

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

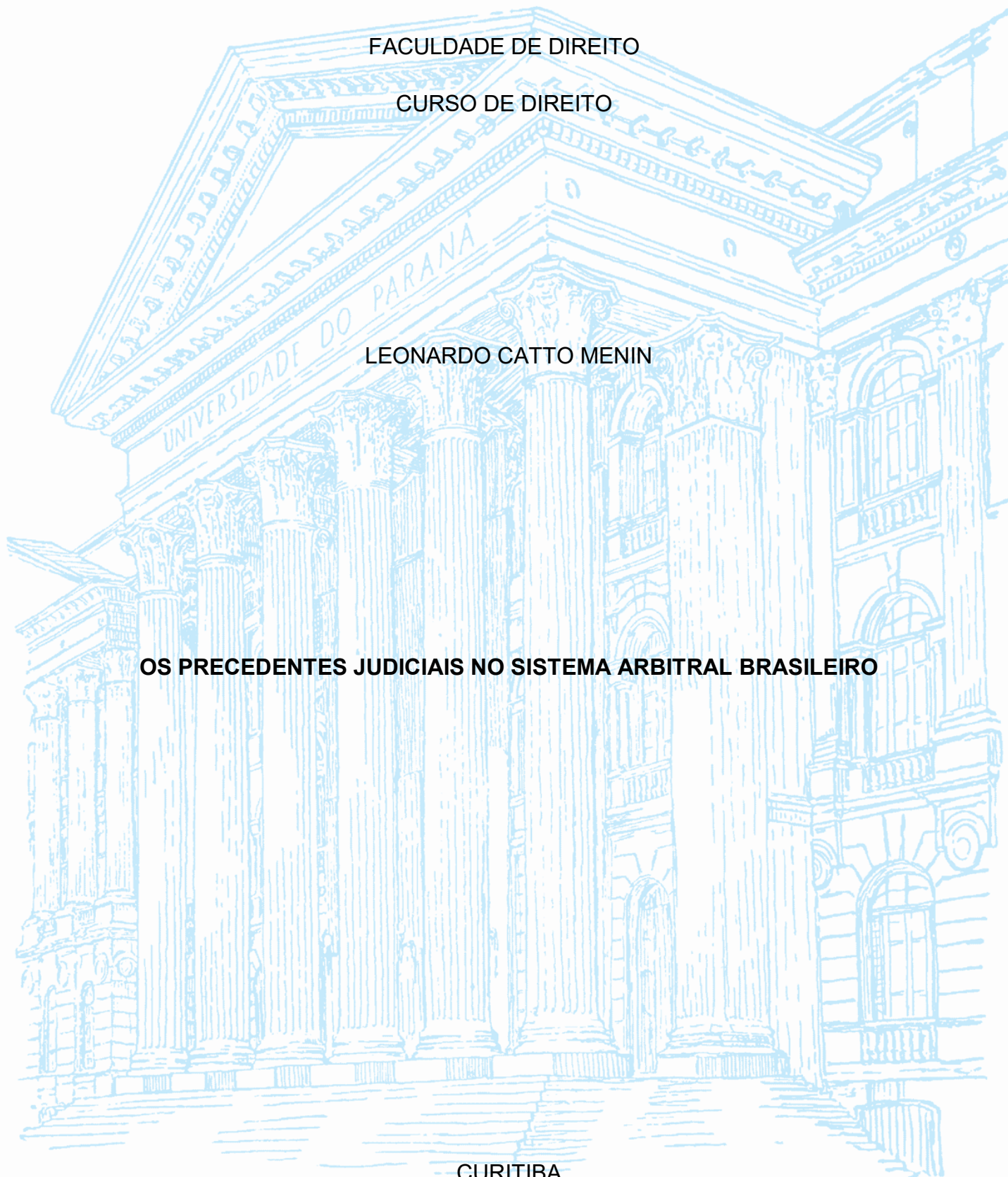
CURSO DE DIREITO

LEONARDO CATTO MENIN

OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA ARBITRAL BRASILEIRO

CURITIBA

2018



LEONARDO CATTO MENIN

OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA ARBITRAL BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin

CURITIBA

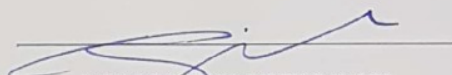
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

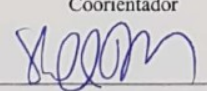
LEONARDO CATTO MENIN

**O PAPEL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA
ARBITRAL**

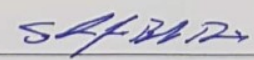
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN
Orientador

Coorientador


WILLIAM SOARES PUGLIESE - Direito Civil e
Processual Civil
Primeiro Membro



FERNANDO JOSÉ BRED A PESSÓ A
Segundo Membro

*Y los días se echaron a caminar.
Y ellos, los días, nos hicieron.
Y así fuimos nacidos nosotros,
los hijos de los días,
los averiguadores,
los buscadores de la vida.*

El Génesis, según los mayas

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais Jair e Andria, que sempre me apoiaram e incentivaram, tanto na execução deste trabalho, quanto nos meus cinco anos de graduação. Possuo o grande privilégio de ter, em vocês, exemplos de profissionais, estudiosos e cidadãos.

Ao meu irmão Rodrigo, pela paciência, quando longe, e pela alegria, carinho e ensinamentos, sempre.

Aos meus *nonnos* Ana, Daniel e Lurdes (*in memoriam*), que seguem significativamente presentes em minha vida, através de memórias e lições para sempre apreendidas, e ao meu *nonno* Dorvalino, sempre a ensinar a ética do trabalho.

Ao meu orientador, Professor Dr. Paulo Nalin, exemplo de advogado, chefe, professor e pesquisador, cujos ensinamentos acadêmicos e profissionais para sempre reverberarão em minhas ações e reflexões.

À minha amada Heloisa, que me faz alguém melhor, por todo carinho e amor, e pela paciência e companheirismo durante as incontáveis horas de estudo.

Aos meus queridos amigos Franco, Wesley, Nogueira, Caetano e Iuri, sempre presentes, e que fizeram Curitiba menos cinzenta em seus eternos invernos. E aos meus grandes amigos Ricardo, Larocca, Othávio e Matheus que, mesmo longe, estiveram sempre comigo.

Ao Rick, cuja sincera amizade surgida sob as colunas da Santos Andrade representa toda a essência da Faculdade de Direito da UFPR, e em cujo nome agradeço a todos os demais amigos que ali tive o privilégio de fazer e que, através de diálogos, concordâncias e, principalmente, discordâncias, contribuíram sobremaneira para a minha formação.

Por fim, agradeço ao povo brasileiro que, através de seu trabalho árduo, arcou com os custos dos meus estudos em uma das melhores universidades do país, e ao qual espero poder retribuir.

RESUMO

O presente trabalho trata da aplicação dos precedentes judiciais no sistema arbitral. Para tanto, analisar-se-á teoria dos precedentes dentro dos sistemas da *common law* e *civil law*, bem como seu acolhimento pelo direito brasileiro que, pertencendo à família da *civil law*, passa a aplicá-la de maneira própria; em seguida, será examinada a arbitragem à partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, percebendo-a como sistema próprio, independente do estatal, o que leva à conclusão pela não vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais; por fim, diante disso, será analisado o papel desses precedentes para o julgamento do mérito dos litígios levados à arbitragem, constatando seu caráter persuasivo. Busca-se, assim, contribuir para com o estudo da influência dos precedentes judiciais no sistema arbitral.

Palavras-chave: 1. Precedentes judiciais 2. Precedentes Vinculantes. 3. Arbitragem 4. Sistema arbitral autopoietico.

ABSTRACT

The current research analyses the role displayed by judicial precedents in arbitrations. Firstly, it will be examined the precedent theory in civil law and common law and how did Brazilian law assimilate it, realizing that the Brazilian law has a different approach to precedents if compared to the common law tradition. Secondly, it will be perused the arbitration under the Niklas Luhmann systems theory, realizing arbitration as an independent system, which leads to the conclusion that arbitrators are not bound by judicial precedents. Thirdly, it will be discussed the persuasive character that judicial precedents fulfil in arbitrations. With this research, it is intended to give a contribution to the study of the influence of judicial precedents in arbitration.

Key-words: 1. Precedent 2. Binding precedents 3. Arbitration law 4. Legal system.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. PRECEDENTES E O DIREITO BRASILEIRO	3
2.1 CIVIL LAW E COMMON LAW	4
2.2 TEORIA DOS PRECEDENTES	8
2.3 PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO	18
3. O SISTEMA ARBITRAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	29
3.1 ARBITRAGEM COMO SISTEMA.....	29
3.2 VINCULAÇÃO DO ÁRBITRO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS	39
3.3 PERTINÊNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS PARA A ABITRAGEM .	48
4. CONCLUSÃO	53
5. BIBLIOGRAFIA	56
6. GLOSSÁRIO	62

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, faz-se cada vez mais notória a aproximação entre as tradições jurídicas da *civil law* e do *common law*, tidos como os dois grandes sistemas jurídicos do mundo Ocidental. Nesse contexto, se, por um lado, o Direito anglo-saxão passou a se utilizar do Legislador para buscar corrigir entraves encontrados em um sistema *indutivo* de criação normativa, por outro, os países de tradição romano-germânica buscam na cultura dos precedentes uma maior racionalização e estabilidade na aplicação das normas extraídas dos textos legais.

Esse contexto refletiu de maneira relevante no Novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei 13.105/2015), que positivou uma série de mecanismos cujo objetivo consiste em valorizar as decisões pretéritas, buscando atender aos interesses da sociedade por uma jurisdição mais previsível, estável, igual e eficiente, garantido uma maior força ao princípio da segurança jurídica.

Essas inovações, analisadas pelo meio arbitral, acabaram por fazer ressurgir no Brasil a discussão quanto à vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais, bem como o papel efetivamente exercido por essas decisões do Judiciário quanto do julgamento de demandas levadas à arbitragem.

Desse modo, o presente trabalho tem por escopo a análise do papel, dentro da arbitragem, exercido pelos precedentes judiciais, a fim de verificar se estes são vinculantes aos árbitros ou, não o sendo, qual o papel por eles ali exercido.

Em um primeiro momento serão analisadas as tradições da *civil law* e da *common law*, para o fim de se obter um quadro geral das duas grandes tradições do Direito Ocidental. Após, será analisada a doutrina dos precedentes, compreendendo seu desenvolvimento na tradição da *civil law*, seus conceitos, a motivação por detrás de sua adoção e sua operação. Em seguida, será analisado o acolhimento da doutrina dos precedentes pelo direito brasileiro, buscando compreender de que modo esse instituto foi recepcionado pelo direito pátrio.

Em um segundo momento, será tratado sobre o sistema arbitral de resolução de demandas e a sua relação com os precedentes judiciais brasileiros. Fixar-se-á o caráter sistemático da arbitragem, à partir da teoria sistêmica de Niklas Luhmann, para o fim de analisar a possível independência da arbitragem, como

sistema próprio, em relação ao sistema estatal de resolução de conflitos. Então, será investigada especificamente a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais, verificando se estes estão vinculados aos precedentes judiciais. Por fim, será analisado o papel atual dos precedentes judicial no sistema arbitral, compreendendo sua relevância para os árbitros na decisão do mérito da demanda.

2. PRECEDENTES E O DIREITO BRASILEIRO

Não alheio ao fenômeno caracterizador da recente evolução dos ordenamentos jurídicos, o das “interferências horizontais” entre sistemas distintos, consistindo na imitação de um sistema por outro, através do intercâmbio de institutos específicos, o Direito brasileiro vem sofrendo diversas alterações.¹

Nesse contexto, há muito se discute a pertinência da teoria dos precedentes obrigatórios para o Direito brasileiro. Com o novo Código de Processo Civil, ocorreu verdadeiro reconhecimento de sua influência dentro do nosso sistema jurídico, ainda que não imune a críticas.²

Para compreender a influência dessa teoria dentro de nosso ordenamento, necessário analisar sua origem e fundamentos, compreendendo de que maneira se optou por importar o instituto, que surgiu no contexto da tradição jurídica da *common law*.

Não é possível entender a *civil law* e a *common law* como dois sistemas jurídicos, pura e simplesmente. Isso porque “Sistema jurídico é um conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes”³. Assim, há vários sistemas distintos que podem ser enquadrados como *common law*, e inúmeros outros como de *civil law*. Ao tratar de *common law* e *civil law* se está, em verdade, a tratar de *tradições jurídicas*⁴.

Essas tradições jurídicas são caracterizadas por um “conjunto de elementos que compõem a comunhão única e que autorizam agrupar os sistemas jurídicos de

¹ TARUFFO, Michele. **Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law**. Revista de Processo, vol. 110/2003, p. 141-158. Trad. José Carlos Barbosa Moreira.

² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**, vol. 2: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 641/642.

³ “Cada direito constitui de fato um sistema. Emprega um certo vocabulário, correspondente a certos conceitos; agrupa as regras em certas categorias; comporta o uso de certas técnicas para formular regras e certos métodos para as interpretar; está ligado a uma dada concepção da ordem social, que determina o modo de aplicação e a própria função do direito” (DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3ª ed., Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 15).

⁴ René David, ao analisar a disciplina do direito comparado, utiliza o termo “família de direito” para o fim de compreender os diversos sistemas jurídicos. Aponta que “recorre-se a ela unicamente para fins didáticos, valorizando as semelhanças e as diferenças que existem entre os diferentes direitos”. Nesse sentido, cada autor classifica tais famílias conforme as características que entender pertinentes, aglutinando diferentes sistemas dentro de uma mesma família a depender do critério utilizado (DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3ª ed., Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 199, p. 16/17).

diversos países”⁵, podendo ser consideradas o somatório de atitudes fixadas e condicionadas quanto à natureza do direito e seu papel na organização social e política. “A tradição refere-se à operação do sistema legal e à forma como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado e ensinado.”⁶

2.1 CIVIL LAW E COMMON LAW

A formação da tradição jurídica da *civil law*, ou romano-germânica, teve como ponto de partida a compilação de Justiniano, no século VI, denominado *Corpus Juris Civilis*. Buscou-se, com isso, encerrar o problema da pluralidade de interpretações sobre as leis da época, intentando uma compilação com a qual fosse possível abranger todo o direito vigente.

Conjuntamente com a compilação, veio a proibição (já de pronto descumprida por juristas da época) quanto à elaboração de comentários sobre seu texto, bem como a referência a jurisconsultos. Surgia aí o dogma “de que o juiz somente aplica a lei, sem interpretá-la”.

Após a queda do Império Romano, somente com a retomada intelectual, iniciada na Faculdade de Bolonha, no século XI, que o *Corpus* voltou a ganhar importância.⁷

Para os estudantes da Universidade de Bolonha, “ensinar e pensar o direito significava, em primeira e última instância, examinar o direito romano e os comentários dos glosadores ao *Corpus*. Nesse contexto, as leis promulgadas pelos estados-nação possuíam caráter “informativo e orientador da interpretação das normas efetivamente cogentes” (ou seja, aquelas normas do *Corpus*).⁸

De Bolonha, o direito romano espalhou-se pela Europa continental, ampliando sua influência no Ocidente.

⁵ PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 22/23.

⁶ PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 23.

⁷ PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 24/25.

⁸ PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 26.

Quando já consolidado o direito romano como a tradição jurídica predominante na Europa continental, uma revolução deu-lhe contornos ainda mais relevantes: a Revolução Francesa.

Em um contexto em que os juízes aplicavam a lei em benefício próprio, gerando enorme descrédito e desconfiança sobre o Poder Judiciário, surgiu pelas ideias de Montesquieu um modelo de Estado em que se pregou a rígida separação dos poderes, buscando anular os poderes do Judiciário.

Nessa nova realidade, em que “o poder de julgar nada mais era do que o dever de aplicar o texto legal aos casos levados ao Judiciário”, buscou-se vedar qualquer poder criativo do juiz, que se tornou mero *bouche de la loi*, caracterizando o judiciário como um “poder nulo”⁹.

Entretanto, a crença em um juízo isento de qualquer interpretação da lei por parte do magistrado se demonstrou utópico. Isso porque, dentre inúmeros outros apontamentos, observou-se a falibilidade dos códigos, prenhes de lacunas a serem preenchidas pelo seu intérprete (no caso, o magistrado)¹⁰. Ainda, a utilização, pelo legislador moderno, de cláusulas gerais e conceitos abertos, na tentativa de preservar o sistema codificado, aumentaram ainda mais a possibilidade interpretativa do julgador.

E, em período mais recente, uma nova atribuição do Poder Judiciário acabou por confirmar a capacidade criativa do juiz: o controle de constitucionalidade, o qual foi incorporado pelos sistemas de tradição de *civil law*, afastando de vez a ideia de juiz como mero *bouche de la loi*.¹¹

Essa possibilidade dada ao magistrado de “*negar vigência à lei, pelo fundamento desta ser inconstitucional, representa uma fuga do sistema tradicional em que o magistrado era obrigado a aplicar as normas sem ao menos interpretá-*

⁹ PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 26/27.

¹⁰ “Assim sendo, há que se acrescentar que o direito quando sai da oficina legislativa não é mais do que um produto acabado; pelo contrário, para que sirva ao consumo, deve ser submetido a uma elaboração ulterior. Na verdade, o que fazem os juízes a não ser algo que pode ser eficazmente comparado com o tecido da lã afiada ou carcada? Se fossem as leis suficientes, não haveria necessidade dos juízes, não é verdade? Também os juízes, pois, são operadores do direito.” (CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001, p. 8).

¹¹ PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 28/32.

las.” No Brasil, bem como em outros sistemas de mesma tradição¹², isso representou um aumento exponencial do poder dos juízes.¹³

Assim, denota-se um panorama atual da *civil law* em que há maior poder dado aos magistrados, com certa reticência do dogma do juiz *bouche de la loi*. Tal contexto levou a um sistema no qual prevalecem as decisões conflitantes, diante da interpretação própria dada por cada magistrado frente ao caso concreto.

A tradição da *common law* possui origem mais recente se comparada à da *civil law*, tendo como marco inicial o ano de 1066, quando da conquista da Inglaterra pelos normandos sobre os defensores nativos, em Hastings.

Em contraste ao Judiciário francês, o Judiciário inglês atuou de maneira a *conter* os poderes monárquicos, e o fez através da aplicação da *law of the land* (precursora da atual *rule of law*)¹⁴. Esse início ocorreu sem qualquer codificação, o que consistiu em sua maior característica.¹⁵

Assim, desde seu início a *common law* possuía como principais fontes o costume e os princípios, podendo estes, inclusive, negar vigência a atos do Parlamento incompatíveis à *law of the land*.

A grande diferença que pode se notar, em relação à *civil law*, é quanto ao método de solução das questões trazidas ao Juízo.¹⁶ Para o magistrado inglês, a premissa maior é um fato, e não a lei. Busca-se “dar a resposta ideal para a solução do conflito”¹⁷, e não aplicar a lei ao caso concreto.

De todas as características analisadas, cumpre ressaltar que, na gênese da *common law*, não há “qualquer referência aos precedentes”¹⁸, assim como ocorreu na *civil law*. Os precedentes obrigatórios dentro da *common law* surgem apenas

¹² Na França, diante da constatação da insuficiência da Lei em prever todos os acontecimentos da vida, bem como de sua textura aberta, diante da ocorrência de decisões conflitantes para casos análogos (e ambas aceitáveis se contrastadas com o texto legal), criou-se uma espécie de “informal precedent law”, sendo ali entendido que “*le juge est le législateur des cas particuliers*”. (MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem** – p. 52/53).

¹³ PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 31.

¹⁴ OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. **Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. Revista de Processo, vol. 270/2017, p. 313-351.

¹⁵ PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 33.

¹⁶ PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 37.

¹⁷ PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 20.

¹⁸ PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 34.

séculos depois de seu início.¹⁹ Seu funcionamento, de fato, independe dos precedentes.²⁰

E, independentemente da maneira como é enxergada a Jurisdição, seja ela constitutiva ou declaratória²¹, certo é que em ambas as teorias existe a propensão ao respeito das decisões pretéritas, bem como abertura para a revogação das decisões anteriores consideradas equivocadas ou inadequadas para o novo contexto. A vinculação aos precedentes se reporta muito mais às ideias de liberdade e igualdade, bases do princípio da segurança jurídica e aceitos em quase todos os ordenamentos jurídicos, do que a especificidades da *common law*.

Com isso, é possível compreender que, ainda que a teoria dos precedentes obrigatórios tenha surgido no bojo da *common law*, não há uma relação de dependência entre um e outro. A *common law* tem sua origem já no século XII, sendo que a vinculação aos precedentes (*stare decisis*) se concretizou no direito inglês apenas ao final do século XIX, podendo ser entendido como marco desse novo momento a decisão do caso *London Tramways v. London County Council*²², de 1898.²³

¹⁹ “A cultura de respeito a decisões pretéritas inicia-se apenas no século XVI para, após seu desenvolvimento, chegar à doutrina do *stare decisis*, ou seja, “a eficácia vinculante das decisões pretéritas” (MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p.16).

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 30.

²¹ Para os adeptos da teoria declaratória da jurisdição, inicialmente aceita pelos ingleses, o juiz apenas declarava o direito existente na “*lex non scripta* - o direito não escrito ou o *common law*”. Com isso, “as decisões das Cortes constituíam a demonstração do que o *common law* é”, visto que estaria inserto nos costumes gerais observados pelos cidadãos ingleses. Já para os adeptos da teoria constitutiva - ou positivista - da jurisdição, defendida com maior notoriedade por Austin e Bentham, em meados do século XIX, entende que o juiz possui autoridade para *criar* o direito quando do julgamento, e não apenas declará-lo. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 22/24).

²² Nesse julgado, foi fixado pela alta Corte inglesa o dever de os juízes seguirem os precedentes formados em sua própria jurisdição e em tribunais hierarquicamente superiores, independentemente de sua opinião quanto à correção do precedente. Para além, neste momento fixou-se entendimento de que nem mesmo a House of Lords poderia superar seus próprios precedentes.

O entendimento quanto à impossibilidade de superação de precedente só foi alterado em 1966, quando a House of Lords elaborou *Practice Statement* apontado a possibilidade de os “juízes superarem os seus próprios precedentes, quando achassem adequado e justo” (OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. **Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. Revista de Processo, vol. 270/2017, p. 313-351).

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 30/31.

2.2 TEORIA DOS PRECEDENTES

Precedente²⁴ é a prática de se decidir casos atuais com base em decisões anteriores de casos similares, utilizando-se de mecanismos que “identificam a experiência comum ou questões semelhantes entre os casos.”²⁵

Não há uma única maneira de se aplicar precedentes durante o julgamento de casos concretos. Neil MacCormick²⁶ aponta a existência de quatro modelos para a aplicação dos precedentes.

O primeiro modelo consiste em analisar similaridades e coincidências. Dessa forma, a vinculação de um caso a outro dependerá não de uma regra fixada pelo precedente, mas da análise das semelhanças e diferenças. Se semelhante, vincula; se não semelhante, não vincula. Nesse modelo, não há uma regra clara e estável a ser extraída e aplicada.

O segundo modelo consiste em extrair um princípio do caso anterior e utilizá-lo para um caso posterior. Com isso, o precedente, dentro de seu contexto fático, dá suporte e exibe um ou mais princípios relevantes para casos futuros.

O terceiro modelo consiste na análise de uma *ratio decidendi* a partir da qual as cortes passarão a julgar casos posteriores. Aqui, a corte precisa estipular se algum precedente é relevante e vinculante ao caso em tela e, então, aplicar sua *ratio decidendi*, a não ser que existam elementos que permitam uma distinção material entre os casos, ocorrendo assim o *distinguishing*.

Este é o modelo a partir do qual ocorreram a maioria das discussões sobre precedentes entre 1897 e 1966, sendo que a grande parte dos escritos de autores de países da *common law* a respeito de precedentes, nos quais são considerados fonte primária do direito, acabam por abordá-los unicamente dentro deste terceiro modelo.

O quarto modelo considera a sujeição interpretativa a um precedente como um erro capaz de invalidar a própria decisão. Esta é a abordagem do Judiciário

²⁴ Daniel Mitidiero aponta que “Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial” (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Revista de Processo, vol. 245/2015, p. 333-349).

²⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios**. Revista Teoria Jurídica Contemporânea, jul/dez, 2016, p. 151.

²⁶ MacCORMICK, Neil. **The significance of precedent**. 1988 Acta Juridica 174, p. 174-187.

francês em relação aos precedentes.²⁷ Entretanto, isso não significa que os precedentes não possam ser utilizados de maneira persuasiva. Há para esse modelo um caráter interpretativo dos precedentes, que surgem como demonstração da interpretação das cortes quanto à lei.²⁸

Os precedentes, portanto, podem ser compreendidos tanto como vinculantes, quanto meramente persuasivos, a depender do modelo utilizado para aplicá-los, o que varia conforme cada ordenamento jurídico.

Ademais, o primeiro e o segundo modelos podem, a depender do sistema dentro do qual analisados, conviver com o terceiro ou o quarto modelo, de maneira harmônica, apresentando-se modelos mistos de análise de precedentes.²⁹

Portanto, percebe-se a possibilidade de coexistir, dentro de um mesmo sistema jurídico, a utilização de precedentes ora com caráter vinculante, ora com caráter persuasivo, a depender de quem, como e quando foram criados.

Sendo, porém, a característica mais marcante da utilização dos precedentes hoje nos países da *common law*, seu caráter vinculante, necessário um olhar mais apurado sobre essa característica.³⁰

Para Schauer³¹, a diferença entre o raciocínio através da experiência e o raciocínio através dos precedentes é, justamente, sua vinculação, tendo em vista que, ao se raciocinar através da experiência passada, o ator, ao considerar que as conclusões por ela percebidas estão equivocadas, está livre para ignorá-la e decidir de maneira distinta. De maneira oposta, o julgador, ao raciocinar através de precedentes, mesmo que entenda equivocada a conclusão percebida pela decisão

²⁷ “Na França, o que ocorre é uma crença em que as leis se aplicam e justificam por si mesmas, pelo que o juiz não precisa fundamentar além do texto da própria regra. No entanto, não citar é muito diferente de não utilizar os precedentes” (PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 90).

²⁸ “Quando se trata de analisar o poder de uma decisão pretérita, é correto afirmar que no *civil law* se percebe no mínimo um reconhecimento mesmo que informal de sua importância, mas que ocorre muito mais com vistas à uniformização na aplicação de um Direito essencialmente já existente, em especial de forma legislada, mas também por outros elementos ainda que não textuais, como princípios não positivados ou costume” (MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 60).

²⁹ MacCORMICK, Neil. **The significance of precedent**. 1988 Acta Juridica 174, p. 174-187.

³⁰ Diante das limitações do presente trabalho, não serão abordadas as minúcias e diferenças entre o tratamento dado aos precedentes dentro dos diferentes países da *common law*, abordando a teoria dos precedentes de maneira ampla, com ênfase no direito inglês, país no qual surgiu a teoria dos precedentes vinculantes.

³¹ SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605.

anterior, está a ela vinculado, não podendo afastá-la e sendo obrigado a decidir de maneira similar.³²

Nesse sentido, a vinculatividade dos precedentes (*stare decisis*) consiste na propensão de uma decisão anterior compelir um julgador futuro a decidir de determinada maneira.

Essa vinculação pode ser horizontal ou vertical. O *stare decisis* vertical impõe a uma corte hierarquicamente inferior que aplique o precedente fixado por corte superior. Já o *stare decisis* horizontal impõe à corte um respeito a seus próprios precedentes. Se a vinculação vertical se justifica por critérios hierárquicos, a vinculação horizontal é justificada por critérios de integridade e justiça.³³

Para que um precedente possa ser aplicado a um caso atual, é necessário que se compreenda a regra por ele fixada, tendo em vista que, assim como as leis, os precedentes também carecem de interpretação.³⁴

Isso, pois para se aplicar um precedente é necessário extrair seu cerne (*core*), o qual apresentará sua regra (*rule* ou *ratio decidendi*).³⁵ É a *ratio decidendi* que vincula³⁶, e tudo o que não for considerado *ratio* em um precedente será mera *dicta*, ou seja, argumentos e fatos secundários que, embora presentes na decisão analisada, não vinculam o julgador do caso seguinte.

Para se compreender qual a *ratio* de um precedente, desenvolveram-se inúmeras teorias na *common law*, dentre as quais quatro ganharam maior notoriedade, conforme aponta Délio Mota de Oliveira Júnior.³⁷

³² Portanto, se a escolha quanto a se vincular a uma decisão passada permanece com o atual julgador, não se está tratando de uma regra de precedentes, e o atual julgador que desconsidera tal decisão não viola qualquer regra (SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605).

³³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios**. Revista Teoria Jurídica Contemporânea, jul/dez, 2016, p. 152

³⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law**. Revista dos Tribunais, vol. 893/2010, mar/2010, p. 33-45.

³⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law**. Revista dos Tribunais, vol. 893/2010, mar/2010, p. 33-45.

³⁶ "A precedent, therefore, is a judicial decision which contains in itself a principle. The underlying principle which thus forms its authoritative element is often termed the *ratio decidendi*. The concrete decision is binding between the parties to it, but it is the abstract *ratio decidendi* which alone has the force of law as regards to the world at large" (SALMOND, Sir. John. **Jurisprudence**. 18th edition. London: Sweet & Maxwell, Limited, 1930. p. 201.)

³⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. **Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. Revista de Processo. Vol. 270/2017, p. 313-351.

A primeira teoria de expressão dentro da *common law* foi a de Eugene Wambauch, que criou uma espécie de “passo a passo” para se extrair o precedente de uma decisão:

(I) inicialmente, é necessário formular a suposta proposição jurídica; (II) em seguida, deve-se inserir na proposição formulada uma palavra que a reverta o seu significado; e (III) por fim, deve-se questionar se, caso o tribunal tivesse considerado a nova proposição no seu raciocínio, a decisão teria sido a mesma. Assim, caso o resultado da decisão tenha sido alterado, a proposição jurídica original tem a autoridade de *ratio decidendi*; e, na hipótese do resultado ter se mantido, proposição original não representa a tese jurídica, constituindo *obiter dictum*.³⁸

Entretanto, essa teoria sofreu pesadas críticas, tendo em vista sua incapacidade de lidar com decisões com mais de um fundamento, quando tais fundamentos forem autônomos e independentes entre si, acabando por gerar compreensões deturpadas da *ratio* de determinado precedente.

Para Arthur L. Goodhart, a *ratio* de um precedente será compreendida ao se extrair os fatos determinantes para o julgamento da demanda, independentemente de suas razões. Portanto, para o autor, são os fatos entendidos como determinantes ou materiais que levaram à decisão.

Contudo, remanesce a dificuldade quanto à *definição* dos fatos tidos por determinantes ou materiais, permanecendo a indeterminação quanto à *ratio* do precedente.³⁹

Rupert Cross entende que a *ratio decidendi* será qualquer regra de direito abordada pelo juiz, expressa ou implicitamente, e que seja um “passo necessário” para a conclusão da decisão judicial.⁴⁰

Já Neil MacCormick, refletindo sobre o método apresentado por Cross, defende que, ao invés de se buscar o “passo necessário” para se chegar à conclusão, seja compreendida a “norma suficiente”, distinguindo os caminhos necessário e suficiente para se chegar a uma conclusão.

³⁸ OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. **Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. Revista de Processo. Vol. 270/2017, p. 313-351.

³⁹ OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. **Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. Revista de Processo. Vol. 270/2017, p. 313-351.

⁴⁰ OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. **Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. Revista de Processo. Vol. 270/2017, p. 313-351.

Caminho necessário é aquele sem o qual não se pode decidir, como as preliminares de mérito do direito brasileiro. Já o caminho suficiente é indicado pela argumentação que, acolhida, leva a determinada conclusão.⁴¹ Dessa maneira, havendo dois argumentos distintos e suficientes por si, se estará diante de um precedente com duas *rationes*.⁴²

Portanto, pontua-se uma primeira barreira na aplicação da teoria dos precedentes: a extração de sua *ratio decidendi*.

Assim, em sistemas jurídicos nos quais o precedente constitui fonte primária do direito, sua aplicação está condicionada a desafios similares àqueles impostos pela lei, tendo em vista o necessário caminho interpretativo para, do texto, se extrair a norma aplicável ao caso concreto.⁴³

E, diante dessas dificuldades, eventuais equívocos na interpretação e aplicação dos precedentes consistirão em erros quanto ao mérito da demanda (*error in iudicando*)⁴⁴, impondo a reforma do julgado pelas cortes hierarquicamente superiores.

Tal conclusão leva a uma segunda e importante característica dos precedentes: é no julgamento do caso subsequente que se extrairá a *ratio* do precedente invocado.

Quando se está a julgar um caso, o julgador não está apto a concluir com certeza, de antemão, qual será a *ratio* criada pelo seu julgamento, tendo em vista que este estará sujeito a interpretações.⁴⁵

Entretanto, superadas tais considerações iniciais, permanece a questão quanto às razões de se utilizar um sistema de precedentes vinculantes ou, mais especificamente, por quais razões deve um sistema jurídico importar-se com as

⁴¹ “A *ratio decidendi* constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz. Em uma linguagem própria à tradição romano-canônica, poderíamos dizer que a *ratio decidendi* deve ser formulada por abstrações realizadas a partir da justificação da decisão judicial.” (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Revista de Processo, vol. 245/2015, p. 333-349).

⁴² OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. **Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. Revista de Processo. Vol. 270/2017, p. 313-351.

⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law**. Revista dos Tribunais, vol. 893/2010, mar/2010, p. 33-45.

⁴⁴ OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. **Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. Revista de Processo. Vol. 270/2017, p. 313-351.

⁴⁵ “We necessarily and continuously reinterpret the past as we proceed into the future.(...) Past decisions thus come to the present encrusted with society's subsequent characterizations of and commentary on those decisions” (SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605).

decisões pretéritas e se manter a elas fiel, mesmo que, eventualmente, possa considerá-las equivocadas.

Frederick Schauer⁴⁶ aponta que as razões para seguir precedentes nem sempre são tão óbvias e, tampouco, suas consequências.

Em geral, tratamos dos precedentes através de um olhar retrospectivo, analisando, no presente, as consequências de um precedente criado no passado. Entretanto, há relevantes consequências no uso dos precedentes se analisados sob a óptica de seus efeitos no futuro.

Raciocinar através de precedentes, impondo que uma decisão atual deva seguir as regras criadas por decisão pretérita em caso similar, leva à constatação de que o julgador de hoje será o julgador pretérito do caso futuro – e que a decisão de hoje é o precedente de amanhã.

Ainda que se depare com um caso no qual não há precedente aplicável, um julgador consciente deverá reconhecer que futuros julgadores tratarão sua decisão como precedente, constatação esta que deverá alterar o leque de possíveis decisões para o caso atual. Se assim o for, a presente decisão deverá considerar não apenas a melhor decisão para este caso, mas a melhor decisão para casos similares futuros.⁴⁷

A ingerência da decisão através de precedentes pode ser compreendida através de uma análise de custo-benefício – e que pode ser resumida no questionamento: vale a pena obrigar-se por uma decisão, ainda que possa estar equivocada, em prol da segurança jurídica?

Tendo em vista que há, para cada caso, ao menos uma decisão dentre as possíveis que pode ser considerada ótima (ou a mais adequada), e que dois casos nunca são exatamente iguais, mas no máximo semelhantes, Schauer⁴⁸ nos lembra

⁴⁶ SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605.

⁴⁷ Para o fim de bem compreender a afirmação que segue, necessária a ressalva de que, para Schauer, não existem dois casos idênticos, de modo que o quanto um precedente vincula, em número de hipóteses futuras, dependerá do quão abrangente é a categoria na qual incluída sua decisão, ou seja, o total de situações *similares* sobre as quais determinado precedente surtirá efeitos. Com isso, a extensão da vinculação do precedente depende da amplitude de sua categoria de assimilação. Quanto maior sua abrangência, maior a categoria de assimilação nele incorporada e, conseqüentemente, maior seu peso.

⁴⁸ Schauer utiliza como exemplo uma hipotética situação em que há cinco casos a serem decididos em sequência, de modo que o próximo caso estará vinculado ao precedente desenvolvido no caso anterior, e assim sucessivamente.

Para cada um desses casos, há duas decisões distintas que podem ser tomadas (A ou B), sendo que apenas uma delas será considerada uma decisão “ótima”, ou seja, que trará mais benefícios sociais.

que o caso a partir do qual é fixado um precedente pode ter por decisão ótima conclusão distinta daquela que será a ideal para os casos subsequentes.

Isso ilustra um dos riscos da adoção do raciocínio através dos precedentes, qual seja, a constatação de que em um importante número de situações a decisão ótima para o caso formador do precedente será, invariavelmente, uma decisão temerária se analisado o contexto geral.

Já Luca Anderlini *et al.*⁴⁹ vislumbram o raciocínio através dos precedentes como um remédio para o problema da inconsistência temporal das decisões judiciais.

Apontam os autores que as cortes, ao julgar, deparam-se com o problema já formado (“*ex-post stage*”), tendo em vista que até o momento em que a Corte é chamada para atuar, muitas decisões já foram tomadas pelas partes e muitas incertezas terão surgido.

Essa atuação “*ex-post*” das Cortes, em muitos casos, gera o que os autores chamam de “*time-inconsistency*”, ou seja: a decisão ótima para o momento *ex-ante* é diferente da decisão ótima para o momento *ex-post*.

Assim, a melhor decisão varia de acordo com o momento em que é tomada. Se uma decisão é tomada analisando-se apenas o passado, será ótima se entregar às partes a melhor solução para o caso em tela, sem se preocupar com os incentivos que essa decisão gerará sobre a atuação de terceiros.

Da mesma maneira, uma decisão que é tomada observando-se os casos futuros deverá atentar para os incentivos que gerará aos agentes por ela implicados, e não necessariamente para a melhor solução do conflito atual.

Em geral, uma decisão ótima *ex-ante* será mais firme em relação ao comportamento das partes, pois buscará compeli-las ao cumprimento de suas obrigações, sendo que uma decisão ótima *ex-post* será mais relaxada, tendo em

Ademais, em cada um desses casos, qual a decisão ótima varia: ora será A, ora será B. Portanto, a decisão ótima em um caso não necessariamente será a decisão ótima do caso seguinte.

Se, no primeiro caso, decide-se A, tendo em vista a vinculação dos precedentes, os próximos casos deverão, necessariamente, serem decididos também como A.

Entretanto, nem sempre A será a decisão ótima e pode ocorrer, inclusive, a hipótese de que a maioria dos casos tenham por decisão ótima B, sendo que o acaso colocou o caso em que A possuía decisão ótima como o primeiro da série, vinculando todos os demais a serem decididos como A, ainda que, detidamente analisados, teriam por decisão mais justa B. (SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605).

⁴⁹ ANDERLINI, Luca. FELLI, Leonardo. RIBONI, Alessandro. **Why Stare Decisis?** Forthcoming Review of Economic Dynamics, Dec 2013.

vista as consequências dos atos já praticados pelas partes, cumprindo reduzir os danos deles decorrentes.

Diante dessas constatações, permanecem questionamentos quanto à pertinência de se raciocinar através dos precedentes: justifica-se abdicar da possibilidade de sempre se conseguir decisões ótimas, caso a caso, em detrimento da diminuição da possibilidade de resultados adversos em um certo número de casos? E, ainda, em que contextos deve-se primar por decisões ótimas *ex-ante* ainda que tomadas *ex-post*?

A resposta a tais perguntas pode ser apresentada de diversas maneiras, e Schauer aponta quatro razões distintas para se optar pelos precedentes.⁵⁰

A primeira razão consiste no apelo à equidade⁵¹, muitas vezes expresso como argumento de justiça, sendo resumido pela expressão “*treat like cases alike*”⁵².

Quando se analisa a ideia de consistência entre decisões tomadas em um mesmo tempo, se está diante do dever de igualdade. Quando se analisa esta ideia entre decisões tomadas em tempos distintos, se está diante da ideia de precedente. Igualdade e precedente são, respectivamente, os critérios espacial e temporal do princípio da consistência.⁵³

A ideia da justiça como consistência é um dos pilares do pensamento através da moral. Seja por critérios Kantianos de justiça, ou Rawlsianos de igualdade (sob o véu da ignorância), decisões inconsistentes seriam, tão somente pela sua inconsistência, injustas ou simplesmente erradas.

⁵⁰ A doutrina em geral aponta uma miríade de princípios abarcados pela utilização dos precedentes judiciais, conforme aponta Strätz: “segurança jurídica, a previsibilidade, a estabilidade, o desestímulo à litigância excessiva, a confiança, a igualdade perante a jurisdição, a coerência, o respeito à hierarquia, a imparcialidade, o favorecimento de acordos, a economia processual (de processos e de despesas) e a maior eficiência.” (STRÄTZ, Murilo. **Precedentes vinculantes à brasileira?** Revista Teoria Jurídica Contemporânea, jul/dez, 2016, p. 276). Entendemos que, seja diretamente, seja indiretamente, todos estes princípios são abarcados dentro dos que serão adiante mais detidamente analisados.

⁵¹ SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605.

⁵² Sobre a igualdade perante a Jurisdição, aponta Marinoni: “Se há uma definição judicial de direito fundamental, ou mesmo acerca do significado de uma lei federal, todos devem ser tratados igualmente perante elas. A menos, é claro, que se admita que a jurisdição possa e deva conviver com vários significados de um mesmo direito fundamental ou de uma mesma lei federal, o que eliminaria qualquer possibilidade de se ter uma elaboração teórica racionalmente capaz de explicar a legitimidade de uma decisão que afirma direito fundamental e deixaria sem qualquer razão de ser as normas constitucionais que consagram as funções jurisdicionais de uniformização da interpretação da lei federal e de atribuição de sentido à Constituição, além de, obviamente, violar a ideia imprescindível de igualdade perante a jurisdição” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3ed, 2013, p. 146/147).

⁵³ SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605.

Entretanto, sua aparente simplicidade pode resultar em uma dificuldade real. Isso, pois, a par de não haver dúvidas quanto ao mérito de se tratar casos similares de maneira similar, a dificuldade real é compreender o que são casos similares.⁵⁴

Diante desta dificuldade, a questão retorna à compreensão da abrangência das categorias de semelhança: devem elas ser abrangentes ou restritas? Se a resposta for por categorias restritas, a vinculação aos precedentes, na prática, não existirá. Se for abrangente, se estará diante de um sistema de precedentes.

A segunda razão consiste no valor da previsibilidade⁵⁵. Há, pela humanidade, uma constante busca pela possibilidade de se planejar o futuro com base em regras estáveis.⁵⁶ Ao se impor a uma corte que deve seguir o precedente anteriormente elaborado, pode o agente prever como passará ser decidida determinada miríade de casos, possibilitando-lhe adequar sua atuação.⁵⁷

Entretanto, conforme já analisado, há custos. Tal previsibilidade é alcançada em detrimento da habilidade de se adaptar a mudanças futuras. A resposta quanto ao equilíbrio entre ambas as pretensões sociais resta indefinida.⁵⁸

Há muitas situações em que é mais importante a fixação de uma regra final do que a justeza de tal regra⁵⁹ e, em outras, em que é preferível uma decisão correta a uma decisão final.⁶⁰

⁵⁴ "The hard question is what we mean by "alike"" (SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605).

⁵⁵ SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605.

⁵⁶ SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 123.

⁵⁸ "Thus, the value of predictability is really a question of balancing expected gain against expected loss. We ask how important predictability is for those affected by the decisions, and we then ask whether that amount of predictability is worth the price of the frequency of suboptimal results multiplied by the costs of those suboptimal results. But there is no best answer to this calculation, for the answer will vary with the kinds of decisions that given decisionmakers are expected to make" (SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605).

⁵⁹ Pode-se tomar por exemplo, aqui, a imutabilidade da coisa julgada, prevista no artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República, que "constitui uma clara opção da Constituição brasileira a favor da estabilidade das situações jurídicas em detrimento da possibilidade de infundáveis discussões e rediscussões dos problemas em busca de uma decisão supostamente mais justa do litígio." (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**, vol. 2: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 620).

⁶⁰ "Some decisionmaking environments emphasize today -- the richness and uniqueness of immediate experience. In those environments we seek the freedom to explore every possible argument or fact that might bear on making the best decision for this case, for it is precisely the thisness of the case that is most vital. At its extreme, such a system might, and arguably should, deny the relevance of precedent entirely. The virtues of stability would bow to the desire "to get it just right," and in such a framework a past decision would have little if any precedential force. More realistically,

A terceira razão consiste no incremento da eficiência decisória⁶¹. Ao seguir um precedente, há um menor ônus do magistrado em buscar justificção para sua deciso, bastando-lhe seguir o já decidido. Esse raciocínio permite a redução na reconsideração de questões.

Dentro desta razão podem ser apontados como reflexos dela a economia processual, com a redução do número de recursos (tendo em vista a alta probabilidade de que a Corte hierarquicamente superior também mantenha o mesmo entendimento), e a duração razoável do processo, possibilitando ao magistrado uma solução mais célere do litígio.⁶²

A quarta razão consiste no fortalecimento da instituição julgadora⁶³. A consistência interna gera credibilidade externa, de modo que, minimizando a inconsistência interna, através de um sistema de precedentes, ocorre o fortalecimento do ambiente de julgamento como instituição.⁶⁴

Seguindo o raciocínio, pode-se adicionar uma quinta razão àquelas apresentadas por Schauer: a correção da inconsistência temporal.⁶⁵

Diante de tal problemática, uma Corte que objetiva tutelar a sociedade, para além das partes litigantes, terá melhor resultado se raciocinar através dos precedentes vinculantes, que obrigarão as próximas Cortes a julgar da mesma maneira, possibilitando um raciocínio *ex-ante* mesmo que diante de um julgamento *ex-post*.

Aqui, o papel do *stare decisis* será justamente mitigar o problema da inconsistência temporal (*time-inconsistency*) presenciado pelas Cortes.

perhaps, such a system might still acknowledge precedent, but in small units. For if we see precedents as small units, full of rarely duplicated particulars, we are likely to find few cases in which the current small unit is like some small unit of the past.” (SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605).

⁶¹ SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605.

⁶² PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 59/60.

⁶³ SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605.

⁶⁴ “Ora, sabe-se que o Judiciário é o poder com maior déficit democrático, já que seus membros não são escolhidos pelo sufrágio, mas sim por concurso público. Sem a legitimidade conferida pela população, e não tendo mais os juizes a mera função de aplicar a lei, as decisões precisam ter um fundamento mais forte do que a simples opinião pessoal do magistrado. Este elemento mais forte é encontrado, justamente, no respeito aos precedentes, o que se traduz para a população na imagem de que o Direito é uno e aplicado igualmente para todos.” (PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law Brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 61).

⁶⁵ ANDERLINI, Luca. FELLI, Leonardo. RIBONI, Alessandro. **Why Stare Decisis?** Forthcoming Review of Economic Dynamics, Dec 2013.

Entretanto, uma Corte que objetiva tutelar o interesse das partes, e se limita a isso, poderá obter melhores resultados ao ignorar os precedentes vinculantes, optando sempre pela decisão ótima *ex-post*, tendo em vista que o julgamento ali adotado tenderá a não alterar o comportamento dos demais agentes da sociedade.

Assim, ante tantas peculiaridades e diferenças possíveis dentro de sistemas que utilizam a técnica dos precedentes, necessário compreender como o Direito brasileiro acolheu tal teoria.

2.3 PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

No direito brasileiro, não esse encontra um tratamento geral quanto às fontes formais do direito no âmbito constitucional⁶⁶, o qual se limita a pontuar o princípio da legalidade (em seu art. 5º, II, para os entes privados, e em seu art. 37 para os órgãos estatais).⁶⁷

Desta feita, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB - Decreto-Lei nº 4.657/1942) tomou para si tal papel, apresentando as fontes através das quais deve o magistrado extrair seu entendimento quando defrontado com omissão legal,⁶⁸ apresentando como fontes subsidiárias do direito, quando omissa a lei, “a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

E, possibilitando a Constituição que sejam as fontes do direito ampliadas infraconstitucionalmente, como feito pela LINDB,

pode-se afirmar que o novo Código de Processo Civil, sendo uma lei ordinária, é, assim, também fonte primária e básica no direito brasileiro. Por conseguinte, os juízes devem, nos termos do art. 35, inciso I, da Lei

⁶⁶ Aponta Tucci, quanto às fontes: “Há consenso entre os juristas de época contemporânea quanto às dificuldades para a construção de uma “teoria das fontes”, circundada pela árdua questão de saber o que constitui o direito *como direito*; justamente a “questão de saber como a *validade* encarna na realidade social-histórica, adquirindo vigência, mais exatamente adquirindo o modo de ser próprio do direito” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 21).

⁶⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Breves considerações sobre o caráter vinculativo da jurisprudência e dos precedentes no artigo 927 do Novo Código de Processo Civil**. In: NUNES, Dierle. JAYME, Fernando Gonzaga. MENDES, Aluisio (Coord.) **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no Código de Processo Civil/2015 – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim..** E-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁶⁸ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Complementar 35, cumprir e fazer cumprir as normas legalmente estabelecidas, dentre as quais a do art. 927 do novo CPC.⁶⁹

Portanto, ainda que discutível o caráter dos precedentes como fonte primária do direito brasileiro, certo é que os juízes estatais estarão vinculados às decisões pretéritas indicadas como tal pelo CPC.

O direito brasileiro, quando se utiliza das decisões pretéritas na condução do julgamento do caso concreto, o faz de maneira particular, que muito se distancia daquela adotada na *common law*.

Como já analisado, se, por um lado, no direito inglês se denota uma função de cunho criativo nos precedentes, que se cumprem efetivamente a criar normas jurídicas, no direito brasileiro, por outro lado, “não se trata propriamente de compreender a regra, mas de eleger, como “oficial”, uma opção possível.”⁷⁰

A regra dos precedentes, no Brasil, deve ser analisada, nesse sentido, como uma figura de *fechamento hermenêutico*, limitando as possibilidades interpretativas dos magistrados hierarquicamente vinculados ao dito precedente.⁷¹ De tal feita, em que pese a existência de criação de normas pelo Judiciário a partir de princípios que venham preencher lacunas legais, a grande maioria dos precedentes, no intuito de implementar a segurança jurídica e a previsibilidade, busca escolher uma interpretação “oficial” de determinado dispositivo legal, evitando, assim, decisões conflitantes que partam do mesmo texto legal.⁷²

Dessa maneira, os precedentes, como adotados no sistema brasileiro, possuem muito mais um caráter persuasivo, sendo considerados fonte secundária do direito.⁷³ Nesse sentido, aponta Mariani⁷⁴ que

⁶⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Breves considerações sobre o caráter vinculativo da jurisprudência e dos precedentes no artigo 927 do Novo Código de Processo Civil**. In: NUNES, Dierle. JAYME, Fernando Gonzaga. MENDES, Aluisio (Coord.) **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no Código de Processo Civil/2015 – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim**. E-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁷⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law**. Revista dos Tribunais, vol. 893/2010, mar/2010, p. 33-45.

⁷¹ “Em nosso caso, o precedente parece muito mais servir para terminar com uma questão, diferentemente do *common law*, em que o precedente é, apenas, o início dela” (BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 62).

⁷² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law**. Revista dos Tribunais, vol. 893/2010, mar/2010, p. 33-45.

⁷³ MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 62.

⁷⁴ MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 63.

A valorização da decisão pretérita não elimina o fato de nosso Direito continuar em muito atrelado à lei escrita, buscando-se não numa “lei dos Tribunais”, mas sim em mecanismos que ajudem a dar maior uniformidade na aplicação desse Direito já existente, em seus elementos textuais (positivados) e mesmo os não textuais.

Ademais, a assimilação, pelo legislador brasileiro, de técnicas de valorização das decisões pretéritas não surge repentinamente com o Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015). Trata-se, em verdade, de movimento que se desenvolve desde a década de 90, com a introdução do julgamento monocrático de recursos quando fundado em jurisprudência dominante do Tribunal, e que culminou na introdução das Súmulas Vinculantes constitucionalmente previstas, através da Emenda Constitucional 45/2004.⁷⁵

Esse movimento de valorização dos precedentes no Judiciário brasileiro é motivado em grande parte pelas mudanças na cultura da litigância ocorridas após a promulgação da Constituição de 1988 que, ao mesmo tempo que ampliou o rol de direitos garantidos aos cidadãos brasileiros e deu maior credibilidade à atuação jurisdicional, provocou um aumento exponencial da demanda pela prestação jurisdicional.⁷⁶

Este cenário, somado a diversos outros fatores que fogem ao objeto do presente trabalho⁷⁷, culminou em um ambiente de crise na administração da Justiça,

⁷⁵Referimo-nos, obviamente, às reformas que se iniciaram ainda nos anos 90, valorizando os precedentes a partir do aumento do poder do relator, permitindo o julgamento monocrático de recursos quando fundado na jurisprudência dominante daquele Tribunal ou de Tribunal Superior (art. 557). O ponto culminante deste movimento no passado recente foi, sem dúvida, a introdução no Texto Constitucional das súmulas vinculantes pela EC 45/2001 – art. 103-A da CF. Institutos como o julgamento de improcedência *prima facie* – art. 285-A do CPC –, o procedimento para julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos – esses últimos a partir da análise por amostragem da repercussão geral, arts. 543-A, 543-B e 543-C do CPC –, o incidente de uniformização de jurisprudência nos juizados especiais federais – art. 14 da Lei 10.259/2001, são exemplos claros de que a normatividade dos precedentes já foi reforçada, e muito, em nossa legislação, independentemente da aprovação ou não do NCPD.” (WOLKART, Erik Navarro. **Precedentes no Brasil e cultura – um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho**. Revista de Processo, vol. 243/2015, p. 409-433).

⁷⁶ TUCI, José Rogério Cruz e. **O regime do precedente judicial no novo CPC**. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.) **Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 446.

⁷⁷ Sobre os aspectos culturais da prática judicial brasileira: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; WOLKART, Erik Navarro. **Precedentes no Brasil e cultura – um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho**. Revista de Processo, vol. 243/2015, p. 409-433.

apresentando falhas tanto qualitativas quanto quantitativas, observando-se uma jurisprudência dispersa e pouco uniforme, bem como uma morosidade excessiva.⁷⁸

É com base nesse arcabouço cultural e legislativo que devemos analisar as reformas trazidas pelo CPC, que se preocupou, conforme aponta Wolkart⁷⁹, principalmente com os problemas da eficiência do sistema processual, da celeridade, da dispersão da jurisprudência e da ameaça à igualdade.

E, especificamente quanto à valorização do sistema de precedentes, foi dominante “a preocupação com a dispersão da jurisprudência e com a morosidade dos julgamentos”.⁸⁰

Portanto, há um viés muito mais pragmático na introdução dos precedentes no sistema processual civil brasileiro, se comparada com a utilização desta técnica da *common law*, onde surgiram, naturalmente, dentro de uma cultura de valorização das decisões pretéritas como fundamento das decisões futuras.

Merecem algumas notas, também, as regras positivadas em nosso ordenamento jurídico e que impõem a vinculação dos magistrados a determinadas decisões pretéritas.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 inovou ao introduzir a Súmula Vinculante no nosso ordenamento jurídico, por meio do art. 103-A⁸¹, da CF.

No direito brasileiro, as súmulas⁸² são “mecanismos voltados a facilitar a resolução de casos fáceis que se repetem”, pensadas inicialmente com pretensão

⁷⁸ WOLKART, Erik Navarro. **Precedentes no Brasil e cultura – um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho.** Revista de Processo, vol. 243/2015, p. 409-433.

⁷⁹ WOLKART, Erik Navarro. **Precedentes no Brasil e cultura – um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho.** Revista de Processo, vol. 243/2015, p. 409-433.

⁸⁰ WOLKART, Erik Navarro. **Precedentes no Brasil e cultura – um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho.** Revista de Processo, vol. 243/2015, p. 409-433.

⁸¹ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

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

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

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

universalizante, “como enunciados abstratos e gerais voltados à solução de casos.”⁸³

Já as Súmulas Vinculantes⁸⁴ consistem em enunciados para os quais a Constituição concede maior autoridade, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como a Administração Pública, prevendo ainda a Reclamação ao STF como maneira de preservar sua autoridade.

Importante aqui ressaltar que as súmulas buscam espelhar e sintetizar a realidade jurisprudencial de uma Corte⁸⁵, de modo que não podem ser confundidas com os precedentes adotados na *Common Law*, que possuem características bem peculiares, como já apontado⁸⁶.

A EC nº 45/2004 também incluiu outras duas hipóteses que remetem à vinculatividade das decisões preteridas do STF (art. 102, §§ 2º e 3º, CF⁸⁷): para os casos de decisão definitiva de mérito em ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) e; a repercussão geral necessária à apreciação de recursos extraordinários (REExt).

Assim, há expressa menção à vinculação dos demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública quando proferidas decisões definitivas de mérito em sede de ADIs e ADCs.

⁸² “Também na sua compreensão tradicional, as súmulas constituem antes de qualquer coisa um “método de trabalho”, um meio para “ordenar e facilitar a tarefa judicante” de controle da interpretação e aplicação do direito no caso concreto” (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Revista de Processo, vol. 245/2015, p. 333-349).

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatório*. 3ed, 2013, p. 480/481.

⁸⁴ Ao tratar do tema, Marinoni aponta que todas as Súmulas proferidas pelo STF seriam vinculantes, tendo em vista a função da Corte como corte de precedentes. Nessa toada, entende que a única diferença entre as antigas Súmulas e as atuais Súmulas Vinculantes seria a possibilidade de Reclamação, bem como o fato de delas se direcionarem à Administração Pública (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatório*. 3ed, 2013, p. 487).

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 487.

⁸⁶ Em sentido contrário: TUCCI, José Rogério Cruz e. **O regime do precedente judicial no novo CPC**. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.) **Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 445-457.

⁸⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§ 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.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Ressalta-se que há *vinculação* aos demais órgãos e Administração quando há a declaração de inconstitucionalidade em abstrato por parte do STF; entretanto, compete ao Senado *suspender* a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo (nos termos do art. 52, X, da CF), afastando-a do ordenamento jurídico.⁸⁸

Já quanto à vinculatividade das decisões proferidas em RExts, não há unanimidade na doutrina. Entretanto, aponta Marinoni que

Como a questão constitucional com repercussão geral necessariamente tem relevante importância à sociedade e ao Estado, a decisão que a enfrenta, por mera consequência, assume outro *status* quando comparada às decisões que o Supremo Tribunal Federal antigamente proferia. Este novo *status* da decisão da Suprema Corte contém, naturalmente, a ideia de precedente constitucional obrigatório ou vinculante. Decisão de questão constitucional dotada de repercussão geral com efeitos não vinculantes constitui contradição em termos.⁸⁹

Assim encontra-se o quadro constitucional no que tange à vinculatividade das decisões pretéritas.

Quanto à legislação infraconstitucional, o CPC inovou ao apresentar um conjunto de dispositivos que trazem para si a noção de precedentes, aumentando o leque constitucionalmente previsto de decisões com eficácia vinculante por imposição legal.

Entretanto, ao tratar das decisões pretéritas, o CPC apresenta problemas teóricos que merecem ser registrados anteriormente ao estudo da Lei.

Aponta Mitidiero que o art 926⁹⁰ do CPC, ao buscar impor um parâmetro de atuação para as Cortes, acaba por cometer cinco problemas teóricos:

A uma, fala em tribunais indistintamente, sem atentar que existe uma divisão de trabalho bastante clara entre as Cortes de Justiça e as Cortes Supremas no ordenamento jurídico brasileiro.

⁸⁸ MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 140/141.

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 472.

⁹⁰ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

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

A duas, institui um dever de uniformização, nada obstante seja conhecida a ligação do termo a uma função de simples controle que era exercida pelas cortes de vértice em um determinado momento da história.

A três, alude genericamente à jurisprudência, sem se preocupar com eventuais distinções que podem existir entre os termos jurisprudência, súmula e precedentes, empregados igualmente em seus parágrafos.

A quatro, refere que os tribunais têm o dever de manter a jurisprudência estável, quando na verdade esse é apenas um dos seus deveres no que tange à necessidade de prover segurança jurídica.

A cinco, endossa uma proposta teórica bastante específica a respeito do conceito de direito ao determinar que a jurisprudência deva ser íntegra.⁹¹

Para além do referido art. 926 do CPC, os demais dispositivos legais trazidos apresentam as mesmas indefinições, principalmente quanto ao trato indistinto dos termos jurisprudência, precedente e súmula⁹².

Quanto à jurisprudência, o Código dispensa a “múltipla reiteração de julgamentos como requisito para sua configuração”, rompendo com o tradicional conceito de jurisprudência fixado em nosso direito⁹³, entendido como “substantivo coletivo”, sendo-lhe imperativo para que seja formado um conjunto de acórdãos ou decisões uniformes, e que expressem o entendimento dominante de determinado tribunal ou do Judiciário como um todo.⁹⁴

Quanto às súmulas, o CPC altera seu papel de mero “método de trabalho, capaz de ordenar e facilitar a tarefa dos juízes”, que possuíam como destinatários os próprios magistrados⁹⁵ e, dessa forma, eram tomadas de maneira abstrata e sem

⁹¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Revista de Processo, vol. 245/2015, p. 333-349.

⁹² “Jurisprudência, precedentes e súmulas são conceitos que não podem ser confundidos – ainda mais porque o legislador procurou ressignificar os conceitos de jurisprudência e de súmulas e introduzir o de precedentes no novo Código” (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Revista de Processo, vol. 245/2015, p. 333-349.).

⁹³ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Revista de Processo, vol. 245/2015, p. 333-349.

⁹⁴ BARBOSA, Claudia Maria. JUNIOR, Gilberto Andreassa. **A impossibilidade de aplicação da teoria dos precedentes no atual sistema deliberativo dos tribunais superiores**. Revista de Processo, vol. 273/2017, p. 377-401.

⁹⁵ Sobre o desenvolvimento das súmulas no direito brasileiro, aponta Presgrave: “Percebe-se, portanto, que a súmula não foi elaborada com a pretensão de normatizar nada, mas, pura e simplesmente, facilitar a remissão aos julgamentos anteriores realizados pela Corte, para que os julgamentos fossem mais isonômicos e eficientes. E é exatamente por isso que o próprio Ministro afirma que “não se recomenda a interpretação das súmulas”, afinal, como método de trabalho, a súmula representa o resultado da interpretação da lei, não devendo ela mesma ser objeto de interpretação.” (PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. **A natureza jurídica da súmula**. In:

alusão aos casos concretos, impondo “o dever de identificação e de congruência das súmulas com as circunstâncias fáticas dos casos que motivaram suas criações”, possuindo agora, como destinatários, não apenas os magistrados, mas a sociedade como um todo.⁹⁶

Quanto aos precedentes, o CPC os apresenta como oriundos única e tão somente das hipóteses previstas em seu art. 927. Entretanto, “os precedentes não são exclusivamente formais e quantitativos”⁹⁷, mas também materiais e qualitativos, dependendo, como já visto, de uma fundamentação suficiente.

Tomadas tais premissas, possível a análise dos principais dispositivos legais do CPC que formam seu “sistema” de precedentes.

O art. 927 do CPC introduz hipóteses em que a decisão proferida deverá⁹⁸ ser observada pelos juízes e tribunais (formará precedente):

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

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

Para que tais hipóteses possam ter efetividade prática, o CPC preocupou-se em criar mecanismos de controle da atividade judicante em caso de desrespeito aos

NUNES, Dierle. JAYME, Fernando Gonzaga. MENDES, Aluisio (Coord.) **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no Código de Processo Civil/2015 – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim**. E-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017).

⁹⁶ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Revista de Processo, vol. 245/2015, p. 333-349.

⁹⁷ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Revista de Processo, vol. 245/2015, p. 333-349.

⁹⁸ Streck, em posição minoritária, discorda da interpretação do verbo “observarão”, apresentado no *caput* do art. 927, do CPC, como “estarão obrigados a seguir”, apontando que, se assim o fizesse, estaria ali posta a palavra “vinculação”. (STRECK, Lenio Luiz. **Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes – parte II**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>>. Acesso em 14/10/2018).

referidos “precedentes”, bem como autorizou os magistrados a atuarem de maneira liminar (ou monocrática, em julgamentos colegiados) quando incidentes tais dispositivos.

O art. 332 do CPC⁹⁹ insere hipóteses em que o magistrado deve julgar liminarmente improcedentes pedidos que contrariem determinados enunciados jurisprudenciais. Também o art. 932 do CPC¹⁰⁰ prevê que o relator deve negar seguimento a recursos que busquem decisão em sentido contrário a determinados enunciados jurisprudenciais, bem como prover monocraticamente o pedido, após a oitiva da parte contrária, se o recurso estiver em conformidade com estes enunciados.

Ainda, o art. 988 do CPC¹⁰¹ aumenta as hipóteses de cabimento de Reclamação, abrangendo, também, a proteção aos acórdãos proferidos nas hipóteses do art. 927, III, do CPC.

Também foram criados o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987) e o incidente de assunção de competência (art. 947).

Merece grande atenção, ainda, o art. 489 do CPC (que apresenta os elementos essenciais da sentença), principalmente o previsto em seu §1º, que impõe ao magistrado um maior dever de fundamentação, de modo a permitir o desenvolvimento do direito através dos precedentes, tendo em vista sua

⁹⁹ “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.”

¹⁰⁰ “Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”.

¹⁰¹ “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”.

dependência de uma fundamentação forte e completa.¹⁰² E vai além, considerando inexistente a fundamentação da decisão que deixar de seguir os enunciados previstos no inciso VI de seu §1º.

Entretanto, de uma detida análise dos dispositivos legais trazidos pelo CPC, percebe-se que não há, de fato, mecanismos de formação de precedentes nos moldes daqueles observados na *common law* e, desse modo,

Na ausência de um ambiente propício ao nascimento de verdadeiros precedentes (na visão do *common law*), o atual Código de Processo Civil brasileiro parece, antes de mais nada, ter cancelado “instrumentos da técnica de uniformização de jurisprudência e de direcionamento da fundamentação de decisões”. Mesmo que passíveis de críticas, são nessas técnicas de uniformização que reside a maior importância da decisão pretérita em nosso país, o que bem ressalta as raízes históricas que nos acompanham.¹⁰³

Por outro lado, há um dever imposto aos magistrados quanto à busca pela coerência em seus julgados, independentemente da técnica adotada. É esta a proposta do CPC que, em que pese não se mostrar perfeita teoricamente, pode sim vir a propiciar efeitos positivos quanto a um tratamento igual e justo entre os jurisdicionados.

Observa-se, assim, que o novo CPC cria mecanismos com o escopo de impor uma coerência interna à jurisdição estatal sob o prisma da integridade¹⁰⁴, tendo em vista problemas concretos enfrentados no trato diário de causas semelhantes, considerando a cultura na qual está inserida, em que há uma verdadeira loteria de entendimentos, com graves prejuízos aos jurisdicionados. Na impossibilidade de superar tais empassos de maneira autônoma, através de

¹⁰² PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 95/97.

¹⁰³ MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 73.

¹⁰⁴ Aqui, inclusive, remanesce outra crítica doutrinária à nova codificação processual, tendo em vista a expressa adoção do conceito de justiça como integridade, o que implica em optar pela teoria de Dworkin quanto à existência de uma *resposta certa*. Sobre a questão, aponta Mitidiero que “Não nos parece oportuno, porém, que um Código de Processo Civil tome partido em um assunto tão espinhoso, porque desnecessário à sua operacionalização prática. A adoção de uma determinada proposta a respeito do irremediável problema a respeito do conceito de direito – por mais fascinante que seja o debate a seu respeito – certamente não deve ser objeto de uma disposição legislativa” (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Revista de Processo, vol. 245/2015, p. 333-349).

mudanças culturais no sentido de um maior respeito às decisões pretéritas como forma de salvaguardar as justas expectativas dos jurisdicionados, entendeu-se necessária a imposição legal, criando um sistema de precedentes *à brasileira*.¹⁰⁵

¹⁰⁵ STRÄTZ, Murilo. **Precedentes vinculantes à brasileira?** Revista Teoria Jurídica Contemporânea, jul/dez, 2016, p. 272-305.

3. O SISTEMA ARBITRAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

3.1 ARBITRAGEM COMO SISTEMA

Luhmann entende a sociedade como um grande sistema dividido em inúmeros outros sistemas e subsistemas “baseados em características peculiares em termos de funcionalidade (como a economia, a política, a educação etc.), vinculados entre si pela comunicação. Dentro dessa teoria, é a comunicação o fio condutor entre os diversos sistemas, bem como entre eles e seus efeitos na sociedade.¹⁰⁶ Ademais, estes sistemas e subsistemas se relacionam de maneira *policontextual*, e não piramidal, formando uma espécie de *constelação*.¹⁰⁷

Esses sistemas existentes dentro da sociedade têm por características a *autopoiesis*, o fechamento operacional e o acoplamento estrutural.¹⁰⁸

Um sistema é autopoietico quando é composto por “um conjunto instrumental lógico, coerente e produzido pelo próprio sistema”.¹⁰⁹ Trata-se do modo com o sistema é e funciona. É “a capacidade do sistema de elaborar a partir dele mesmo sua estrutura e os elementos de que se compõem”.¹¹⁰ Assim, o sistema é autônomo e independente.

Dessa forma, um sistema autopoietico é um sistema autorreferencial¹¹¹, que não é regulado por nenhum outro sistema, possuindo um *fechamento operacional*.

O *fechamento operacional* consiste na ideia de que não há efetiva comunicação entre sistema e ambiente, sendo que do ambiente o sistema sofreria irritações, o que lhe impõe a interpretação dos elementos externos. Isso leva à

¹⁰⁶ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 11/12.

¹⁰⁷ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 40.

¹⁰⁸ GAMBA, Juliane Caravieri Martins. **Direito e Justiça sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 29/2012, p. 379-404.

¹⁰⁹ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 13.

¹¹⁰ GAMBA, Juliane Caravieri Martins. **Direito e Justiça sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 29/2012, p. 379-404.

¹¹¹ “Os sistemas autopoieticos, não importa se são sistemas vivos, psíquicos ou sociais, são sempre sistemas auto-referenciais, no sentido de que produzem e reproduzem não apenas suas estruturas, mas seus próprios elementos constituintes a partir de seus próprios elementos e estruturas e mediante operações recursivamente fechadas” (VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2006, p. 193).

necessidade de autorregulação. Cada sistema se utiliza de códigos próprios que ordenam a totalidade de seu processo, sendo que estes definem o que é sistema e o que é ambiente, em uma operação binária¹¹² (no caso do direito, esse código binário ocorre através do binômio lícito (*recht*)/ilícito (*unrecht*)¹¹³).

O acoplamento estrutural garante a existência do sistema dentro de um ambiente.¹¹⁴ O sistema não é “agredido” pelo ambiente, mas irritado, de modo que surge um duplo efeito de inclusão/exclusão, selecionando também as irritações do ambiente que se apresentam “como confrontação entre a ordem interna do sistema e os eventos externos” a ele. A irritação é sempre uma “autoirritação”, tendo em vista que o sistema encontra nele mesmo suas causas, aprende com elas e se reequilibra internamente, concluindo o processo de acoplamento estrutural.¹¹⁵

Dessa forma, o acoplamento estrutural consiste no meio de se realizar a abertura cognitiva do sistema, tendo em vista que “o organismo social deve ser capaz de se comunicar com outros organismos sistêmicos, igualmente dotados de fechamento estrutural, e de intercalar mútuas interferências com o seu entorno, a sociedade.”¹¹⁶

Luhmann baseia sua análise quanto à funcionalidade de cada sistema, e não quanto a seus elementos. Ao mesmo tempo, para que um sistema seja reconhecido como tal, individualizado em relação aos demais sistemas sociais, “deve ser autônomo no tocante aos seus instrumentos e possuir com os demais sistemas apenas uma relação de comunicação, de troca recíproca de influxos, que tenda a trazer evolução a ambos.”¹¹⁷

Portanto, um sistema terá uma funcionalidade específica e uma autonomia instrumental, relacionando-se com os demais através de *inputs* e *enforcements*. Ou, mais especificamente, um sistema se faz sistema e é percebido como sistema

¹¹² GAMBA, Juliane Caravieri Martins. **Direito e Justiça sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 29/2012, p. 379-404.

¹¹³ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 15.

¹¹⁴ Um sistema não conseguirá sobreviver sem se abrir cognitivamente aos demais, sendo esta necessidade entendida como o *paradoxo da autorreferência*, posto serem os sistemas autônomos e autorreferentes, mas dependentes desta abertura (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**, p. 16/17).

¹¹⁵ GAMBA, Juliane Caravieri Martins. **Direito e Justiça sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 29/2012, p. 379-404.

¹¹⁶ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 13/14.

¹¹⁷ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 16.

através de seu *fechamento operacional* e de sua *abertura cognitiva*, em conjunto com sua *funcionalidade* própria, sendo que tais características são perceptíveis sempre no contraste com seu entorno. Um sistema se define e define seus limites ao se contrapor ao seu entorno.¹¹⁸

Assim, um sistema próprio não será coagido por outro sistema, mas simplesmente “irritado”, de modo que as alterações que ocorrem em seu bojo surjam sempre de arranjos internamente constituídos.¹¹⁹

O direito, como subsistema do sistema social (ou um sistema dentre os vários sistemas que compõem o sistema social) pode ser entendido como um sistema autorreferente, que trabalha com regras próprias e mecanismos desenvolvidos em seu próprio meio, com uma funcionalidade própria de “estabilização das expectativas normativas”, adotando como código binário particular o binômio lícito (*recht*)/ilícito (*unrecht*).¹²⁰

Ademais, observam-se aberturas cognitivas no sistema do direito, tendo como exemplos a Constituição, entendida como abertura cognitiva entre o sistema jurídico e o sistema político; e os contratos, entendidos como abertura cognitiva entre o sistema jurídico e o econômico; dentre outros.¹²¹

Por outro lado, a mera diferenciação de um sistema do direito em relação aos demais sistemas sociais não é suficiente para o fim de abarcar e simplificar toda a complexidade envolvida, de modo que se observa uma especialização cada vez maior dentro do próprio sistema jurídico, levando ao surgimento de novos sistemas¹²² mais especializados e com contornos próprios.¹²³

¹¹⁸ ARAÚJO, Marilene. **A Constituição e a Teoria Dos Sistemas De Luhmann**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 79/2012, p. 427-447.

¹¹⁹ “O conceito de sistema tal qual posto pressupõe sua independência relativamente aos demais sistemas sociais e à sociedade, considerada doutrinariamente como o entorno desse complexo conjunto de sistemas. Logo, apenas se tiver fechamento operacional, o sistema pode ter abertura cognitiva sem se desnaturar. Trata-se de um *falso paradoxo*: embora hermeticamente fechado, em termos instrumentais, o sistema deve ser aberto cognitivamente” (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 58).

¹²⁰ GAMBA, Juliane Caravieri Martins. **Direito e Justiça sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 29/2012, p. 379-404.

¹²¹ GAMBA, Juliane Caravieri Martins. **Direito e Justiça sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 29/2012, p. 379-404.

¹²² “Um sistema novo surge quando, em um plexo de relações sociais, começa a realizar operações que nenhum outro sistema realiza, diferenciando-se funcionalmente de todos os demais. Seu surgimento ocorre sempre em situações de dupla contingência, ou seja, quando se reage a situações contingentes, que apresentam algo novo, casual, inesperado. É o momento privilegiado de uma constituição, da nova constituição que emerge como consequência das contingências” (ARAÚJO,

Prosseguindo para uma análise mais específica, o processo se insere dentro da lógica dos sistemas como um subsistema do sistema jurídico, com um caráter eminentemente instrumental. Ainda assim, possui o processo seu próprio fechamento estrutural, ao trabalhar por meio de instrumentos próprios, bem como uma abertura cognitiva, comunicando-se com os demais sistemas, sendo por eles influenciado e neles influenciando.¹²⁴

O processo, no entanto, possui uma função diferenciada, o que lhe importa uma maior abertura cognitiva, tendo em vista ser mecanismo para a concretização das expectativas legais.¹²⁵

Assim, sobre a abertura cognitiva do sistema processual, aponta Parente¹²⁶ que

O sistema processual, pelo enfoque da teoria dos sistemas, possui abertura cognitiva. Primeiro, a exerce junto aos demais ramos do direito, que o guiarão em termos de fins, fazendo com que trabalhe não apenas com *inputs* vindos dos direitos materiais, mas gerando-lhes os respectivos *enforcements*. Quanto a isso, não importa que sejam eles (os direitos materiais) vistos como sistemas independentes ou partes do *subsistema* do direito. Em verdade, o sistema processual, no tocante a função, vai além. Além de trocar mútuas influências com os vários ramos do direito material, também o faz com a sociedade, em movimento que ficou conhecido como *escopo social do processo*, pacificando com justiça e com caráter educativo.

Ademais, doutrinariamente se entende que o processo possui a finalidade de “distribuir justiça com celeridade e qualidade”, devendo a análise dos institutos processuais ser realizada com o fito de “assegurar um processo justo entre as partes, dar a quem tem razão o direito material que lhe confere”.¹²⁷

Marilene. **A Constituição e a Teoria Dos Sistemas De Luhmann**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 79/2012, p. 427-447).

¹²³ MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 81/82.

¹²⁴ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 26.

¹²⁵ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 29.

¹²⁶ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 29.

¹²⁷ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 29.

Dessa maneira, vislumbra-se um *sistema* processual estatal, que é fechado operacionalmente (com funcionamento próprio em relação aos demais subsistemas do direito), aberto cognitivamente (relacionando-se com os demais subsistemas do direito, através de acoplamentos estruturais necessários para seu funcionamento e desenvolvimento) e que possui *função* própria, identificada pela distribuição da justiça de maneira célere e eficiente.

Aliás, o próprio sistema processual pode se dividir em outros subsistemas, como o processo legislativo, o processo constitucional e o processo coletivo.

E, havendo um sistema processual estatal próprio, indaga-se se pode ser considerado um sistema arbitral próprio, não estatal.

A arbitragem, assim como o processo estatal, possui uma natureza “resolutória de conflitos”. Em suma, ambos buscam pacificar determinado litígio, através de um procedimento organizado, garantindo às partes suas prerrogativas e garantias.¹²⁸ Além, tanto arbitragem quanto processo estatal encontram limites na Constituição, dela extraíndo princípios fundamentais cogentes e inafastáveis.

Sobre tais semelhanças, aduz Parente¹²⁹:

Esse *exercício típico de jurisdição* [referindo-se à arbitragem] sofre por um lado as mesmas influências, quanto às suas matrizes principais de aplicação de poder estatal (neste caso, delegado por lei ao árbitro). *Bebe da mesma água* do processo judicial, que é a raiz constitucional. Integram os dois modelos, assim, uma mesma ordem de processo, uma mesma teoria geral de rito dialítico (procedimento agitado pelo contraditório). É o que falamos anteriormente sobre a relação entre o exercício de jurisdição arbitral e a teoria geral do processo. Então, ao mesmo tempo em que é diferente no modo de ser e de se comportar inclusive para a sociedade como forma de resolução de conflitos, a arbitragem e o processo judicial apresentam a mesma raiz que, de maneira geral, preza por um procedimento hígido, com respeito às garantias constitucionais de ampla defesa e contraditório. Diferentes no modo de ser, ambos legitimam-se mediante sua aplicação (pelo procedimento) com amparo em princípios constitucionais que lhes pautam e que basicamente trazem uma ideia de

¹²⁸ MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 75.

¹²⁹ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Existiria uma ordem jurídica arbitral?** In: CARMONA, Carlos Alberto. LEMES, Selma Ferreira. MARTINS, Pedro Batista. (Coord.) **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 76.

devido processo. Esta é, portanto, *grosso modo*, a relação entre a arbitragem, a teoria geral do processo e o devido processo legal.

Entretanto, apesar de *beberem da mesma água*, tratam-se de sistemas distintos.

Independentemente da natureza jurídica imputada à arbitragem¹³⁰ (contratual, jurisdicional, mista ou autônoma), a arbitragem apresenta diversas particularidades em relação à forma de resolução de litígios estatal que merecem atenção e a candidatam fortemente como um sistema próprio.

A primeira característica que deve o instituto possuir para ser considerado um sistema é o *fechamento operacional*, devendo ser capaz de “produzir e reproduzir seus elementos a partir de sua rede interna, mediante processos endógenos”.¹³¹

Quanto ao *fechamento operacional*, Parente aponta para duas características fundamentais da arbitragem que demonstram o referido fechamento: a flexibilidade no procedimento e a construção do procedimento.

A arbitragem é flexível no que tange ao seu procedimento. Uma vez preservadas as garantias fundamentais das partes, que podem ser resumidas no princípio do devido processo legal, a arbitragem não é vinculada a nenhum procedimento previamente imposto. Conforme aponta Cahali:¹³²

Ainda, pode-se apontar a flexibilidade do procedimento na arbitragem como um dos pontos positivos deste método. O procedimento arbitral, realmente, é pragmático. Com efeito, pela sua abrangência a toda e qualquer situação, as regras estabelecidas no Código de Processo Civil, e procedimentos cartorários no Judiciário, geram a necessidade da prática de uma série de atos, protocolos, providências, cumprindo inúmeras formalidades, até para a segurança do jurisdicionado. Já na arbitragem, o foco maior é a solução da matéria de fundo, e, assim, há maior informalidade nas providências para se alcançar o objetivo: solucionar a controvérsia.

¹³⁰ Sobre as teorias quanto a natureza jurídica da arbitragem, vide: CAHALI, José Francisco. **Curso de Arbitragem**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 123/130.

¹³¹ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 42.

¹³² CAHALI, José Francisco. **Curso de Arbitragem**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 117.

Isso, em contrapartida a um processo estatal no qual pode se observar, atualmente, um movimento de *flexibilização*. No entanto, um processo flexível e um processo flexibilizado são questões distintas. Na arbitragem, às partes é dada a autonomia de acordarem o procedimento a ser adotado, havendo também maior espaço para a atuação dos árbitros de maneira adaptada à lide que lhes é proposta, podendo alterar os atos para a maneira mais conveniente possível, desde que respeitados os direitos básicos das partes. Já no processo estatal, o que se observa é um rito *imposto* legalmente e em frente ao qual há um *mínimo* grau de flexibilização para as partes e magistrado. Portanto, muito distinto do processo arbitral.¹³³

Com relação à construção do procedimento arbitral, esse se dá de maneira particular, havendo três hipóteses permitidas às partes litigantes para a sua escolha, posto que

podem criar um procedimento especialmente para a solução de seus litígios, podem reportar-se a regras de um órgão arbitral institucional (ou a regras de processo constantes de algum código ou lei) ou podem deixar a critério do árbitro disciplinar o procedimento.¹³⁴

Desta feita, sempre com base na autonomia privada¹³⁵ das partes, há extrema liberdade de escolha e, até mesmo, de criação do procedimento a ser adotado; ressalvados, tão somente, os princípios fundamentais atinentes à matéria.¹³⁶

¹³³ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 46/52.

¹³⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 290.

¹³⁵ Ao tratar do tema, Parente utiliza a expressão “autonomia da vontade”. Neste trabalho, optamos por utilizar o termo “autonomia privada”, adotando o critério de diferenciação de Francisco Amaral, conforme bem apontado por Ruzyk: “Ao mesmo tempo, porém, ao definir a distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada ressalta um caráter mais subjetivo da primeira, “como manifestação da liberdade individual no campo do direito”, ao passo que a autonomia privada seria “poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém dar a si próprio um ordenamento jurídico.” (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 115).

¹³⁶ “Pinçou o legislador, dentre os princípios gerais do processo, aqueles capazes de prestar às partes razoável garantia de um julgamento justo. Exigiu, assim, que fosse respeitado, seja qual for o procedimento que as partes (ou o árbitro) criarem ou escolherem, o princípio do contraditório, o da igualdade, o da imparcialidade do árbitro e o do livre convencimento” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 293).

Frente a tais aspectos, estando a arbitragem constituída sobre aparatos próprios para a solução das questões a ela atinentes, conclui-se pela ocorrência de um *fechamento operacional* pelo sistema arbitral.

Entretanto, apesar de apresentar tal *fechamento*, a arbitragem não é um sistema *autista*¹³⁷, mas um sistema com lógica própria e que se comunica com os demais sistemas, principalmente do direito, através de *acoplamentos estruturais*, constituindo-se na segunda característica necessária para que um sistema seja assim considerado.

Estes *acoplamentos estruturais* ocorrem na arbitragem através de mecanismos próprios, de modo que não resta descaracterizado seu *fechamento operacional* mas, sim, reforçado, posto depender de adaptações com o entorno para melhor realizar sua função.¹³⁸

Essa *abertura cognitiva* pode ocorrer tanto em relação ao direito material quanto ao direito processual.¹³⁹

Em relação ao direito material, a arbitragem permite que as partes imputem qual será o aplicável à lide, autorizando “o ingresso em seu microcosmo daquilo que as partes elegeram para atuar no resultado do processo arbitral”.¹⁴⁰ Com isso, há uma abertura cognitiva da arbitragem ao direito material, objeto de sistema distinto.

Todavia, quando está a acoplar estruturalmente o direito material, a arbitragem o faz, também, através de mecanismos próprios, podendo, inclusive, influenciar quanto à aplicação deste mesmo direito em outros sistemas, através das conclusões adotadas.

Inclusive, denota-se que um dos maiores valores da arbitragem se concentra, justamente, na *expertise* do árbitro, que é muitas vezes pinçado pelas partes por conta de seu reconhecido conhecimento quanto à matéria de fundo a ser

¹³⁷ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 13.

¹³⁸ “Toda troca de influências com os demais sistemas, ou mesmo com o entorno (a sociedade) trás alterações ao sistema do processo arbitral, alterações que não são nem podem ser substanciais a ponto de afetar sua essência, mas fundamentalmente para contribuir com sua evolução mediante processos internos de adaptação, para continuar a conviver de maneira mais adequada com o sistema do qual recebeu aquele influxo. O sistema do processo arbitral procura, mediante seus próprios instrumentos, adaptar-se. E isso para fazer frente às inovações e necessidades advindas seja de outros sistemas, seja da sociedade” (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**, p. 59/60).

¹³⁹ MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 85.

¹⁴⁰ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 61.

tratada.¹⁴¹ Assim, busca-se uma tutela especializada. E, por conseguinte, tal fato pode levar a interpretações diversas daquelas alcançadas pelo Judiciário ao tratar de assuntos correlatos.

Já, quanto ao direito processual, essa abertura pode ocorrer tanto no tocante às normas e princípios daí derivadas quanto em relação aos reflexos do exercício da Jurisdição estatal diretamente na arbitragem.¹⁴²

Ao relacionar-se, e.g., com os princípios derivados da Jurisdição estatal, absorvendo os princípios constitucionais, que devem reger qualquer processo inserto em um contexto constitucional, a arbitragem o faz de maneira particular. Esse acoplamento, através de mecanismos próprios, confirma o *fechamento operacional* do sistema, tendo em vista que apenas se interpretados sob a óptica própria do processo arbitral é que poderão ter plena efetividade neste método de resolução de conflitos.

O princípio do devido processo legal, indubitavelmente aplicável à arbitragem, quando aqui invocado não apresenta o mesmo conteúdo semântico do que quando tratado no processo estatal. Ao ser aplicado à arbitragem, o devido processo legal deve buscar seus mecanismos de concretização junto ao regramento próprio da arbitragem, qual seja, partindo da Lei de Arbitragem, que reproduz diversos princípios já previstos constitucionalmente e que preenchem o *conteúdo* do princípio do devido processo legal (contraditório, igualdade, livre convencimento e imparcialidade do árbitro).¹⁴³ Estes constituem núcleo inafastável de garantias às partes e aos árbitros.

Ao mesmo tempo, remanesce um outro princípio que altera substancialmente o conteúdo do devido processo legal quando analisado sob a óptica da arbitragem: a autonomia privada. Este princípio dita e integraliza o “próprio

¹⁴¹ “Realmente, além da celeridade e pragmatismo do procedimento, busca-se através deste método de solução de conflito a *expertise* do árbitro, para se obter a melhor e mais adequada análise da matéria em discussão.

A confiança no talento, atributos pessoais e intelectuais, dedicação, e conhecimento específico do árbitro sobre o objeto do conflito, têm impacto direto na segurança do sistema, lembrando ser única (por um árbitro ou colegiado arbitral), em regra, a instância de julgamento” (CAHALI, José Francisco. **Curso de Arbitragem**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 197).

¹⁴² PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 66.

¹⁴³ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Existiria uma ordem jurídica arbitral?** In: CARMONA, Carlos Alberto. LEMES, Selma Ferreira. MARTINS, Pedro Batista. (Coord.) **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 65.

conceito de devido processo legal”¹⁴⁴, de modo que este, na arbitragem, só será concretizado quando respeitados, para além dos princípios anteriormente estipulados, os critérios adotados pelas partes.

Ademais, nem mesmo todos os princípios constitucionais são aplicados na arbitragem, podendo destacar-se o próprio duplo grau de jurisdição que, na arbitragem, é posto de lado e, como regra, não aplicável, salvo disposição em contrário pelas próprias partes.¹⁴⁵

Desta feita, possível compreender a existência de um “devido processo legal arbitral”¹⁴⁶, tendo em vista os contornos próprios alcançados.

Também há *abertura cognitiva* quando necessária a comunicação e inter-relação entre juiz togado e árbitro, como, e.g., a norma prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem¹⁴⁷, onde se define a dependência, pelo juízo arbitral, de que seja proferido pelo juiz estatal decisão referente ao procedimento do futuro processo arbitral, bem como a recém introduzida carta arbitral (art. 22-C da Lei de Arbitragem e art. 237, IV, do CPC), em que há verdadeira *cooperação* entre juízos arbitral e estatal.

Entretanto, o procedimento de determinação judicial do procedimento arbitral deverá limitar-se, tão somente, a isso: determinar o procedimento de outro processo. E, para isso, “precisa ser um *processo altruísta*”¹⁴⁸, que seja analisado, pelo magistrado, como uma extensão do processo arbitral, de modo a não imiscuir-se no mérito da demanda e, ainda, buscar uma condução que tenha por escopo sua concretização¹⁴⁹, afastando engates formalistas típicos do processo estatal.¹⁵⁰

¹⁴⁴ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Existiria uma ordem jurídica arbitral?** In: CARMONA, Carlos Alberto. LEMES, Selma Ferreira. MARTINS, Pedro Batista. (Coord.) **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 65/66.

¹⁴⁵ MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 85.

¹⁴⁶ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 101/128.

¹⁴⁷ Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

¹⁴⁸ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 79.

¹⁴⁹ Até porque, conforme aponta Carmona: “O legislador brasileiro, querendo valorizar a ideia do *pacta sunt servanda*, procurou dar à cláusula arbitral – ainda que vaga ou incompleta – total eficácia, dotando o juiz de poderes verdadeiramente extremados para instituir – a todo custo, entenda-se – a arbitragem.” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 158).

¹⁵⁰ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 79.

Essas características constituem escopo próprio que, apesar de assemelhar-se ao Judiciário na busca pela resolução de litígios, visa também evitar práticas ineficientes ali existentes, bem como conciliar diferenças culturais entre os litigantes.¹⁵¹

Já a carta arbitral¹⁵² deverá, também, ser aplicada restritivamente pelo Judiciário, a quem cumprirá, tão somente, proceder ao ali determinado ou recusar seu cumprimento (arts. 260, §3º e 267, CPC), sendo impedido o Juiz estatal de extrapolar as determinações atribuídas na carta. Ressalta-se, por outro lado, que a recusa ocorrerá nos termos do sistema processual estatal (CPC), tendo em vista a autonomia dos sistemas, não sendo permitido ao sistema arbitral impor-se ao sistema estatal. Há, neste caso, *abertura cognitiva* por ambos os sistemas, que devem ver mantidos seus *fechamentos operacionais*.

Diante de todo o exposto, resta possível compreender o processo arbitral como sistema próprio, que deve ser pensado e operado através de mecanismos próprios (*fechamento operacional*) e que se relaciona com os demais sistemas de modo também independente, incorporando de maneira autônoma os institutos alheios, de modo a compatibilizá-los com sua operacionalidade (*abertura cognitiva*).

3.2 VINCULAÇÃO DO ÁRBITRO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Constatada a arbitragem como um sistema próprio, resta compreender a maneira com a qual este sistema passa a se relacionar com os precedentes judiciais.

A arbitragem (tanto doméstica quanto internacional), como sistema próprio, consiste em “meio de resolução de conflitos” autônomo “e sem qualquer sujeição hierárquica em relação à jurisdição estatal”.¹⁵³ Essa compreensão de um sistema arbitral próprio, operacionalmente fechado, leva a determinadas consequências. A

¹⁵¹ MARQUES, Ricardo Dalmaso. **Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal**. Revista Brasileira de Arbitragem, nº 38, abr-maio-jun, 2013, p. 98.

¹⁵² CAHALI, José Francisco. **Curso de Arbitragem**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 312/316.

¹⁵³ MARQUES, Ricardo Dalmaso. **Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal**. Revista Brasileira de Arbitragem, nº 38, abr-maio-jun, 2013, p. 98.

primeira delas é quanto à aplicação (ou não) do Código de Processo Civil nos processos arbitrais.

O Código de Processo Civil “não se aplica à arbitragem”¹⁵⁴, nem mesmo na “omissão das regras eleitas pelas partes”¹⁵⁵, salvo se assim expressamente disposto.¹⁵⁶

Conforme já analisado neste trabalho (item 3.1), a arbitragem acolhe *princípios* que são ilustrados no Código de Processo Civil mas que, ao fundo, advêm da própria Constituição. Disso, entretanto, não surge a submissão da arbitragem ao CPC, conforme bem aponta Carmona¹⁵⁷:

Tenho insistido – para espanto de muitos, especialmente daqueles que não estudam o Direito Processual com a necessária profundidade – que o Código de Processo Civil não se aplica à arbitragem. Parece heresia. Não é. Se os princípios do processo civil orientam e permeiam o processo arbitral (como também permeiam o processo constitucional, o processo administrativo, o processo tributário) o Código de Processo Civil tem utilização bem mais restrita e deve ser consultado no âmbito dos tribunais estatais. Princípio é uma coisa, lei é outra, de modo que os princípios gerais do processo são aplicáveis, é claro, a todos os processos, entre eles o arbitral, sem que haja necessidade de recorrer às normas processuais codificadas que regem o processo estatal.

Isto significa que o processo arbitral encontra um ambiente aberto à flexibilidade, o que não acontece em nossas abafadas cortes estatais. Esta flexibilidade procedimental, como é natural, torna os árbitros muito menos engessados que o juiz togado, permitindo-lhes experimentar novos e variados meios de descobrir fatos e aumentar sua capacidade de entender o direito que devem aplicar.

¹⁵⁴ MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 86.

¹⁵⁵ MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. 2010. 415 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 115.

¹⁵⁶ “(...) como se sabe, o Código Processual Civil não se aplica, sequer subsidiariamente, no sistema arbitral, salvo se as partes assim dispuserem (mas, nessa hipótese, tratar-se-á de fruto do exercício de sua autonomia da vontade, e não de imposição legal)” (MARQUES, Ricardo Dalmaso. **Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal**. Revista Brasileira de Arbitragem, nº 38, abr-maio-jun, 2013, p. 107).

¹⁵⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Em torno do árbitro**. Revista de Arbitragem e Mediação., vol. 28/2011, p. 47-63.

Assim, os diferentes sistemas (processual arbitral e processual estatal) possuem, também, diferentes fontes, tornando a imposição do CPC à arbitragem verdadeira intromissão indesejada em sua autonomia.

O processo estatal, através do Judiciário, e norteado pelo Código de Processo Civil, desenvolve mecanismos próprios para lidar com eventuais problemas que surjam em seu bojo¹⁵⁸, através de sistemas de hierarquização entre as diversas instâncias, com garantias a recursos de menor ao maior grau de Jurisdição, visando garantir a retidão da aplicação do direito ao caso concreto.

Também, conforme já apontado (item 2.3), no âmbito estatal se buscou desenvolver um sistema de vinculação às decisões pretéritas de cortes hierarquicamente superiores, com o fim de reduzir as divergências de julgamento para casos semelhantes, bem como o número de recursos e processos.

Os recursos e a vinculação a decisões pretéritas consistem em soluções que buscam sanar imperfeições naturais a um sistema que deve atender a todos os tipos de demandas que lhe sejam apresentadas, e a milhões de processos, tendo em vista a inafastabilidade da Jurisdição.

A seu turno, “*Arbitration is different*”.¹⁵⁹ A arbitragem, com sua lógica própria (e fundamento legal próprio – a Lei de Arbitragem), repele a adoção dos procedimentos e normas do Código de Processo Civil que não lhe sejam compatíveis. E, quanto aos compatíveis, devem estes ser analisados sob um viés próprio, sob pena de uma verdadeira “processualização da arbitragem”.¹⁶⁰

Conforme aponta Marques¹⁶¹:

¹⁵⁸ “(...) as regras do CPC foram editadas pelo legislador para regular a resolução de conflitos perante um órgão estatal, ou seja, para regular os procedimentos em curso perante o Poder Judiciário. São regras destinadas a regular a atuação do poder estatal, e para regular deveres, obrigações e ônus de todos os participantes da relação jurídica integrante do Poder Judiciário. Ora, na arbitragem não existe este elemento estatal, quem resolve o litígio é o árbitro, que não é integrante da estrutura estatal” (MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. 2010. 415 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 117).

¹⁵⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Em torno do árbitro**. Revista de Arbitragem e Mediação., vol. 28/2011, p. 47-63.

¹⁶⁰ “A jurisdicionalização da arbitragem é um bem; a processualização da arbitragem é um mal, que precisa ser combatido. O paladino deste combate será necessariamente o árbitro” (CARMONA, Carlos Alberto. **Em torno do árbitro**. Revista de Arbitragem e Mediação., vol. 28/2011, p. 47-63).

¹⁶¹ MARQUES, Ricardo Dalmaso. **Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal**. Revista Brasileira de Arbitragem, nº 38, abr-maio-jun, 2013, p. 118.

A eleição da arbitragem se trata, repita-se, de escolha processual que, mediante a renúncia à apreciação do mérito da disputa pelo Poder Judiciário, implica também renúncia a todas as regras e ferramentas processuais que são características únicas desse regime judicial e que não se estendem à esfera arbitral.

E, não sendo aplicável diretamente o Código de Processo Civil ao sistema arbitral¹⁶² – quando não estamos a tratar de princípios – também não se aplicam, por consequência, as regras de vinculação aos “precedentes” ali desenvolvidas.

Sequer quando restar eleito pelas partes o direito brasileiro como norma de direito material aplicável à matéria estarão os árbitros obrigados a seguir os precedentes da forma como fixados pelo CPC¹⁶³.

Primeiro, pois, como já exposto, não se aplica, à arbitragem, o Código de Processo Civil, de modo que as regras ali propostas para a vinculação aos precedentes não devem repercutir na arbitragem. Até porque, impor ao árbitro a disciplina dos precedentes trazida pelo Código de Processo Civil implica, também, incluí-lo dentro do organograma do Judiciário brasileiro, o que não se demonstra justificável, conforme aponta Abboud¹⁶⁴:

Dessarte, o árbitro exerce função jurisdicional (soluciona lides), todavia, sua legitimidade advém da vontade das partes, sua natureza é particular. Apesar de sua sentença constituir título executivo judicial, sua atividade é privada, de modo que ele não ocupa posição no organograma do Poder Judiciário, não estando elencado no art. 92 da CF/1988 (LGL 1988\3). Por consequência, ele não está subordinado a tribunal judicial algum, seja estadual ou federal.

¹⁶² “Ora, se o árbitro tivesse que aplicar automaticamente o CPC, como se esse fosse fonte subsidiária obrigatória (em caso de omissão das demais regras aplicáveis ao caso concreto), então isso transformaria em letra morta o § 1º do art. 21 da Lei de Arbitragem brasileira, que estabelece que: “*Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.*” (MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. 2010. 415 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 116).

¹⁶³ Em sentido contrário, entendendo pela aplicação das regras do CPC atinentes aos precedentes ao juízo arbitral, vide: BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁶⁴ ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional vs. Arbitragem: Os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro**. Revista de Processo, vol. 214, p. 271, Dez/2012.

Segundo, pois o árbitro, atuando como juiz de fato e de direito, é “soberano na análise e aplicação do Direito ao mérito do litígio”¹⁶⁵. Assim, cumpre ao árbitro a análise das normas incidentes sobre a disputa, bem como a análise dos fatos a ele submetidos, garantida sua liberdade de convencimento¹⁶⁶.

E, como já apurado (item 2.3), os precedentes “à brasileira” cumprem função interpretativa, exprimindo não o que é o direito, mas uma das visões do que pode se entender o direito extraível do texto legal analisado. Conforme aponta Mariani¹⁶⁷:

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.

Nessa esteira, não estando vinculado o árbitro aos precedentes “criados” pelo Código de Processo Civil, resta compreender se esta independência se dá, também, perante as Súmulas Vinculantes e as decisões exaradas em sede de controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (ADI e ADC), tendo em vista possuírem previsão constitucional.

Conforme já abordado (item 2.3), a súmula vinculante tem por função a atribuição de “força vinculante a um entendimento já consagrado em reiteradas decisões do STF, tomadas em sede de controle incidental, acerca de determinada questão constitucional”, atuando como “instrumento de controle objetivo de constitucionalidade” e tendo por objeto “a validade, interpretação e eficácia de determinada norma”¹⁶⁸

Quanto aos efeitos do enunciado sumular, “terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta,

¹⁶⁵ MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 87.

¹⁶⁶ “The disputants may agree to arbitrate, or not to arbitrate; should they agree to arbitrate, their case is before a decision maker of their own mutual choice. The arbitrator is not bound by the kind of rules of practice, evidence and procedure to which a state of federal judge is obliged to conform. When the parties choose an arbitrator, in this context, they contract to be bound, not by decisions of courts or other arbitrators in some what comparable matters, but by his or her judgement as to how the case should be decided on the facts in the record and arguments advanced” (SEITZ, Peter. **The Citation of Authority and Precedent in Arbitration (its use and abuse)**. The Arbitration Journal, December 1983, Vol. 38, No. 4, p. 59).

¹⁶⁷ MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 88.

¹⁶⁸ AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública: Aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 199 e 198.

nas esferas federal, estadual e municipal”¹⁶⁹, não estando aí abrangidos os particulares.¹⁷⁰

Já quanto às decisões tomadas em ação declaratória de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade, aponta Amaral¹⁷¹:

A decisão que declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo tem efeito retroativo (*ex tunc*) e incidente sobre todos (*erga omnes*), desfazendo o ato impugnado desde a sua origem, na medida em que reconhecido nele vício de nulidade. Além disso, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade terá efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública (direta ou indireta), nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, 2º, da CF; art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99). A inobservância do efeito vinculante dá ensejo ao emprego de reclamação (art. 102, I, “1”, da CF).

Portanto, tanto nas decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, quando nas súmulas vinculantes, não se depreende o árbitro dentre aqueles destinatários expressamente enunciados pelo texto constitucional, posto ser clara o suficiente a Constituição ao afirmar que “a eficácia vinculante da súmula opera apenas sobre os órgãos judiciários e a Administração Pública. Contudo, o árbitro não se enquadra em nenhuma dessas categorias”. O árbitro, pois, é um particular ao qual, no exercício de sua autonomia privada, as partes outorgam o poder de julgar o litígio em questão.¹⁷²

Conforme aponta Mariani, isso coincide com a ideia de a arbitragem compreender um sistema distinto do judicial¹⁷³, de modo que as decisões proferidas pelo STF não possuem eficácia vinculante sobre a atividade do árbitro¹⁷⁴:

¹⁶⁹ Art. 103-A, Constituição Federal.

¹⁷⁰ AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública: Aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 203.

¹⁷¹ AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública: Aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 210.

¹⁷² AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública: Aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.206.

¹⁷³ Loquin, ao tratar da arbitragem internacional em relação à jurisdição francesa, aponta que: “L’arbitrage international est un système de justice particulier qui ne peut être assimilé au système judiciaire d’un État, a fortiori au système judiciaire français” (LOQUIN, Eric. **À la recherche de la jurisprudence arbitrale**. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 20/2009, p. 149-174).

¹⁷⁴ MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 153.

(...) os sistemas (estatal e arbitral) possuem lógicas bastante distintas e meios de funcionamento igualmente bastante próprios tanto num como noutro. Para além da literalidade do dispositivo (como se isso não fosse suficiente), há um estofo teórico que justifica a posição adotada pela Constituição Federal (e também refletida no Código de Processo Civil, que de resto sequer se aplicaria à arbitragem, conforme já abordado): justamente a preservação da autonomia de cada sistema. O árbitro pode ser obrigado a se submeter às regras do Poder Legislativo, mas isso não se verifica em relação às “regras” que emanam do próprio Judiciário estatal e que representam a visão deste a propósito do Direito aplicado num dado momento, podendo mesmo no futuro serem alteradas ou revogadas pelo próprio Poder Judiciário caso o entendimento se altere.

Ainda, conforme já analisado (item 2.3), para que seja retirado do ordenamento jurídico enunciado legislativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, necessária a atuação do Senado, no exercício de sua atribuição prevista no art. 52, X, da Constituição¹⁷⁵.

Ao mesmo tempo, pode-se dizer que há, sim, uma “eficácia normativa” dos atos ora analisados¹⁷⁶, o que não implica considerar que os árbitros se tornam *vinculados* a tal entendimento.

Quando a arbitragem se dá pelas regras do direito brasileiro, deverá o árbitro analisar essas decisões emanadas pelo STF, as quais se encontram dentro do “direito brasileiro” como fontes secundárias. Mas, novamente, salienta-se que se tratam, ao fim e ao cabo, de *uma das visões* possíveis em relação aos textos emanados do Legislativo, ainda que, dentro da estrutura do Judiciário, seja o órgão de cúpula ao qual seja autorizada a palavra final.

Assim, não há falar em violação à convenção arbitral que determine julgamento pelo direito brasileiro se o árbitro deixar de aplicar entendimento exarado pelo Supremo em uma das situações acima analisadas. Afinal, ainda que por vias mais ortodoxas, mesmo assim se estará a aplicar o direito brasileiro, apenas não se aplicará, no caso, o direito brasileiro *conforme entendido pelo STF*.¹⁷⁷

¹⁷⁵ MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 155.

¹⁷⁶ MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 156.

¹⁷⁷ MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 153.

A decisão em sentido oposto àquele definido pelo STF, quando determinada a aplicação do direito brasileiro, significa *error in iudicando* e no Brasil, assim como na grande maioria dos outros países¹⁷⁸, o árbitro é soberano quanto ao mérito da demanda, não sendo possível a revisão da sentença arbitral sob o argumento de que o direito foi erroneamente aplicado.¹⁷⁹ Ao livremente optarem pela arbitragem, as partes afastam do controle Judicial o mérito da questão – qualquer ingerência do Judiciário no mérito compreenderá violação à autonomia privada das partes que outorgaram ao árbitro o direito de “errar por último”¹⁸⁰ no caso a ele apresentado.¹⁸¹

Também, não há falar em nulidade de fundamentação para os casos em que o árbitro *expressamente* deixar de seguir precedente do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade ou súmula vinculante.

¹⁷⁸ “Few jurisdictions permit any form of appeal on the law or facts from an arbitral award. If the tribunal has jurisdiction, the correct procedures are followed, and the correct formalities are observed, the award – good, bad, or indifferent – is final and binding on the parties” (BLACKABY, Nigel. PARTASIDES, Constantine. REDFERN, Alan. HUNTER, J. Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. Student Version. Sixth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 591).

Também no mesmo sentido: “Les sentences arbitrales ne sont pas soumises au pouvoir de révision du juge étatique. Ni la convention de New York, ni les législations étatiques sur l'arbitrage international ne permettent au juge de procéder à la révision du fond de la sentence, en particulier ne prévoient un contrôle de la pertinence des règles de droit utilisées par l'arbitre et de leur interprétation” (LOQUIN, Eric. **À la recherche de la jurisprudence arbitrale**. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 20/2009, p. 149-174).

¹⁷⁹ “No Brasil, assim como na Espanha e ao contrário do que se dá na Itália e na França, não se admite a impugnação do laudo arbitral por *errores in iudicando*. São impugnáveis – e não por meio de recursos; não se admite a interposição de recursos contra a sentença arbitral – apenas os *errores in procedendo* (art. 32 da Lei de Arbitragem). Ou seja, aquilo que está sujeito a controle, em nosso modelo, é a validade e não a justiça da sentença arbitral, ainda que “salte aos olhos eventual injustiça no julgamento”.” (FERNANDES, Marcus Vinícius Tenorio da Costa. **Anulação da Sentença Arbitral**. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 71/72).

¹⁸⁰ “em todas as organizações políticas ou judiciais há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar. A alguém, nas coisas deste mundo, se há de admitir o direito de errar por último” (BARBOSA, Rui. *In*: STF – MS 21689-1 – J. 06/12/1993 – julgado por Paulo Brossard).

¹⁸¹ “Não nos parece que o árbitro esteja obrigado pela súmula vinculante. Ainda que cause estranheza a alguns, nada há a se fazer em caso tal. Obviamente não cabe recurso. Tampouco é possível a demanda do art. 33. Em resumo, é o mesmo que ocorre quando o árbitro julga mal o direito, quando julga contrariamente à lei. Não é possível anular a sentença, pois que, repetimos, esta demanda não visa atacar erros *in iudicando*, mas apenas anulabilidades *in procedendo*. Logo, o fato é que a súmula vinculante obriga ao juiz, mas não ao árbitro. O motivo é simples: o tão repetido princípio fundamental do sistema do processo arbitral, que não se encontra no judicial, da autonomia da vontade. Quando opta pelo processo arbitral, a parte se sujeita a eventualmente não ter um julgamento conforme uma súmula vinculante que poderia lhe favorecer. Assim como ocorre com a lei. A parte escolhe com liberdade, com sua vantagens, mas também com riscos quanto à liberdade de julgar o mérito pelos árbitros” (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 292).

Marinoni *et al*¹⁸², ao tratar da fundamentação das decisões judiciais¹⁸³, desenvolvem critérios para a compreensão de o que é uma decisão fundamentada, aduzindo que:

exige-se: i) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para, i.i) individualização das normas aplicáveis; i.ii) verificação das alegações de fato; i.iii) qualificação jurídica do suporte fático; i.iv) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; ii) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e; iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz ter sido racionalmente apropriada.

Disso, percebe-se que uma decisão que vá em sentido oposto ao dos enunciados ora analisados, mas o faz através de critérios lógicos e racionais, adotando as previsões acima explanadas, é uma decisão fundamentada¹⁸⁴. O que há aqui, quando muito, é uma compreensão do direito equivocada aos olhos do Judiciário, o que diverge substancialmente de uma decisão não fundamentada.¹⁸⁵¹⁸⁶

Tampouco a regra prevista no do art. 525, §§ 1º, III, e 12, do Código de Processo Civil¹⁸⁷ altera as conclusões ora adotadas. Isso, porque na ausência da

¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**, vol. 2: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 453.

¹⁸³ Raciocínio que aqui se entende aplicável também ao sistema arbitral, tendo em vista tratar-se de *princípio* extraído da Constituição (art. 93, IX) e regrado pelo Código de Processo Civil sem, no entanto, compreender individualizações que impossibilitassem o acolhimento pelo sistema arbitral.

¹⁸⁴ “(...) sentença arbitral em descompasso com o entendimento do Supremo Tribunal Federal não é sentença sem fundamentação e muito menos proferida fora dos termos da convenção de arbitragem, nos termos do art. 32, incisos III e IV, da Lei nº 9.307/1996” (MARQUES, Ricardo Dalmaso. **Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal**. Revista Brasileira de Arbitragem, nº 38, abr-maio-jun, 2013, p. 134).

¹⁸⁵ “Mas é sempre bom lembrar que o vício de fundamentação apto a ensejar a anulabilidade está atrelado à forma e não ao conteúdo” (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 288).

¹⁸⁶ Em sentido oposto, entende Abboud: “ocorre que a sentença arbitral embasada em lei declarada inconstitucional em sede abstrata padece de error in iudicando, sendo possível sua anulação nos termos do art. 32, III c/c art. 26, III todos da Lei da Arbitragem, em razão de absoluta deficiência em sua fundamentação” (ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional vs. Arbitragem: Os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro**. Revista de Processo, vol. 214, p. 271, Dez/2012.)

¹⁸⁷ Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado

parcela da Jurisdição referente à *coertio* e à *executio* pelo árbitro¹⁸⁸, impõe-se ao vencedor que busque a atuação do Judiciário para a *executar* o título.

Aqui, em verdadeira comunicação entre os dois sistemas, a recusa ao cumprimento de sentença que viole entendimento do STF denota a separação funcional entre ambos os sistemas. Durante a execução da sentença, perante o Judiciário, aplicam-se as normas do processo estatal, e não do arbitral. Não se poderia, sob pena de infirmar as premissas até aqui adotadas, obrigar ao Judiciário que se submetesse aos mecanismos arbitrais, assim como o inverso também não deve ocorrer.¹⁸⁹

A seu turno, recusar a execução é diferente de impor o entendimento do Judiciário ao árbitro. A sentença proferida em sentido contrário às decisões do STF continua plenamente válida perante as partes, surtindo todos seus efeitos jurídicos. Apenas é reservado ao sistema judicial a não utilização da *coertio* e a da *executio* para o fim de impor entendimento que contrarie o próprio sistema.¹⁹⁰ Trata-se de fortalecimento da independência entre os sistemas.

Pelo ora exposto, pode-se concluir, como regra geral, que o árbitro não é vinculado aos precedentes judiciais, nem mesmo quando determinada a aplicação do direito brasileiro ao mérito da demanda.

Isso, no entanto, não significa que os precedentes judiciais não exerçam influência no juízo arbitral. Não vinculação e não aplicação são questões distintas.

3.3 PERTINÊNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS PARA A ABITRAGEM

As decisões pretéritas proferidas pelo Judiciário podem ter forte influência sobre o sistema arbitral, principalmente quando se trata de conflito a ser solucionado pelo direito brasileiro.

inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

¹⁸⁸ CAHALI, José Francisco. **Curso de Arbitragem**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 347.

¹⁸⁹ MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 164/167.

¹⁹⁰ “ou seja, o Judiciário negará seu poder de coerção em face do condenado na seara arbitral” (MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 166).

Conforme já analisado (item 2.2), ao lidarmos com problemas atuais (não apenas jurídicos, mas problemas em geral) é comum apelarmos ao passado, buscando extrair dele experiências pretéritas, lições que nos auxiliem a solucionar o presente problema.¹⁹¹

As decisões pretéritas proferidas pelo Judiciário, ainda que desenvolvidas em sistema distinto, não perdem sua qualidade de decisões pretéritas e, ao aplicarem o mesmo direito material invocado pelas partes no juízo arbitral (se analisada uma arbitragem pelo direito brasileiro), certamente trarão lições pertinentes ao caso.¹⁹²

Desse modo, ainda que não considerados os precedentes judiciais como vinculantes para o árbitro, tais decisões deverão influenciar em seu julgamento.

Os agentes sociais, ao atuarem, pautam seu comportamento não apenas nas leis escritas, mas também nos critérios de compreensão e interpretação utilizados pelo Judiciário ao tratar da situação, criando assim uma expectativa de comportamento, bem como um *standard* de interpretação dos fatos.¹⁹³

É nesse contexto que podemos compreender o papel *persuasivo* (autoridade) que os precedentes judiciais devem (e o fazem, efetivamente) exercer sobre a arbitragem.

A autoridade “secundária” do precedente (persuasiva) se distingue de sua autoridade “primária”. A autoridade primária é aquela derivada essencialmente de sua fonte, e não do que é dito, sendo praticamente irrelevante seu fundamento, posto que “será seguida independentemente de seu mérito na visão de quem a ela está submetida”. A autoridade dita persuasiva é aquela que convence “pela

¹⁹¹ SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605.

¹⁹² “Numerous examples could be given of cases in which various judges and arbitrators have to apply the same law in a specific sector. In such cases, they of course have no obligation to follow the decisions adopted by other judges or arbitrators. But it seems to me that they must consider those decisions — either to follow or distinguish them — while justifying their choice. This is, however, not always the case” (GUILLAUME, Gilbert. **The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators**. Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2, No 1 (2011), p. 5-23. Tradução: Brian McGarry).

¹⁹³ Trata-se de algo básico a busca por experiências pretéritas para se buscar a melhor atuação no presente. Nesse sentido, a análise e aplicação dos precedentes “sob a perspectivadas partes (i) ainda antes de instaurado o litígio, comumente influencia suas decisões, consciente ou inconscientemente; e (ii) dentro de um processo, é naturalmente utilizada na construção do caso posto perante o julgador. E ainda: (iii) do ponto de vista dos julgadores, a simples constatação já posta em doutrina de que o uso de decisões pretéritas domésticas ou mesmo estrangeiras “helps rescue the judge from a feeling of nakedness” dá a dimensão de um fenômeno que claramente transcende jurisdições e culturas.” (MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 23).

qualidade da fonte”, ou seja, não possui o poder de vincular, mas se torna persuasiva através de sua “habilidade de persuadir”. A autoridade secundária pode ser identificada em duas diferentes formas: a “autoridade secundária” e a autoridade persuasiva em sentido estrito.

A autoridade secundária é aquela autoridade interpretativa, que expressa uma visão sobre os efeitos legais de uma fonte primária. Já a autoridade persuasiva em sentido estrito é aquela em que “a qualidade e/ou razões postas pela fonte, por si só, exercem poder de persuasão diante de um novo caso concreto que com ela guarde semelhança”, como no caso das “respected professional organizations”¹⁹⁴.

Dessa análise, extraem-se dois elementos essenciais à análise do que seja uma autoridade: “(i) a qualidade da fonte, isto é, o conhecimento que sabidamente ela detém acerca do tema; bem como (ii) as razões/fundamentos postos por essa fonte na defesa do quanto por ela sustentado.”¹⁹⁵

Portanto, uma decisão exarada por uma das Cortes de vértice do nosso ordenamento jurídico (Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal), independente da lógica dos argumentos ali expostos, já exercerá influência sobre o comportamento das partes e, conseqüentemente, sobre o árbitro.

Por outro lado, uma decisão será também relevante ao árbitro se, independentemente de sua fonte, apresente argumentos hígidos e pertinentes.

Ademais, um critério de relevância não é excludente de outro, de modo que se pode encontrar uma decisão com altíssimo grau de persuasão quando uma decisão possui fundamentação pertinente e deriva de uma Corte de vértice.

E, em um contexto em que o julgador não está compelido a seguir o entendimento do Judiciário sobre a matéria *sub judice*, esse tipo de precedente pode ser ainda mais persuasivo ao olhar do julgador e, por vezes, impô-lo seu entendimento.

O árbitro, ao julgar, deve respeitar o devido processo legal arbitral, o que lhe impõe o respeito ao contraditório, à igualdade, à imparcialidade do árbitro e a seu livre convencimento, de modo que aponta Fernandes¹⁹⁶:

¹⁹⁴ MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 28.

¹⁹⁵ MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 25/29.

¹⁹⁶ FERNANDES, Marcus Vinícius Tenorio da Costa. **Anulação da Sentença Arbitral**. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 71.

O princípio do contraditório seria violado se fossem consideradas pelos árbitros apenas as alegações feitas por uma das partes. A igualdade das partes serve, por exemplo, para evitar que na convenção de arbitragem apenas uma das partes tenha de suportar todos os ônus da prova. A imparcialidade servirá para garantir que os árbitros mantenham-se equidistantes das partes e sem interesse no resultado do litígio. O livre convencimento dos árbitros deve acompanhar o dever destes de motivar sua decisão

Portanto, o respeito ao contraditório e à igualdade denotam do árbitro o dever de, ao fundamentar sua decisão, analisar todos os argumentos relevantes apresentados pelas partes (ou até mesmo trazidos de ofício, se oportunizado o contraditório às partes)¹⁹⁷ e que possam alterar seu juízo¹⁹⁸. E os precedentes judiciais podem ser argumentados pelas partes, de modo que devem ser considerados quando da fundamentação da decisão, seja para concluir pelo mesmo entendimento exarado pela Corte estatal, seja para negá-lo.

Logicamente, quando se entende contrariamente ao precedente invocado pelas partes, isso gera ao árbitro um maior ônus argumentativo, impondo-lhe superar as razões ali expostas, ou afastar a pertinência do julgado para o caso em tela.

Aplicar precedentes judiciais em arbitragens não significa, entretanto, que se está a *raciocinar* através de precedentes. Aqui, o que ocorre é um apelo à experiência. Raciocinar através de precedentes implica vinculação¹⁹⁹, e se demonstra pertinente exatamente nas situações em que as conclusões do julgador divergem daquelas determinadas pelo precedente invocado. É aqui que o precedente demonstra sua força e impõe que a decisão acompanhe seu entendimento, mesmo que isso implique um uma decisão injusta ou não correta ao olhar do julgador.

¹⁹⁷ Sobre a possibilidade de o árbitro trazer razões de decidir distintas daquelas apresentadas pelas partes: LUCCA, Rodrigo Ramina de. ***lura novit curia nas arbitragens***. Revista Brasileira de Arbitragem, nº 50, abr-maio-jun, 2016, p. 54-78.

¹⁹⁸ “(...) a motivação serve para demonstrar primeiro ao próprio órgão julgador – e depois ao vencido – a *ratio scripta* que legitima o decisório; tecnicamente, o órgão julgador, ao externar os motivos de sua decisão, passa a permitir o controle crítico da sentença, revelando eventuais falhas, lapsos ou enganos; por derradeiro, o escopo de ordem pública repousa na garantia concedida às partes de serem ouvidas e de serem apreciadas pelo julgador as razões por elas expendidas” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 370).

¹⁹⁹ SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605.

Já o raciocínio através da experiência concede aos precedentes autoridade persuasiva, mas autoriza ao julgador que se afaste da conclusão ali exarada se assim entender correto. O precedente, aqui, constitui mais um dos argumentos considerados no raciocínio do julgador, mas não possui força de, por si só, impor suas conclusões.²⁰⁰

Nesse diapasão, pode ocorrer (e normalmente assim o será) que a conclusão do árbitro seja no mesmo sentido da judicial.²⁰¹ Até porque, conforme aponta Carmona²⁰²:

em termos ideais de previsibilidade, o resultado da atividade de investigação de um juiz bem preparado e de um árbitro deveria ser rigorosamente igual: ambos devem aplicar a lei atendendo aos fins sociais a que se dirige; ambos devem aplicar a lei tendo em conta as exigências do bem comum; ambos estão obrigados a aplicar a lei, não podendo afastá-la para dar ao caso concreto uma solução que lhes pareça mais justa.

Assim, diante das peculiaridades do sistema arbitral, pode-se verificar que os precedentes judiciais, atuando como autoridade persuasiva, cumprem importante papel na arbitragem, sem desvirtuar o instituto, como ocorreria se fossem considerados vinculantes, permitindo ao árbitro uma decisão fundamentada, que entrega às partes uma tutela eficaz dos direitos, garantindo segurança jurídica e igualdade, sem que seja tolhida a independência do sistema arbitral, restando preservado seu *fechamento operacional* sem afastar sua necessária *abertura cognitiva*.

²⁰⁰ “Não se trata aqui de demandar ao árbitro que se preocupe com a “integridade ou a coerência da ordem jurídica”, mas sim de reconhecer uma natural autoridade nas decisões pretéritas, mesmo que em diferentes graus (...), considerando, inclusive, a legítima expectativa de que o árbitro aplique o Direito como qualquer outro julgador o faria, isto é: sem ignorar a existência dos elementos que compõem o ordenamento jurídico em que inseridas as partes e suas mais variadas fontes normativas, desde a Constituição, até a legislação ordinária, resoluções e, por que não, decisões pretéritas firmadas por julgadores estatais em situações semelhantes ou análogas” (MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 94).

²⁰¹ “Il en est de même dans l'arbitrage international lorsque les parties ont choisi de soumettre le litige à la loi d'un Etat. Dans ce cas, l'observation des sentences montre que les tribunaux arbitraux appliquent la jurisprudence développée par les tribunaux de l'Etat dont la loi est en cause” (LOQUIN, Eric. **A la recherche de la jurisprudence arbitrale**. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 20/2009, p. 149-174).

²⁰² CARMONA, Carlos Alberto. **Em torno do árbitro**. Revista de Arbitragem e Mediação., vol. 28/2011, p. 47-63.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou compreender o papel exercido pelos precedentes judiciais no sistema arbitral de resolução de conflitos, sendo apresentadas as conclusões alcançadas, em grande parte, ao longo do texto. Tratar-se-á, agora, de sistematizá-las.

Constatou-se que as tradições da *civil law* e da *common law* percorrem atualmente um caminho de aproximação, com grande intercâmbio de soluções jurídicas entre os diferentes sistemas jurídicos;

A tradição da *civil law* ainda hoje observa os efeitos do dogma do juiz *bouche de la loi*, trazido pela revolução francesa, e que se reflete na crença de que a atividade jurisdicional não produz direito;

Essa percepção vem sendo alterada paulatinamente, com maior força após o acolhimento, pela *civil law*, do controle judicial de constitucionalidade das leis, com um aumento exponencial do poder dos juízes;

A tradição da *common law* inicia dentro de um contexto de contenção do poder monárquico pelo Judiciário, sem qualquer codificação;

A tradição da *common law* distancia-se da *civil law*, principalmente, quanto ao método de solução dos casos, com a premissa maior no fato, e não na lei;

O funcionamento da *common law* independe da vinculação aos precedentes, que veio a surgir apenas séculos depois, e pelas mãos do próprio judiciário;

Há diferentes modelos de aplicação dos precedentes, que podem ser empregados de maneira conjunta ou separada;

Os precedentes podem ser vinculantes ou persuasivos, a depender do papel exercido nas decisões futuras;

A vinculatividade dos precedentes consiste na propensão de uma decisão anterior compelir um julgador futuro a decidir de determinada maneira;

O *raciocínio* através dos precedentes implica em sua vinculação, sendo que o caráter persuasivo dos precedentes os aproxima de um raciocínio através da experiência;

O que vincula em um precedente é a sua *ratio*, sendo que há diversas teorias que buscam analisar como identifica-la;

Raciocinar através dos precedentes implica adotar os valores da previsibilidade e da segurança jurídica em detrimento de um resultado ótimo para cada caso concreto;

O raciocínio através dos precedentes também busca resolver o problema da inconsistência temporal, permitindo a adoção de decisões ótimas para a tutela dos interesses dos jurisdicionados;

O raciocínio através dos precedentes, ainda que necessário e bem-vindo dentro do contexto judicial, não necessariamente é o melhor método de raciocínio para todos os sistemas de resolução de conflitos;

No direito brasileiro, os precedentes cumprem um papel de *fechamento hermenêutico*, limitando as possibilidades interpretativas dos magistrados a eles vinculados;

A introdução de regras de respeito às decisões pretéritas vem desde antes do Novo Código de Processo Civil, já existindo um quadro constitucional de valorização de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, bem como a figura das Súmulas Vinculantes, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004;

Essas decisões pretéritas vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como a Administração Pública, dependendo do Senado o afastamento, do ordenamento jurídico brasileiro, das normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal;

O Novo Código de Processo Civil aumenta o leque de decisões vinculantes dentro do Judiciário brasileiro e, mesmo que de maneira imprecisa quando a tratar de precedentes, súmulas e jurisprudência, contribui com a busca pela igualdade perante o Judiciário, criando um sistema de precedentes *à brasileira*;

Um sistema é assim definido quando possui *fechamento operacional e abertura cognitiva*, bem como *funcionalidade* própria, quando contraposto a seu entorno;

A arbitragem, possuindo *fechamento operacional* e aceitando a *abertura cognitiva*, através de características próprias, e com a função de entregar a efetiva tutela dos direitos trazidos ao árbitro, pode ser considerada um sistema próprio, independente do sistema processual estatal;

A constatação da arbitragem como sistema próprio leva à percepção de que os precedentes judiciais não vinculam o árbitro, que possui independência quando da análise do mérito da demanda;

Ainda que não vinculantes em relação à arbitragem, aos precedentes judiciais ainda pode ser percebido um papel importante nas arbitragens de direito, nas quais possuem autoridade persuasiva, influenciando a decisão do árbitro e impondo-lhe um maior ônus argumentativo ao decidir contrariamente a tais precedentes;

Atribuir, dentro da arbitragem, papel persuasivo aos precedentes judiciais vem ao encontro da segurança jurídica das partes, ao mesmo tempo que resguarda a higidez do sistema arbitral de resolução de conflitos, preservando sua necessária autonomia face o Judiciário.

5. BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional vs. Arbitragem: Os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro.** Revista de Processo, vol. 214, p. 271, Dez/2012.

AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública: Aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

ANDERLINI, Luca. FELLI, Leonardo. RIBONI, Alessandro. **Why Stare Decisis?** Forthcoming Review of Economic Dynamics, Dec 2013.

ARAÚJO, Marilene. **A Constituição e a Teoria Dos Sistemas De Luhmann.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 79/2012, p. 427-447.

BARBOSA, Claudia Maria. JUNIOR, Gilberto Andreassa. **A impossibilidade de aplicação da teoria dos precedentes no atual sistema deliberativo dos tribunais superiores.** Revista de Processo, vol. 273/2017, p. 377-401.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios.** Revista Teoria Jurídica Contemporânea, jul/dez, 2016, p. 147-171.

BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BLACKABY, Nigel. PARTASIDES, Constantine. REDFERN, Alan. HUNTER, J. Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration.** Student Version. Sixth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2015.

CAHALI, José Francisco. **Curso de Arbitragem**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. **Em torno do árbitro**. Revista de Arbitragem e Mediação., vol. 28/2011, p. 47-63.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3ª ed., Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DINAMARCO, Júlia. **O Árbitro e as Normas Criadas Judicialmente: Notas Sobre a Sujeição do Árbitro à Súmula Vinculante e ao Precedente**. In: CARMONA, Carlos Alberto et al (org.). Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007.

FERNANDES, Marcus Vinícius Tenorio da Costa. **Anulação da Sentença Arbitral**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins. **Direito e Justiça sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 29/2012, p. 379-404.

GUILLAUME, Gilbert. **The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators**. Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2, No 1 (2011), p. 5-23. Tradução: Brian McGarry.

LOQUIN, Eric. **À la recherche de la jurisprudence arbitrale**. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 20/2009, p. 149-174.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. ***luria novit curia nas arbitragens***. Revista Brasileira de Processo, nº 50, abr-maio-jun, 2016, p. 55-78.

MACCORMICK, Neil. **The significance of precedent**. 1988 Acta Juridica 174, p. 174-187.

MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**, vol. 2: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**, vol. 2: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. **Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal**. Revista Brasileira de Arbitragem, nº 38, abr-maio-jun, 2013, p. 97-137.

MEIRELES, Edilton. **Natureza normativa das súmulas dos Tribunais Superiores**. In: DIDIER Jr, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.) **Processo e Direito Material**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 77-82.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Breves considerações sobre o caráter vinculativo da jurisprudência e dos precedentes no artigo 927 do Novo Código de Processo Civil**. In: NUNES, Dierle. JAYME, Fernando Gonzaga. MENDES, Aluisio (Coord.) **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no Código de Processo Civil/2015 – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim..** E-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

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

MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. 2010. 415 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm.

OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. **Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. Revista de Processo. Vol. 270/2017, p. 313-351.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Existiria uma ordem jurídica arbitral?** In: CARMONA, Carlos Alberto. LEMES, Selma Ferreira. MARTINS, Pedro Batista. (Coord.) **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 59-82.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**. 1ª ed. Em e-book baseada na 1ª ed. Impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. **A natureza jurídica da súmula**. In: NUNES, Dierle. JAYME, Fernando Gonzaga. MENDES, Aluisio (Coord.) **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no Código de Processo Civil/2015 – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim..** E-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

SALMOND, Sir. John. **Jurisprudence**. 18th edition. London: Sweet & Maxwell, Limited, 1930.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem Mediação e Conciliação**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605.

SEITZ, Peter. **The Citation of Authority and Precedent in Arbitration (its use and abuse)**. The Arbitration Journal, December 1983, Vol. 38, No. 4, p. 58-61.

SOUZA, Wagner Mora Alves de. **A polêmica entre Hart e Dworkin a respeito da textura aberta do direito**. In: DIDIER Jr, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.) **Processo e Direito Material**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 307-324.

STRÄTZ, Murilo. **Precedentes vinculantes à brasileira?** Revista Teoria Jurídica Contemporânea, jul/dez, 2016, p. 272-305.

STRECK, Lenio Luiz. **Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes – parte II**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>>. Acesso em 14/10/2018.

TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e precedentes: cinco premissas, cinco conclusões, um epílogo (e um vídeo)**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, nº 138, ago/2018. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 29/10/2018.

TARUFFO, Michele. **Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law**. Revista de Processo, vol. 110/2003, p. 141-158. Trad. José Carlos Barbosa Moreira.

TEMER, Sofia. **Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória**. Revista de Processo, vol. 278/2018, p. 523-543.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

TUCCI, José Rogério Cruz e. **O regime do precedente judicial no novo CPC**. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.) **Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 445-457.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law**. Revista dos Tribunais, vol. 893/2010, mar/2010, p. 33-45.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A discussão sobre a disponibilidade do controle judicial da sentença arbitral e seus limites**. Revista Brasileira de Processo, nº 50, abr-maio-jun, 2016 p. 7-32.

WOLKART, Erik Navarro. **Precedentes no Brasil e cultura – um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho**. Revista de Processo, vol. 243/2015, p. 409-433.

6. GLOSSÁRIO

ADC – Ação declaratória de constitucionalidade.

ADI – Ação direta de inconstitucionalidade.

Art. – Artigo.

Arts. – Artigos.

CF – Constituição Federal.

CPC – Código de Processo Civil.

EC – Emenda Constitucional

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

RExt – Recurso extraordinário.

STF – Supremo Tribunal Federal.