ideias de Rousseau, no sentido de que a lei representa um instrumento hábil a expressar a vontade geral do povo¹⁴⁵.

Aliado a isto, passou-se a defender a necessidade de limitar a atuação dos juízes, a fim de evitar arbítrios. Isso porque os membros do Judiciário francês, na época, eram parte da classe aristocrática e não tinham compromisso algum com os valores da igualdade, da fraternidade e da justiça. Seus cargos eram comprados ou herdados como se fossem uma propriedade particular, de modo que eram utilizados na intenção de render o máximo possível de frutos pessoais aos seus detentores, além de favorecer os “protegidos” da classe aristocrática e manter o *status quo*¹⁴⁶.

Assim, o novo sistema jurídico que se construiu era fortemente alicerçado em bases racionais lógico-sistemáticas e tinha como objetivo central conter esses abusos. No novo sistema, primou-se por distinguir muito bem as funções do Legislativo e do Judiciário, de modo que a lei assumiu importância ímpar, a fim de positivizar a vontade do povo e limitar a atuação dos juízes¹⁴⁷.

2.2.2 A lei como fonte primária do direito e o papel secundário da jurisprudência

A lei foi vista como instrumento essencial para realização das intenções da Revolução Francesa, sobretudo para construção da certeza jurídica. Passou a ser fonte primordial do direito e, enquanto comando geral e abstrato, deveria estabelecer uma moldura a ser aplicada pelo juiz aos casos concretos por meio de um raciocínio dedutivo¹⁴⁸.

Os juízes tornaram-se meros espectadores do direito, passando a ser chamados de *bouche de la loi* (boca da lei), pois seu poder de julgar passou a ser exercido por meio de uma atividade puramente cognitiva de declarar a lei posta, não havendo qualquer espaço para atividade produtiva de direitos novos, que ficou estritamente reservada ao Poder Legislativo¹⁴⁹.

¹⁴⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes. *Revista dos tribunais*, v. 99, n. 893, São Paulo: RT, mar./2010, pp. 33-45, ISSN: 0034-9275. P. 36.

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6948-7. P. 45.

¹⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes. *Revista dos tribunais*, v. 99, n. 893, São Paulo: RT, mar./2010, pp. 33-45, ISSN: 0034-9275. p. 36.

¹⁴⁸ PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia e BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, ano 15, pp. 9-52, n. 3, jul./set. 2016, ISSN 2525-328X. P. 4.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6948-7. P. 46.

Este foi o momento histórico em que, lamentavelmente, “como numa traição à ideia originária de dividir-se em três as funções ao poder, concebeu-se um Judiciário sem reais poderes, por desconfiança. Concebeu-se o juiz como um ser inanimado”¹⁵⁰.

Para o Judiciário, o direito foi resumido a uma ciência de raciocínio lógico no qual, segundo Wambier, “Lei + fatos = decisão”. A aplicação dessa fórmula baseava-se na ideia de que o uso estrito da lei escrita seria a única forma de garantir igualdade; na medida em que se, ao contrário, houvesse espaço para a vontade do juiz, abrir-se-ia margem para a arbitrariedade¹⁵¹.

Como ensinam Luis Felipe Salomão e Rodrigo Fux, “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”¹⁵².

Teve início, então, a “era da codificação”, a partir da elaboração de compilados de normas positivas chamados de códigos.

Para David, “A codificação constitui a realização natural da concepção mantida e de toda a obra empreendida desde há séculos nas universidades”, tendo ganhado força graças à crença de que poderia liquidar os arcaísmos que vinham se perpetuando no direito, além de pôr fim à sua fragmentação e à multiplicidade dos costumes, que eram encarados como obstáculo ao seu pleno desenvolvimento¹⁵³.

Se, por um lado, a codificação foi efetiva do ponto de vista da sistematização do direito e enquanto facilitadora da expansão do *civil law* para além dos limites das fronteiras europeias; por outro lado, trouxe consequências bastante negativas. O apego excessivo à codificação foi levado a um extremo que fez com que se perdesse de vista a intenção inicial de implementar um direito justo e orientado para construção da ordem e do progresso¹⁵⁴.

O direito acabou reduzido às normas codificadas, favorecendo-se uma nacionalização excessiva (em detrimento de uma visão mais global) e ignorando-se o papel da doutrina e da jurisprudência na formação e evolução da ciência jurídica¹⁵⁵.

¹⁵⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e Dantas, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16)*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, ISBN: 978-85-203-6766-7. P. 78.

¹⁵¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estudo de direito – Civil law e common law. *Revista Jurídica: doutrina, legislação e jurisprudência*, v. 57, n. 384, Porto Alegre: Síntese, out./2009, pp. 53-62.

¹⁵² SALOMÃO, Luis Felipe e FUX, Rodrigo. *Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle*. [consult. 03 nov. 2020]. Disponível em https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/10/54104E121B07DF_Arquivo-artigo.pdf. P. 12.

¹⁵³ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. Pp. 65-66.

¹⁵⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. P. 68.

¹⁵⁵ “Hoje, entende-se que o direito vincula o juiz, mas não a letra da lei, exclusivamente. É a lei interpretada, à luz de princípios jurídicos; é a jurisprudência, a doutrina: estes são os elementos do sistema ou do ordenamento jurídico. Deles, desse conjunto, emergem as regras que o jurisdicionado tem que seguir.”

Ademais, essa visão excessivamente codificadora do *civil law* ignorava o fato de que, por mais bem escrito que fosse o código, jamais seria capaz de abarcar por completo toda e qualquer situação fática passível de ocorrer no mundo real. Sempre haveria, no mundo concreto, situações não previstas pelo legislador¹⁵⁶.

Diante dessa realidade, o *civil law* teve de aceitar que, por mais que conceda à lei papel central dentro de seu sistema, a atividade do juiz não pode ser reduzida à mera aplicação da lei. Ao juiz, deve ao menos ser assegurada a prerrogativa de interpretar a lei e possuir alguma liberdade criativa¹⁵⁷ (ainda que pequena) para efetivamente conseguir resolver o litígio que lhe é apresentado em concreto, quando não há direito preexistente ou quando ele é insuficiente.

2.3 A aproximação entre os dois sistemas

Diante do que foi exposto, fica claro que a construção de cada um dos dois sistemas jurídicos aqui tratados está estreitamente relacionada à forma como cada um dos povos vivenciou seus processos históricos, especialmente à forma como cada um encarou a fragmentação da sociedade feudal e os abusos de poder vividos na Idade Média.

Na Inglaterra, os juízes fizeram parte da coalisão criada para combater os abusos do governo e proteger os indivíduos. Investiu-se na centralização do poder como importante instrumento para superar as jurisdições feudais paralelas e fortalecer a noção de um direito unificado, que representasse adequadamente as tradições do povo inglês.

Dentro dessa lógica, dar aos magistrados a possibilidade de construir direito a partir do uso dos precedentes judiciais como fonte do direito fazia total sentido e era inclusive uma forma de garantir segurança jurídica.

Já na Europa Continental, os juízes eram vistos como parte da nobreza espúria cujos abusos buscava-se combater. Assim, ganhou força o pensamento de que era necessário construir um novo direito que negasse completamente as tradições até então

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e Dantas, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16)*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, ISBN: 978-85-203-6766-7. P. 79.

¹⁵⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e Dantas, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16)*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, ISBN: 978-85-203-6766-7. Pp. 78-79.

¹⁵⁷ Obviamente, essa “liberdade” a que nos referimos encontra seus limites dentro do ordenamento jurídico. Como bem alertam Wambier e Dantas:

“Evidentemente, essa liberdade, se levada às últimas consequências, pode fazer cair num vazio, transformar-se num nada, a intenção racionalmente manifestada, em dois relevantes momentos históricos, no sentido de criar condições para controlar a arbitrariedade, gerando previsibilidade, como resultado do funcionamento de um sistema tendente à coerência e à harmonia.”

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e Dantas, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16)*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, ISBN: 978-85-203-6766-7. P. 79.

existentes, pois eram vistas como fonte dos arbítrios e imoralidades vividos pelo alto escalão do Estado¹⁵⁸.

Nessa esteira, a Revolução Francesa apegou-se à ideia de tripartição de poderes como uma forma de equilibrar melhor o sistema, além de ter investido no uso da legislação escrita por acreditar que ela seria capaz de representar adequadamente os anseios do povo e limitar a atuação do Judiciário, a fim de alcançar segurança jurídica.

Contudo, como nenhum dos dois sistemas é estanque e a troca de experiência foi se tornando cada vez mais constante no contexto do mundo globalizado, a incorporação de características de um sistema ao outro começou a fazer parte do processo de evolução do *common law* e do *civil law*, sendo possível notar, atualmente, diversos pontos de convergência.

O *common law* inglês superou aquela concepção tradicional de que a lei não seria um modo de expressão normal de direito, bem como a ideia de que somente se incorporaria plenamente ao sistema após ter sido aplicada e interpretada pelos juízes e tribunais¹⁵⁹.

Embora o direito inglês ainda conserve sua estrutura principal e permaneça essencialmente como um direito jurisprudencial (*case law*), o papel desempenhado pela lei foi aumentando consideravelmente nas últimas décadas.

Alguns dos fatores que contribuíram para a implementação da legislação escrita no sistema inglês foram o triunfo das ideias democráticas, a assunção de compromissos internacionais (em especial sua aproximação com a União Europeia) e, finalmente, a necessidade de implementar mudanças sociais rápidas com relação a matérias triviais, tais como a criação de instituições de previdência social, o estabelecimento de princípios de urbanismo, a coordenação de transportes, a reforma dos sistemas de saúde e educacional, entre outros¹⁶⁰.

Patrícia Perrone e Luís Roberto Barroso citam alguns exemplos desse movimento de valorização da lei escrita pelo direito inglês ocorrido nos últimos anos:

Assistiu-se, assim, à promulgação, na Inglaterra, da Lei de Direitos Humanos de 1998 (*Human Rights Act*), que permitiu, de forma inédita no sistema inglês, a declaração de incompatibilidade de normas internas com os direitos previstos na Convenção Européia de Direitos Humanos. Aprovou-se a Lei de Reforma Constitucional de 2005 (*Constitutional Reform Act*), pela qual se criou a Suprema Corte do Reino Unido, situada fora do Parlamento, a fim de reproduzir o sistema tradicional de tripartição de poderes adotado pela Comunidade Européia. E, entre 2014 e 2015, uma série de reformas promovidas por lei tornaram possível a aposentadoria, a suspensão e a exclusão de membros da *House of Lords*, bem como previram a nomeação preferencial, pelo

¹⁵⁸ ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. As tradições jurídicas de civil law e common law. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas Tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código processo civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, pp. 555-608.

¹⁵⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9. P. 434.

¹⁶⁰ PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia e BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, ano 15, pp. 9-52, n. 3, jul./set. 2016, ISSN 2525-328X. P. 5.

prazo de dez anos contados do início de vigência da norma, de sacerdotes mulheres para a posição de lordes espirituais.¹⁶¹

Por sua vez, o *civil law* vem ampliando a liberdade criativa do juiz e aderindo ao uso dos precedentes judiciais como fonte de direito, em razão da frustração de algumas expectativas que se tinha inicialmente em relação à lei. Como bem alerta Marinoni, “A noção de norma geral, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento, típica do direito da Revolução Francesa, não sobreviveu aos acontecimentos históricos”¹⁶².

Diversas nações presenciaram situações em que as leis não representavam adequadamente os interesses da população ou eram contrárias aos interesses da justiça. Essas situações, somadas a outros fatores, abriram margem ao constitucionalismo¹⁶³, que propunha a implementação de constituições que guiassem a produção legislativa e limitassem eventuais abusos legais, por meio da imposição de princípios gerais de justiça¹⁶⁴.

O constitucionalismo trouxe transformações substanciais ao *civil law*, que culminaram em mudanças no valor conferido à lei e na concepção de jurisdição. A lei, a despeito de permanecer como importantíssima fonte de direito, deixou de ser vista como sua expressão exaustiva e teve de aceitar os limites impostos pela constituição. O juiz deixou de ser mero servo do Legislativo¹⁶⁵.

A evolução do constitucionalismo fez com que diversos países (como Áustria, Alemanha, Itália, Espanha e Brasil) implementassem sistemas de controle da lei perante a constituição por meio de tribunais constitucionais. Nessa toada, o simples fato de o juiz ter o poder de declarar uma lei como inconstitucional já demonstra que ele já não é simplesmente *bouche de la loi*¹⁶⁶.

¹⁶¹ PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia e BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, ano 15, pp. 9-52, n. 3, jul./set. 2016, ISSN 2525-328X. Pp. 5-6.

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6948-7. P. 56.

¹⁶³ Não se desconhece que alguns doutrinadores afirmam que o constitucionalismo, em lugar de representar uma ruptura ao paradigma de excessivo apego à legislação escrita, foi apenas um movimento de reafirmação da supremacia da lei, pois representa a subordinação do Estado à lei levado à última instância, ou seja, subordinado à uma “lei maior” (a constituição). Respeitamos essa interpretação, mas, alinhados com Marinoni, entendemos que reduzir o constitucionalismo a uma mera “continuação” dos princípios legislativos não representa adequadamente o fenômeno, que se propôs a repensar o *civil law* de forma muito mais ampla, imprimindo-lhe transformações profundas acerca do próprio conceito de direito e de jurisdição.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6948-7. Pp. 57-58.

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6948-7. Pp. 56-57.

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6948-7. P. 58.

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6948-7. P. 58.

Com a constatação de que começou a haver uma tendência de se conferir às decisões judiciais proferidas pelas cortes constitucionais efeitos gerais e vinculantes (*erga omnes*), nota-se ainda mais a aproximação com a lógica do *stare decisis*¹⁶⁷.

Somou-se a tudo isso a constatação de que, na falta de lei preexistente, o juiz acaba por criar direito. Afinal, perante situações não reguladas por lei, em que o julgador não pode se negar a prestar sua jurisdição e remeter o caso ao Legislativo, é preciso que crie direito para o caso concreto e resolva a celeuma¹⁶⁸.

Além disso, os recorrentes julgamentos díspares perante situações fáticas idênticas, a macularem a credibilidade do Poder Judiciário perante a sociedade em diversos países de *civil law*, também sinalizaram para a conveniência (ou, mais que isso, para a necessidade) de se utilizar decisões pretéritas como parâmetro interpretativo no julgamento de casos futuros, a fim de conferir maior igualdade aos litigantes e maior previsibilidade e economia ao sistema¹⁶⁹.

A partir de todos esses indícios, fica claro que o *civil law* deixou de se basear exclusivamente em códigos e abriu espaço para construir discussões lastreadas em casos concretos e conferir eficácia vinculante às decisões pretéritas, inspirado no *common law*.

2.3.1 O *civil law* brasileiro e sua adesão à lógica do precedente vinculante

No Brasil, país originalmente adepto do *civil law* em razão de sua colonização portuguesa, o processo de aproximação com as técnicas e características do *common law* ocorreu de maneira muito percuciente nas últimas décadas, de modo a construir um *civil law* totalmente peculiar e que merece um estudo em separado.

¹⁶⁷ “O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a ideia de supremacia do legislativo. Lembre-se de que o juiz, mediante as técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere à lei sentido distinto do que lhe deu o legislativo. Esta nova feição judicial também fica clara – ou ainda mais evidente – ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais. Ora, isso apenas pode significar, aos olhos da tradição do *civil law*, uma afirmação do poder judicial com força de direito”.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6948-7. Pp. 58-59.

¹⁶⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e Dantas, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16)*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, ISBN: 978-85-203-6766-7. Pp. 78-79.

¹⁶⁹ “Ora, ao se tornar incontestável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos similares, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica e inafastável conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida salvaguardando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes. Afinal, a lei adquire maior significação quando sob ameaça de violação ou após ter sido violada, de modo que a decisão judicial que a interpreta não pode ficar em segundo plano ou desmerecer qualquer respeito do Poder que a pronunciou.

A segurança jurídica, postulada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar essa mesma segurança no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isso, fez surgir o princípio, inspirador do *stare decisis*, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*).”

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6948-7. P. 82.

De 1964 a 1985, o Brasil viveu sob a sombra de um regime ditatorial, o que fez com que a sua Carta Constitucional de 1988, até hoje em vigor, se colocasse como símbolo da transição de um regime autoritário e intolerante para um Estado Democrático de Direito, que se propôs a respeitar os direitos sociais, garantir a prevalência dos direitos humanos e a orientação social dos fins econômicos buscados pelo Estado¹⁷⁰.

Na busca por realizar esses objetivos, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) ampliou grandemente o rol de direitos sociais e, como consequência, fez com que aumentasse significativamente a demanda por justiça na sociedade.

O manejo de ações individuais perante o Judiciário passou a ser incentivado pelo próprio Estado¹⁷¹, até mesmo como uma forma de fazer valer a previsão do inciso XXXV, do artigo 5º da Magna Carta, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”¹⁷².

Nesse período, de acordo com Luís Roberto Barroso, “juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico muito importante no imaginário coletivo”, pois passaram a ser vistos como instrumentos para concretização da tão almejada cidadania¹⁷³.

O Poder Judiciário passou a viver, então, um período de virtuosa ascensão institucional, até mesmo porque havia, no período pós-ditadura, profundas desilusões da sociedade em relação à política posta até então, na qual se colocavam como atores principais o Executivo e o Legislativo. Assim, houve um clamor maior pela atuação de um terceiro ator que, até então, se colocava como coadjuvante¹⁷⁴.

Além disso, os próprios integrantes dos outros poderes, cientes dos desgastes já havidos com a população, passaram a preferir relegar ao Judiciário algumas decisões sobre temas controvertidos, de modo a evitar embates diretos¹⁷⁵.

Ocorre que, muito embora tenha havido, por um lado, um enorme crescimento de demandas judiciais, não houve, por outro lado, um proporcional aparelhamento do

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, ISBN 9788577006403. P. 26.

¹⁷¹ “Questões que antes eram solucionadas pelo cidadão diretamente em outras esferas, tais como na própria vizinhança, nas escolas, nas instituições de saúde, (...) ou mesmo perante os diversos órgãos da Administração, passaram a ser todas enfrentadas pelo Judiciário”.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli e GOMES, Alexandre Gir. Tratamento coletivo adequado das demandas individuais repetitivas pelo juízo de primeiro grau: análise das regras vigentes e daquelas inseridas no CPC projetado. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ago. 2014, v. 39, n. 234, pp. 181-207, ISSN: 0100-1981. Pp. 182-183.

¹⁷² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. [consult. 17 fev. 2020] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, ISBN 9788577006403. P. 227.

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, ISBN 9788577006403. P. 39.

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, ISBN 9788577006403. P. 39.

Poder Judiciário¹⁷⁶. Como resultado, passou-se a prover à sociedade um acesso meramente formal à Justiça, que não se transmuta em efetividade material, diante da verdadeira crise de morosidade que se instalou.

Apenas para se ter uma ideia, de acordo com pesquisa anualmente elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça desde o ano de 2009, intitulada “Justiça em números”, a qual diagnostica e monitora por meio de dados estatísticos a atuação do Poder Judiciário no Brasil, no ano de 2018, a cada 100.000 (cem mil) habitantes, 11.796 (onze mil, setecentos e noventa e seis) ingressaram com uma ação judicial, de modo que o ano se encerrou com o impensado número total de 78,7 milhões de processos em tramitação¹⁷⁷.

Ainda segunda a pesquisa, a taxa de congestionamento foi de 71,2%, o que significa que este foi o percentual de processos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano de 2018, em relação a todos os que tramitaram no ano¹⁷⁸.

Além dos consistentes problemas com relação à morosidade do Poder Judiciário, outro fator que se tornou um problema recorrente foi a existência de decisões judiciais conflitantes perante casos similares.

Isso gerou um grande problema de insegurança jurídica, sobretudo para as chamadas demandas repetitivas ou demandas de massa, responsáveis por uma parcela considerável do acervo processual do país.

Esse tipo de demanda, típica do mundo moderno, é produto das ofensas em massa a direitos subjetivos de pessoas com relação a temas diversos, como questões tributárias, previdenciárias, bancárias, educacionais ou até mesmo com relação a abusos massivamente praticados por empresas de telefonia, prestadores de serviço de internet e TV à cabo, planos de saúde, etc.

O imenso universo de pessoas em idêntica situação de lesão de direitos convoca a atuação do Estado-juiz para solução de seus problemas por meio da propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que se amparam em pretensões isomórficas¹⁷⁹.

Para lidar com esse imenso volume de demandas de massa, o legislador brasileiro passou a investir na implementação de técnicas de julgamentos de casos

¹⁷⁶ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli e GOMES, Alexandre Gir. Tratamento coletivo adequado das demandas individuais repetitivas pelo juízo de primeiro grau: análise das regras vigentes e daquelas inseridas no CPC projetado. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ago. 2014, v. 39, n. 234, pp. 181-207, ISSN: 0100-1981. Pp. 182-183.

¹⁷⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2019: ano-base 2018*. Brasília: CNJ, 2019 [consult. 13 jul. 2020]. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Pp. 79-84.

¹⁷⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2019: ano-base 2018*. Brasília: CNJ, 2019 [consult. 13 jul. 2020]. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. P. 96.

¹⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; Dierle NUNES; Alexandre Franco BAHIA e Flávio Quinaud PEDRON. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, ISBN 978-85-309-6213-5. P. 238.

repetitivos que ensejassem a formação de precedentes com força vinculante, com inspiração no *common law*¹⁸⁰.

Bruno Dantas chama essa técnica de tutela pluri-individual de direitos, cuja ideia é concentrar os esforços do Judiciário para julgar questões de direito que sabidamente se repetem em uma série de processos idênticos, com vistas a firmar um precedente vinculante acerca daquela matéria e permitir a sua replicação aos demais casos iguais, sem que seja necessário rejulgar individualmente uma mesma questão por centenas (ou até milhares) de vezes, de modo a economizar recursos do Estado, acelerar a tramitação dos processos e, principalmente, evitar a formação de decisões conflitantes¹⁸¹.

Afinal, os precedentes vinculantes permitem à sociedade ter alguma certeza não apenas acerca das regras que a regem, mas também acerca dos padrões com os quais tais regras serão interpretadas e julgadas, para que possam decidir de maneira consciente a forma como agirão e o que devem esperar de terceiros¹⁸².

O processo de valorização de precedentes, no Brasil, e de conseqüente aproximação com o *common law* deu-se de maneira lenta e paulatina.

Os primeiros passos nessa empreitada se deram com o fortalecimento dos mecanismos de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF); depois, com a implementação das súmulas vinculantes por meio da emenda constitucional nº 45/2004¹⁸³, que permitiu ao STF, a partir de reiteradas decisões tomadas sobre matéria constitucional, a edição de enunciados que orientassem a atuação das demais cortes e da administração pública, com vistas a pacificar os anseios sociais em relação a um tema controvertido que, nas palavras da própria Constituição, “acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Bruno Dantas destaca que “o direito processual civil deve buscar, permanentemente, aderência às vicissitudes da regulação jurídica substancial existente nos variados momentos históricos”, sob pena de deformar direitos.

Por essa razão, foi de suma importância que os estudiosos do direito, no Brasil, tomassem consciência que o modelo tradicional de processo já não atendia às demandas do país, a reclamar que fossem feitos os ajustes legislativos necessários a assegurar melhor aderência entre o momento histórico vivido pela sociedade brasileira e a técnica processual implementada.

Foi nesse contexto que passaram a ser implementados os precedentes com força vinculante no ordenamento jurídico do Brasil. DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e STJ (art. 543-B e 543-C)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, ISBN 8520357911. P. 46.

¹⁸¹ DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e STJ (art. 543-B e 543-C)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, ISBN 8520357911. P. 72.

¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, ISBN 9788520369487. P. 97.

¹⁸³ As súmulas vinculantes, a despeito de terem surgido apenas em 2004, no Brasil, tiveram origem nas súmulas comuns editadas pelos tribunais desde 1960. Os enunciados das súmulas comuns não tinham (tampouco tem atualmente) caráter vinculante, porém, ao menos prestam-se a sinalizar para a sociedade como serão enfrentadas determinadas matérias pelos julgadores que se guiarão a partir desses enunciados.

¹⁸⁴ “Artigo 103-A: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Outro movimento importante, nesse sentido, ocorreu no âmbito da recorribilidade extraordinária, com a criação da repercussão geral como requisito para processamento de recursos extraordinários, também introduzida por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu o artigo 102, § 3º na Constituição Federal de 1988¹⁸⁵.

Tal dispositivo prevê que os recursos dirigidos à Corte Suprema – isto é, os chamados recursos extraordinários –, somente serão admitidos se versarem sobre questões que ultrapassem a análise dos interesses subjetivos da causa, que possuam relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico. O julgamento realizado pelo STF nos recursos com repercussão geral reconhecida vinculará as demais Cortes de Justiça para casos futuros.

Na mesma toada, por meio de alterações legislativas implementadas nos anos de 2006 e 2008, foram inseridos os julgamentos por amostragem ou julgamentos por meio de recursos representativos da controvérsia no âmbito do Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. [consult. 17 fev. 2020] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

¹⁸⁵ No atual Código de Processo Civil, a repercussão geral é regulamentada pelo artigo 1.035:

“Artigo. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

II - tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos;

II – (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

§ 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

§ 6º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 7º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º caberá agravo, nos termos do art. 1.042.

§ 7º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º ou que aplicar entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos caberá agravo interno. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

(Vigência)

§ 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.

§ 9º O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 10. Não ocorrendo o julgamento no prazo de 1 (um) ano a contar do reconhecimento da repercussão geral, cessa, em todo o território nacional, a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal.

§ 10. (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 11. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão.”

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

[consult. 31 jan. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

(STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁸⁶. A proposta desses mecanismos é que, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, deverão ser selecionados dois ou mais recursos que serão encaminhados ao STF ou ao STJ para julgamento, cuja decisão também terá efeitos vinculantes para os futuros casos idênticos.

A ideia desses mecanismos foi fazer com que as Cortes Superiores – STF e STJ – deixassem de funcionar simplesmente como nova instância de revisão e passassem a se dedicar à formulação de teses e à unificação de jurisprudência, até mesmo como uma forma de assegurar a unidade e a coerência do direito nacional, missão que lhes foi constitucionalmente confiada¹⁸⁷.

Com a edição do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), o processo de valorização dos precedentes ganhou nova força, pois o novo caderno processual, além de corroborar com os mecanismos processuais já existentes para formação de precedentes vinculantes, criou mecanismos novos, de modo a trazer a lógica do *stare decisis* também para o âmbito das Cortes ordinárias (isto é, os tribunais de justiça estaduais e os tribunais regionais federais), a partir da criação do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)¹⁸⁸ e do incidente de assunção de competência (IAC)¹⁸⁹, cujas decisões também possuem força vinculante.

¹⁸⁶ Em 2006, inseriu-se essa inovação no âmbito do STF por meio da inclusão do artigo 543-B, § 1º no Código de Processo Civil de 1973; ao passo que, em 2008, a inovação foi inserida também no artigo 543-C, que a trouxe para o âmbito do STJ. No CPC/2015, a previsão consta dos artigos 1.036 e seguintes.

Atualmente, a questão está regulamentada no CPC/2015:

“Artigo 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.”

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União. Brasília/DF, 16 mar. 2015 [consult. 31 jan. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, ISBN 9788520369487. P. 307.

¹⁸⁸ O IRDR é regulamentado pelos artigos 976 e seguintes do CPC/2015:

“Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.”

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União. Brasília/DF, 16 mar. 2015 [consult. 31 jan. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

¹⁸⁹ O incidente de assunção de competência é regulamentado pelo artigo 947 do CPC/2015:

É interessante mencionar que, como o IRDR e o IAC são instrumentos disponíveis apenas para os tribunais de justiça estaduais e tribunais regionais (salvo algumas exceções¹⁹⁰), cuja jurisdição não é nacional, mas vinculada aos limites do estado ou da regional a qual pertencem, as decisões proferidas neste tipo de incidente somente vinculam os magistrados localizados dentro de seu âmbito de competência.

Em suma, pode-se dizer que o novo *codex* implementou um verdadeiro sistema de precedentes, insculpindo em seu artigo 927 a obrigatoriedade de serem observados:

- 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.¹⁹¹

Ainda, a fim de assegurar a observância a esses precedentes, o *Códex* estabeleceu, em seu artigo 988, a possibilidade de se utilizar um instrumento chamado de “reclamação” para cassar decisões divergentes, a ser proposta perante qualquer tribunal de onde foi oriundo o precedente cujo respeito se busca assegurar.

Em outras palavras, a reclamação, que é instrumento importantíssimo dentro do sistema, funciona como meio assecuratório da autoridade dos precedentes vinculantes, visando garantir a sua efetividade.

Naturalmente, o uso de um instrumento como a reclamação é totalmente prescindível nos países de *common law*, já que o respeito aos precedentes “é pressuposto e tradição do sistema”. Porém, como o Brasil não possui tradição nesse sentido, a reclamação mostra-se fundamental, até mesmo porque a correção de

“Artigo 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.”

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União. Brasília/DF, 16 mar. 2015 [consult. 31 jan. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

¹⁹⁰ O Superior Tribunal de Justiça decidiu, no julgamento do agravo interno na Pet 11.838/MS, de relatoria da Ministra Laurita Vaz (acórdão publicado em 10/09/2019), que o IRDR pode ser excepcionalmente instaurado no âmbito desta Corte quando ela estiver a atuar em competência recursal ordinária e ou competência originária.

Para mais informações a respeito, confira-se a íntegra da decisão em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1604133&num_registro=201603303056&data=20190910&formato=PDF.

¹⁹¹ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União. Brasília/DF, 16 mar. 2015 [consult. 31 jan. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

decisões que violam precedentes vinculantes por meio do sistema recursal tradicional pode levar muitos anos¹⁹².

Para Salomão e Fux, foi muito importante a consolidação dos precedentes vinculantes no novo CPC, a fim de “trazer maior efetividade à aplicação dos mandamentos constitucionais e das normas legais, evitando, por exemplo, soluções diversas para o mesmo problema”. Os autores avaliam que os conceitos e institutos da teoria do *stare decisis* e da *doctrine of binding precedentes* foram implementados no Brasil de maneira muito ponderada, “de modo a possibilitar uma estruturação e uma aplicação adaptadas às particularidades da máquina judiciária brasileira”¹⁹³.

¹⁹² PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia e BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, ano 15, pp. 9-52, n. 3, jul./set. 2016, ISSN 2525-328X. P. 13.

¹⁹³ SALOMÃO, Luis Felipe e FUX, Rodrigo. *Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle*. [consult. 03 nov. 2020]. Disponível em https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/10/54104E121B07DF_Arquivo-artigo.pdf. Pp. 15-16.

2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULAM OS ÁRBITROS?

Uma vez conhecido, por um lado, o sistema arbitral e seus pontos mais relevantes, e, por outro lado, o papel do precedente judicial enquanto fonte de direito no *common law* e no *civil law*, em especial o brasileiro, a questão que se põe para análise é: os precedentes judiciais devem ser obrigatoriamente observados pelos árbitros? Ou há, para eles, liberdade plena para decidirem inclusive em sentido contrário aos precedentes?

É importante delimitar a abrangência desta discussão tão somente ao âmbito da arbitragem de direito, excluindo do debate a arbitragem por equidade. Isto porque, como visto no Capítulo 1, ao optarem pelo uso da equidade, as partes conferem ao árbitro liberdade para eleger situações em que entender que não deve ser aplicada a norma de direito, por razões diversas, como por exemplo por vislumbrar que se trata de situação concreta não prevista pelo legislador, ou por entender que a norma já não mais acompanha a realidade, ou até mesmo por reputar que a aplicação da norma pode produzir injustiça no caso concreto.

Dentro desta ótica, não há dificuldade em depreender que é facultado ao árbitro afastar também o uso do precedente judicial, em benefício da equidade.

Por essa razão, a análise acerca da vinculação da decisão arbitral aos precedentes judiciais abrange tão somente a arbitragem de direito, na qual as partes indicam ao árbitro que a demanda tem de ser decidida com base em normas jurídicas especificamente escolhidas por elas, as quais não podem ser afastadas em hipótese alguma.

Outro ponto preliminar que convém destacar é que o recorte feito no presente estudo abrange tão somente as arbitragens de direito regidas pelo *common law* inglês, pelo *civil law* brasileiro e as arbitragens internacionais, pois não faria sentido incluir no recorte as arbitragens que, embora de direito, baseiem-se, por escolha das partes, em ordenamentos jurídicos que não conferem qualquer força vinculante aos precedentes judiciais.

É o que ocorre, por exemplo, em países que adotam a forma mais tradicional do *civil law*. Nesses países, se os precedentes não têm o condão de vincular a atuação dos magistrados em processos que tramitam perante o Judiciário, pois não são tidos como fontes primárias de direito, tal como visto no Capítulo anterior, naturalmente não faria sentido cogitar a possibilidade de vinculação dos árbitros.

Eis, pois, a razão pela qual optamos pelo recorte ora realizado.

3.1 Inglaterra

3.1.1 Os precedentes e seu efeito vinculante perante arbitragem amparada em direito anglo-saxão

Ao refletir sobre a eventual vinculação dos árbitros aos precedentes, para o *common law* inglês, Guilherme Rizzo Amaral propõe a análise de uma questão preliminar a esta: os árbitros tem o dever de respeitar a lei britânica?

Embora a resposta a esta questão pareça óbvia no sentido afirmativo, é interessante compreender o porquê disso. A análise feita pelo autor concluiu que, em sendo a arbitragem uma jurisdição de natureza privada, o poder do árbitro deriva da vontade das partes. Nessa esteira, o seu dever de observância à legislação britânica decorre do fato de que a convenção de arbitragem manifestou o interesse dos litigantes de que sua contenda seja resolvida com base no direito inglês¹⁹⁴.

Em sendo a legislação parte integrante do direito inglês¹⁹⁵, naturalmente o árbitro tem o dever de observá-la.

Estabelecido esse pressuposto, a conclusão acerca do dever de observância do árbitro aos precedentes surge como mera decorrência lógica.

Afinal, como visto no capítulo anterior, em se tratando do *common law*, o precedente judicial, enquanto *case law*, possui força equivalente à *statutory law*. No *common law* “precedents are not merely material which a judge may take into consideration”. Muito além disso, “they are binding sources of law”¹⁹⁶.

Desse modo, se o árbitro se propõe a decidir em consonância com o direito britânico, necessariamente terá de levar em consideração os *binding precedents*, pois eles constituem, juntamente com a lei, parte integrante do sistema anglo-saxão.

Apenas é importante deixar claro que, apesar de ser dever do árbitro respeitar os precedentes, este dever não guarda qualquer relação com eventual relação hierárquica havida entre o árbitro e o Poder Judiciário.

Muito embora a arbitragem seja admitida como jurisdição, tal perspectiva não permite equipará-la, para todos os efeitos, ao Poder Judiciário, sobretudo porque

¹⁹⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. Pp. 39-40 e 69.

¹⁹⁵ Conforme já mencionado no Capítulo 2, não só é verdade que a legislação compõe o direito inglês, como o papel por ela desempenhado aumentou consideravelmente nas últimas décadas, graças a fatores como o triunfo das ideias democráticas, a assunção de compromissos internacionais (em especial sua aproximação com a União Europeia) e, finalmente, a necessidade de implementar mudanças sociais rápidas com relação a matérias triviais, tais como a criação de instituições de previdência social, o estabelecimento de princípios de urbanismo, a coordenação de transportes, a reforma dos sistemas de saúde e educacional, entre outros.

PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia e BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, ano 15, pp. 9-52, n. 3, jul./set. 2016, ISSN 2525-328X. P. 5.

¹⁹⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. P. 26.

constitui um mecanismo de resolução de litígio de natureza privada, que, portanto, está completamente desvinculado da organização estatal e de sua estrutura hierárquica.

Dessa forma, não seria correto afirmar que a vinculação dos árbitros aos precedentes decorre de uma relação hierárquica com o Judiciário, decorre, isto sim, do fato de os precedentes serem parte integrante do direito inglês, tanto quanto a lei o é.

A despeito de haver, na cultura do *common law*, certa unanimidade em aceitar que os precedentes constituem-se em fontes de direito tanto quanto a lei¹⁹⁷, ainda é possível encontrar argumentos contrários à sua força vinculante no âmbito da arbitragem.

Weidemaier observa que aqueles que se contrapõem à utilização dos precedentes frequentemente argumentam que, quando as partes escolhem a arbitragem, “they wish to create a different kind of precedent, a body of rules better suited to their needs than government-created rules”¹⁹⁸.

No entanto, entendemos que a opção das partes pela arbitragem está relacionada a outras razões, como, por exemplo, o fato de acharem que este método alternativo de solução de controvérsia pode servir melhor aos seus interesses do que o processo estatal comum em razão de sua celeridade e flexibilidade procedimental, ou em razão da possibilidade de se entabular confidencialidade ou até mesmo devido à possibilidade de escolherem um profissional com maior conhecimento técnico na área do litígio do que um magistrado estatal.

A escolha pela arbitragem guarda relação com essas razões¹⁹⁹, e não com uma suposta intenção de afastar os padrões interpretativos estatais. Pois se assim o desejassem, as partes teriam escolhido outra norma a ser aplicável ao seu processo arbitral, que não a estatal; ou ainda, poderiam simplesmente ter optado pela arbitragem por equidade.

¹⁹⁷ Ao menos, esta é a regra geral, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, ISBN 9788520369487. Pp. 34-35.

Não obstante, Hart esclarece que “No nosso sistema [*common law*], o costume e o precedente estão subordinados à legislação, dado que as regras consuetudinárias e de *common law* podem ser privadas do seu estatuto jurídico por uma lei parlamentar [*statute*]. Contudo, elas devem o seu estatuto de direito, por precário que ele possa ser, não a qualquer exercício tácito de poder legislativo, mas à aceitação de uma regra de reconhecimento que lhes concede um tal lugar independente, embora sucinto”.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, ISBN 85-336-0950-7. P. 112.

¹⁹⁸ WEIDEMAIER, W.C.M. Judging-Lite: How Arbitrators Use and Create Precedent. *North Carolina Law Review*. North Carolina, 2012, v. 90, n. 4, pp. 1091-1146 [consul. 09 jun. 2020]. Disponível em https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol90/iss4/4/?utm_source=scholarship.law.unc.edu%2Fncrlr%2Fvol90%2Fiss4%2F4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. P. 1097.

¹⁹⁹ “O processo arbitral tem as vantagens do informalismo (em proporção maior que a do próprio processo perante o juiz, no Juizado), da maior discricão na instrução da causa e até talvez, dependendo de uma feliz escolha, dos julgadores especializados e conhecedores do tipo de litígio que envolve as partes. Além disso, é natural a melhor disposição dos litigantes em cumprir voluntariamente uma decisão dada em processo que eles consensualmente resolveram instaurar, do que no processo contencioso instaurado por iniciativa unilateral do autor.”

DINAMARCO. Cândido R. *Manual das Pequenas Causas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, ISBN 8520305008. P. 79.

Outra opção que remanesceria às partes, caso desejassem se afastar dos precedentes arbitrais, seria prever expressamente que sua arbitragem seria regida tão somente pela legislação estatutária inglesa, excluindo por completo o uso de precedentes ou até mesmo excluindo algum ou alguns precedentes em específico.

Para Amaral, a autonomia da vontade das partes é privilegiada na arbitragem e permite perfeitamente este tipo de arranjo (*opting out of precedents*):

Hence, if parties wanted to entirely avoid any binding effects of judicial precedents on their arbitration, they could simply limit the sources of law applicable to the substance of the dispute. Parties could also decide to exclude a certain precedent, or set of precedents - e.g. precedents concerning interest rates applicable to a specific transaction, or concerning statutes of limitations, or the standard interpretation of contract clauses etc. -. Parties could do so either by freeing arbitrators from the binding effect of those precedents - yet allowing arbitrators to decide the same way if they find it suitable - or by expressly forbidding arbitrators from adopting the general rules dictated by those precedents. Furthermore, not only could existing precedents be set aside by the parties' agreement, but also future precedents: parties could establish, for example, that "the decision regarding the amount of damages shall be based solely on the arbitrators' interpretation of statutory law, not subject to any constraints from existing or future judicial precedents".²⁰⁰

A grande questão é que, caso desejem se desvincular da observância dos *binding precedents*, as partes devem fazê-lo de maneira expressa, jamais cabendo ao árbitro presumi-lo.

Caso a convenção arbitral não preveja qualquer disposição neste sentido, constando tão somente a escolha dos litigantes pelo direito inglês, os árbitros ficam vinculados à *case law* tanto quando à *statutory law*.

Em casos assim, o desrespeito aos precedentes representa, por parte do árbitro, um ato de excesso de poder equivalente a julgar por equidade quando não há autorização para tal. É um ato que viola a convenção arbitral e as próprias balizas da arbitragem estabelecidas em âmbito internacional, não apenas no Reino Unido²⁰¹.

A própria Lei Modelo UNCITRAL, em seu artigo 28 (3) veda o uso da equidade quando não autorizado pelas partes: "The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so"²⁰².

Assim, resta reforçado o dever de observância dos árbitros aos precedentes, no caso do direito anglo-saxão.

3.1.2 Medidas cabíveis em caso de decisão arbitral que desrespeite precedente: *appeal on point of law*

²⁰⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. P. 78.

²⁰¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. P. 146.

²⁰² UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW – UNCITRAL. *Model Law on International Commercial Arbitration*. Vienna: United Nations Publication, 2008 [consult. 31 jan. 2020]. ISBN 978-92-1-133733-0. Disponível em https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_book.pdf.

Primeiramente, é preciso esclarecer que, como mencionado por Guilherme Rizzo Amaral, “the duty to apply the law – be it statutory law or case law – is entirely independent from the existence of mechanisms or sanctions to control it”²⁰³.

Ou seja, ainda que inexistam mecanismos sancionatórios que visem tutelar a observância da lei e dos precedentes judiciais pelos árbitros, isto não diminui em nada a sua força vinculante, tampouco significa que o árbitro não deva observá-los.

Tanto é assim que nos Estados Unidos, por exemplo, nem o *Federal Arbitration Act* de 1925 (FAA), nem o *Uniform Arbitration Act* de 1955 (UAA)²⁰⁴ – com suas emendas promovidas em 2000 – preveem expressamente a possibilidade de cassação de decisão arbitral por desrespeito à lei ou precedente²⁰⁵.

Embora haja, paralelamente ao FAA e ao UAA, uma doutrina de *manifest disregard of the law*, a qual preconiza a possibilidade de o Judiciário rever sentença arbitral que desrespeita a lei, esta doutrina é controversa e já chegou a ser refutada pela Suprema Corte Americana no julgamento do caso *Hall Street*, em 2008²⁰⁶.

Independentemente disto, é fato que, mesmo sem previsão legal acerca da possibilidade de intervenção estatal, os árbitros americanos não deixam de respeitar o direito norte-americano por causa disso. Pelo contrário, no que toca especificamente ao uso de precedentes judiciais, em estudo publicado em 2012, Weidemaier analisou mais de 800 sentenças arbitrais proferidas nos Estados Unidos e concluiu que os árbitros fazem uso efetivo dos precedentes judiciais na maioria delas²⁰⁷.

Logo, o fato de ora estarmos propondo uma reflexão acerca das medidas judiciais cabíveis em caso de decisão arbitral que desrespeite precedente, jamais deve ser interpretado como uma forma de dizer que esta é condição essencial para a própria existência da força coercitiva das decisões pretéritas.

Embora tenha sido amplamente difundida pela doutrina kelseniana a ideia de que a coerção seria um elemento essencial do Direito²⁰⁸, esta perspectiva foi

²⁰³ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. P. 39.

²⁰⁴ O UAA foi criado como uma espécie de lei modelo para os estados.

²⁰⁵ Os dispositivos legais mencionados apenas permitem a intervenção judicial na arbitragem em caso de irregularidades evidentes ou corrupção do árbitro. Para ler mais a respeito, ver *Section 10* do FAA e § 3-223 do UAA.

²⁰⁶ J. P. Duffy e Philip Danziger produziram um artigo, publicado em novembro de 2019, a fim de analisar as controvérsias em torno da doutrina do *manifest disregard* e avaliar se ela permanece vigente mesmo após o julgamento do caso *Hall Street* em 2008. A sua conclusão foi de que, mesmo que a doutrina tenha sido afastada pela Suprema Corte neste caso, há tribunais federais de apelação americanos que permanecem aplicando-a.

DUFFY, J. P.; DANZIGER, Philip. *Is Manifest Disregard Alive and Well in the Second Circuit?: A Remand to Find Out*. [consult. 23 set. 2020]. Disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/11/12/is-manifest-disregard-alive-and-well-in-the-second-circuit-a-remand-to-find-out/>.

²⁰⁷ WEIDEMAIER, W.C.M. Judging-Lite: How Arbitrators Use and Create Precedente. *North Carolina Law Review*. North Carolina, 2012, v. 90, n. 4, pp. 1091-1146 [consult. 09 jun. 2020]. Disponível em https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol90/iss4/4/?utm_source=scholarship.law.unc.edu%2Fncrlr%2Fvol90%2Fiss4%2F4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. P. 1091.

²⁰⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, ISBN 85-336-0950-7. Pp. 21-34.

assertivamente rebatida pelo trabalho de Herbert Hart. Para o autor, a afirmação de que uma pessoa possui a obrigação de fazer algo permanece verdadeira ainda que ela acredite (razoavelmente ou não) que não será descoberta ou não haverá mecanismos sancionatórios para coibir eventual desobediência²⁰⁹.

O presente trabalho não pretende negar esta assertiva. O ponto é que, quando não há mecanismo algum de controle sobre a arbitragem, embora ela permaneça obrigada a respeitar o direito eleito pelas partes, inevitavelmente fica mais suscetível a abusos e arbítrios, razão pela qual diversos países preveem mecanismos de controle a partir da intervenção do Poder Judiciário.

Na Inglaterra, antes do *Arbitration Act* de 1698, eventual erro de direito (*mistake of law*) poderia justificar a intervenção judicial de maneira totalmente ampla. Já com o advento da norma de 1698, tornou-se ligeiramente mais restrita a possibilidade de revisão judicial de decisões arbitrais, pois as cortes de justiça não podiam mais, como regra, anular decisões arbitrais tão somente em razão de erros de fato ou de direito. Amaral ensina que havia, contudo, duas exceções que mantinham excessivamente ampla a participação do Judiciário na arbitragem: quando o árbitro admitia seu equívoco na aplicação da lei ou nos fatos; ou quando o erro era aparente na própria decisão ou nos documentos a ela incorporados²¹⁰.

No *Arbitration Act* de 1854, foi positivado um costume já há algum tempo adotado na prática inglesa, consistente na possibilidade de o árbitro, discricionariamente, enviar ao tribunal judicial uma questão de direito (*question of law*) para apreciação, o que era chamado de *special case*. Embora se tratasse de um poder discricionário, isto é, uma mera prerrogativa, o fato de não ser exercida pelo árbitro não impedia que a corte de justiça reformasse a decisão arbitral quando entendesse que tinha havido uma questão de direito²¹¹.

Os parâmetros de revisão judicial permaneceram assim por um longo período, fazendo com que a Inglaterra fosse tida como um ambiente hostil para o desenvolvimento da arbitragem. Isto porque, embora a comunidade internacional entendesse possível a intervenção judicial na jurisdição arbitral, conferia-lhe caráter excepcional, de modo que a amplitude excessiva com a qual era permitida essa intervenção no Reino Unido poderia colocar em xeque a autonomia e a confiabilidade do instituto.

²⁰⁹ HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. P. 93.

²¹⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. P. 113.

²¹¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. P. 114.

Em razão da forte pressão exercida pelo mercado, o *Arbitration Act* de 1979 aboliu o *special case*, mas não trouxe mudanças significativas no panorama geral. Esta legislação ainda permitia uma intervenção judicial tão grande na arbitragem que chegava ao ponto de se negar a reconhecer a validade de decisões arbitrais *extra-legem* até mesmo nos casos em que as partes haviam previsto essa possibilidade na convenção arbitral²¹².

Paralelamente a isso, no contexto internacional, a Lei Modelo UNCITRAL (de 1985) esforçava-se em construir um ambiente seguro para a arbitragem, em que fosse assegurada a intervenção mínima da jurisdição estatal, sob a compreensão de que “Protecting the arbitral process from unpredictable or disruptive court interference is essential to parties who choose arbitration (in particular foreign parties)”²¹³.

A ideia prevalente seria de que é preciso encontrar um equilíbrio entre a intervenção judicial desmesurada – que poderia ferir de morte a autonomia da arbitragem – e a completa negação desta intervenção – que igualmente poderia retirar a credibilidade do instituto, pois, se a arbitragem se colocasse como instrumento sobre o qual o Judiciário não pudesse intervir nem mesmo para assegurar o cumprimento de uma matriz principiológica mínima, ou para assegurar que a autonomia da vontade das partes efetivamente seja respeitada com relação ao direito que elegeram aplicável, não haveria confiabilidade no instituto.

A proposta da Lei Modelo seria de permitir a intervenção judicial tão somente para situações excepcionais, de modo a garantir o bom funcionamento do instituto e sua credibilidade perante a sociedade, impondo limites a eventuais atuações abusivas dos árbitros, como um sistema de freios e contrapesos.

Nessa esteira, a UNCITRAL delimitou, em sua Lei Modelo²¹⁴, o envolvimento dos tribunais estatais somente aos casos em que necessário auxílio e controle estatal sobre questões como o reconhecimento da convenção arbitral (artigo 8); a concessão de medidas cautelares (artigo 9); a nomeação, recusa e extinção do mandato do árbitro (artigos 11, 13 e 14); a competência do tribunal arbitral (artigo 16); a obtenção de provas (artigo 27); o pedido de anulação da sentença arbitral (artigo 34); e o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais (artigos 35 e 36)²¹⁵.

²¹² AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. Pp. 114-115.

²¹³ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW – UNCITRAL. *Model Law on International Commercial Arbitration*. Vienna: United Nations Publication, 2008 [consult. 31 jan. 2020]. ISBN 978-92-1-133733-0. Disponível em https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf.

²¹⁴ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW – UNCITRAL. *Model Law on International Commercial Arbitration*. Vienna: United Nations Publication, 2008 [consult. 31 jan. 2020]. ISBN 978-92-1-133733-0. Disponível em https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf.

²¹⁵ Em 2006, a Lei Modelo foi atualizada, acrescentando-se algumas disposições relativas à possibilidade de intervenção estatal para o reconhecimento e execução de medidas provisórias (artigos 17-H, 17-I e 17-J).

No que se refere especificamente ao pedido de anulação da sentença arbitral perante o Judiciário (artigo 34), ao contrário da legislação inglesa – que permitia intervenção bastante ampla quando houvesse questões de fato ou de direito – a lei da UNCITRAL previu hipóteses bastante específicas em que seria admitida, tais como quando a convenção arbitral fosse firmada por pessoa incapaz ou quando não fosse válida; quando a parte não fosse informada da nomeação de um árbitro ou do procedimento arbitral, ou ainda quando fosse impossível fazer valer seus direitos; quando a sentença abrangesse questão não prevista na convenção arbitral; quando a constituição do tribunal arbitral ou o procedimento arbitral não estivesse conforme o acordo das partes; quando constatado que o objeto da disputa não é arbitrável; ou quando a sentença arbitral contrariasse a ordem pública do Estado²¹⁶.

A fim de se alinhar melhor à posição do comércio internacional manifestada pela UNCITRAL, a Inglaterra editou o *English Arbitration Act* de 1996 (EEA), que reduziu um pouco a possibilidade de intervenção estatal na arbitragem, mas ainda sem alcançar os padrões internacionais.

O EEA contém previsões que permitem às partes contestar as decisões arbitrais nas cortes estatais ou até mesmo apelar a elas diretamente em questões de direito, nas *Sections* 67, 68 e 69.

As *Section* 67 e 68 são inspiradas no artigo 34 da Lei Modelo. Preveem a possibilidade de as partes contestarem a decisão arbitral junto ao Poder Judiciário

²¹⁶ “Article 34. Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award

(1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.

(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:

(a) the party making the application furnishes proof that:

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or

(ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or

(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law; or

(b) the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State;

or

(ii) the award is in conflict with the public policy of this State.

(3) An application for setting aside may not be made after three months have elapsed from the date on which the party making that application had received the award or, if a request had been made under article 33, from the date on which that request had been disposed of by the arbitral tribunal.

(4) The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside.”

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW – UNCITRAL. *Model Law on International Commercial Arbitration*. Vienna: United Nations Publication, 2008 [consult. 31 jan. 2020]. ISBN 978-92-1-133733-0. Disponível em https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf.

quando há problemas envolvendo a falta de jurisdição do tribunal arbitral (*Section 67*²¹⁷) ou quando há irregularidade grave na decisão que possa causar injustiça às partes (*Section 68*²¹⁸), podendo tratar-se de irregularidade envolvendo o prolator da decisão, o procedimento ou a própria decisão.

Dentre as diversas hipóteses descritas na *Section 68*, Amaral analisa particularmente a prevista na *Subsection 2, “b”* – “the tribunal exceeding its powers (otherwise than by exceeding its substantive jurisdiction: see section 67)”²¹⁹ –, pois potencialmente poderia abrigar o cabimento de intervenção judicial por desrespeito à lei ou ao precedente²²⁰.

No entanto, ao analisar a maneira como os tribunais judiciais ingleses tem aplicado o dispositivo em tela nos últimos anos, o autor conclui que o excesso de poder

²¹⁷ “Section 67. Challenging the award: substantive jurisdiction.

(1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court—
(a) challenging any award of the arbitral tribunal as to its substantive jurisdiction; or
(b) for an order declaring an award made by the tribunal on the merits to be of no effect, in whole or in part, because the tribunal did not have substantive jurisdiction.

A party may lose the right to object (see section 73) and the right to apply is subject to the restrictions in section 70(2) and (3).

(2) The arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make a further award while an application to the court under this section is pending in relation to an award as to jurisdiction.

(3) On an application under this section challenging an award of the arbitral tribunal as to its substantive jurisdiction, the court may by order—

(a) confirm the award,
(b) vary the award, or
(c) set aside the award in whole or in part.

(4) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.”

UNITED KINGDOM. *English Arbitration Act of 1996*. [consult. 29 set. 2020]. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/part/I/crossheading/powers-of-the-court-in-relation-to-award>.

²¹⁸ “Section 68. Challenging the award: serious irregularity.

(1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court challenging an award in the proceedings on the ground of serious irregularity affecting the tribunal, the proceedings or the award.

A party may lose the right to object (see section 73) and the right to apply is subject to the restrictions in section 70(2) and (3).

(2) Serious irregularity means an irregularity of one or more of the following kinds which the court considers has caused or will cause substantial injustice to the applicant—

(a) failure by the tribunal to comply with section 33 (general duty of tribunal);
(b) the tribunal exceeding its powers (otherwise than by exceeding its substantive jurisdiction: see section 67);
(c) failure by the tribunal to conduct the proceedings in accordance with the procedure agreed by the parties;
(d) failure by the tribunal to deal with all the issues that were put to it;
(e) any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the proceedings or the award exceeding its powers;

(f) uncertainty or ambiguity as to the effect of the award;
(g) the award being obtained by fraud or the award or the way in which it was procured being contrary to public policy;
(h) failure to comply with the requirements as to the form of the award; or
(i) any irregularity in the conduct of the proceedings or in the award which is admitted by the tribunal or by any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the proceedings or the award.

(3) If there is shown to be serious irregularity affecting the tribunal, the proceedings or the award, the court may—

(a) remit the award to the tribunal, in whole or in part, for reconsideration,
(b) set the award aside in whole or in part, or
(c) declare the award to be of no effect, in whole or in part. The court shall not exercise its power to set aside or to

declare an award to be of no effect, in whole or in part, unless it is satisfied that it would be inappropriate to remit the matters in question to the tribunal for reconsideration.

(4) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.”

UNITED KINGDOM. *English Arbitration Act of 1996*. [consult. 29 set. 2020]. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/part/I/crossheading/powers-of-the-court-in-relation-to-award>.

²¹⁹ UNITED KINGDOM. *English Arbitration Act of 1996*. [consult. 29 set. 2020]. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/part/I/crossheading/powers-of-the-court-in-relation-to-award>.

²²⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. P. 116.

(“the tribunal exceeding its power”) a que se refere a *Section* 68 (2), (b) não comporta a revisão da decisão arbitral por força de eventual questão de direito²²¹.

Analisando o caso Lesotho, Guilherme Rizzo Amaral extrai o *standard* criado pela *House of Lords* (atualmente chamada de Suprema Corte do Reino Unido) em torno da aplicação do dispositivo. Tratava-se de um caso em que a Corte de Apelação entendeu que o tribunal arbitral excedeu seus poderes ao deixar de simplesmente aplicar a lei eleita pelas partes na convenção de arbitragem (ou a *lex fori*, acaso não houvesse previsão na convenção). A *House of Lords*, no entanto, reverteu a decisão da Corte de Apelação, pois entendeu que teria havido, no máximo, errôneo exercício do poder do qual se encontrava investido o tribunal arbitral, mas não um excesso de poder tutelável sob a *Section* 68 (2) (b)²²².

Assim, o autor conclui que as *Sections* 67 e 68 não podem ser utilizadas para corrigir eventual desrespeito à lei (estatutária ou jurisprudencial), remanescendo, assim, analisar eventual cabimento deste pleito sob a *Section* 69²²³.

²²¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. P. 119.

²²² AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. Pp. 117-118.

²²³ “Section 69. Appeal on point of law.

(1) Unless otherwise agreed by the parties, a party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) appeal to the court on a question of law arising out of an award made in the proceedings. An agreement to dispense with reasons for the tribunal’s award shall be considered an agreement to exclude the court’s jurisdiction under this section.

(2) An appeal shall not be brought under this section except—

- (a) with the agreement of all the other parties to the proceedings, or
- (b) with the leave of the court. The right to appeal is also subject to the restrictions in section 70(2) and (3).

(3) Leave to appeal shall be given only if the court is satisfied—

- (a) that the determination of the question will substantially affect the rights of one or more of the parties,
- (b) that the question is one which the tribunal was asked to determine,
- (c) that, on the basis of the findings of fact in the award—
 - (i) the decision of the tribunal on the question is obviously wrong, or
 - (ii) the question is one of general public importance and the decision of the tribunal is at least open to serious doubt, and
- (d) that, despite the agreement of the parties to resolve the matter by arbitration, it is just and proper in all the circumstances for the court to determine the question.

(4) An application for leave to appeal under this section shall identify the question of law to be determined and state the grounds on which it is alleged that leave to appeal should be granted.

(5) The court shall determine an application for leave to appeal under this section without a hearing unless it appears to the court that a hearing is required.

(6) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section to grant or refuse leave to appeal.

(7) On an appeal under this section the court may by order—

- (a) confirm the award,
- (b) vary the award,
- (c) remit the award to the tribunal, in whole or in part, for reconsideration in the light of the court’s determination, or
- (d) set aside the award in whole or in part. The court shall not exercise its power to set aside an award, in whole or in part, unless it is satisfied that it would be inappropriate to remit the matters in question to the tribunal for reconsideration.

(8) The decision of the court on an appeal under this section shall be treated as a judgment of the court for the purposes of a further appeal.

But no such appeal lies without the leave of the court which shall not be given unless the court considers that the question is one of general importance or is one which for some other special reason should be considered by the Court of Appeal.”

UNITED KINGDOM. *English Arbitration Act of 1996*. [consult. 29 set. 2020]. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/part/1/crossheading/powers-of-the-court-in-relation-to-award>.

Este dispositivo, diferente dos anteriores, não foi inspirado na Lei Modelo UNCITRAL, representa uma ferramenta bastante única do ordenamento inglês, que instituiu o chamado *appeal on point of law*.

A primeira observação importante em relação a esta ferramenta é que, diferente das descritas nas *Sections 67 e 68*, ela é renunciável por acordo das partes (*exclusion agreement*), conforme prevê a *Section 69 (1)*, o qual pode constar da convenção de arbitragem ou as vezes do próprio regulamento da instituição à qual as partes submeterão seu litígio.

A *International Chamber of Commerce (ICC)* e a *London Court of International Arbitration (LCIA)*, por exemplo, tem previsão de *exclusion agreement* em seus regulamentos²²⁴.

Se não houver acordo das partes que renuncie ao uso da *appeal on point of law*, elas podem socorrer-se ao Judiciário acerca de eventual questão de direito (*question of law*) oriunda da decisão arbitral, fazendo-se necessário obter uma licença do tribunal judicial (*leave of the court*) nos termos da *Section 69 (2) (b)*.

Esta licença será concedida se preenchidos os requisitos descritos na *Section 69 (3)*, quais sejam: quando a corte estatal entender que a resolução da *question of law* afetará substancialmente os direitos de uma das partes (ou mais)²²⁵; quando se tratar de questão à qual o tribunal arbitral foi instado a decidir²²⁶; quando, com base nos fatos descritos na decisão arbitral, ela mostrar-se obviamente equivocada²²⁷ ou, em se tratando de questão de importância pública geral (ou seja, questão que interfira no interesse público), a decisão arbitral mostrar-se ao menos sujeita a sérias dúvidas²²⁸; e, finalmente, quando, apesar das partes terem optado pelo uso da arbitragem, constatar-se que é justo e adequado que a questão seja julgado pela jurisdição estatal²²⁹.

²²⁴ No caso da ICC, a renúncia ao direito de apelar ao Judiciário se encontra descrita no artigo 35.6 da *ICC Rules of Arbitration* de 2017. Para ver mais: https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_33

Já no caso da LCIA, a renúncia consta do artigo 29.2 da LCIA Rules de 2020. Para ver mais: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Article%2027

²²⁵ Significa que a licença do tribunal para utilizar a *appeal on point of law* não será concedida se a questão de direito que se pretende discutir não puder impactar substancialmente o direito das partes. No caso *Shaw & Anor v MFP Foundations and Pilings Ltd* a licença foi negada pelo fato de se constatar que o valor em disputa era inferior a 500 libras, a ensejar a conclusão de que não havia impacto substancial sobre o direito de qualquer das partes.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. P. 126.

²²⁶ Significa que a questão de direito submetida à *appeal of law* não pode estar sendo suscitada de forma inédita pela parte, tem de ter sido previamente suscitada perante o árbitro.

²²⁷ O termo exato utilizado pelo EAA é “obviously wrong”, o qual indica que tem de se tratar de um erro óbvio, crasso, facilmente identificável.

²²⁸ Note-se que, em se tratando de questões de interesse público, os parâmetros para deferir a licença para uso da *appeal of law* são mais brandos. Não é necessário que haja erro crasso na decisão arbitral, bastando que haja dúvida razoável.

²²⁹ Este requisito claramente confere ao tribunal estatal o poder discricionário para avaliar as situações em que entender justa e adequada sua intervenção da decisão arbitral.

Segundo a Section 69 (4), o pedido dirigido ao Judiciário deverá identificar a *question of law* a ser julgada e apresentar os motivos pelos quais se alega que a licença (*leave of the court*) deve ser concedida para a *appeal on point of law*.

Note-se que, como o próprio nome já diz, a *appeal on point of law* permite apenas que sejam suscitadas questões de direito (*questions of law*), não sendo admitido o uso dessa ferramenta para questionar eventual erro de fato ou erro de direito (*error of law*) constante da decisão arbitral²³⁰.

Importante, neste panorama, definir o que seria exatamente uma questão de direito (*question of law*) e distingui-la dos erros de fato e de direito. Guilherme Rizzo Amaral analisa a decisão proferida por Mustill J no caso *Vinava Shipping Co Ltd v Finelvet AG (The Chrysalis)* para compreender estes conceitos, destacando que, apesar deste julgado ser anterior à EAA, traz balizas importantes²³¹.

No julgado em referência, Mustill J aplicou uma análise de três estágios à decisão arbitral, a fim de avaliar se haveria (ou não) questão de direito tutelável sob a *Section 69*. O primeiro estágio é aquele no qual o árbitro delimita os fatos; o segundo é aquele em que são delimitadas as normas de direito a serem aplicadas à espécie; e o terceiro é aquele em que, à luz dos fatos e do direito previamente estabelecidos, o árbitro chega à sua decisão²³².

Se o equívoco alegado pelas partes tiver ocorrido no primeiro estágio, será impossível a intervenção judicial por se tratar de mero erro de fato. Já se o equívoco do árbitro ocorrer no segundo estágio, de delimitação do direito aplicável, aí sim haverá a possibilidade de intervenção judicial por se tratar de questão de direito.

Por sua vez, se o árbitro, apesar de ter realizado a correta delimitação do direito aplicável, conforme eleito pelas partes na convenção, promover sua má-aplicação no estágio 3, não haverá a possibilidade de intervenção judicial por se tratar de mero erro de direito (*error of law*).

Isto porque, a despeito de o terceiro estágio envolver um elemento de julgamento ínsito ao árbitro, Mustill J afirmou que não haverá uma única resposta correta a ser extraída do cotejo entre os fatos e o direito delimitados. Haverá uma gama de possíveis respostas, dentre as quais nenhuma poderá ser considerada errada. Assim, mesmo que o juiz ou a parte discorde da resposta eleita pela decisão arbitral, se ela estiver dentro

²³⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. P. 122.

²³¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. P. 123.

²³² AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. P. 123.

desta gama de possibilidades que podem emergir da aplicação do direito à espécie, isto não será suficiente para o Judiciário intervir na decisão arbitral²³³.

Assim, apenas se o árbitro se equivocar na delimitação do direito aplicável é que poderá haver intervenção judicial, destacando-se que se deve entender por “direito aplicável” tanto a legislação quanto os precedentes, no caso do *common law* inglês.

Logo, o equívoco na delimitação do *case law* também enseja a intervenção judicial sob a *Section 69*.

Diversos precedentes mais recentes – julgados já sob a EAA – confirmam esta posição dos tribunais ingleses: *Kriti Akti Shipping Co. SA v Petroleo Brasileiro AS* (2004), *Compania Sud American Vapores v Hamburg & Anor* (2012), *John Sisk & Son Ltd v Carmel Building Services Ltd* (2016), por exemplo²³⁴.

Ao acolher uma *appeal of law*, o tribunal pode adotar uma das seguintes providências, segundo a *Section 69 (7)*: confirmar a decisão arbitral, alterá-la, enviá-la ao árbitro para reconsideração, no todo ou em parte, à luz da determinação da Justiça estatal, ou anulá-la, no todo ou em parte.

A fim de minimizar a intervenção judicial na arbitragem, a solução mais desejável seria enviar a decisão para reconsideração do árbitro, porém, pode ser admitida a anulação ou reforma da decisão pelo Judiciário quando constatado, segundo a discricionariedade do juiz, que a reconsideração seria inapropriada ou inútil.

Em conclusão, observa-se que a legislação arbitral inglesa atualmente vigente, a despeito de ter proposto um modelo de intervenção judicial bem mais restrito do que o praticado anteriormente, ainda permite maior amplitude na interferência do Poder Judiciário do que o proposto pela UNCINTRAL em âmbito internacional.

O respeito aos precedentes judiciais que compõem o direito inglês a ser adotado no procedimento arbitral é amplamente difundido no Reino Unido, sendo que seu desrespeito ainda é tutelado de maneira enérgica, tal qual o desrespeito à lei, por meio da *appeal on point of law* prevista na *Section 69* do EAA.

No entanto, a tutela prevista no EAA não se aplica a eventual *error of law*, ou seja, quando há má-aplicação da lei ou do precedente – quando, por exemplo, o árbitro reconhece o precedente aplicável ao caso mas realiza equivocadamente o *distinguishing* –, há tutela apenas e tão somente para os casos em que há desrespeito à lei ou ao precedente por equívoco do árbitro na delimitação do direito ou por eventualmente tê-los deixado de aplicar simplesmente por discordância pessoal, a despeito de reconhecer sua autoridade – *questions of law*.

²³³ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. Pp. 123-124.

²³⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. Pp. 124-125.

3.2 Brasil

3.2.1 O dever de observância aos precedentes na arbitragem regida por direito brasileiro

De início, é imprescindível deixar claro que a discussão travada neste tópico obviamente não diz respeito a observância de todo e qualquer precedente judicial. Em sendo o Brasil um país que adota a força vinculante tão somente para os precedentes especificamente elencados nos incisos do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015 (decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; enunciados de súmula vinculante; acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; e enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional), a presente discussão cinge-se à análise da vinculação do árbitro com relação a estes precedentes aos quais especificamente se atribuiu força vinculante²³⁵.

Não se cogita de eventual dever de observância com relação aos demais precedentes, pois eles não têm força coercitiva sequer perante o Poder Judiciário.

Feito este esclarecimento preliminar, passa-se à análise da questão propriamente dita.

No Brasil, tal como na Inglaterra, também há relativo consenso acerca da natureza jurisdicional da arbitragem. A própria Lei de Arbitragem Brasileira (LAB – Lei nº 9.307/96) estabeleceu, em seu artigo 18²³⁶, que o árbitro é juiz de fato e de direito; ao passo que o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu, em seus artigos 3º (§ 1º) e 42²³⁷, a inafastabilidade da jurisdição para qualquer tipo de ameaça ou lesão a direito, assegurando, dentro desse contexto, a possibilidade de uso da arbitragem.

²³⁵ O CPC basicamente dividiu os precedentes entre persuasivos e vinculantes, sendo vinculantes tão somente os elencados no artigo 927. A despeito de não ser o foco do presente trabalho, convém anotar que há doutrinadores que estudam mais a fundo a gradação da eficácia dos precedentes e inclusive propõem outras classificações (por exemplo: precedentes com eficácia normativa; com eficácia puramente persuasiva; e com eficácia intermediária).

Para saber mais a respeito, recomendamos: PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia e BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, ano 15, pp. 9-52, n. 3, jul./set. 2016, ISSN 2525-328X.

²³⁶ “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

BRASIL. *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Diário Oficial da União. Brasília/DF, 23 de setembro de 1996 [consult. 23 abr. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm.

²³⁷ “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

(...)

Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.”

Na mesma toada, o CPC também fixa a sentença arbitral como sendo título executivo judicial independentemente de homologação ou ratificação, conforme artigo 515, inciso VII, a reforçar sua natureza jurisdicional²³⁸.

No entanto, tal como estabelecido anteriormente, o fato de a arbitragem ser compreendida como jurisdição pela legislação brasileira não permite que seja enquadrada como parte da estrutura hierárquica do Poder Judiciário.

Do mesmo modo, não cabe afirmar que, por ser jurisdição, a arbitragem deveria seguir os precedentes por se tratar de uma imposição do Código de Processo Civil.

Segundo Rômulo Greff Mariani, há uma separação completa, do ponto de vista operacional, entre os dois métodos de resolução de conflito (estatal e arbitral), constituindo-se em “sistemas processuais distintos”, cujas substanciais diferenças procedimentais permitem admitir o chamado “direito processual arbitral” como um conceito apartado do “direito processual civil [estatal]”²³⁹.

Para o autor, o sistema arbitral é autorreferente: “Arbitragem é arbitragem”, ou seja, sob o prisma processual, constitui um sistema fechado operacionalmente, ao qual deve ser conferido tratamento autônomo²⁴⁰:

Inicialmente, se observa no processo arbitral um fechamento operacional a ele muito próprio. O que se verifica nesse sistema é, por exemplo, a estipulação de um regime próprio de atos processuais, forma de instituição, corriqueira aplicação de regras de instituição que administrará o processo, e delegação de poderes ao árbitro. A arbitragem produz ela própria instrumentos que a caracterizam de forma muito evidente e isso é facilmente visualizado tanto pela flexibilidade (adaptação) a ela inerente e aplicada em grau muito mais elevado se comparado ao processo estatal, como pela vontade das partes e árbitros na sua criação.²⁴¹

Dessa forma, embora respeite em linhas gerais a mesma matriz principiológica do processo estatal (no que diz respeito ao devido processo legal, que tem assento constitucional), não é correto afirmar que a arbitragem está estritamente vinculada ao cumprimento do procedimento estabelecido no Código de Processo Civil de 2015²⁴².

Destarte, tal como alertado por Marcos Fioravanti, não se pode cogitar de haver dever de os árbitros se sujeitarem ao regime de precedentes judiciais simplesmente porque esta é uma imposição do Código de Processo Civil brasileiro²⁴³.

BRASIL. *Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União. Brasília/DF, 16 mar. 2015 [consult. 31 jan. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.

²³⁸ O uso da sentença arbitral como título executivo judicial somente passou a ser permitido, no Brasil, a partir de 1996, por meio da reforma promovida no Código de Processo Civil de 1973, que antes previa a necessidade de submeter o laudo pericial à homologação perante o Poder Judiciário para que pudesse produzir os mesmos efeitos que uma decisão judicial.

²³⁹ MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, ISBN: 978-85-450-0534. P. 83.

²⁴⁰ MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, ISBN: 978-85-450-0534. P. 84.

²⁴¹ MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, ISBN: 978-85-450-0534. Pp. 83-84.

²⁴² Salvo se as partes especificamente entabularem que o procedimento do CPC deve ser seguido no trâmite de seu processo arbitral. Nesse caso, aplica-se obviamente o Códex, mas note-se que não é por imposição legal ou por imposição do sistema arbitral, mas tão somente por respeito à vontade das partes.

FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A Arbitragem e Os Precedentes Judiciais: Observância, Respeito ou Vinculação?* Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017 [consult. 27 jan. 2020]. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20834/2/Marcos%20Serra%20Netto%20Fioravanti.pdf>. P. 72.

Por outro lado, também não se pode negar a vinculação dos árbitros aos precedentes porque este dever está previsto no caderno processual, que vincula unicamente o processo estatal. Tampouco se pode negar o dever de observância devido ao fato de que a arbitragem constitui um sistema independente do Judiciário, como defendido por Rômulo Greff Mariani²⁴⁴.

Há que se analisar a questão de maneira muito mais aprofundada. É preciso averiguar, tal como no caso da Inglaterra, qual é exatamente a função que os precedentes judiciais exercem perante o direito brasileiro em sua atual conformação.

Consoante demonstrado no Capítulo 2, os precedentes, embora tenham começado a ser inseridos de maneira tímida no ordenamento brasileiro, devido à sua tradição de *civil law*, ganharam bastante espaço nos últimos anos e acabaram sendo elevados à verdadeira função de fontes primárias de direito, com caráter de observância obrigatória, tal como ocorre no *common law*.

Nesse sentido, ponderam Luis Felipe Salomão e Rodrigo Fux:

Talvez, em momento anterior à Emenda Constitucional 45/2004 e, principalmente, ao CPC/2015, cogitar de tal possibilidade [isto é, de que os precedentes seriam fonte de direito no ordenamento jurídico brasileiro] 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 de direito – para que haja pronunciamento jurisdicional válido.²⁴⁵

O novo diploma processual reconheceu de forma cristalina a eficácia normativa das decisões que insculpiu como precedentes vinculantes, atribuindo-lhes o mesmo valor da norma legal²⁴⁶.

Um indicativo de que, em razão das reformas sofridas pela legislação brasileira nos últimos anos, os precedentes passaram a projetar seus efeitos para além do

²⁴⁴ O autor, utilizando-se da teoria de Niklas Luhmann, entende que o direito constitui um sistema autônomo, e o processo constitui um subsistema dentro do direito. Neste subsistema, o autor enxerga uma divisão clara em mais dois subsistemas: o processo estatal e o arbitral. Como desdobramento dessa leitura, o autor defende categoricamente que os árbitros são soberanos na análise e aplicação do direito quanto ao mérito do litígio.

Até este ponto, não temos divergência com relação ao pensamento de Mariani. A divergência surge quando ele defende que “apontar que o árbitro é soberano na aplicação do Direito também significa constatar que ele não está vinculado à visão do Judiciário estatal (“supreme court”) sobre a expressão em concreto desse Direito”. Para o autor, “O ‘precedente’ ou ‘jurisprudência’, mesmo quando uniformizados na forma do Código de Processo Civil, expressam uma visão sobre a aplicação em concreto do Direito brasileiro. Uma visão do Judiciário estatal com a qual o árbitro pode não concordar. E ainda assim estará o árbitro aplicando o Direito brasileiro”.

Divergimos deste posicionamento por acreditar que o precedente é muito mais do que uma simples visão do Judiciário sobre a aplicação do direito. Acreditamos que os precedentes são efetivamente direito e, portanto, sua observância por parte do árbitro é imperativa, e não simplesmente uma opção. Discordamos que os precedentes possuam tão somente força persuasiva perante na arbitragem.

Para saber mais a respeito da visão de Mariani, pode-se consultar: MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, ISBN: 978-85-450-0534.

²⁴⁵ SALOMÃO, Luis Felipe e FUX, Rodrigo. *Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle*. [consult. 03 nov. 2020]. Disponível em https://migelhas.uol.com.br/arquivos/2020/10/54104E121B07DF_Arquivo-artigo.pdf. P. 18.

²⁴⁶ SALOMÃO, Luis Felipe e FUX, Rodrigo. *Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle*. [consult. 03 nov. 2020]. Disponível em https://migelhas.uol.com.br/arquivos/2020/10/54104E121B07DF_Arquivo-artigo.pdf. P. 18.

Judiciário é o fato de que, no caso das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade (ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade) e das súmulas vinculantes, consta expresso nos artigos 102, § 2º e 103-A da Constituição Federal que terão efeitos vinculantes também para a administração pública²⁴⁷.

Do mesmo modo, no caso das decisões proferidas em incidente de resolução de demandas repetitivas, o Código de Processo Civil expressamente determinou que, se o objeto da decisão for questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, os prestadores de serviço também ficam obrigados a obedecer ao precedente²⁴⁸.

Sob essa ótica, é possível afirmar que, atualmente, o direito brasileiro não mais se esgota no texto legal, sendo admitidas as decisões judiciais com força vinculante como fontes primárias de direito a vincularem não apenas o Poder Judiciário, mas a sociedade como um todo, de forma similar ao que ocorre com a lei.

Em sendo assim, se eleito em comum acordo pelas partes o direito brasileiro para reger seu processo arbitral, o árbitro tem de dirimir a controvérsia em plena consonância com o arcabouço de normas, regras e demais formas de expressão de direito que integram o ordenamento brasileiro, dentre as quais estão inseridos os precedentes judiciais.

Tal conclusão pode ser tomada como desdobramento da segurança jurídica e do próprio respeito à autonomia da vontade das partes. Como bem destaca Fioravanti, “se o sistema jurídico brasileiro [eleito pelas partes] empresta relevância a outras fontes do direito, (...) não parece correto afirmar que o julgamento dos árbitros deva observar a lei e tão somente a lei”²⁴⁹.

No mesmo sentido, ensina Ruy Rosado, “o sistema de arbitragem é peculiar e autônomo, mas não está no espaço, e sim inserido no ordenamento jurídico nacional,

²⁴⁷ “Art. 102. (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (...)

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

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. [consult. 17 fev. 2020] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

²⁴⁸ “Art. 985 (...) § 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.”

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União. Brasília/DF, 16 mar. 2015 [consult. 31 jan. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

²⁴⁹ FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A Arbitragem e Os Precedentes Judiciais: Observância, Respeito ou Vinculação?* Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017 [consult. 27 jan. 2020]. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20834/2/Marcos%20Serra%20Netto%20Fioravanti.pdf>. P. 83.

que deve respeitar naquilo que este tem de indispensável ao interesse público e inderrogável pelas partes”²⁵⁰.

É importante deixar claro que, muito embora esta seja a posição adotada no presente trabalho, há ainda muita resistência entre os doutrinadores brasileiros em aceitar o poder vinculante dos precedentes judiciais na arbitragem²⁵¹.

Muitas das críticas se devem ao fato de ainda não haver a adesão desejável, no Brasil, à existência de *binding precedentes* sequer no âmbito judicial, pois muitos ainda se colocam avessos à importação de mecanismos intrínsecos ao *common law* em um ordenamento tradicionalmente alinhado ao *civil law*²⁵².

Nesse contexto, a negação do caráter vinculante dos precedentes no âmbito arbitral se coloca como uma das manifestações dessa resistência aos *binding precedents* e como tentativa de enfraquecer o instituto.

No entanto, entendemos infundada essa campanha contrária aos precedentes e compreendemos que os benefícios na sua utilização são imensos, dentre os quais se pode destacar: (i) a segurança jurídica, ao permitir à sociedade que pautue suas condutas já ciente de como a questão será julgada em caso de litígio; (ii) a isonomia, ao assegurar tratamento igualitários aos litigantes envolvidos em processos e em jurisdições distintas; e (iv) a razoável duração do processo, pois o uso dos precedentes otimiza a atuação do julgador e permite racionalizar seu tempo e seus recursos²⁵³.

Diante de tantos benefícios, não há porque negar o uso dos precedentes seja no âmbito judicial, seja na arbitragem, mesmo porque é preciso respeitar a noção de integridade do direito. Conforme ensina Dworkin, deve-se buscar sempre a coerência

²⁵⁰ AGUIAR, Ruy Rosado de. Arbitragem, os precedentes e a ordem pública. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ*. Brasília: STJ, 2019, pp. 193-224, ISBN: 978-85-7248-199-1. P. 216.

²⁵¹ Como exemplo de doutrinador contrário ao caráter vinculante dos precedentes na arbitragem, pode-se citar: MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, ISBN: 978-85-450-0534.

²⁵² Confira-se o que dizem Lênio Luiz Streck e Georges Abboud a esse respeito:

“Ora, o precedente genuíno no *common law* nunca nasce desde-sempre precedente. E nem é feito em workshop ou jornadas (caso dos enunciados). Se ele tiver coerência, integridade e racionalidade suficientes para tomá-lo ponto de partida para discussão de teses jurídicas propostas pelas partes, e, ao mesmo tempo, ele se tornar padrão decisório para os tribunais e demais instâncias do Judiciário, então é que ele poderá com o tempo vir a se tornar precedente.

Ou seja, no *common law*, o que confere essa dimensão de precedente à decisão do tribunal superior é sua aceitação primeiro pelas partes e, em seguida, pelas instâncias inferiores do Judiciário. Daí ele ser dotado de uma aura democrática que o precedente à brasileira não possui, uma vez que os provimentos vinculantes do CPC já nascem — e isso é uma jaboticaba — dotados de efeito vinculante, independentemente da qualidade e da consistência da conclusão de suas decisões. Essa realidade é encoberta e escamoteada quando partimos nossas reflexões a partir da premissa o CPC-2015 criou um *sistema-de-precedentes*. Falta só alguém sugerir que o legislativo elabore precedentes...!

(...)

Aliás, não precisamos de um sistema de precedentes, ainda que seja numa versão abrigada. Do mesmo modo, não precisamos da muleta teórica do *sistema-de-precedentes* para concluir que o CPC-2015 concedeu maior importância à jurisprudência, ou ainda, que é possível aplicar analogicamente regras processuais do RE/REsp repetitivos para IRDR e vice-versa. Não é preciso o alibi teórico do *sistema-de-precedentes* ou uma *teoria-geral-dos-litígios-repetitivos* para tornar possível a aplicação sistemática das regras do processo. Essa aplicação sistemática sempre foi possível, para não falarmos da hermenêutica: além disso, a boa e velha analogia desde sempre já nos possibilitava esse caminho.”

STRECK, Lênio L. e ABBOUD, Georges. *O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC*. [consult. 29 out. 2020]. Disponível em https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc#_ftn3.

²⁵³ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, ISBN 9788520369487.

e integridade da ordem jurídica²⁵⁴, o que permite concluir que tais valores devem ser buscados também na hora de interpretar o direito no julgamento de celeumas concretas, independentemente de o julgamento ocorrer em uma jurisdição pública ou privada.

Isto porque a noção de unicidade do sistema não guarda relação com o sujeito prolator da decisão, mas sim com o fato de que este sujeito (seja ele público ou privado) está a buscar pacificação social por meio da resolução de conflitos, o que o obriga, portanto, a respeitar a coerência do direito em aplicação.

Se fosse admitida a completa autonomia da jurisdição arbitral em relação ao sistema de precedentes, como bem destacam Salomão e Fux, “criar-se-ia tenebroso cenário de manifestações jurisdicionais contraditórias apenas pela escolha do procedimento”. Tal cenário não é aceitável porque “as partes escolhem a arbitragem como método de solução de conflito, como procedimento; as partes não escolhem o resultado”²⁵⁵.

Sob essa perspectiva, sendo os precedentes judiciais parte integrante do conjunto harmônico que é o direito brasileiro, o árbitro não pode simplesmente se negar a respeitá-los, sob pena de converter uma arbitragem de direito em equidade sem autorização das partes²⁵⁶.

Como bem coloca José Rogério Cruz e Tucci, “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”, sob pena de se macular o princípio da isonomia, “a desacreditar o juízo arbitral”²⁵⁷.

A contrariedade ao precedente vinculante “causa surpresa, desequilíbrio e desarmonia, prejudicando o instituto e a confiança na arbitragem como forma adequada de resolução de conflitos”²⁵⁸.

É válido destacar que, quando se fala no dever de observância dos precedentes, não significa que sua aplicação é obrigatória em todo e qualquer caso. A dimensão de “observância” que aqui se preleciona caminha no sentido de ser necessário que se analise e considere o precedente no momento da prolação da decisão, sem prejuízo de

²⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Laws empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. ISBN: 0674518365. P. 176.

²⁵⁵ SALOMÃO, Luis Felipe e FUX, Rodrigo. *Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle*. [consult. 03 nov. 2020]. Disponível em https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/10/54104E121B07DF_Arquivo-artigo.pdf. P. 19.

²⁵⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O árbitro e a observância do precedente judicial*. [consult. 05 jun. 2020]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>.

²⁵⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O árbitro e a observância do precedente judicial*. [consult. 05 jun. 2020]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>.

²⁵⁸ FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A Arbitragem e Os Precedentes Judiciais: Observância, Respeito ou Vinculação?* Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017 [consult. 27 jan. 2020]. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20834/2/Marcos%20Serra%20Netto%20Fioravanti.pdf>. P. 84.

eventualmente ser afastada a sua aplicação caso realizado, de maneira fundamentada, *distinguishing* ou *overruling*²⁵⁹.

Do mesmo modo, é importante verificar se o precedente se refere a direito material ou processual, pois, em se tratando de matéria processual, não há falar em interferência na arbitragem, já que ela desfruta de flexibilidade e independência procedimental plena²⁶⁰.

Ainda deve ser destacado que, conforme explicado no capítulo anterior, o sistema de precedentes vinculantes brasileiros possui dois tipos de precedente que, apesar de elencados no artigo 927 do CPC, possuem abrangência apenas estadual e regional (ou seja, não abrangem todo o território nacional), quais sejam o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e o Incidente de Assunção de Competência (IAC), que são de competência apenas dos tribunais estaduais e tribunais regionais federais.

Alinhados a Guilherme Rizzo Amaral, entendemos que a aplicação dos precedentes oriundos de IAC e IRDR somente possuirá força vinculante perante os árbitros se disser respeito à legislação municipal e/ou estadual. Isto porque, em se tratando dessas legislações, a decisão alcançada em IAC e IRDR será a última palavra naquela matéria, já que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não analisam matéria afeta à lei local²⁶¹.

Por outro lado, se a decisão prolatada em IAC ou IRDR disser respeito à legislação federal, não haverá força vinculante no âmbito arbitral, pois esta decisão ainda ficará suscetível à revisão por parte do STJ ou do STF, que são as Cortes competentes para darem a última palavra em matéria federal.

Em suma, a conclusão é que, embora os árbitros não integrem a estrutura do Poder Judiciário e não estejam a ele submetido, graças a sua plena independência e autonomia, tem de respeitar os precedentes vinculantes (que versem sobre direito material e tenham abrangência nacional) nas arbitragens regidas por direito brasileiro, seja porque eles fazem parte do arcabouço normativo do Brasil e, só assim, estará

²⁵⁹ Acredita-se ser possível ao árbitro a realização de *distinguishing* ou *overruling* por se constituírem em instrumentos existentes no direito brasileiro para afastar a aplicação de precedentes. Logo, o uso desses mecanismos faz parte do direito nacional e não ferirá, portanto, a convenção de arbitragem.

É preciso considerar, porém, que nem todo precedente pode ser objeto de *overruling* no âmbito da arbitragem. Isto porque há alguns tipos de precedentes específicos que somente podem ser superados mediante procedimento próprio, por determinados órgãos do Judiciário ao qual a legislação conferiu competência exclusiva para tal tarefa.

É o caso, por exemplo, das súmulas vinculantes, que somente podem ser revisadas ou canceladas por decisão tomada em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, com voto favorável de 2/3 de seus membros, conforme definido pelo artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417/2006.

Por outro lado, em se tratando de precedente que a lei não estabeleceu procedimento específico para *overruling*, como o caso das decisões proferidas em recurso especial e extraordinário repetitivos, entendemos perfeitamente possível sua realização no âmbito da arbitragem.

²⁶⁰ Salvo se as partes tiverem optado, na convenção arbitral, pelo uso do procedimento estabelecido no Código de Processo Civil. Neste caso, parece-nos que o árbitro ficará vinculado também aos precedentes acerca de direito processual.

²⁶¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. P. 71.

sendo plenamente atendido ao que foi convencionado pelas partes quanto ao direito aplicável; seja porque tem a obrigação de conceber o direito como integridade.

3.2.2 A interferência do Judiciário na hipótese de não aplicação de precedente vinculante pelo árbitro: reclamação ou ação anulatória?

Partindo-se, portando, da premissa de que há efetivo dever dos árbitros de seguirem os precedentes vinculantes estabelecidos no sistema brasileiro, resta saber quais medidas podem ser adotadas pelas partes para assegurarem a observância do precedente.

Em tese, uma das opções seria o uso da chamada reclamação constitucional, que, conforme já antecipado, é o mecanismo de matriz constitucional, regulamentado pelo Código de Processo Civil de 2015 em seus artigos 988 a 993, que visa garantir a observância dos precedentes judiciais reputados vinculantes no sistema brasileiro:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;²⁶²

No contexto do Brasil, em que não há tradição consolidada de respeito aos precedentes, tal como ocorre no Reino Unido, a reclamação é um instrumento importante para fazer valer a autoridade dos precedentes, devendo ser proposta perante o tribunal de onde foi oriunda a decisão vinculante cujo respeito se busca assegurar.

No entanto, considerando que o árbitro não está inserido no organograma do Poder Judiciário e que inexistente o dever de obediência amparado em hierarquia funcional, não se mostra possível o uso da reclamação, que é um instrumento baseado na ascendência hierárquica da Corte de justiça prolatora do precedente sobre o tribunal (ou magistrado singular) prolator da decisão que o desrespeita²⁶³.

Não é demais repetir, como amplamente demonstrado no tópico acima, que o dever do árbitro de observância ao precedente decorre do fato de o precedente

²⁶² BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União. Brasília/DF, 16 mar. 2015 [consult. 31 jan. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

²⁶³ “Também não há como negar que a reclamação se trata de remédio puramente judicial e inerente à hierarquia do Poder Judiciário e/ou dos órgãos da Administração. É mecanismos de revisão, de correção das decisões judiciais e administrativas eventualmente contrárias aos comandos vinculantes, que serve ao papel institucional das Cortes Superiores. A literalidade da previsão legislativa para a sua utilização também limita a abrangência do instituto, além dos demais argumentos ora trazidos. Com efeito, ainda que uma decisão arbitral que afronte ou deixe de observar comando vinculante respingue certo grau de insegurança no sistema, pensa-se que a permissão de utilização da reclamação contra sentenças arbitrais causaria insegurança ainda maior, notadamente porque se trata de um mecanismo inapropriado e alheio ao subsistema eleito pelas partes quando convencionaram pela arbitragem.”

FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A Arbitragem e Os Precedentes Judiciais: Observância, Respeito ou Vinculação?* Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017 [consult. 27 jan. 2020]. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20834/2/Marcos%20Serra%20Netto%20Fioravanti.pdf>. P. 102.

constituir expressão plena do direito brasileiro; e não do fato de o Judiciário possuir ascendência hierárquica sobre o árbitro.

Assim, ao desrespeitar o precedente, o árbitro não está a desrespeitar a autoridade do tribunal que o prolatou, o que poderia justificar a propositura de reclamação; o desrespeito é ao próprio direito brasileiro, que atribuiu força vinculante ao precedente.

A corroborar o descabimento da reclamação, deve-se observar que, segundo o artigo 988, § 5º, inciso I²⁶⁴, é inadmissível a sua propositura após o trânsito em julgado da decisão reclamada. Nessa esteira, considerando que, salvo disposição em contrário entre as partes ou sentença que desafiar pedido de correção de erro de fato ou esclarecimento sobre omissão, a decisão arbitral transita em julgado no momento em que as partes são notificadas dela, conforme artigo 29 da LAB, mostra-se inviável o uso deste instrumento no âmbito da arbitragem²⁶⁵.

Nesse contexto, na busca por outro instrumento hábil a impugnar a decisão arbitral que deixa de observar precedente judicial, muitos doutrinadores tem sinalizado pelo uso da ação anulatória prevista nos artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem²⁶⁶.

Embora algumas das hipóteses de cabimento da ação anulatória sejam semelhantes ao que se tem nas *Sections* 67 e 68 da EAA – por exemplo, permitindo a intervenção judicial nos casos em que seja nulo o compromisso ou a convenção

²⁶⁴ “Art. 988 (...) § 5º É inadmissível a reclamação:

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;”

(BRASIL. Lei nº 13.105, de 15 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 21 fev. 2020.)

²⁶⁵ “Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.”

BRASIL. *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Diário Oficial da União. Brasília/DF, 23 de setembro de 1996 [consult. 23 abr. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm.

²⁶⁶ “Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

I - for nula a convenção de arbitragem;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

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

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

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

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

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

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

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

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

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral.

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

§ 4º A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem”

BRASIL. *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Diário Oficial da União. Brasília/DF, 23 de setembro de 1996 [consult. 23 abr. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm.

arbitral; ou quando a decisão arbitral for proferida por quem não poderia ser árbitro ou o fez por prevaricação, concussão ou corrupção passiva, dentre outros casos –, não há previsão que se assemelhe à *Section 69*, no sentido de permitir a intervenção judicial em caso de questão de direito.

A lei brasileira não prevê de forma expressa a possibilidade de intervenção judicial nos casos em que a decisão arbitral desrespeitar a lei, muito menos nos casos de desrespeito aos precedentes.

Este padrão é até compreensível pelo fato de o Brasil ainda não possuir tradição no uso da arbitragem, como ocorre na Europa e nos Estados Unidos. Este método alternativo de resolução de litígio somente veio a ganhar força no país no fim do século passado e ainda está em processo de consolidação, de modo que a opção legislativa por não tratar expressamente do tema da intervenção judicial em caso de desrespeito à lei ou ao precedente provavelmente guarda relação com a tentativa de consolidar o instituto no país e preservar sua independência.

Não obstante, deve ser observado que, embora não haja previsão expressa na lei que permita a intervenção judicial em caso de decisão arbitral que desrespeite a lei ou o precedente vinculante, também não há previsão expressa que o proíba.

Com efeito, os juristas brasileiros tem buscado, dentre as hipóteses de cabimento da ação anulatória, a partir de uma interpretação sistemática da legislação, o seu uso excepcional para combater eventuais arbítrios da decisão arbitral, sem permitir que tal medida interfira na autonomia e credibilidade da arbitragem; ao contrário, visando reforçar estas qualidades²⁶⁷.

Tal como realizado na lei inglesa, é preciso identificar, primeiramente, qual é exatamente a situação de inobservância da lei e/ou do precedente sobre a qual se busca tutela judicial, com vistas a distingui-la de eventual má-aplicação, que realmente não possui tutela judicial.

Realizando-se um paralelo com a análise de três estágios aplicada pelas cortes de justiça inglesas, se a inobservância decorre de eventual delimitação incorreta dos fatos no estágio 1, não haveria como buscar intervenção judicial por se tratar de mero erro de fato.

Por outro lado, se o árbitro simplesmente deixar de aplicar uma lei ou precedente vinculante por expressamente afirmar que dela/e discorda ou que não reconhece sua força vinculante – o que equivaleria a um julgamento por equidade sem autorização das partes –, poder-se-ia dizer que houve equívoco na delimitação do direito.

²⁶⁷ FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A Arbitragem e Os Precedentes Judiciais: Observância, Respeito ou Vinculação?* Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017 [consult. 27 jan. 2020]. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20834/2/Marcos%20Serra%20Netto%20Fioravanti.pdf>. P. 105.

Em casos assim, a não aplicação da lei ou do *binding precedent* equivaleria a um equívoco do árbitro no estágio dois: estaria a delimitar incorretamente o direito aplicável, por negar força vinculante a algo que o direito eleito pelas partes categoricamente afirma que possui. Sem dúvida, seria uma *question of law*.

O inciso IV do artigo 32 da LAB prevê o uso da ação anulatória quando a sentença arbitral for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, ou seja, em uma espécie de excesso de poder do árbitro. É uma previsão semelhante ao que consta da *Section 68 (2) (b)*, a qual prevê a possibilidade de recorrer ao Judiciário na hipótese de “tribunal exceeding its powers”.

Embora as cortes inglesas não admitam que o desrespeito à lei e aos precedentes seja tutelado sob o amparo deste dispositivo legal, na medida em que há um outro dispositivo mais específico para o caso (isto é, a *appeal on point of law* prevista na *Section 69*), não se pode negar que este tipo de desrespeito efetivamente configura uma atuação arbitral em excesso de poder, isto é, fora dos limites da convenção arbitral.

Por essa razão, nos alinhamos ao entendimento de que é possível o uso da ação anulatória, com amparo no inciso IV, nos casos em que os árbitros, em lugar de aplicarem o direito brasileiro em sua plenitude, conforme eleito pelas partes na convenção arbitral, negam-se a aplicar uma determinada lei nacional ou contrariam a força vinculante dos precedentes que o ordenamento brasileiro estatui como tal.

Por outro lado, se o árbitro deixa de aplicar a lei invocada pela parte por entender que há outra lei brasileira mais específica para o caso; ou, ainda, se deixa de aplicar o precedente por força de *distinguishing* ou *overruling*; acredita-se não ser possível buscar a intervenção do Judiciário mesmo que a parte discorde da solução dada pelo árbitro, pois se tratará simplesmente de equívoco no estágio 3.

Em outras palavras, em casos dessa natureza, terá havido será simplesmente um erro de direito do árbitro dentro dos limites de poder que lhe foram conferidos (*error of law*), o que não comporta intervenção judicial pelo fato de que as partes, ao optarem por se submeter à arbitragem, conscientemente aceitaram este risco.

Ademais, Guilherme Rizzo Amaral observa que, segundo o artigo 32, inciso III da LAB, é cabível a ação anulatória quando violados os requisitos do artigo 26²⁶⁸,

²⁶⁸ “Art. 26 São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.”

BRASIL. *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Diário Oficial da União. Brasília/DF, 23 de setembro de 1996 [consult. 23 abr. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm.

dentre os quais está a obrigatoriedade de fundamentação da decisão arbitral. Nesse panorama, também caberia ação anulatória para os casos em que a lei ou o precedente deixam de ser aplicados sem que a decisão apresente fundamentação para tanto, em confronto, no caso específico do precedente, com a diretriz lançada pelo artigo 489, § 1º, inciso VI do CPC, o qual prevê que é carente de fundamentação a decisão que deixa de seguir súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem demonstrar que o entendimento foi superado ou que se distingue do caso concreto²⁶⁹.

Numa leitura sistemática, este entendimento faz total sentido. Embora já esclarecido que o procedimento insculpido pelo CPC não é obrigatório para a arbitragem, deve-se destacar que o artigo 489 não traz inovação legal alguma com relação ao dever de fundamentação, mas apenas traduz diretrizes básicas do que se considera como decisão fundamentada no âmbito do *due process of law*. Logo, a constatação de que a decisão arbitral tem de ser devidamente fundamentada, inclusive com indicação das razões pelas quais se deixa de aplicar determinada lei ou precedente vinculante, não decorre necessariamente da aplicação do CPC, mas de um princípio geral de direito previsto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

Marcos Fioravanti ressalta, ainda, que poderia se depreender que houve violação à ordem pública brasileira, razão pela qual seria cabível o uso da ação anulatória mesmo que esta hipótese não conste textualmente entre os incisos do artigo 32 da Lei de Arbitragem. Isto porque o respeito à ordem pública é tão fundamental ao sistema jurídico que sequer seria necessário ao legislador manifestar de maneira expressa que é nula a sentença que desrespeite esse preceito básico²⁷⁰.

Salomão e Fux apontam que o cabimento da ação anulatória em razão de violação à ordem pública²⁷¹, apesar de não estar expresso do artigo 32, pode ser extraído a partir de uma interpretação teleológica deste dispositivo juntamente com o

²⁶⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais. [consult. 05 jun. 2020]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral-vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais>. No mesmo sentido: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O árbitro e a observância do precedente judicial*. [consult. 05 jun. 2020]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>.

²⁷⁰ FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A Arbitragem e Os Precedentes Judiciais: Observância, Respeito ou Vinculação?* Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017 [consult. 27 jan. 2020]. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20834/2/Marcos%20Serra%20Netto%20Fioravanti.pdf>. P. 109.

²⁷¹ Ao tratar da possibilidade de propositura de ação anulatória amparada na violação à ordem pública, Ruy Rosado de Aguiar destaca que, no Brasil, há a regra de que é requisito para homologação de decisão estrangeira a inexistência de violação à ordem pública (artigo 963, inciso IV do CPC).

Desse modo, a extensão da hipótese de anulação de sentença arbitral por grave ofensa à ordem pública é até mesmo uma forma de evitar julgamentos contraditórios: “não pode o juiz do STJ, em um dia, deixar de homologar sentença estrangeira porque ofensiva à ordem pública nacional; em outro, ao julgar recurso de ação de anulação de sentença local impugnada pelo mesmo motivo, afirmar que a ordem pública interna nesse caso pode ser descumprida, como se para as relações exteriores houvesse um ordenamento jurídico, a afastar a sentença estrangeira, enquanto a proferida no Brasil, com o mesmo defeito, é inatingível”.

AGUIAR, Ruy Rosado de. Arbitragem, os precedentes e a ordem pública. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ*. Brasília: STJ, 2019, pp. 193-224, ISBN: 978-85-7248-199-1. P. 213.

artigo 2º, § 1º²⁷², segundo o qual “Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”²⁷³.

Outro ponto que merece destaque é que, muito embora haja o princípio *iura novit arbiter* – a indicar que o árbitro tem de aplicar a lei e também o precedente mesmo quando não invocados pela parte²⁷⁴ –, o fato de não terem sido invocados na arbitragem prejudica o uso da ação anulatória²⁷⁵.

É que, embora essa questão não esteja clara na legislação brasileira, Amaral pondera que o desrespeito à lei ou ao precedente que desafia intervenção judicial é apenas aquele realizado conscientemente, requisito cuja aferição fica prejudicada quando não houve provocação das partes. Desse modo, fazendo um paralelo com a legislação inglesa (*Section 69 (3) (b)* do EAA), a intervenção judicial somente é cabível acerca de questões sobre as quais o árbitro efetivamente foi chamado a decidir, sendo incabível a discussão de questões inéditas, jamais invocadas pelas partes²⁷⁶.

Por fim, convém anotar que, no caso de a ação anulatória ser julgada procedente, o juiz declarará a nulidade da sentença arbitral e determinará que o árbitro profira uma nova decisão, salvo nas hipóteses em que, como destaca Sofia Temer, “seja constatada a impossibilidade de prosseguimento da arbitragem, como, quando haja vício insuperável quanto à própria convenção, ou inarbitralidade da controvérsia”, hipótese em que as partes deverão iniciar uma ação judicial própria para obter uma decisão de mérito sobre seu litígio²⁷⁷.

Note-se que, diversamente da legislação inglesa, a legislação brasileira jamais permite que a decisão judicial proferida em sede de ação anulatória substitua a decisão arbitral²⁷⁸.

²⁷² SALOMÃO, Luis Felipe e FUX, Rodrigo. *Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle*. [consult. 03 nov. 2020]. Disponível em https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/10/54104E121B07DF_Arquivo-artigo.pdf. P. 19.

²⁷³ BRASIL. *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Diário Oficial da União. Brasília/DF, 23 de setembro de 1996 [consult. 23 abr. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm.

²⁷⁴ A aplicação deste princípio, próprio do *civil law*, não é unânime na doutrina internacional. Não obstante, nos filiamos à corrente que entende pela sua aplicação, ainda que de forma limitada, sobretudo no âmbito da arbitragem internacional.

Ou seja, embora o árbitro possa (ou melhor, deva) aplicar lei ou precedente independentemente de ter sido invocada pela parte, deve primeiramente informar às partes acerca de sua intenção de fazê-lo e, assim, oportunizar a prévia manifestação das partes, conforme orientações internacionais, como a *International Law Association Recommendations on Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration (Resolution Number 6/2008)*.

COLLANTES, Christian. *Give me the facts and I'll give you the law: what are the limits of the iura novit arbiter principle in international arbitration?* [Consult. 26 out. 2020]. Disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/10/give-me-the-facts-and-ill-give-you-the-law-what-are-the-limits-of-the-iura-novit-arbiter-principle-in-international-arbitration/>.

²⁷⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. Pp. 135-137.

²⁷⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. Pp. 135-137.

²⁷⁷ TEMER, Sofia. Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação ao árbitro e o cabimento de ação anulatória. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, abr./2018, v. 278, ano 43, pp. 523-543, ISSN: 0100-1981. P. 529.

²⁷⁸ Aliás, esse é mais um dos motivos pelos quais se entende que a reclamação não pode ser utilizada para tutelar desrespeito a precedente: uma vez julgada procedente, o artigo 992 do CPC prevê que o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia.

3.3 Arbitragem internacional

3.3.1 A força dos precedentes perante os árbitros internacionais

Conforme explicitado no Capítulo 1, a classificação da arbitragem como sendo internacional depende do critério adotado por cada país. A Lei Modelo UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), replicada por diversos ordenamentos, adota um critério misto (a abranger tanto o critério subjetivo, quanto o objetivo), conforme previsto no artigo 1, item 3:

An arbitration is international if:

- (a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or
- (b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business:
 - (i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement;
 - (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected;or
- (c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country.²⁷⁹

Uma vez escolhida pelas partes a arbitragem internacional, ao invés de litigarem em Cortes de justiça nacionais, elas tendem a escolher também qual será a legislação aplicável (em se tratando de arbitragem de direito)²⁸⁰.

Naturalmente, se a lei eleita pelos litigantes for transnacional, não exsurge qualquer questão em torno do uso de precedentes judiciais domésticos. É evidente que eles não se aplicarão.

Lado outro, se for escolhida alguma legislação doméstica, surgem diversas questões sobre qual será a relação entre o árbitro internacional e a lei a ser aplicada; se a aplicação da lei deve se dar da mesma maneira que no Judiciário ou se há um pouco mais de liberdade para o árbitro; se as partes esperam que seja adotado o mesmo padrão interpretativo que se adota no Judiciário, mesmo sendo este o sistema do qual decidiram não se submeter, ao fazerem a opção pela arbitragem; e, finalmente, se os árbitros internacionais tem obrigação de seguirem os precedentes domésticos ou não²⁸¹.

De forma coerente com o que se tem defendido até aqui neste trabalho, acreditamos que o árbitro, independentemente de se tratar de arbitragem internacional

Porém, o *standard* criado pelo legislador brasileiro não parece admitir aceitável que o Poder Judiciário possa cassar a decisão arbitral e proferir outra em seu lugar, sob pena de ferir a autonomia arbitral.

²⁷⁹ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW – UNCITRAL. *Model Law on International Commercial Arbitration*. Vienna: United Nations Publication, 2008 [consult. 31 jan. 2020]. ISBN 978-92-1-133733-0. Disponível em https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf.

²⁸⁰ É mais usual que as partes escolham a legislação que desejam que seja aplicada em seu litígio (é a chamada “*choice of law clauses*”). Não obstante, também é possível que a escolha da legislação seja relegada ao árbitro.

²⁸¹ REIS, Christiane Freire de Paula. Is the arbitrator obligated to follow a judicial precedent in international arbitration? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, nov.-dez./2018, v. 110, ano 26, pp. 265-278, ISSN: 1518-272X. P. 266.

ou doméstica, fica estritamente vinculado a cumprir o direito que foi eleito pelas partes na convenção de arbitragem, não havendo que se falar, com relação a este aspecto em específico, em “maior liberdade” em relação ao Poder Judiciário.

A arbitragem dá as partes a possibilidade de escolherem o ordenamento jurídico que bem entenderem para ser aplicado, ou até mesmo a possibilidade de serem julgadas por equidade. Porém, a partir do momento em que elas elegem determinada legislação nacional, o árbitro não pode para afastá-la com base em seu senso de justiça, torna-se servo de seu estrito cumprimento.

Em sendo assim, se o direito eleito pelas partes impõe os precedentes como fonte e os dota de força vinculante, parece-nos lógica a conclusão de que o árbitro fica obrigado ao seu cumprimento, salvo se realizar *distinguishing* ou *overruling*.

Afinal, conforme ensina Guilherme Rizzo Amaral, “whenever precedents are binding source of law in a given legal system, they are as much law as the statutes enacted by Parliament”²⁸².

Nas situações em que as partes não apontam nenhuma legislação específica a ser aplicada (ou seja, quando a convenção arbitral não prevê *choice of law clauses*), relegando essa escolha ao árbitro, entendemos que, a partir do momento em que o próprio árbitro, dotado de poder para tal, escolhe determinado direito doméstico a ser aplicado, não pode desrespeitar o precedente, se este é tido por fonte de direito²⁸³.

Isto porque, se pudesse afastar o precedente, estaria, por via transversa, impondo uma arbitragem de equidade a quem elegeu arbitragem de direito, em desrespeito à convenção arbitral²⁸⁴.

De outro lado, se o direito em aplicação não confere força vinculante aos precedentes, utilizando-os apenas com força persuasiva perante os juízes e tribunais, concordamos que não haveria sentido em obrigar os árbitros a seguirem-nos.

Não obstante, é preciso ponderar que, mesmo que o precedente não seja vinculante, é recomendável que o árbitro o coteje com o caso concreto e considere ao menos a sua força persuasiva, a fim de manter a isonomia e segurança jurídica na

²⁸² AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. P. 87.

²⁸³ REIS, Christiane Freire de Paula. Is the arbitrator obligated to follow a judicial precedent in international arbitration? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, nov.-dez./2018, v. 110, ano 26, pp. 265-278, ISSN: 1518-272X. P. 275.

²⁸⁴ “As it is plain to see, if arbitration in equity corresponds to the *free exercise* of jurisdictional function by arbitrators or state judges, limited almost exclusively by the due process clause, it is certain that arbitration *in law* presents other restraints. Such restraints are dictated precisely by the *rule of law*. Now, to recognise what precisely is the rule of law is a problem we have dealt with in previous parts. There can be only one rule of law. One cannot sustain that there should be the rule of law defined by the legislator and another defined by courts, being the former applicable to arbitrators and the latter applicable to state judges. Hence, unless authorised by the parties to decide a case *ex aequo et bono*, the arbitrator cannot deviate from binding precedents or, at least, he cannot do so without applying the proper techniques, such as that of *distinguishing*.”

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. Pp. 90-91.

atividade jurisdicional (seja ela estatal ou arbitral), bem como em atenção à concepção dworkiana²⁸⁵ de direito como integridade.

Para Georges Abboud, “a concepção do direito como integridade exige do árbitro e de todos os juízes e tribunais que a decisão para a lide leve em conta toda a principiologia e a cadeia de precedentes do sistema jurídico”, a fim de manter a coerência e harmonia do sistema²⁸⁶. Obviamente, em se tratando de precedentes com mera força persuasiva, não há exatamente uma obrigatoriedade de sua observância, mas é recomendável que seja considerada a pertinência de sua aplicação como forma de manter esta integridade.

Outra razão relevante é o fato de que, em arbitragens internacionais, é relativamente comum que os árbitros sejam de nacionalidade distinta da lei eleita pelas partes como aplicável em seu litígio. Sendo assim, o árbitro pode não ter familiaridade com a legislação que aplicará, o que reforça a importância de analisar as decisões pretéritas do Judiciário (mesmo que elas não possuam força vinculante) como uma forma de evitar a aplicação grosseiramente equivocada da legislação²⁸⁷.

Apesar disso, não é incomum se deparar com o argumento de que, se as partes elegeram a arbitragem internacional, desejam romper por completo com os padrões de julgamento do Poder Judiciário, o que afastaria o uso de precedentes até mesmo como guia interpretativo, como aqui se propõe.

No entanto, em consonância com o que já foi dito anteriormente, entendemos que a opção das partes pela arbitragem tem relação apenas com o fato de que desejam se submeter a uma jurisdição privada e às vantagens procedimentais que ela pode oferecer (celeridade, confidencialidade, informalidade, maior especialidade do julgador, etc)²⁸⁸; mas não tem qualquer relação com eventual intenção de se afastar por completo dos *standards* estatais.

Afinal, uma vez que escolheram que sua contenda deveria ser julgada com base em direito doméstico, é evidente que ficam de algum modo vinculados também, em maior ou menor grau (a depender da função que o precedente exerce no ordenamento eleito), aos padrões interpretativos estabelecidos pelo juízo estatal.

Ademais, como bem aponta Christiane Reis, aqueles que defendem que a escolha pela arbitragem representa uma intenção de se isolar por completo de qualquer coisa que venha do Judiciário “fail to see that it is not the case of two worlds colliding

²⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *Laws empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. ISBN: 0674518365. P. 176.

²⁸⁶ ABOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs. Arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, dez. 2012, v. 37, n. 214, pp. 271-298, ISSN: 0100-1981. P. 291.

²⁸⁷ REIS, Christiane Freire de Paula. Is the arbitrator obligated to follow a judicial precedent in international arbitration? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, nov.-dez./2018, v. 110, ano 26, pp. 265-278, ISSN: 1518-272X. P. 274-275.

²⁸⁸ DINAMARCO, Cândido R. *Manual das Pequenas Causas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, ISBN 8520305008. P. 79.

(arbitration v. judiciary), but rather one world that should be harmonic despite the existence of diferente dispute resolution mechanisms”²⁸⁹.

Ou seja, as jurisdições arbitral e estatal não se contrapõem, elas se completam e devem compor um universo harmônico de resolução de conflitos, sendo plenamente razoável (a até mesmo desejável) que uma se utilize das decisões pretéritas da outra como guia interpretativo. Ou seja, além da possibilidade de os árbitros fazerem uso dos precedentes estatais, deve-se aventar também a possibilidade de os magistrados togados utilizarem-se dos precedentes arbitrais, não necessariamente com força vinculante, mas ao menos com força persuasiva, conforme será melhor explorado no próximo capítulo.

Coerência e previsibilidade são duas qualidades fundamentais que se busca em qualquer mecanismo de resolução de conflitos, pois são valores básicos de qualquer Estado de Direito ²⁹⁰. Sem eles, simplesmente não há aceitação, tampouco confiabilidade dos usuários no método de resolução de controvérsia a ser utilizado.

Prestando-se o uso dos precedentes ao alcance dessas virtudes, devem ser considerados no momento da prolação da sentença arbitral internacional.

3.3.2 Mecanismos de controle na arbitragem internacional

Conforme já comentado, quando não submetida a qualquer tipo de controle, a arbitragem acaba se tornando mais suscetível a abusos; o que se aplica tanto ao âmbito da arbitragem doméstica, quanto à internacional.

Por isso, muito se tem discutido ultimamente acerca da possibilidade de submeter as decisões arbitrais internacionais ao controle judicial.

Por óbvio, não se cogita desta intervenção quando se trata da inobservância de precedentes que possuem mera força persuasiva, sobre os quais se recomenda que haja observância, mas não se obriga. A abordagem aqui proposta diz respeito tão somente à inobservância de precedentes vinculantes e à própria lei.

As questões mais importantes, no que toca a este tema, referem-se a quais seriam esses mecanismos de controle na arbitragem internacional e perante qual tribunal judicial se deve questionar a decisão arbitral.

A resposta a esta última questão pode lançar luzes sobre a primeira. Isto porque, ao definir a competência para se questionar a decisão arbitral, pode-se depreender que

²⁸⁹ REIS, Christiane Freire de Paula. Is the arbitrator obligated to follow a judicial precedent in international arbitration? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, nov.-dez./2018, v. 110, ano 26, pp. 265-278, ISSN: 1518-272X. Pp. 270-271.

²⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, ISBN 9788520369487. P. 127.

o mecanismo a ser adotado no procedimento será o previsto na legislação do país tido por competente.

Por exemplo, acaso entenda-se que a decisão arbitral deve ser anulada perante a Justiça brasileira, o procedimento adotado naturalmente será o previsto na Lei de Arbitragem Brasileira, isto é, a ação anulatória.

Sem embargo das legislações nacionais, há alguns autores, como Guilherme Rizzo Amaral²⁹¹, que chegam a cogitar a existência, em legislação internacional, de mecanismo que possa ser usado para buscar a anulação da decisão arbitral que desrespeite precedente ou a própria lei. O autor analisa o artigo V (1) (c) da *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, o qual prevê a possibilidade de se negar ao reconhecimento e cumprimento da decisão arbitral se “deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration” ou se “contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration”²⁹².

Inegavelmente, o dispositivo em tela refere-se às hipóteses de julgamento *extra* e *ultra petita*, mas, em uma interpretação extensiva, também poderia, em tese, cobrir a possibilidade de anulação de decisão proferida em excesso de poder, como é o caso das que deixam de observar os precedentes vinculantes ou a própria lei²⁹³.

Ocorre que, analisando julgados dos tribunais americanos e britânicos, Amaral observa que eles sinalizaram pela impossibilidade de adoção da Convenção de Nova York para este fim, pois entendem que não cabe buscar a anulação da decisão arbitral internacional por eventual desrespeito a precedente no momento de seu cumprimento perante a Justiça local²⁹⁴.

Assim, eventuais procedimentos de anulação de decisão arbitral devem ser regulamentados pelas legislações nacionais antes de iniciado seu cumprimento²⁹⁵.

Quanto ao foro competente, entendemos que deve prevalecer a competência do local em que foi prolatada a decisão arbitral, ressalvada a possibilidade de, em respeito à autonomia da vontade das partes, a convenção arbitral prever a competência de foro diverso.

²⁹¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. Pp. 148-149.

²⁹² UNITED NATIONS CONFERENCE ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION. *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*. [consult. 08 out. 2020]. Disponível em <http://www.newyorkconvention.org/english>.

²⁹³ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. Pp. 148-149.

²⁹⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. Pp. 151-154.

²⁹⁵ BROWER, Charles N. – BROWER, Charles H. - SHARPE, Jeremy K. *The Coming Crisis in the Global Adjudication System. Arbitration International*. London: Oxford University Press, dez./2003, v. 19, n. 4, pp. 415-440, ISSN: 0957-0411, P. 419.

Apesar de ser esta a solução mais adequada e até mesmo a mais intuitiva, pode haver eventual conflito em caso de o país onde foi prolatada a decisão não coincidir com o país de onde emana a lei aplicada na arbitragem.

Por exemplo, pode ser que se trate de uma arbitragem julgada no Reino Unido, mas que esteja a aplicar a lei brasileira.

Em situações dessa natureza, não há como impedir que qualquer dos dois estados ou até mesmo os dois estados concomitantemente sintam-se competentes para julgar eventuais pretensões anulatórias conforme seus próprios parâmetros de competência, a ocasionar eventuais decisões díspares. Ou, ainda, podem haver casos em que determinado estado dê cumprimento a eventual decisão arbitral que já tenha sido cassada perante a jurisdição de outro estado.

A doutrina internacional ultimamente tem reportado casos dessa natureza e conclui que a tendência é de que os tribunais domésticos favoreçam os seus nacionais²⁹⁶.

Foi o que ocorreu no julgamento do caso *Chromalloy*. No caso, tratava-se de um contrato firmado entre a empresa americana *Chromalloy Aeroservices Inc.* e o Egito, cujo objeto era a manutenção e reparação de helicópteros da Força Aérea Egípcia. O contrato previa que a lei egípcia o regeria, razão pela qual, após a rescisão unilateral do contrato por parte do estado egípcio, a *Chromalloy* iniciou uma arbitragem no Cairo, na qual se sagrou vencedora²⁹⁷.

O Egito iniciou, então, uma demanda judicial perante a Corte de Apelação do Cairo, visando anular a decisão arbitral e teve êxito em seu pleito. Concomitantemente, a *Chromalloy* iniciou, nos Estados Unidos, pedido judicial de cumprimento da decisão arbitral, que foi prontamente atendido pela Justiça americana, mesmo ciente da sentença anulatória proferida no Egito²⁹⁸.

Note-se que efetivamente houve conflito em torno do controle judicial e cada país envolvido no conflito acabou por favorecer os seus nacionais.

Por causa de situações dessa natureza, é preciso ter muita cautela ao se debater acerca dos mecanismos de controle judicial de decisões arbitrais em âmbito internacional, a fim de evitar que, em lugar de solucionar um problema (o desrespeito aos precedentes vinculantes, no tocante ao tema aqui debatido), crie-se outro (a insegurança jurídica decorrente de decisões contraditórias proferidas por jurisdições distintas).

²⁹⁶ BROWER, Charles N. – BROWER, Charles H. - SHARPE, Jeremy K. The Coming Crisis in the Global Adjudication System. *Arbitration International*. London: Oxford University Press, dez./2003, v. 19, n. 4, pp. 415-440, ISSN: 0957-0411, Pp. 419-420.

²⁹⁷ BROWER, Charles N. – BROWER, Charles H. - SHARPE, Jeremy K. The Coming Crisis in the Global Adjudication System. *Arbitration International*. London: Oxford University Press, dez./2003, v. 19, n. 4, pp. 415-440, ISSN: 0957-0411, P. 422.

²⁹⁸ BROWER, Charles N. – BROWER, Charles H. - SHARPE, Jeremy K. The Coming Crisis in the Global Adjudication System. *Arbitration International*. London: Oxford University Press, dez./2003, v. 19, n. 4, pp. 415-440, ISSN: 0957-0411, P. 422.

Entendemos que, idealmente, deve ser tido como competente o foro do local onde foi prolatada a decisão arbitral, ainda que aplicado o direito de outro país; a fim de evitar conflitos de jurisdições.

3 PRECEDENTES ARBITRAIS: OS ÁRBITROS PODEM CRIAR PRECEDENTE?

A doutrina internacional, tal como indicado por Kaufmann-Kohler²⁹⁹ e Weidemaier³⁰⁰, tem constatado que os árbitros, de forma cada vez mais recorrente, fazem referência a decisões arbitrais pretéritas e discutem seus fundamentos.

Daí a importância de se estudar a possível existência de precedentes arbitrais e qual o impacto que terão na conduta das partes, na argumentação a ser defendida pelos advogados e, sobretudo, nas sentenças arbitrais futuras, bem como sua influência perante o Poder Judiciário.

4.1 Conceito e origens

Os precedentes arbitrais derivam dos já tão conhecidos precedentes judiciais, que desempenham, conforme debatido no Capítulo 2, papel importante na administração da justiça e na construção do direito como universo íntegro e coerente, no qual se garante isonomia às partes ao evitar respostas díspares perante litígios idênticos.

Com o desenvolvimento da arbitragem nas últimas décadas e ciente de que o papel do árbitro, enquanto pacificador social, é bastante similar ao do juiz, o uso de decisões pretéritas, importante instrumento da experiência judicial, vem sendo importado para a cultura arbitral de maneira quase involuntária.

Isto porque, não apenas no campo do direito, mas em diversas outras áreas do conhecimento (envolvendo questões sociológicas ou até mesmo econômicas), é comum que se busque respostas para o futuro a partir do estudo do passado³⁰¹.

Sendo assim, no âmbito da arbitragem, não se poderia esperar que ocorresse de outra forma. É bastante natural que os árbitros considerem suas decisões pretéritas e, ao decidirem casos novos, mantenham consistência em relação a elas. Do mesmo modo, é natural que os demais sujeitos envolvidos na arbitragem (partes e seus advogados) se interessem pelo quanto já decidido em casos análogos ou semelhantes para poderem balizar suas condutas e enrobustecerem seus argumentos³⁰².

²⁹⁹ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral precedent: dream, necessity or excuse? *Arbitration International*, London: Oxford University Press, 2007, v. 23, n. 3, pp. 357-378. ISSN 1875-8398. P. 357.

³⁰⁰ WEIDEMAIER, W. C. M. Toward a Theory of Precedent in Arbitration. *William & Mary Law Review*. Virgínia, 2010, v. 51, issue 5, pp. 1894-1958 [consult. 26 out. 2020]. ISSN 2374-8524. Disponível em <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1040&context=wmlr>. P. 1899.

³⁰¹ Para ler mais a respeito: MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, ISBN: 978-85-450-0534. P. 45-46.

³⁰² WEIDEMAIER, W. C. M. Toward a Theory of Precedent in Arbitration. *William & Mary Law Review*. Virgínia, 2010, v. 51, issue 5, pp. 1894-1958 [consult. 26 out. 2020]. ISSN 2374-8524. Disponível em <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1040&context=wmlr>. P. 1901.

Ainda não se cogita da atribuição de força vinculante ao precedente arbitral, na medida em que, para tanto, seria necessária a existência de legislação própria que assim o determinasse, ou ao menos a existência de uma estrutura hierárquica arbitral que criasse para as instâncias inferiores o dever de observância das decisões proferidas pelas instâncias superiores.

Porém, como destaca Nicolas Béguin, em se tratando de arbitragem *ad hoc* não há uma estrutura hierárquica a subsidiar a possibilidade de existência de dever vertical de observância de precedentes. Do mesmo modo, após estudar os regulamentos de grandes instituições arbitrais, como a ICC (*International Chamber of Commerce*), ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) e CAS (*Court of Arbitration for Sport*), o autor concluiu que nem mesmo nas arbitragens institucionais as decisões arbitrais pretéritas possuem força vinculante, pois não é usual a existência de mecanismos de apelação, tampouco há composição hierárquica dentro das instituições³⁰³.

Não obstante, é evidente a força persuasiva que vem despontando deste tipo de precedente (*persuasive authority*). Weidemaier, em estudo publicado em 2010, analisou diversas decisões proferidas em arbitragens internacionais de investimento (processadas perante o ICSID), arbitragens comerciais internacionais e arbitragens laborais nos Estados Unidos, tendo constatado que efetivamente elas fazem referência a decisões pretéritas como argumento de reforço³⁰⁴.

Para Gabrielle Kaufmann-Kohler, essa força persuasiva decorre do fato de que, enquanto *decision-makers*, os árbitros têm o dever moral de perseguir consistência e previsibilidade em suas decisões, a fim de criar um ambiente de segurança jurídica³⁰⁵.

Paula Costa e Silva afirma que “the rule of law is only the rule of law if it is consistently applied”, o que depende substancialmente do senso de responsabilidade dos tomadores de decisão (sejam eles juízes ou árbitros) quanto ao seu papel como garantidores da uniformidade na resolução de casos idênticos³⁰⁶.

Há doutrinadores, como Rômulo Greff Mariani³⁰⁷ e Paula Costa e Silva³⁰⁸, que entendem o conceito de “precedente arbitral” como uma única decisão arbitral pretérita

³⁰³ BÉGUIN, Nicolas. The Rule of Precedent In International Arbitration. *Jusletter*. Suíça: Weblaw, Jan.2009 [consult. 15 jun. 2020], ISSN: 1424-7410. Disponível em <https://abrlegal.ch/wp-content/uploads/2016/01/The-Rule-of-Precedent-In-International-Arbitration-in-Jusletter-5-janvier-2009.pdf>.

³⁰⁴ WEIDEMAIER, W. C. M. Toward a Theory of Precedent in Arbitration. *William & Mary Law Review*. Virgínia, 2010, v. 51, issue 5, pp. 1894-1958 [consult. 26 out. 2020]. ISSN 2374-8524. Disponível em <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1040&context=wmlr>. P. 1911.

³⁰⁵ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral precedent: dream, necessity or excuse? *Arbitration International*, London: Oxford University Press, 2007, v. 23, n. 3, pp. 357-378. ISSN 1875-8398. P. 374.

³⁰⁶ COSTA E SILVA, Paula. *Arbitral Precedent: once and again*. [consult. 16 jun. 2020]. Disponível em https://www.academia.edu/35311889/Arbitral_Precedent_once_and_again?email_work_card=view-paper.

³⁰⁷ MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, ISBN: 978-85-450-0534. P. 179.

³⁰⁸ COSTA E SILVA, Paula. *Arbitral Precedent: once and again*. [consult. 16 jun. 2020]. Disponível em https://www.academia.edu/35311889/Arbitral_Precedent_once_and_again?email_work_card=view-paper.

isolada, que pode perfeitamente ser invocada como reforço de argumento em uma decisão arbitral futura ou em petições das partes.

Não discordamos desta posição, pois não há como negar a importância de decisões que, ainda que isoladas, tenham grande impacto no sistema arbitral por envolverem temas até então inéditos e com grande repercussão na comunidade arbitral (sobretudo a nível internacional), constituindo-se em *leading cases*.

De todo modo, parece-nos que a força persuasiva dos precedentes arbitrais está mais bem fundamentada em sua construção enquanto jurisprudência, do que enquanto decisão pretérita isolada. Tal como defendido por Kaufmann-Kohler, trata-se de uma espécie de “*stare decisis doctrine applied not to a single decision, but to a line of cases, or a jurisprudence constant*”³⁰⁹.

A ideia é que a construção paulatina de um entendimento arbitral homogêneo acerca de determinado tema se consolide e constitua uma verdadeira *opinio juris*, a servir como guia para futuras decisões arbitrais e até mesmo para toda a comunidade internacional, que passará a enxergar que, salvo quando houver razões determinantes para agir em contrário, o tribunal arbitral seguirá o entendimento jurisprudencial consolidado³¹⁰.

Para a constituição de precedentes arbitrais, os doutrinadores entendem necessária a presença de alguns requisitos específicos.

Primeiramente, é necessário que as decisões sejam públicas, pois somente se as sentenças pretéritas forem conhecidas pelo público poderão ser invocadas no futuro. Porém, como alerta August Reinisch, considerando o caráter confidencial que possuem muitas arbitragens, sobretudo em matéria de comércio internacional, é comum que a confidencialidade seja apontada como um entrave ao desenvolvimento dos precedentes arbitrais³¹¹.

Não obstante, este “entrave” pode ser perfeitamente superado com a publicação das decisões sem menção ao nome das partes e do árbitro, podendo-se inclusive omitir alguns fatos ou publicar somente a ementa da decisão³¹².

Aliás, já há diversos veículos mundialmente conhecidos que buscam difundir decisões arbitrais mesmo quando é necessária a mitigação de alguns dados para fins de preservar a confidencialidade. Como exemplo, pode-se citar: *Yearbook Commercial*

³⁰⁹ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral precedent: dream, necessity or excuse? *Arbitration International*, London: Oxford University Press, 2007, v. 23, n. 3, pp. 357-378. ISSN 1875-8398. P 377.

³¹⁰ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral precedent: dream, necessity or excuse? *Arbitration International*, London: Oxford University Press, 2007, v. 23, n. 3, pp. 357-378. ISSN 1875-8398. P 377.

³¹¹ REINISCH, August. *The Role of Precedent in ICSID Arbitration*. [consult. 09 jun. 2020] Disponível em https://deicl.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Reinisch/Publikationen/role_precedents_icsid_arbitrat_ionaayb_2008.pdf.

³¹² BÉGUIN, Nicolas. The Rule of Precedent In International Arbitration. *Jusletter*. Suíça: Weblaw, Jan.2009 [consult. 15 jun. 2020], ISSN: 1424-7410. Disponível em <https://abrlegal.ch/wp-content/uploads/2016/01/The-Rule-of-Precedent-In-International-Arbitration-in-Jusletter-5-janvier-2009.pdf>. P. 5.

*Arbitration (ICCA)*³¹³; *Revue de l'Arbitrage (CFA)*³¹⁴; *Bulletin de L'Association Suisse de L'arbitrage (ASA)*³¹⁵; *ICSID Review (ICSID)*³¹⁶; *World Arbitration Reporter (Juris Publishing)*³¹⁷; *World Trade and Arbitration Materials (Wolters Kluwer)*³¹⁸; *Arbitrator Intelligence*³¹⁹, dentre muitos outros.

Ao tratar do requisito da publicidade, Weidemaier destaca que a publicidade tem de estar atrelada à acessibilidade da decisão. Isto porque não basta que seja publicada em bases de dados especializadas e de difícil acesso aos usuários do sistema arbitral, é preciso que seja tornada pública de maneira acessível a toda a comunidade arbitral³²⁰.

Outro requisito necessário à formação dos precedentes arbitrais é que a decisão seja fundamentada. Afinal, é da *ratio decidendi* que se extrairá a razão a ser replicada em eventuais casos futuros análogos.

Via de regra, os atos decisórios da arbitragem têm de ser fundamentados e inclusive é esta a previsão do artigo 31 (2) da Lei Modelo UNCITRAL³²¹. Só assim se cogitará da formação de precedente arbitral.

Não se desconhece que há casos em que a decisão arbitral pode carecer de fundamentação por expressa previsão legal ou até por força do acordo firmado entre as partes. No entanto, está situação não é usual e, quando ocorrer, entendemos não ser possível o uso deste tipo de decisão como precedente arbitral.

Um terceiro requisito é a autonomia do prolator das decisões que se pretende tomar como precedentes. Este requisito exige “that arbitral awards be impervious to the legal environment where the arbitral tribunal has its suits”. Dito de outro modo, a formação de precedentes arbitrais depende substancialmente de que o seu prolator tenha autonomia plena para decidir sem que haja possibilidade de revisão judicial do mérito da decisão³²².

³¹³ Mais informações disponíveis em: https://www.arbitration-icca.org/publications/yearbook_table_of_contents.html.

³¹⁴ Mais informações disponíveis em: https://www.cfa-arbitrage.com/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=63&Itemid=246.

³¹⁵ Mais informações disponíveis em: <https://www.arbitration-ch.org/en/publications/asa-bulletin/index.html>.

³¹⁶ Mais informações disponíveis em: <https://academic.oup.com/icsidreview>.

³¹⁷ Mais informações disponíveis em: <https://arbitrationlaw.com/content>.

³¹⁸ Mais informações disponíveis em: <https://irus.wolterskluwer.com/store/product/world-trade-and-arbitration-materials/>.

³¹⁹ Mais informações disponíveis em: <https://arbitratorintelligence.com/>.

³²⁰ WEIDEMAIER, W. C. M. Toward a Theory of Precedent in Arbitration. *William & Mary Law Review*. Virgínia, 2010, v. 51, issue 5, pp. 1894-1958 [consult. 26 out. 2020]. ISSN 2374-8524. Disponível em <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1040&context=wmlr>. P. 1921.

³²¹ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW – UNCITRAL. *Model Law on International Commercial Arbitration*. Vienna: United Nations Publication, 2008 [consult. 31 jan. 2020]. ISBN 978-92-1-133733-0. Disponível em https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf.

³²² BÉGUIN, Nicolas. The Rule of Precedent In International Arbitration. *Jusletter*. Suíça: Weblaw, Jan.2009 [consult. 15 jun. 2020], ISSN: 1424-7410. Disponível em <https://abrlegal.ch/wp-content/uploads/2016/01/The-Rule-of-Precedent-In-International-Arbitration-in-Jusletter-5-janvier-2009.pdf>. P. 2.

Por fim, outro requisito frequentemente referido pela doutrina é a consistência (ou padronização) das decisões arbitrais. Isto é, para que se constitua em precedente, as decisões têm de ser consistentes e coerentes umas com as outras³²³.

Daí porque se acredita que o uso de decisões pretéritas isoladas como precedentes deve ser excepcional, pois não é possível aferir propriamente a presença deste requisito a partir de uma única decisão. O ideal é que já haja um universo de casos decididos acerca de determinado tema para que se possa apurar qual a tendência jurisprudencial a se consolidar.

4.2 Os benefícios no uso de precedentes arbitrais

O momento hoje vivido pela sociedade é de globalização plena e trocas constantes de pessoas e empresas por todos os lados do mundo. Apesar dos inegáveis benefícios que essa realidade traz à sociedade, não se pode também negar que é um mundo completamente novo, cujas inseguranças e incertezas são pulsantes, a reclamar a previsibilidade e consistência do direito não apenas no âmbito judicial, mas também na arbitragem.

Tal como defendido por Mariani, a homogeneização da cultura arbitral é extremamente importante, tanto do ponto de vista da sua regulamentação nas mais variadas legislações a nível mundial, quanto do ponto de vista da aplicação do direito material e conformação de seus entendimentos³²⁴.

Sob a perspectiva da regulamentação, ao invés de cada país construir suas normas acerca da arbitragem de forma individual, é desejável que construam suas disciplinas legais a partir de uma base comum, levando em conta *soft law* e, em especial, iniciativas internacionais que visem construir um corpo harmônico de práticas arbitrais, como a Lei Modelo UNCITRAL.

Mesmo fazendo uso desses subterfúgios, é comum a presença de celeumas procedimentais no desenrolar dos processos arbitrais, desde discussões acerca de cláusulas compromissórias patológicas, arbitralidade do litígio e competência arbitral, até questões envolvendo o curso da instrução processual.

Nesta seara, o uso dos precedentes arbitrais assume importância como elemento mitigador dos conflitos de entendimentos com relação ao processo arbitral, de modo a influenciar casos futuros e “consolidar práticas que se compreendem corretas e benéficas à prestação jurisdicional almejada na arbitragem”³²⁵.

³²³ MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, ISBN: 978-85-450-0534. P. 196.

³²⁴ MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, ISBN: 978-85-450-0534. P. 196.

³²⁵ MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, ISBN: 978-85-450-0534. P. 228.

No que se refere ao direito material, o uso de precedentes arbitrais é ferramenta importantíssima no contexto internacional, por duas razões principais. Primeiro, porque viabiliza a criação de uma uniformidade interpretativa que reduz os choques culturais que inevitavelmente se fazem presentes. Em segundo lugar, porque, no âmbito internacional, há um corpo de normas bem menos desenvolvido do que costumam ser as legislações nacionais. Assim, o árbitro acaba assumindo não apenas o papel de *decision-maker*, mas também de criador da norma (*making-law*) para o caso concreto³²⁶.

Assim, no contexto de um *corpus iuris* ainda lacunoso, em que o árbitro inevitavelmente funcionará como *gap-filler*, o uso de precedentes é essencial para garantir consistência, previsibilidade e isonomia às partes que submetem seus litígios a serem decididos com base no direito internacional³²⁷:

In essence, the less developed the body of rules is, the more important the role of the dispute resolver will be with respect to the creation of rules. To put it simply, rule creation through dispute settlement depends on the need for predictability. When arbitrators apply a national law in commercial arbitration, that law is sufficiently developed to be predictable, and the arbitrators' role does not involve developing rules belonging to this national law. This is the role of the national legislators. When arbitrators apply a body of rules that is less developed and is still in the process of being formed, their role with respect to the establishment of predictable rules is much more important. This is so today in sports law and investment law.³²⁸

Ilustrando essa afirmação, Kaufmann-Kohler aponta que, em se tratando de arbitragens internacional esportiva e arbitragem de investimentos³²⁹, por não haver um conjunto mínimo de princípios ou regras aplicáveis ao caso, é relativamente comum o uso de precedentes arbitrais para suprir as lacunas³³⁰.

Na medida em que os precedentes permitem a criação de *standards* interpretativos, os próprios usuários do sistema arbitral nestas searas (esportiva e de investimento) se sentem beneficiados pela consistência nos julgamentos³³¹.

Já no caso específico da arbitragem envolvendo comércio internacional, Weidemaier aponta que há uma maior resistência ao uso dos precedentes arbitrais:

³²⁶ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral precedent: dream, necessity or excuse? *Arbitration International*, London: Oxford University Press, 2007, v. 23, n. 3, pp. 357-378. ISSN 1875-8398. P 375.

³²⁷ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral precedent: dream, necessity or excuse? *Arbitration International*, London: Oxford University Press, 2007, v. 23, n. 3, pp. 357-378. ISSN 1875-8398. P 375.

³²⁸ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral precedent: dream, necessity or excuse? *Arbitration International*, London: Oxford University Press, 2007, v. 23, n. 3, pp. 357-378. ISSN 1875-8398. P 375.

³²⁹ August Reinisch aponta para este crescimento recorrente do uso de precedentes arbitrais no âmbito da ICSID: REINISCH, August. *The Role of Precedent in ICSID Arbitration*. [consult. 09 jun. 2020] Disponível em https://deicl.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Reinisch/Publikationen/role_precedents_icsid_arbitrat ionaayb_2008.pdf.

Já Nicolas Béguin aponta para este crescimento na *Court of Arbitration of Sport*. BÉGUIN, Nicolas. The Rule of Precedent In International Arbitration. *Jusletter*. Suíça: Weblaw, Jan.2009 [consult. 15 jun. 2020], ISSN: 1424-7410. Disponível em <https://abrlegal.ch/wp-content/uploads/2016/01/The-Rule-of-Precedent-In-International-Arbitration-in-Jusletter-5-janvier-2009.pdf>.

³³⁰ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral precedent: dream, necessity or excuse? *Arbitration International*, London: Oxford University Press, 2007, v. 23, n. 3, pp. 357-378. ISSN 1875-8398. P 375.

³³¹ WEIDEMAIER, W. C. M. Toward a Theory of Precedent in Arbitration. *William & Mary Law Review*. Virgínia, 2010, v. 51, issue 5, pp. 1894-1958 [consult. 26 out. 2020]. ISSN 2374-8524. Disponível em <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1040&context=wmlr>. P. 1930.

“arbitrators in international commercial disputes appear to cite past awards only rarely, and primarily on questions of procedure and jurisdiction”³³².

Kaufmann-Kohler relata que isto se deve às peculiaridades do comércio internacional: as disputas dele oriundas acabam ficando muito vinculadas ao que foi estipulado pelo contrato comercial firmado entre as partes e por fatos específicos que lhes ocorreram, de maneira que é difícil a construção de *standards* interpretativos mesmo quando os árbitros se deparam com lacunas normativas, situações em que preferem ter liberdade para “cunhar” as regras (*to mint the rules*) levando em conta as especificidades do caso³³³.

Mesmo diante desta resistência inicial, tem se percebido alguma tendência ao uso de precedentes nesta seara. Isto porque a *lex mercatoria*, enquanto principal corpo de normas a reger o comércio internacional, recebeu imensas contribuições de decisões arbitrais para ser construída (sobretudo diante de decisões publicadas pela ICC)³³⁴.

O fato é que, em qualquer seara de litígio que se analise, o uso de precedentes arbitrais tende a crescer devido aos benefícios que tem o potencial de alcançar sob as mais diversas perspectivas: do árbitro, das partes e da sociedade como um todo.

Ao árbitro, é dada a possibilidade de justificar suas decisões a partir de princípios a serem deduzidos de decisões anteriores, a enriquecer a discussão dos autos e reforçar a lisura de sua atuação (pois reitera-se o caráter estritamente técnico da sentença).

Ademais, perante os usuários da arbitragem, o árbitro passa a mensagem de que “is within the mainstream and therefore should be viewed by future disputants as an acceptable choice”³³⁵.

Às partes, o uso de precedentes confere maior segurança, na medida em que mitiga o efeito surpresa e lhes permite construir um planejamento futuro mais concreto, mesmo antes de instalado o litígio ou, antes ainda, na fase de entabulamento de contratos.

Em outra perspectiva, o uso dos precedentes auxilia as partes pelo fato de reduzir a assimetria da informação. Assim como ocorre no âmbito judicial, alguns agentes litigam mais costumeiramente do que outros, assim, possuem maior familiaridade com o ambiente processual e podem adquirir alguma vantagem prática no litígio³³⁶.

³³² WEIDEMAIER, W. C. M. Toward a Theory of Precedent in Arbitration. *William & Mary Law Review*. Virgínia, 2010, v. 51, issue 5, pp. 1894-1958 [consult. 26 out. 2020]. ISSN 2374-8524. Disponível em <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1040&context=wmlr>. P. 1931.

³³³ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral precedent: dream, necessity or excuse? *Arbitration International*, London: Oxford University Press, 2007, v. 23, n. 3, pp. 357-378. ISSN 1875-8398. Pp. 364-365.

³³⁴ MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, ISBN: 978-85-450-0534. P. 222.

³³⁵ WEIDEMAIER, W. C. M. Toward a Theory of Precedent in Arbitration. *William & Mary Law Review*. Virgínia, 2010, v. 51, issue 5, pp. 1894-1958 [consult. 26 out. 2020]. ISSN 2374-8524. Disponível em <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1040&context=wmlr>. P. 1936.

³³⁶ MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, ISBN: 978-85-450-0534. P. 231.

Com o uso e divulgação de precedentes arbitrais, as partes ficam munidas de mais informação e o prejuízo para os litigantes ocasionais é reduzido, assegurando a paridade de armas em relação aos *players* habituais.

À sociedade, o uso de precedentes contribui com a redução da litigiosidade. Isto porque “Predictability of outcome promotes settlement”. O fato de ser possível prever como será decidido determinado litígio, a partir do histórico de decisões, permite que os cidadãos e empresas calibrem com maior precisão suas verdadeiras chances de êxito, a fim de balizarem o custo-benefício de um acordo³³⁷.

Por outro lado, “na arbitragem, ou nos métodos de resolução de conflitos em geral, a tendência ao litígio aumenta onde se evidencia incerteza a propósito de como a disputa será resolvida”³³⁸.

Indo além, filiamo-nos ao entendimento de Paula Costa e Silva no sentido de que é possível transpor a importância dos precedentes arbitrais para além das fronteiras da arbitragem, também no âmbito da jurisdição estatal³³⁹.

Se o direito é (ou, ao menos, deveria ser) um universo único e coerente, a sua consistência deve ser igualmente perseguida em todas as instâncias em que ele se realiza, e por qualquer que seja o tomador de decisão em concreto.

Paula Costa e Silva fala dos precedentes “in a two way track”³⁴⁰: tanto quanto os árbitros tem o dever moral de levar em conta os precedentes judiciais na hora da tomada de decisão, os magistrados igualmente tem o dever de analisar o precedente arbitral, pois ambos estão comprometidos moralmente com a construção de um direito coerente e consistente.

Ademais, já está mais do que provado que a troca de experiências entre jurisdições distintas constitui ferramenta importantíssima no desenvolvimento do direito, devido ao fenômeno que Mariani chamou de “globalização da cultura jurídica”. Em um mundo em que as fronteiras territoriais perdem importância a cada dia, o judiciário nacional igualmente tende a perder o monopólio da resolução de litígios, dando ensejo a um universo de decisões oriundas de jurisdições não convencionais que sempre podem trazer contribuições e análises a partir de um ângulo novo, que pode ainda não ser sido explorado pelo julgador “comum”³⁴¹.

³³⁷ ABRAHAM, Kenneth. The lawlessness of arbitration. *UVA School of Law – Public Law Research Paper n. 02-09*. Dez./2002 [consult. 25 jun. 2020]. Disponível em <file:///D:/Usuarios/Admin/Documents/Mestrado/Disserta%C3%A7%C3%A3o/Artigos%20-%20Prof.%20Mimoso/The%20lawlessness%20of%20arbitration%20-%20Kenneth%20Abraham.pdf>.

³³⁸ MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, ISBN: 978-85-450-0534. P. 220.

³³⁹ COSTA E SILVA, Paula. *Arbitral Precedent: Still Exploring the Path*. [consult. 16 jun. 2020]. Disponível em http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/28/arbitral-precedent-still-exploring-the-path/?doing_wp_cron=1591710529.1981339454650878906250.

³⁴⁰ COSTA E SILVA, Paula. *Arbitral Precedent: once and again*. [consult. 16 jun. 2020]. Disponível em https://www.academia.edu/35311889/Arbitral_Precedent_once_and_again?email_work_card=view-paper.

³⁴¹ MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, ISBN: 978-85-450-0534. P. 220.

Nesta perspectiva, “a qualidade das discussões travadas na seara arbitral, somada à profundidade da análise levada a efeito pelos árbitros e a sua corriqueira especialidade nas matérias em debate” são fatores que demonstram que a arbitragem tem muito a contribuir na construção de novos paradigmas para evolução do direito³⁴².

Obviamente, por ser um sistema independente e apartado, não se cogita da existência de poder vinculante de um precedente arbitral perante o Judiciário³⁴³. Até porque, se nem mesmo existe força vinculante dos precedentes arbitrais dentro do sistema arbitral, não poderia existir fora dele³⁴⁴.

Inobstante, é muito razoável pensar que há força persuasiva e que o juiz também tem o dever moral de analisar e confrontar os precedentes arbitrais com o caso concreto que está a julgar.

Embora este diálogo entre as Cortes de Justiça e arbitragem seja desejável, praticamente não se tem notícia do uso de precedentes arbitrais em decisões judiciais na atualidade. A adoção desta prática ainda constitui uma espécie de tabu³⁴⁵.

De toda forma, segundo as pesquisas de Weidemaier, já foi possível constatar um pequeno passo em direção à valorização dos precedentes arbitrais no âmbito do Judiciário. Isto decorre da constatação de que os juízes ocasionalmente tem feito menção a normas de instituições arbitrais para subsidiar suas decisões no tocante ao que consideram como processo arbitral justo. Logo, já é o início de uma valorização de atos que vem da arbitragem³⁴⁶.

³⁴² MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, ISBN: 978-85-450-0534. P. 221.

³⁴³ Nesse sentido, Reinisch destaca uma série de decisões proferidas pela ICSID, nas quais categoricamente foi rechaçada a força vinculante dos precedentes arbitrais, embora tenha sido admitida a sua força persuasiva.

Para saber mais: REINISCH, August. *The Role of Precedent in ICSID Arbitration*. [consult. 09 jun. 2020] Disponível em https://deicl.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Reinisch/Publikationen/role_precedents_icsid_arbitrationaayb_2008.pdf.

³⁴⁴ Quanto a este ponto, é preciso destacar que há uma divergência em relação ao pensamento de Paula Costa e Silva. Para a autora, os precedentes arbitrais, tal como os judiciais, possuem plena força vinculante, pois “the condition of validity for both judgments lies on the same justification: both judge and arbitrator must reach a reasoned decision to stabilize the legal situation of the parties at conflict”.

A autora ainda completa: “This is why we understand that, in a legal system in which the law aims to reach a definitive solution to a conflict that is not incompatible with any other decisions and legal rules, the difference between binding and merely persuasive precedents ought to not exist, even though it exists in the praxis of both Civil and Common Law.”

Para ler mais a respeito: COSTA E SILVA, Paula. *Arbitral Precedent: Still Exploring the Path*. [consult. 16 jun. 2020]. Disponível em http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/28/arbitral-precedent-still-exploring-the-path/?doing_wp_cron=1591710529.1981339454650878906250.

³⁴⁵ WEIDEMAIER, W.C.M. Judging-Lite: How Arbitrators Use and Create Precedente. *North Carolina Law Review*. North Carolina, 2012, v. 90, n. 4, pp. 1091-1146 [consult. 09 jun. 2020]. Disponível em https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol90/iss4/4/?utm_source=scholarship.law.unc.edu%2Fncrl%2Fvol90%2Fiss4%2F4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. P. 1141.

³⁴⁶ WEIDEMAIER, W.C.M. Judging-Lite: How Arbitrators Use and Create Precedent. *North Carolina Law Review*. North Carolina, 2012, v. 90, n. 4, pp. 1091-1146 [consult. 09 jun. 2020]. Disponível em https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol90/iss4/4/?utm_source=scholarship.law.unc.edu%2Fncrl%2Fvol90%2Fiss4%2F4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. P. 1141.

CONCLUSÃO

Na Europa e nos Estados Unidos, a arbitragem vem se desenvolvendo há décadas e tem contado com amplo apoio de instituições internacionais, por meio da criação de normas que visam uniformizar as práticas arbitrais ao redor do mundo, como a Convenção de Nova York (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*), de 1958; a *UNCITRAL Arbitration Rules*, de 1976; e a *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* (Lei Modelo UNCITRAL), de 1985.

No caso do Brasil, a arbitragem apenas passou a ganhar maior fôlego no fim dos anos 90. Não obstante, já possui amplo respaldo do Poder Judiciário e inclusive já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da legislação arbitral vigente, a despeito de toda a celeuma formada em torno desta questão no fim dos anos 90³⁴⁷; além de haverem diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça que reconhecem e privilegiam a competência do juízo arbitral nas mais diversas matérias³⁴⁸.

Enquanto alternativa à jurisdição estatal, a arbitragem possui diversas vantagens, tais como a celeridade, a flexibilidade procedimental, a possibilidade de se entabular confidencialidade, de as partes escolherem um profissional com maior conhecimento técnico na área do litígio do que um magistrado estatal, ou, ainda, de definirem a legislação a ser aplicada na solução de seu conflito ou de simplesmente optarem por um julgamento por equidade.

A despeito de a arbitragem ser completamente autônoma em relação à jurisdição estatal, inegavelmente há pontos de confluência entre as duas, de modo que o objeto de estudo deste trabalho centrou-se em um deles: o uso de precedentes – instrumento tradicionalmente usado pelo Poder Judiciário – na arbitragem.

A primeira questão proposta para análise foi se os precedentes oriundos do Judiciário devem ser obrigatoriamente observados pelos árbitros ou se há, para eles, liberdade plena para decidirem inclusive em sentido contrário aos precedentes.

O recorte feito neste estudo abrangeu tão somente as arbitragens de direito regidas pelo *common law* inglês, pelo *civil law* brasileiro e as arbitragens internacionais. Isto porque não faria sentido incluir no recorte as arbitragens de equidade ou as que, embora de direito, são regidas por ordenamentos jurídicos que não

³⁴⁷ O reconhecimento da constitucionalidade da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96) ocorreu de forma incidental no bojo do processo de homologação de sentença estrangeira n. 5.206 (SE 5.206), julgada em 12/12/2001.

³⁴⁸ Para ilustrar, pode-se mencionar o julgamento do CC 157.099/RJ, sob a relatoria da Min. Nancy Andrighi, cujo acórdão foi publicado em 30/10/2018, no qual a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de convivência harmônica entre as jurisdições estatal e arbitral nas situações em que há processo de recuperação judicial em curso. A Corte entendeu válida a possibilidade de submeter à arbitragem os litígios societários envolvendo a empresa recuperanda.

conferem qualquer força vinculante aos precedentes judiciais, como os países que adotam a forma mais tradicional do *civil law*.

No caso da Inglaterra, alinhada ao *common law*, concluiu-se que o fato de haver tradição consolidada em torno do uso dos precedentes judiciais como fonte de direito é determinante para que os árbitros compreendam que são obrigados a respeitá-los tanto quanto os magistrados estatais o são.

Isto porque, uma vez que as partes optaram por uma arbitragem de direito, o árbitro inglês tem a compreensão de que fica vinculado ao *case law* na mesma medida em que se vincula à *statutory law*, pois ambos constituem-se em fontes primárias do direito anglo-saxão. Logo, é completamente vedado ao árbitro afastar os precedentes tão somente com base em seu senso de justiça, sob pena de estar julgando por equidade, sem autorização para tal.

Caso as partes desejem se afastar dos precedentes judiciais, tem de prever este arranjo na convenção arbitral (*opting out of precedents*), pois jamais caberá ao árbitro presumir eventual interesse nesse sentido.

No caso do Brasil, em razão de seu tradicional alinhamento ao *civil law*, do mesmo modo que há resistência ao uso dos *binding precedents* no âmbito judicial, igualmente há resistência na aceitação da ideia de que os precedentes judiciais são de observância obrigatória na arbitragem regida por direito brasileiro.

No entanto, parece-nos que, embora os precedentes vinculantes tenham começado a ser inseridos de maneira tímida no ordenamento brasileiro, o CPC/2015 não deixou dúvidas de que eles atualmente devem ser tidos por fontes primárias de direito, ao lado da lei, com caráter de observância obrigatória, tal como ocorre no *common law*.

Por consequência, se eleito em comum acordo pelas partes o direito brasileiro para reger seu processo arbitral, o arcabouço normativo do Brasil deve ser aplicado como um todo, sem distinção das fontes de direito.

A mesma lógica se aplica na arbitragem internacional: se o direito eleito pelas partes, qualquer que seja ele, impõe os precedentes como fonte e os dota de força vinculante, independentemente do local onde se desenvolverá a arbitragem ou de quem são os sujeitos que dela participarão, é obrigatória a sua observância, salvo se o árbitro realizar *distinguishing* ou *overruling*.

A ideia principal a inspirar esta conclusão é de que se deve resguardar o dever de subserviência dos árbitros à convenção arbitral, sendo-lhes vedado julgar por equidade quando não há autorização para tal.

Ademais, inspirando-se na noção de direito como integridade, entendemos que, independentemente da forma de resolução de litígio que se está a adotar no caso concreto, o sujeito incumbido de solucionar a lide (seja ele juiz ou árbitro) possui um compromisso com a descrição coerente da ordem jurídica em aplicação e com a isonomia.

Ou seja, uma vez que é irrelevante o fato de se tratar de jurisdição pública ou privada, o dever de observância aos precedentes se coloca como elemento essencial na promoção da integridade do sistema e na atribuição de tratamento igualitário aos litigantes envolvidos em processos distintos e, sobretudo, os submetidos a jurisdições distintas.

A conclusão alcançada pelo presente trabalho é de que o respeito aos precedentes judiciais no âmbito da arbitragem beneficia a todos os envolvidos nela. A comunidade arbitral se beneficia por ter a possibilidade de conhecer as tendências a serem seguidas em eventuais litígios arbitrais futuros; as partes têm vantagens na medida em que tem assegurada a sua igualdade material na aplicação da lei de forma consistente; os advogados se beneficiam pela possibilidade de estruturar seus argumentos em decisões pretéritas relevantes; e os árbitros passam a ter a possibilidade de justificar suas decisões a partir de princípios a serem deduzidos de decisões judiciais anteriores, a reforçar a lisura de sua atuação.

Ainda que o dever de respeito aos precedentes não dependa da existência de uma sanção correspondente para coibir eventual desrespeito – pois já desmistificado por Hart a ideia de que a coerção seria um elemento essencial do Direito³⁴⁹ –, entendemos que é recomendável a criação de mecanismos sancionatórios como uma forma de prevenir e combater abusos e arbítrios.

A intervenção judicial, portanto, faz-se necessária como mecanismo de controle, mas deve ocorrer de maneira excepcional (a fim de resguardar a autonomia do instituto) e sempre visando diferenciar a má-aplicação do precedente (que não comporta tutela judicial) do seu desrespeito ou inobservância (que efetivamente comporta tutela).

Na Inglaterra, a intervenção judicial na hipótese de desrespeito ou inobservância de precedente é tutelada sob a *Section 69* do *English Arbitration Act* de 1996, por meio da chamada *appeal on point of law*. Para melhor compreensão acerca do cabimento desta ferramenta, pode ser aplicada a análise de três estágios proposta por Mustill J no caso *Vinava Shipping Co Ltd v Finelvet AG (The Chrysalis)*³⁵⁰.

³⁴⁹ HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. P. 93.

³⁵⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576. P. 123.

O primeiro estágio é aquele no qual o árbitro delimita os fatos a serem julgados; o segundo é aquele em que são delimitadas as normas de direito a serem aplicadas à espécie; e o terceiro é aquele em que, à luz dos fatos e do direito previamente estabelecidos, o árbitro chega à sua decisão.

Eventual equívoco no primeiro estágio não comporta intervenção judicial por se tratar de mero erro de fato. Por outro lado, eventual equívoco no estágio dois, que propõe a delimitação do direito aplicável, comporta intervenção judicial por se tratar de *question of law* (questão de direito). Já o estágio 3 não comporta intervenção judicial, pois eventual equívoco do árbitro constitui tão somente má aplicação do direito (*error of law*).

Ou seja, eventual inobservância do precedente oriunda da incorreta delimitação no direito eleito comporta perfeitamente a intervenção judicial sob a *Section 69*. Já a má aplicação do precedente por força de eventual delimitação incorreta das balizas fáticas da lide ou por causa de *distinguishing* ou *overruling* que a parte repete injusto ou incorreto, não comporta intervenção judicial.

No caso do Brasil, a conclusão proposta neste trabalho é de que o instrumento judicial adequado para a tutela de decisão arbitral que deixa de observar ou desrespeita precedente vinculante é a ação anulatória prevista nos artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem Brasileira (Lei nº 9.307/1996 – LAB).

Embora não haja, ao contrário do que ocorre na Inglaterra, previsão expressa de cabimento desta ferramenta para casos de desrespeito aos precedentes, a análise sistemática da legislação em tela permite seu uso para hipóteses desta natureza.

O inciso IV do artigo 32 da LAB prevê o uso da ação anulatória quando a sentença arbitral for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, ou seja, em uma espécie de excesso de poder do árbitro.

Se, transpondo a análise de três estágios para a realidade brasileira, for possível constatar que o árbitro falhou no estágio 2, de modo que a inobservância do precedente decorre de eventual delimitação equivocada do direito aplicável, pode-se depreender que o árbitro desrespeitou o direito eleito pelas partes e, portanto, atuou fora dos limites da convenção arbitral, a tornar cabível o uso da ação anulatória conforme o inciso em testilha.

Do mesmo modo, seria possível o uso da ação anulatória nos casos em que a decisão arbitral deixa de fundamentar a não aplicação do precedente, hipótese em que seria possível buscar enquadramento no inciso III do artigo 32 (que versa sobre os vícios de fundamentação da decisão arbitral).

Por outro lado, da mesma forma que ocorre na Inglaterra, se o equívoco do árbitro ocorreu na delimitação dos fatos ou por força de má-aplicação do precedente, não há o que ser reclamado perante o Poder Judiciário.

Por sua vez, em âmbito internacional, propusemos que a definição do mecanismo a ser utilizado em caso de inobservância ou desrespeito aos *binding precedents* depende da prévia definição do foro competente para julgar eventual insurgência neste sentido.

Se houver divergência entre a nacionalidade da lei aplicável à arbitragem e o local onde ela se processa, deve prevalecer a competência do local da arbitragem, passando a ser este o foro competente para julgar a pretensão judicial que vier a ser deduzida em face do laudo arbitral.

Delimitado este ponto, o instrumento a ser adotado para manifestar a irresignação com a decisão arbitral internacional que eventualmente desrespeitar precedente vinculante deve ser o previsto na lei do país que a julgará. Isto é, se a arbitragem se processou no Brasil, deve, pois, ser utilizada a ação anulatória prevista na LAB, independentemente de qual tenha sido a nacionalidade da lei aplicada na arbitragem.

Por fim, o trabalho se debruçou sob a análise da possibilidade de os árbitros criarem precedentes. Concluiu-se que da mesma forma que os precedentes judiciais ajudam a prover coerência à ordem jurídica, trazem maior previsibilidade às decisões, oferecem maior segurança à comunidade arbitral e permitem que haja maior isonomia entre os envolvidos em processos distintos (inclusive os que tramitam em jurisdições diversas), os precedentes arbitrais também tem o potencial de alcançar estas qualidades e, mais ainda, podem contribuir para a desejável homogeneização da cultura arbitral.

É evidente que, por falta de previsão legal, não há como se cogitar da possibilidade de atribuição de força vinculante aos precedentes oriundos da arbitragem. Não obstante, é perfeitamente possível que se considere ao menos sua força persuasiva.

Em que pese a possibilidade de se considerar como precedente arbitral eventual decisão que, ainda que isolada, tenha grande impacto no sistema arbitral por eventualmente envolver tema inédito e com repercussões amplas (espécies de *leading cases*), entendemos que a força persuasiva dos precedentes arbitrais está mais bem fundamentada em sua construção paulatina por meio da jurisprudência arbitral, que permite a melhor identificação da *opinio iuris*.

Outros requisitos que podem ser identificados na formação dos precedentes arbitrais são: (i) a publicidade das decisões; (ii) a existência de adequada

fundamentação; (iii) a autonomia do prolator das decisões; e (iv) a consistência e coerência das decisões.

Lado outro, tanto quanto os árbitros tem o dever de levar em conta os precedentes judiciais na hora da tomada de decisão, propomos que os magistrados, embora ainda não tenham o hábito de fazê-lo, também devem levar em conta a força persuasiva dos precedentes arbitrais, a fim de manter hígido seu compromisso moral com a construção de um direito coerente e consistente, no qual os casos iguais devem ter soluções equivalentes em qualquer que seja a jurisdição a que se submetem.

A compreensão prevalente é de que as jurisdições arbitral e estatal não se contrapõem, elas se completam e devem compor um universo harmônico de resolução de conflitos, sendo plenamente razoável (a até mesmo desejável) que uma se utilize das decisões pretéritas da outra ao menos como guia interpretativo.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs. Arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, dez. 2012, v. 37, n. 214, pp. 271-298, ISSN: 0100-1981.

ABRAHAM, Kenneth. The lawlessness of arbitration. *UVA School of Law – Public Law Research Paper n. 02-09*. Dez./2002 [consult. 25 jun. 2020]. Disponível em file:///D:/Usuarios/Admin/Documents/Mestrado/Disserta%C3%A7%C3%A3o/Artigos%20-%20Prof.%20Mimoso/The%20lawlessness%20of%20arbitration%20-%20Kenneth%20Abraham.pdf.

AGUIAR, Ruy Rosado de. Arbitragem, os precedentes e a ordem pública. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ*. Brasília: STJ, 2019, pp. 193-224, ISBN: 978-85-7248-199-1.

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: CAHALI, Francisco José. Thiago RODOVALHO e Alexandre FREIRE. *Arbitragem, estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, pp. 133-144, ISBN 978850262530-3. P. 135.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. ISBN 9780854902576.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais*. [consult. 05 jun. 2020]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral-vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais>.

ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. As tradições jurídicas de *civil law* e *common law*. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas Tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código processo civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, pp. 555-608.

AVELINO, Geraldo Antônio. *Resolução Alternativa de Litígios: Arbitragem em Conflitos Individuais Laborais*. Dissertação de Mestrado, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2016 [consult. 16 mai. 2020]. Disponível em

http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3073/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_para_imprensa%C3%A3o%20final_UAL.pdf.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, ISBN 9788577006403.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares e André R. C. FONTES. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação: RArb*, jul./set. 2007, v. 4, n. 14, pp. 48-51, ISSN: 16796462.

BÉGUIN, Nicolas. The Rule of Precedent In International Arbitration. *Jusletter*. Suíça: Weblaw, Jan.2009 [consult. 15 jun. 2020], ISSN: 1424-7410. Disponível em <https://abrlegal.ch/wp-content/uploads/2016/01/The-Rule-of-Precedent-In-International-Arbitration-in-Jusletter-5-janvier-2009.pdf>.

BROWER, Charles N. BROWER, Charles H, SHARPE, Jeremy K. The Coming Crisis in the Global Adjudication System. *Arbitration International*. London: Oxford University Press, dez./2003, v. 19, n. 4, pp. 415-440, ISSN: 0957-0411.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 978-85-224-5584-3.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio com anotações do Prof. Enrico Tullio Liebman. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, ISBN 8574680664.

COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*. Trad. Maria Cristina Zucchi. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 87, v. 752, pp. 11-21, jun. 1998, ISSN 0034-9275.

COLLANTES, Christian. *Give me the facts and I'll give you the law: what are the limits of the iura novit arbiter principle in international arbitration?* [Consult. 26 out. 2020]. Disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/10/give->

me-the-facts-and-ill-give-you-the-law-what-are-the-limits-of-the-iura-novit-arbiter-principle-in-international-arbitration/.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2019: ano-base 2018*. Brasília: CNJ, 2019 [consult. 13 jul. 2020]. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf.

COSTA E SILVA, Paula. *Arbitral Precedent: once and again*. [consult. 16 jun. 2020]. Disponível em https://www.academia.edu/35311889/Arbitral_Precedent_once_and_again?email_work_card=view-paper.

COSTA E SILVA, Paula. *Arbitral Precedent: Still Exploring the Path*. [consult. 16 jun. 2020]. Disponível em http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/28/arbitral-precedent-still-exploring-the-path/?doing_wp_cron=1591710529.1981339454650878906250.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O árbitro e a observância do precedente judicial*. [consult. 05 jun. 2020]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>.

DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e STJ (art. 543-B e 543-C)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, ISBN 8520357911.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (tradução Hermínio A. Carvalho). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1563-9.

DINAMARCO. Cândido R. *Manual das Pequenas Causas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, ISBN 8520305008.

DUFFY, J. P; DANZIGER, Philip. *Is Manifest Disregard Alive and Well in the Second Circuit?: A Remand to Find Out*. [consult. 23 set. 2020]. Disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/11/12/is-manifest-disregard-alive-and-well-in-the-second-circuit-a-remand-to-find-out/>.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. ISBN: 9780521713368.

DWORKIN, Ronald. *Laws empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. ISBN: 0674518365.

FICHTNER, José Antonio. Sérgio Nelson MANNHEIMER e André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530982584.

FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A Arbitragem e Os Precedentes Judiciais: Observância, Respeito ou Vinculação?* Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017 [consult. 27 jan. 2020]. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20834/2/Marcos%20Serra%20Netto%20Fioravanti.pdf>.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. *Arbitral precedent: dream, necessity or excuse?* *Arbitration International*, London: Oxford University Press, 2007, v. 23, n. 3, pp. 357-378. ISSN 1875-8398.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, ISBN 85-336-0950-7.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Arbitragem: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. ISBN 978-85-309-2054-8.

MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, ISBN: 978-85-450-0534.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6948-7.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas Tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código processo civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, pp. 807-868.

PAULA, Gáudio Ribeiro de. Arbitrabilidade dos litígios individuais laborais à luz do ordenamento luso-brasileiro. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jul. 2018, v. 44, n. 191, pp. 235-278. ISSN: 0102-8774. P. 236.

PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia e BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, ano 15, pp. 9-52, n. 3, jul./set. 2016, ISSN 2525-328X.

REINISCH, August. *The Role of Precedent in ICSID Arbitration*. [consult. 09 jun. 2020] Disponível em https://deicl.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Reinisch/Publikationen/role_precedents_icsid_arbitrationaayb_2008.pdf.

REIS, Christiane Freire de Paula. Is the arbitrator obligated to follow a judicial precedent in international arbitration? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, nov.-dez./2018, v. 110, ano 26, pp. 265-278, ISSN: 1518-272X.

SALOMÃO, Luis Felipe e FUX, Rodrigo. *Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle*. [consult. 03 nov. 2020]. Disponível em https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/10/54104E121B07DF_Arquivo-artigo.pdf.

STRECK, Lênio L. e ABBOUD, Georges. *O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC*. [consult. 29 out. 2020]. Disponível em https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc#_ftn3.

SZABADOS, Tamás. 'Precedents in EU law – The problem of overruling. *ELTE Law Journal*. Budapest: ELTE Eötvös University Press, pp. 125-146, 2015/2 [consult. 27 abr. 2020], ISSN 2064-4965. Disponível em <https://eltelawjournal.hu/wp-content/uploads/2016/03/2015109TamasSzabados.pdf>

TEMER, Sofia. Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação ao árbitro e o cabimento de ação anulatória. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, abr./2018, v. 278, ano 43, pp. 523-543, ISSN: 0100-1981.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; Dierle NUNES; Alexandre Franco BAHIA e Flávio Quinaud PEDRON. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, ISBN 978-85-309-6213-5.

TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2014 [consult. 27 abr. 2020]. Disponível em <https://repositorio.unb.br/handle/10482/16990>.

WALD, Arnoldo. O espírito da arbitragem. *Revista IASP*, v. 23, São Paulo: RT, jan.-jun. 2009, pp. 22-35. ISSN: 14157683.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estudo de direito – Civil law e common law. *Revista Jurídica: doutrina, legislação e jurisprudência*, v. 57, n. 384, Porto Alegre: Síntese, out./2009, pp. 53-62.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes. *Revista dos tribunais*, v. 99, n. 893, São Paulo: RT, mar./2010, pp. 33-45, ISSN: 0034-9275.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16)*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, ISBN: 978-85-203-6766-7.

WEIDEMAIER, W.C.M. Judging-Lite: How Arbitrators Use and Create Precedent. *North Carolina Law Review*. North Carolina, 2012, v. 90, n. 4, pp. 1091-1146 [consult. 09 jun. 2020]. Disponível em https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol90/iss4/4/?utm_source=scholarship.law.unc.edu%2Fncnr%2Fvol90%2Fiss4%2F4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages.

WEIDEMAIER, W. C. M. Toward a Theory of Precedente in Arbitration. *William & Mary Law Review*. Virgínia, 2010, v. 51, issue 5, pp. 1894-1958 [consult. 26 out. 2020]. ISSN 2374-8524. Disponível em <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1040&context=wmlr>.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli e GOMES, Alexandre Gir. Tratamento coletivo adequado das demandas individuais repetitivas pelo juízo de primeiro grau: análise das regras vigentes e daquelas inseridas no CPC projetado. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ago. 2014, v. 39, n. 234, pp. 181-207, ISSN: 0100-1981. Pp. 182-183.

ZAPPALÁ, Francesco. Memória histórica da arbitragem. *Revista de Direito da Universidade FUMEC*. Belo Horizonte: Ed. Meritum, jan./jul. 2011, v. 6, n. 1, pp. 101-132, ISSN: 2238-6939.

Legislação e Jurisprudência

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. [consult. 17 fev. 2020] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Diário Oficial da União. Brasília/DF, 23 de setembro de 1996 [consult. 23 abr. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União. Brasília/DF, 16 mar. 2015 [consult. 31 jan. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

UNITED KINGDOM. *English Arbitration Act of 1996*. [consult. 29 set. 2020]. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/part/I/crossheading/powers-of-the-court-in-relation-to-award>.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW – UNCITRAL. *Model Law on International Commercial Arbitration*. Vienna: United

Nations Publication, 2008 [consult. 31 jan. 2020]. ISBN 978-92-1-133733-0. Disponível em https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf .

UNITED NATIONS CONFERENCE ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION. *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*. [consult. 08 out. 2020]. Disponível em <http://www.newyorkconvention.org/english>.

