

ARBITRAGEM E PRECEDENTES VINCULANTES NO BRASIL

ARBITRATION AND BINDING PRECEDENTS IN BRAZIL

ANDRESSA MORAIS CAPASSI SANTOS

Mestranda em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito Contratual e Direito Imobiliário. Graduada em Direito pela Faculdade Metropolitana Unidas (FMU). Advogada e Sócia do escritório Lee, Brock, Camargo Advogados.

CESAR CALO PEGHINI

Pós-doutor pela Università degli Studi di Messina. Doutor pela PUC/SP. Mestre pela Faculdade Autônoma de Direito FADISP. Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade de Castilla - La Mancha, Toledo/ES. Especialista em Direito Civil pela Instituição Toledo de Ensino ITE. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela EPD. Graduado em Direito pela FMU. Professor do PPGD e dos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu da EPD.

RESUMO

Este artigo pretende examinar a aplicação à sentença arbitral dos precedentes vinculantes previstos no Código de Processo Civil, Art. 927, Inciso I, e na Constituição, Art. 102, §§1º. e 2º. A escolha do tema decorre da necessidade de padronizar os posicionamentos jurisdicionais. Esta investigação utiliza o método dedutivo, por intermédio de uma abordagem qualitativa, para produzir informações aprofundadas; quanto ao procedimento, é uma pesquisa bibliográfica, mediante a revisão de obras e artigos científicos, bem como documental, devido à revisão de textos legislativos e decisões jurisprudenciais que visam a extrair o devido aprofundamento da compreensão da arbitragem e a subordinação do árbitro diante de decisões judiciais vinculantes. Um dos estudos refere-se à consequência legal do não exame ou da não aplicação do precedente judicial pelo árbitro, diante da interpretação do rol elencado no Art. 32 da Lei de Arbitragem ser expresso ou não. A contribuição científica deste estudo é o fomento ao debate sobre o tema, ao semear novas perspectivas e soluções sobre a necessidade de reconhecer situações não enquadradas no Art. 32, da Lei de Arbitragem, que deve ser considerada pelo árbitro antes de proferir a sentença para evitar a escolha da decisão pela parte interessada, considerando haver decisão judicial e arbitral sobre o mesmo tema de forma divergente.

Palavras-chave: Arbitragem; Vinculação; Precedentes Judiciais; Decisões Vinculantes.

ABSTRACT

This paper intends to examine the application of binding precedents provided for by the Code of Civil Procedure in Article 927, Item I and the Constitution in Article 102 §1 and 2 to the arbitral award. The choice of the theme stems from the need to standardize jurisdictional and doctrinal positions. This research uses the deductive method, through a



qualitative approach, to produce in-depth information; as for the procedure, it is a bibliographical research, through the review of scientific works and articles, as well as documentary, due to the revision of legislative texts and jurisprudential decisions that aim to extract the due deepening of the understanding of arbitration and the subordination of the arbitrator before binding judicial decisions. One of the studies refers to the legal consequence of the non-examination or non-application of judicial precedent by the arbitrator, whether the interpretation of the list listed in Article 32 of the Arbitration Law is expressed or not. The scientific contribution of this study is the promotion of the debate on the subject, by sowing new perspectives and solutions on the need to recognize situations not covered by Article 32 of the Arbitration Act which must be considered by the arbitrator before delivering the judgment, in order to avoid the choice of decision by the interested party, whether there is a judicial and arbitral decision on the same subject in a divergent manner.

Keywords: Arbitration; Binding; Judicial Precedents; Binding Decisions.

1 INTRODUÇÃO

Desde a Constituição de 1988, busca-se efetivar o Estado Democrático de Direito. A reforma do Código de Processo Civil de 2015 previu formalmente a necessidade de cumprir-se os direitos fundamentais expressos e implícitos na Carta Magna para atender à função social do Direito, à medida que se aplica o Direito efetivamente nas relações sociais.

Ao tratar dos meios extrajudiciais de resolução dos conflitos (MESC), o legislador modernizou o Código de Processo Civil e introduziu a autocomposição por via da mediação, da conciliação e da arbitragem, bem como a audiência preliminar para estimular tentativas de acordos dos impasses.

A arbitragem destacou-se como uma opção jurisdicional conferida às partes para buscar uma resolução dos litígios no âmbito privado, atinentes aos seus direitos patrimoniais disponíveis com maior celeridade, nos termos do Art. 42, do Código de Processo Civil.

O objetivo deste estudo consiste em analisar se a arbitragem como modalidade de jurisdição privada e com lei específica vincula-se ou não à aplicação dos precedentes judiciais que subordinam a jurisdição exercida pelo Estado.



No Brasil, em razão da necessidade de uniformizar as decisões judiciais, com vistas à otimização do sistema e à concreção dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, houve uma aproximação latente ao sistema da *common law*, o que representou um desenvolvimento da jurisprudência como fonte imediata do Direito.

Diante deste cenário, em âmbito acadêmico, é imperativo que na arbitragem de Direito sob a égide da legislação nacional, os árbitros observem os precedentes vinculantes, tendo em conta que os precedentes compõem o ordenamento jurídico apesar de a lei ser interpretada em sentido formal.

O estudo divide-se em capítulos. No capítulo 2 apresenta-se o conceito de arbitragem, as modalidades e os seus pressupostos de existência, de acordo com a legislação aplicável e da doutrina.

O capítulo 3 tem foco no conceito e na classificação das decisões que vinculam os juízes estatais à aplicação da Lei ao caso concreto.

Por derradeiro, no capítulo 4 trata sobre o questionamento da sujeição do árbitro diante de decisão judicial vinculante descrita no Código de Processo Civil, mas não prevista na Lei de Arbitragem.

Esta investigação utiliza o método dedutivo, por intermédio de uma abordagem qualitativa, para produzir informações aprofundadas; quanto ao procedimento, é uma pesquisa bibliográfica, mediante a revisão de obras e artigos científicos, bem como documental, devido à revisão de textos legislativos e decisões jurisprudenciais, visando a extrair o devido aprofundamento da compreensão sobre a aplicação à sentença arbitral de precedentes vinculantes previstos no Código de Processo Civil, Art. 927, Inciso I, e na Constituição, Art. 102, §§1º. e 2º.

2 A ARBITRAGEM

A Constituição atual do Brasil, vigente desde 1988, buscou efetivar o Estado Democrático de Direito. A reforma do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) previu formalmente a necessidade de cumprir-se os direitos fundamentais

expressos e implícitos na Carta Magna para atender à função social do Direito, à medida que se aplica o Direito efetivamente nas relações sociais.

Ao tratar dos meios extrajudiciais de resolução dos conflitos (MESC), o legislador modernizou o Código de Processo Civil e introduziu a autocomposição por via da mediação, da conciliação e da arbitragem, bem como a audiência preliminar para estimular tentativas de acordos dos impasses. Sendo assim, antes de valer-se do Poder Judiciário com uma demanda é possível aos conflitantes optarem pelo acordo extrajudicial.

O acordo extrajudicial atribui obrigações imediatas para os envolvidos, conforme o Art. 851, do Código Civil: “É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar” (BRASIL, 2002).

O tema da arbitragem foi previsto pela primeira vez no Brasil na Constituição do Império de 1824, no Art. 160, que constituiu a prerrogativa de as partes valerem-se de um árbitro para a resolução de seus conflitos de natureza cível, mediante a possibilidade de execução da sentença sem recurso se assim os interessados convencionassem.

A arbitragem no Brasil foi pouco utilizada devido à cultura de que se deve solucionar os litígios junto ao Estado, pela via judicial. Apesar disso, o custo alto para o acesso ao Poder Judiciário e a morosidade na conclusão das questões devido ao excesso de demandas judiciais e aos recursos infundáveis das partes culminou para um avanço do acesso à Justiça em meios alternativos ao Judiciário para a solução de conflitos de forma extrajudicial e com maior protagonismo das partes.

No entanto, nem sempre uma lei no Brasil significa que a sua eficácia social passa a ser plena imediatamente, como ocorreu por exemplo com a Lei de Arbitragem que, apesar de estar vigente, foi alvo de discussão doutrinária acerca de sua constitucionalidade, o que levou a matéria à apreciação do Supremo Tribunal Federal (STF).

Entre os anos de 1996 a 2001, apesar de a Lei de Arbitragem (BRASIL, 1996) estar vigente formalmente, mas sem uma decisão formada do STF sobre a sua constitucionalidade, a arbitragem foi pouco utilizada, especialmente em razão do receio dos operadores do Direito em utilizar um mecanismo sem validação do principal tribunal



do País, o que poderia gerar problemas em relação à eficácia das decisões arbitrais, que não eram suficientemente aceitas e consagradas pelos operadores de Direito.

Como argumento principal dos defensores da inconstitucionalidade da arbitragem, destaca-se a suposta afronta à Lei ao Art. 5º., Inciso XXXV, da Constituição da República (BRASIL, 1988), ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e pelo fato de a arbitragem, mediante acordo das partes, retirar do juiz togado a possibilidade de decidir sobre a matéria; concedia-se esse poder aos árbitros que compõem a jurisdição privada.

Argumentou amplamente que a arbitragem constituía uma afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal, além de ser contrária aos princípios constitucionais do devido processo legal (Art. 5º, Inciso LIV, da Constituição) (BRASIL, 1988), da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição (Art. 5º., Inciso LV, da Constituição) e do juiz natural (Art. 5º, Inciso LIII, da Constituição) (BRASIL, 1988).

Ao manifestar-se sobre a arbitragem, o STF entendeu que a arbitragem é um mecanismo constitucional, e atribuiu maior maturidade e segurança jurídica à aplicação da arbitragem, o que permitiu o desenvolvimento do referido instituto no Brasil, nos termos do julgamento de recurso em processo de homologação de sentença estrangeira, conforme trecho da referida decisão *in verbis*:

E quanto ao controle jurisdicional de lesão ou ameaça a direitos, é de se observar que a Lei n.º 9.307/96, na verdade, o prestigia nos seus arts. 6.º, 7.º, 32, 33, 38 e 39, nas hipóteses de recalcitrância em firmar compromisso, nulidade ou invalidade do juízo arbitral e ofensa à ordem jurídica nacional. O legislador ordinário permitiu, de um lado, a pacificação de determinados conflitos de interesses sem a intervenção estatal, mediante compromisso arbitral, com nítidas vantagens para os interessados, e, de outro, garantiu o livre acesso ao Poder Judiciário àqueles que tiverem direitos violados por inobservância das regras fixadas para a arbitragem. (BRASIL, 1987)

Maurício Correa proferiu decisão que sedimentou a validação do STF dada ao instituto:

[...] não vejo como possa prosperar a declaração de inconstitucionalidade dos preceitos impugnados. Ao contrário, considero-os mecanismos de suma importância, hodiernos e indispensáveis ao aperfeiçoamento de nosso sistema jurídico, a exemplo do que se cristalizou, há muito, na legislação da maioria dos Estados democráticos, como instrumento alternativo, eficaz e célere para

composição de litígios [...] Se se entender inconstitucional a execução forçada da cláusula compromissória, o Brasil ficará isolado dos grandes negócios internacionais do mundo moderno, todos eles celebrados mediante contratos sujeitos à arbitragem. (BRASIL, 1987)

A decisão do STF em favor da constitucionalidade da Lei de Arbitragem promoveu o desenvolvimento do MESCS no Brasil e permitiu uma modernização recente mediante a edição da Lei nº. 13.129/2015 (BRASIL, 2015a), frequentemente referida como a *reforma* da Lei de Arbitragem.

Sobre os tópicos abrangidos pela Lei nº. 13.129/2015, destacam-se os seguintes pontos:

- i) a regulamentação da arbitragem em lides envolvendo a administração pública;
- ii) a possibilidade de afastamento das listas de árbitros de câmaras arbitrais;
- iii) a autorização de intervenção do Poder Judiciário, se requerido pelas partes, para concessão de tutelas cautelares e medidas de urgência antes mesmo de constituído do tribunal arbitral;
- iv) a diminuição de hipóteses de nulidade da sentença arbitral;
- v) expressa autorização legal para a prolação de sentenças arbitrais parciais de mérito; a interrupção da prescrição quando instaurada a arbitragem; e
- vi) novas disposições sobre a arbitragem nas sociedades anônimas. (BRASIL, 2015a).

A mencionada lei não apresenta um caráter inovador em relação ao regramento dado pela Lei de Arbitragem em vigor desde 1996, mas tão somente buscou elucidar questões discutidas e defendidas pela doutrina, o que complementou o dispositivo legal original.

A arbitragem poderá ser de Direito ou de Equidade, a critério das partes. Na primeira os árbitros seguem as regras dispostas no ordenamento jurídico para solucionar o litígio; e na segunda modalidade, por outro lado, podem os árbitros afastarem-se das regras de Direito para buscar a solução que considerar mais justa. Alexandre Freitas Câmara afirma que a segunda forma tem vantagens sobre a primeira, especialmente no quesito de especialização do árbitro.

Ao avançar sobre o controle no âmbito judicial da sentença arbitral, nos termos dos Arts. 32 e 33, da Lei de Arbitragem (BRASIL, 2015^a), denota-se que referido controle cinge-se a aspectos formais, portanto não se admite a revisão, pelo Judiciário, do mérito

da decisão arbitral que apenas fiscalizará matérias relativas à validade do procedimento arbitral:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nula a convenção de arbitragem;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

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

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

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

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

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

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

A formulação do pedido para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum e deverá ser proposta no prazo decadencial de até 90 dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença (Art. 33, § 1º.) e, findo o prazo, a sentença arbitral torna-se soberana e imutável.

Sobre a autonomia do árbitro em atenção ao ordenamento jurídico, no curso da arbitragem de modalidade de Direito, denota-se um questionamento sobre a aplicação obrigatória ou não dos precedentes judiciais à arbitragem, visto que eles passaram a integrar o ordenamento jurídico nacional, mas não estão elencados expressamente no rol restritivo descrito no Art. 32, da Lei de Arbitragem (BRASIL, 2015).

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

3 O PRECEDENTE VINCULANTE JUDICIAL

O Direito no Brasil foi inspirado especialmente pela teoria francesa marxista, surgida a partir de 1970, em que o realismo sociológico é desvinculado de sua prática, agravada pela prática jurídica de perspectiva histórica.



A formação do âmbito jurídico constitucionalista vincula-se ao contexto histórico, portanto oscila e depende de evoluções constantes para acompanhar as transformações sociais, políticas, culturais e econômicas, diante de lacunas e normas incompatíveis com os novos paradigmas.

Daniel Sarmento aduz:

Estas mudanças, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 88, envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. (2007).

Há de se observar que, apesar de competência do Poder Legislativo constituir propostas e ajustes na legislação vigente, não se ignora que há uma resistência de alguns julgadores à legislação nova e muitas contra a Constituição da República, que corresponde a uma insegurança jurídica quanto aos fundamentos da decisão ameaçada por atuação do propósito judiciário de não aplicar a lei equivalente ao caso concreto, conforme defendido por Pontes de Miranda.¹

De outro lado, o papel do juiz sobre o seu comportamento é um conflito que não deve ser compreendido meramente com fins de aplicador do Direito, pois conforme aduz Cássio Scarpinella Bueno, “trata-se é certo, de uma modalidade de criação um tanto diferente daquela que está sob a responsabilidade do legislativo, mas a interpretação e aplicação do direito, mesmo quando feitas pelo juiz que tem o dever de julgar um caso concreto, são, necessariamente criativas.” (2007, p. 77), pois não é incomum decisões ganharem forma de criar efeito de norma/regra, com reconhecimento perante os demais

¹ Comentários ao CPC, cit., tít. IV, p. 2. O Juiz Hough, uma das maiores mentalidades jurídicas e um dos maiores magistrados americanos, escreveu que os julgamentos “são ditados ou dominados por atitudes mentais ou predileções fundadas na hereditariedade, na ambiência e na educação, como são os vereditos de todos os júris.

aplicadores do Direito, pois somente a lei nem sempre será suficiente para fundamentar todo conflito pelo juiz.

Há doutrinadores que entendem que o magistrado tem um comportamento mais ativista no processo, em busca da aplicação da melhor resolução ao caso concreto e menos submisso às leis ou às convenções conceituais, conforme destaca Luís Roberto Barroso: “o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes”. (BARROSO, 2008).

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*ROE v. WADE*, 1973).

O Art. 20, da Lei nº. 13.655/2018 (BRASIL, 2018), foi a primeira previsão expressa que estabeleceu que não se decidirá unicamente com base em valores jurídicos abstratos sem que as consequências práticas da decisão sejam observadas — seja na esfera administrativa, controladora ou judicial, ao impor que a motivação da decisão deve demonstrar a necessidade e a adequação do que foi imposto, inclusive diante de possíveis alternativas.

Maria Helena Diniz sustenta que alguns operadores do Direito interpretam o Art. 22, da LINDB, como capaz de promover avanços ao aprimoramento na qualidade das decisões, tendo em vista que apresenta diretrizes para:

- 1) a interpretação e aplicação do direito público, [...] e, aumentando sua responsabilidade e trazendo para o direito público a ideia de equidade, uma vez que o operador deverá considerar: a) limites constitucionais, sem olvidar do critério da especialidade e do hierárquico em caso de antinomia normativa; b)

obstáculos e dificuldades reais do gestor; c) exigências para uma eficiente política pública a seu cargo; d) finalidades sociais, ou seja, as circunstâncias práticas, que houverem condicionado a ação do agente, atendendo ao objetivo público, aos interesses do povo e do erário e às peculiaridades do caso concreto; 2) a aplicação de sanções que deverá ter por critério: a) a natureza e a gravidade da infração cometida; b) os prejuízos dela resultantes para a administração pública; c) as circunstâncias agravantes ou atenuantes; d) os antecedentes do agente; e) a dosimetria das demais sanções de igual natureza e atinentes ao mesmo fato. (DINIZ,2018, p. 312).

Embora o Brasil adote o sistema jurídico *civil law*; ou seja, baseia-se na lei para a aplicação do Direito, em alguns casos também há características híbridas, como no caso de precedentes no sistema *common law*, em que as decisões judiciais são fontes imediatas do Direito, portanto, o Direito deriva das decisões que surgem caso a caso.

Nesse contexto, não é incomum na solução de conflitos que o magistrado atue com base em precedentes, em casos de lei omissa, em que o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.

Teresa Arruda Alvim Wambier aduz sobre a necessidade de uniformizar a jurisprudência a fim de evitar divergência jurisprudencial, *in verbis*:

Não se trata de recurso, já que tem função preventiva: fixa-se a tese jurídica previamente, de molde a evitar que se venha a configurar divergência jurisprudencial, cujo risco já existe e se deve demonstrar. Está-se, na verdade, diante de um incidente processual. (2001, p. 331/332).

O Código de Processo Civil de 2015, no Art. 927 e seguintes, ao incluir outras fontes de Direito além da legislação, não trouxe um novo modelo de fonte do Direito ou inovação, pois esse cenário positivou-se antes da previsão expressa, apenas se uniformizou a prática dos juristas:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
 - II - os enunciados de súmula vinculante;
 - III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
 - IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
 - V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
- § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no [art. 10](#) e no [art. 489, § 1º](#), quando decidirem com fundamento neste artigo.

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

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

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. (BRASIL, 2015).

Ronaldo Cramer classifica o precedente como “todo julgado de tribunal que, por força de sua condição originária ou de reconhecimento posterior, cria a norma jurídica a ser seguida, obrigatoriamente ou não, em casos idênticos” (2016, p. 31).

Para que o julgamento de um caso seja reconhecido como precedente, não basta que apenas os requisitos formais sejam preenchidos, sendo imprescindível o alcance da dimensão material, conforme previsto no Art. 489, § 1º., Incisos V e VI, ao condicionar a aplicação de um precedente à identificação, pelo juiz, dos fundamentos determinantes.

Teresa Arruda Alvim Wambier ensina:

O juiz não pode criar direito do nada, da sua própria cabeça, seguindo suas convicções e crenças pessoais. Afinal, vivemos num Estado Democrático de Direito e o juiz deve decidir de acordo com a lei, interpretada pela jurisprudência, à luz da doutrina. O direito é tripé: lei + doutrina + jurisprudência. (2015, p. 57)

Os precedentes podem ser dotados de eficácias variadas e a depender da capacidade que os precedentes têm de vincular ou não os julgamentos futuros (ausência de vinculação ou vinculação absoluta).

Os precedentes dotados de vinculação absoluta, isto é, o entendimento de aplicação obrigatória obriga o magistrado à vinculação diante de um caso que apresenta tese jurídica firmada.

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes ensina:

Ressalte-se que o efeito vinculante está sendo conferido por norma infraconstitucional, o que suscita e suscitará, obviamente, debate em torno da constitucionalidade do comando. Entretanto, não obstante o pensamento em sentido contrário, entendo que não há qualquer impedimento, de ordem constitucional, para que este efeito vinculante seja estabelecido por norma

infraconstitucional. O fato de a Carta Magna prever, nas duas hipóteses já mencionadas, ou seja, nos arts. 102, §2º, e 103-A, representa, apenas, que o referido comando foi inserido em nível constitucional porque (a) possuíam íntima relação com assuntos (controle concentrado de constitucionalidade e inovação afeta ao STF, contendo inclusive a exigência de quórum qualificado de dois terços) tratados na norma maior; (b) foi estabelecido efeito vinculante não apenas para os demais órgãos judiciais, mas também para a administração pública, nas esferas federal, estadual e municipal; (c) preservação do caráter vinculativo, para as duas hipóteses previstas, de eventuais reformas infraconstitucionais, que pudessem afastá-lo; (d) reforço da possibilidade de efeito vinculante para os demais órgãos judiciais, diante de eventual alegação de independência funcional, que se poderia fortalecer se a inovação viesse, primeiramente, por determinação infraconstitucional. (MENDES, 2014, p. 35-36).

A corrente em estudo encontra respaldo no Enunciado nº. 170, do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.

4 A VINCULAÇÃO DA ARBITRAGEM AO PRECEDENTE JUDICIAL

Os precedentes vinculantes têm a sua obrigatoriedade pronunciada, sendo a formulação dessa categoria a responsável direta por assentar o precedente como fonte imediata do Direito, motivo pelo qual o magistrado estatal não pode deixar de aplicar ao caso concreto em razão da necessidade de uniformização das decisões judiciais, com vistas à otimização do sistema e à concreção dos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Em que pese a arbitragem reger-se lei própria que a regulamente, entender que o árbitro não precisa respeitar a legislação vigente no caso de modalidade de arbitragem por Direito representa um cenário jurídico instável com manifestações jurisdicionais contraditórias, bem como possibilita às partes escolher o resultado do conflito, mediante a aplicação conflitante entre o Judiciário e o MESCC.

Em que pese não haja uma uniformização de entendimento sobre o tema, os doutrinadores majoritários entendem que os árbitros devem aplicar os precedentes vinculantes em sua sentença arbitral, tendo em conta que os precedentes compõem o ordenamento jurídico mesmo que a lei seja interpretada em sentido formal.

Sobre o tema, José Rogério Cruz e Tucci defende a obrigatoriedade do juiz arbitral:

Não tem sentido algum admitir que, de um lado, o juiz estatal encontre-se sujeito à incidência do precedente e, de outro, o árbitro esteja livre para afastar a sua observância. Quando nada, maculado estaria o princípio da isonomia, a desacreditar o juízo arbitral. (2016).

No mesmo sentido Guilherme Rizzo Amaral ensina:

O árbitro vincula-se aos precedentes judiciais na medida em que as partes elegem arbitragem de direito e que os precedentes judiciais vinculantes integram o Direito brasileiro. É dizer: não está o árbitro vinculado aos precedentes por conta da (inexistente) aplicação direta de dispositivos do CPC à arbitragem, mas pela vontade das partes que deram ao árbitro a missão de julgar conforme o direito. (2018, <https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral-vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais>).

Portanto, a não aplicação do precedente vinculante seria um erro gravíssimo no sistema jurídico, visto que o juiz togado e o árbitro dariam respostas diferentes a casos iguais.

Em relação à conduta dos árbitros, a sentença arbitral que decide em desacordo com os precedentes vinculantes ante as justificativas de que não seria possível o controle do julgamento do árbitro e de que os precedentes não seriam fonte de Direito, além de equivocada sob a ótica sistêmica, bem como possibilitará o ajuizamento de ações anulatórias.

Há doutrinadores que apontam a aplicação subsidiária das regras da legislação processual civil, apesar de não haver previsão na cláusula compromissória e no compromisso arbitral.

Em sentido contrário à aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Civil no procedimento da arbitragem, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que não há dispositivo legal, na Lei de Arbitragem ou no Código de Processo Civil, a autorizá-la, exceto da autorização expressa da Lei de Arbitragem para que as partes criem as regras procedimentais, *in verbis*:

É de suma relevância notar, a esse propósito, que o árbitro não se encontra, de modo algum, adstrito ao procedimento estabelecido no Código de Processo Civil inexistindo regramento legal algum que determine, genericamente, sua aplicação, nem sequer subsidiária, à arbitragem. Aliás, a Lei de Arbitragem, nos específicos casos em que preceitua a aplicação do diploma processual, assim o faz de maneira expressa. O STJ no REsp nº. 1.903.359-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze (11/05/2021) (BRASIL, 2018).

O Tribunal da Cidadania decidiu em um julgado acerca da aplicação do CPC na arbitragem:

Não autoriza o intérprete a compreender que a arbitragem - regida por princípios próprios (notadamente o da autonomia da vontade e da celeridade da prestação jurisdicional) - deva observar necessária e detidamente os regramentos disciplinadores do processo judicial, sob pena de desnaturar esse importante modo de heterocomposição. Há que se preservar, portanto, as particularidades de cada qual (Resp nº 1.519.041/RJ). (BRASIL, 2015b).

A corrente majoritária defende a inaplicabilidade do Código de Processo Civil à arbitragem, salvo se a convenção de arbitragem prever expressamente a aplicação subsidiária, porém nada impede que as partes convençionem sobre a aplicação do Código de Processo Civil na arbitragem, mesmo com suas características diferentes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os meios extrajudiciais de solução de conflito ganharam maior relevância diante da mudança da cultura de que os conflitos devem ser resolvidos na esfera judicial. No Brasil, a Lei de Arbitragem (Lei nº. 9.307/1996) prevê que as partes podem escolher livremente as regras de Direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não contrariem a ordem pública e os bons costumes. Adicionalmente, o Código de Processo Civil dispõe que o árbitro deve decidir de acordo com as regras de Direito escolhidas pelas partes e, na sua ausência, aplicar as normas que considerar mais adequadas ao caso concreto.

No entanto, não há consenso na jurisprudência brasileira sobre se os árbitros estão vinculados aos precedentes vinculantes; ou seja, às decisões dos tribunais



superiores que criam jurisprudência obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário.

Algumas decisões judiciais recentes defendem que, apesar de o árbitro não estar vinculado estritamente aos precedentes vinculantes, ele deve considerá-los como fonte auxiliar de Direito na elaboração de sua decisão. Nesse sentido, os tribunais entendem que a decisão arbitral que contrarie frontalmente a jurisprudência consolidada pode ser anulada por violação da ordem pública ou dos bons costumes.

Há também decisões que afirmam que os árbitros não estão vinculados aos precedentes vinculantes, pois a autonomia da vontade das partes na arbitragem permite a adoção de soluções distintas das adotadas pelo Poder Judiciário.

Assim, apesar de não haver uma posição unânime na jurisprudência brasileira sobre o tema, é importante que as partes estejam cientes dessa discussão e escolham árbitros que tenham uma postura transparente e justificada em relação ao peso que atribuem aos precedentes vinculantes na elaboração de suas decisões.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2015.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Arbitragem e Precedentes**. Curso de Arbitragem. Revista dos Tribunais. 2018.

AMARAL, Guilherme Rizzo. A vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais. (2017). **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral-vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais/> Acesso em: 11 out. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcni/mod/resource/view.php?id=47743>. Acesso em: 28 nov. 2022.

BARROSO, Luíz Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. (2008). **Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2. Acesso em: 11 out. 2022.



BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 2011.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral dos Negócios jurídicos**. Lima: Ara Editora.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL (2015a). **Lei nº. 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acessado em: 1 nov. 2022.

BRASIL. STF. Ag. Reg. Na Sentença estrangeira 5.206-7 do Reino da Espanha. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. (1987). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 28 nov. 2022. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1. 519**, RJ (2015b). Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://arquivocidadao.stj.jus.br/index.php/recurso-especial-n-1-519-041-rj>. Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.903.359** RJ (2018). Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1212213974/inteiro-teor-1212214122>. Acesso em: 28 nov. 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil** V.I. São Paulo: Ed.Saraiva,2007



BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei 13.256**, de 4-2-2016. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DAVID, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. **Coleção justiça e direito**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. v. 2. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, 18. ed., 2016.

DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do Direito Público, voltados à segurança jurídica e a eficiência administrativa. **Revista Argumentum**, Marília/ SP, v. 19, n. 2.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. Aluísio Gonçalves de MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**: v. II. São Paulo: RT, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Marina de Andrade. **Código Civil Comentado**, 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

SARMENTO Daniel. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, vol. 1: **Lei de Introdução e Parte Geral**. 13. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017.



TUCCI, José Rogério Cruz e. O árbitro e a observância do precedente judicial. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial#author>. Acesso em: 11 out. 2022.

VILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial: Paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR., Fredie *et. al.* (Org.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.