

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS (UNISINOS)**  
**UNIDADE ACADÊMICA DE GRADUAÇÃO**  
**CURSO DE DIREITO**

**FREDERICO PESSOA DA SILVA**

**ARBITRAGEM E PRECEDENTES**

**Contribuições possíveis a partir da Crítica Hermenêutica do Direito**

**São Leopoldo**

**2023**

FREDERICO PESSOA DA SILVA

**ARBITRAGEM E PRECEDENTES**

**Contribuições possíveis a partir da Crítica Hermenêutica do Direito**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, pelo Curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2023

*Para toda a minha família:  
aos meus pais, por tudo o que sou;  
à minha irmã, por tudo aquilo que ainda podemos ser;  
aos meus avós, pela herança da tradição;  
aos meus tios, tias, primas e padrinhos, pela certeza de  
que nunca estarei desamparado; e, por fim,  
a todos pequeninos da família, pela inesgotável esperança  
de um amanhã melhor.*

## AGRADECIMENTOS

Ricardo Reis – ou seria Fernando Pessoa (?) – certa vez escreveu: “*tenho mais almas que uma [...] existo, todavia, indiferente a todos [...] faço-os calar: eu falo*”. Teço estes agradecimentos também afirmando que vivem em mim inúmeros, mas esse trabalho não lhes é indiferente; antes pelo contrário, é fruto polifônico de todos que – em maior ou menor grau, direta ou indiretamente – fizeram parte da minha (ainda muito infantil) trajetória acadêmica.

Antes de todos, agradeço especialmente ao meu orientador, Professor Lenio Luiz Streck. Na verdade, devo consignar desde já que eventuais reflexões trazidas neste estudo que puderem ser consideradas como algo além de uma “monográfica exposição de debates”, não são senão a voz do meu orientador; o direcionamento de suas luzes para um tema que particularmente me angustiava.

Prosseguindo, a ordem em que aposto os agradecimentos a seguir não é – como a rigor se exigiria – de importância, mas simplesmente cronológica; daqueles que primeiro vieram, àqueles que foram surgindo com o caminhar. Hierarquizar as pessoas e grupos que mencionarei seria deslealdade com meus sentimentos, e, afinal de contas, se aqui é um espaço de agradecimentos, e esses não vêm de outro lugar senão do peito, não haveria como cometer essa deslealdade.

Em primeiro lugar, agradeço à minha família – o ‘porquê’ é tão óbvio quanto é difícil de colocar em palavras – e aos meus amigos mais próximos, cujo vínculo não pode ser rompido nem pela maior das distâncias, e sem os quais nenhuma das dores vividas nos últimos anos teria sido devidamente enfrentada, assim como nenhuma das alegrias, suficientemente apreciada.

Mãe, Pai e Laurinha, agradeço por tudo e absolutamente tudo, pelos alicerces nos quais repouso e sem os quais nada, inclusive este estudo, seria possível; não sou o filho e (principalmente) o irmão que vocês mereciam ter, mas, infelizmente, quis Deus – como lhe é típico – dar a mim mais do que eu poderia devolver, e, portanto, agradeço também a Ele, ao mesmo passo em que lhes peço desculpas.

Em segundo lugar, agradeço aos meus companheiros do Núcleo de Estudos Hermenêuticos (DASEIN); a grandeza das reflexões particulares de cada um jogou luz sobre a minha ignorância, hoje a conheço melhor e, por isso, posso me considerar um pouco mais livre.

Giovanna, minha amiga, queria poder concordar que sou “um verdadeiro amigo, na verdadeira acepção da palavra”, mas, ainda que não tenha tanta certeza disso, tenho certeza de que a senhorita é, sim, “uma verdadeira amiga, na verdadeira acepção da palavra” –, guardo como um tesouro nossas conversas e por elas serei eternamente grato.

Isadora e Gilberto, com vocês pude colocar ordem sobre o caos dos meus pensamentos e que agora repousam mais tranquilos nestas páginas.

Em terceiro lugar, agradeço a todos que fizeram e fazem parte do Time de Arbitragem da UNISINOS; foram vocês que me ensinaram o valor da excelência e da tradição, e com vocês me dei conta do seguinte: quando amigos encaram um desafio em comum, com dedicação e afincos, pouco importa o resultado, pois mesmo que tudo acabe dando errado, ainda assim, tudo terá valido a pena.

Danilo, Lilian, Antonio, Camila e Vitor, lhes agradeço por terem me feito estudar “um pouco mais” de direito civil; espero ainda estar fazendo *jus* à confiança que me entregaram.

Larissa, Vitória W., Lucas G. e Felipe, a gratidão que guardo com relação a vocês pode ser colocada da seguinte forma: só não estou completamente perdido sem vocês, porque a Vitória P. e o Bruno A. me salvaram; a esses devo agradecimentos especialíssimos, porquanto – para além de dividirem comigo a atual liderança da Equipe – foram eles condição de possibilidade para que eu me mantivesse firme enquanto escrevia as páginas deste estudo, sem falhar (tanto) com as minhas demais responsabilidades.

Ana B., Nicole N., Lucas K., Matheus G. e Matheus S., Laís, Bruno B., Antônia e João R., obrigado pela honra e orgulho de poder (tentar) participar/ver um pouco da formação e construção dos profissionais brilhantes que vocês serão.

Professor Manoel, a dívida que tenho com o senhor transcende o apoio que o senhor entrega à Equipe, e avança até as profundezas da minha formação; com o seu exemplo, aprendi boa parte do que hoje entendo como sendo o significado da palavra “advogado”. É uma dívida, com absoluta certeza, impagável.

Por fim, digo a todos que mencionei – expressa ou implicitamente – para que saibam: poderia escrever outro conjunto extenso de reflexões que não as que ora serão apresentadas neste estudo, apenas explorando a influência que cada um de vocês gerou (e gerará) naquilo que sou (e serei) e, por consequência, naquilo que aqui escrevi.

Deixarei, contudo, para inscrevê-las nas páginas da minha vida; desejo do fundo do meu coração agradar e orgulhar a todos no fim da carreira; se isso não se mostrar possível no fim, ao menos saibam que tentei.



*Disse-lhes então Ilúvatar: - A partir do tema que lhes indiquei, desejo agora que criem juntos, em harmonia, uma Música Magnífica. E, como eu os inspirei com a Chama Imperecível, vocês vão demonstrar seus poderes ornamentando esse tema, cada um com seus próprios pensamentos e recursos, se assim o desejar. [...] Enquanto o tema se desenvolvia, no entanto, surgiu no coração de Melkor o impulso de entremear motivos da sua própria imaginação que não estavam em harmonia com o tema de Ilúvatar; [...] No meio dessa contenda, na qual as mansões de Ilúvatar sacudiram, e um tremor se espalhou, atingindo os silêncios até então impassíveis, Ilúvatar ergueu-se mais uma vez, e sua expressão era terrível de ver. Ele então levantou as duas mãos, e num acorde, mais profundo que o Abismo, mais alto que o Firmamento, penetrante como a luz do olho de Ilúvatar, a Música cessou. Então, falou Ilúvatar e disse: - Poderosos são os Ainur, e o mais poderoso dentre eles é Melkor; mas, para que ele saiba, e saibam todos os Ainur, que eu sou Ilúvatar, essas melodias que vocês entoaram, irei mostrá-las para que vejam o que fizeram. E tu, Melkor, verás que nenhum tema pode ser tocado sem ter em mim sua fonte mais remota, nem ninguém pode alterar a música contra a minha vontade. E aquele que tentar, provará não ser senão meu instrumento na invenção de coisas ainda mais fantásticas, que ele próprio nunca imaginou<sup>1</sup>.*

---

<sup>1</sup> TOLKIEN, J.R.R.. **O silmarillion**. Rio de Janeiro: HarperCollins, 2019. pp. 35-38.





## RESUMO

Relevante aspecto no entorno da arbitragem – a qual atravessada pelo exercício alternativo da jurisdição – com relação ao papel do Estado, é justamente a sua relação com o sistema público de administração da justiça. Dentre os temas que se inserem no escopo de análise dessa relação está a controvérsia relativa à vinculação do árbitro aos precedentes judiciais, fundamentalmente em virtude de certos paradigmas dogmáticos razoavelmente consolidados a respeito do ofício do árbitro (v.g. não sujeição à arquitetura hierárquica do Poder Judiciário). Assim, dividiu-se o estudo em três núcleos. Primeiro, buscou-se estabelecer pressupostos basilares a respeito das contingências (históricas e normativas) que conformam a compreensão a respeito do instituto da arbitragem no Brasil, especialmente no que atine aos seus “paradigmas” centrais, quais sejam, a perspectiva de um recrudescimento da busca por métodos adequados e alternativos de resolução de disputas, bem como a noção que a arbitragem tem como um de seus pilares estruturantes o princípio da autonomia privada – paradigmas que, em conjunto, contribuem para a consolidação da caracterização da arbitragem como sendo uma espécie de “subsistema” processual apartado, em larga medida, dos elementos estatuais do ordenamento jurídico. Na segunda etapa da reflexão, voltou-se o olhar para o contraste entre as duas grandes tradições jurídicas ocidentais (*civil law* e *common law*), com o fito de esclarecer qual o posicionamento predominantemente adotado pela comunidade jurídica pátria quanto à natureza jurídica dos precedentes judiciais, principalmente quanto à posição ocupada por esses na estrutura das fontes do direito. Na terceira etapa, tentou-se apresentar um panorama bastante abrangente do cenário dos debates internos à doutrina arbitralista, a respeito dessa (des)vinculação do árbitro com relação aos precedentes proferidas pelas Cortes do Estado. Para além disso, também buscou-se posicionar os pressupostos assumidos pela Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) – matriz teórica desenvolvida por Lenio Streck, – no seio desse debate, apresentando-se uma proposta do significado da vinculação do agente jurisdicional às decisões políticas do passado – independentemente da forma em que expressada, mas com foco especial na figura dos precedentes vinculantes – segundo o paradigma do Estado de Direito e a rejeição que esse entrega à perspectiva de que a fonte da autoridade do direito (e, conseqüentemente, dos precedentes judiciais) repousa num critério formal de hierarquia entre atores dotados de poderes jurisdicionais. No fecho, enfrentou-se com maior vagar o tema da possibilidade de impugnação da sentença arbitral que deixa de acatar entendimento fornecido por precedente reconhecidamente vinculante e expressamente erguido por uma das partes do procedimento arbitral, reflexão após a qual encontrou-se um diálogo possível entre os pressupostos da CHD

e a tese da “consciente desconsideração de um precedente vinculante”, defendida por Guilherme Rizzo Amaral.

**Palavras-chave:** Arbitragem. Precedentes. Hermenêutica Jurídica. Crítica Hermenêutica do Direito. Estado de Direito.

## ABSTRACT

Relevant aspect within the scope of arbitration, which involves the alternative exercise of jurisdiction, regarding the role of the State, is precisely its relationship with the public system of justice administration. Among the topics that fall within the scope of analyzing this relationship is the controversy concerning the arbitrator's adherence to judicial precedents, primarily due to certain reasonably established dogmatic paradigms regarding the arbitrator's role (e.g., non-subordination to the hierarchical structure of the Judiciary). Thus, the study was divided into three cores. First, an attempt was made to establish fundamental assumptions regarding the contingencies (historical and normative) that shape the understanding of the institution of arbitration in Brazil, especially concerning its central "paradigms," namely the perspective of an intensification in the search for suitable and alternative methods of dispute resolution, as well as the notion that arbitration has as one of its fundamental principles the autonomy of private will - paradigms that, together, contribute to the consolidation of characterizing arbitration as a sort of separate procedural "subsystem," to a large extent detached from the statutory elements of the legal system connected to the State. In the second stage of reflection, attention was turned to the contrast between the two major Western legal traditions (civil law and common law), in order to clarify the predominantly adopted position by the national legal community regarding the legal nature of judicial precedents, especially their position within the structure of legal sources of law. Finally, in the third stage, an extensive overview of the debates within the doctrine of arbitration was attempted regarding the (dis)connection between the arbitrator and the precedents issued by the State Courts. Moreover, an effort was made to position the assumptions adopted by the Hermeneutical Critique of Law (HCL) - a theoretical framework developed by Lenio Streck - within this debate, presenting a comprehensive proposal of the meaning of the binding nature of the judicial agent to past political decisions - regardless of the form in which they are expressed, but with a special focus on binding precedents - according to the paradigm of the Rule of Law and the rejection that it opposes to the perspective that the source of legal authority (and consequently, of judicial precedents) rests on a formal hierarchy criterion among actors endowed with jurisdictional powers. Finally, the possibility of challenging an arbitral award that fails to comply with a binding precedent expressly raised by one of the parties to the arbitral proceedings was discussed in more depth, followed by a possible dialogue between the assumptions of HCL and the thesis of "conscious disregard of a binding precedent" advocated by Guilherme Rizzo Amaral.

**Keywords:** Arbitration. Precedents. Legal Hermeneutics. Hermeneutical Critique of Law. Rule of Law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>1 O INSTITUTO: (RE)NASCIMENTO DA ARBITRAGEM NO CONTEXTO BRASILEIRO – SEUS FUNDAMENTOS PARADIGMÁTICOS E CONCEITUAIS ...</b>	<b>16</b>
<b>1.1 Origens e consolidação institucional da arbitragem no Brasil.....</b>	<b>16</b>
<b>1.2 Paradigmas que alicerçam a compreensão a respeito da arbitragem no Brasil....</b>	<b>25</b>
1.2.1. Paradigma da autonomia privada e seus desdobramentos.....	27
1.2.2. Paradigma da “fuga” do Poder Judiciário e busca por métodos adequados de resolução de conflitos .....	43
<b>1.3. Noções conceituais necessárias .....</b>	<b>54</b>
1.3.1 A natureza jurídica da arbitragem e sua relação com o Código de Processo Civil .....	55
1.3.2 Convenção de arbitragem e a possibilidade de escolha do direito aplicável pelas partes.....	66
1.3.3 Sentença arbitral, hipóteses para a sua anulação e um panorama geral a respeito da possibilidade de anulação da sentença arbitral doméstica por error in iudicando.....	73
<b>1.4. Conclusões parciais .....</b>	<b>82</b>
<b>2 A IDEIA: PRECEDENTES JUDICIAIS .....</b>	<b>84</b>
<b>2.1 A tradição jurídica romano-germânica e a noção de jurisprudência.....</b>	<b>85</b>
<b>2.2 A tradição jurídica do common law e a doutrina do stare decisis .....</b>	<b>101</b>
<b>2.3 Precedentes no Brasil e as críticas da CHD .....</b>	<b>121</b>
<b>2.4 Conclusões parciais .....</b>	<b>143</b>
<b>3 UM ARGUMENTO: A NATUREZA DA VINCULAÇÃO DO ÁRBITRO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS À LUZ DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO.....</b>	<b>145</b>
<b>3.1. A tese da vinculação no debate interno à doutrina arbitralista .....</b>	<b>145</b>
<b>3.2. O ‘sentido da vinculação’ a um precedente judicial, a partir do paradigma do Estado de Direito e do dever de garantia a uma “resposta constitucionalmente adequada”.....</b>	<b>162</b>
<b>3.3. A possibilidade de reconhecimento da quebra do dever de fundamentação e de adstrição ao direito eleito pelas partes, na desconsideração consciente de um precedente judicial (“conscious disregard of binding precedent”).....</b>	<b>179</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>195</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>201</b>

## INTRODUÇÃO

A investigação a respeito da vinculação dos tribunais arbitrais aos precedentes judiciais, em especial os advindos das Cortes Superiores<sup>2</sup>, tem como pressuposto básico a necessidade de resolver-se duas grandes questões: (i) a natureza vinculante dos precedentes em si – no ordenamento jurídico brasileiro; e (ii) a verificação dessa vinculação quando analisada a atividade judicante do árbitro – tido como um ente dotado de poderes jurisdicionais, i.e., “juiz de fato e de direito”, mas que não se insere, em termos hierárquicos e funcionais, na estrutura do Poder Judiciário. Apenas respondendo às perguntas “são os precedentes judiciais normas jurídicas vinculantes? Se sim, por que e como esse fundamento se aplica à posição do árbitro?” é que a exploração pode ser considerada satisfatória.

Diante dessas questões, inúmeros desdobramentos acabam tendo de ser enfrentados. Um dos primeiros aspectos de enfrentamento diz respeito à própria arbitragem em si. Nessa linha, parece correto afirmar que o instituto da arbitragem está diretamente relacionado com dois grandes “paradigmas históricos”: de um lado, pode-se afirmar com segurança que o desenvolvimento e florescimento da arbitragem está intimamente conectado com o próprio desenvolvimento da ideia de autonomia privada; de outro, verifica-se um recrudescimento contemporâneo da busca por métodos adequados de resolução de disputas aparte do ferramental do Estado – no Brasil, um fenômeno comumente denominado de “Crise do Poder Judiciário”, a qual não deixa de se inserir em uma crise mais ampla da própria ideia de “Estado Moderno” ou de “Modernidade tardia”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> De pronto, é absolutamente relevante pontuar que o presente estudo versa a respeito das arbitragens doméstica e de direito – desconsiderando-se, nos limites objetivos da investigação, as implicações dos precedentes judiciais nas arbitragens internacionais ou por equidade. No entanto, essa exclusão se dá antes por razões metodológicas de delimitação temática, do que propriamente por uma impossibilidade – segundo os pressupostos do estudo – de se defender uma vinculação dos Tribunais Arbitrais, em julgamentos por equidade, ou mesmo das arbitragens internacionais, aos precedentes das Cortes Superiores, fundamentalmente se consideradas como premissas (i) a necessidade de que mesmo a arbitragem por equidade e/ou internacional, respeite(m) preceitos normativos de ordem pública; e (ii) a natureza não compulsória do afastamento do direito em arbitragens por equidade. A esse respeito, as considerações de Carlos Alberto Carmona: “Pelo que se viu, pode o árbitro, autorizado a julgar por equidade, decidir em sentido contrário aquele indicado pela lei posta, o que não quer dizer que deva ele necessariamente julgar afastando o direito positivo. Em outros termos, se a aplicação da norma levar a uma solução justa do conflito, o árbitro a aplicará, sem que isto possa ensejar qualquer vício no julgamento. Ao conceder poderes para julgar por equidade, não podem as partes esperar que obrigatoriamente o árbitro afaste o direito positivo, o que configura mera faculdade [...]” (CARMONA, Carlos A. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. p. 66). Para considerações específicas sobre o efeito limitador da ordem pública em arbitragens de equidade – em especial no âmbito das arbitragens internacionais – ver: VALLE, Martim Della. **Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional**. 2009. Tese (Doutoramento) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

<sup>3</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 111 e segs.

A partir da consideração do primeiro paradigma, quer-se defender que a liberdade que funda a arbitragem é uma liberdade de autodeterminação, ideia da qual se deriva uma noção de “sujeitar-se, por vontade expressamente manifestada, a vontade do direito”, mas não uma ideia de “desgarramento” das partes com relação ao direito – tanto assim sendo que a escolha das partes quase sempre é direcionada a um ordenamento jurídico consolidado, e não às regras de experiência ou equidade. Por conseguinte, o árbitro está vinculado à vontade das partes tanto e na mesma medida em que está vinculado a um direito autônomo e com exigências próprias.

No que diz respeito ao segundo paradigma, por meio da sua análise, buscar-se-á defender a posição de que a arbitragem – e outros métodos de resolução de disputas – não equivale a uma fuga da institucionalidade do direito e suas exigências, mas representa um movimento pragmático associado à busca por um espaço livre de formalidades excessivas – o que não se confunde propriamente com a busca por “uma linguagem privada de direitos”. Por isso, entende-se que a ideia de “sistema arbitral” é uma ideia incapaz de responder à pergunta envolvendo os precedentes judiciais, porquanto a autonomia desse sistema é uma autonomia de forma – envolvendo “como o direito será servido” e não “o que o direito exige em termos substantivos para que se considere servido”.

Esses paradigmas, bem compreendidos, levam a uma melhor compreensão das categorias internas ao instituto em questão – ao menos é o que se acredita –, notadamente no que diz respeito a alguns pontos. À natureza jurídica da arbitragem como meio jurisdicional de resolução de controvérsias; à convenção de arbitragem, como formalização da vontade das partes de se sujeitarem à arbitragem e escolherem o direito ao qual a relação jurídica dessas estará sujeita; com relação à própria “missão do árbitro”, aceita por meio do denominado “contrato de investidura” ou “termo de arbitragem”; e a respeito da própria natureza da sentença proferida pelo árbitro – e sua irrecorribilidade.

Após a análise desses dois paradigmas e de questões específicas – de ordem conceitual principalmente – envolvendo as categorias próprias do instituto da arbitragem, passa-se, na segunda etapa do estudo, à análise da figura dos precedentes. No âmbito desse enfrentamento da caracterização da ideia de “precedente vinculante”, o objetivo seria esclarecer os fundamentos da própria noção de “vinculação às decisões pretéritas”; como essa prática se desenvolveu – e se desenvolve – em tradições jurídicas distintas, para, na sequência, apresentar o “estado d’arte” no Brasil e as perspectivas doutrinárias que buscam enfrentar o tema da vinculação dos árbitros aos precedentes das Cortes Superiores.

Ao final, na terceira parte do estudo, o objetivo seria apresentar a vinculação sob a seguinte perspectiva: precedentes judiciais fazem parte do direito considerado como “fenômeno

interpretativo”, de modo que não há processo de compreensão a respeito das “exigências” que o direito impõe (direitos, deveres e obrigações) que não perpassa, necessariamente, a consideração daquilo que “os que vieram antes” disseram sobre o conjunto de fragmentos de regras e princípios que o compõem. Essa necessidade de retorno aos precedentes – como apenas uma parte do processo interpretativo de busca das “exigências do direito” –, não decorre da autoridade das Cortes Superiores como tais, mas da própria “missão do árbitro” como juiz vinculado à vontade do direito.

Nesse contexto, pouco importa a diferença semântica entre “estar vinculado ao precedente” ou “dever observar o precedente”. O árbitro tem o mesmo compromisso de examinar os fragmentos de normas que compõem o direito posto – o que envolve o cotejo daquilo que se disse sobre esses fragmentos. No fim da sua tarefa, pode o árbitro entender que o direito, bem compreendido, teria demandado uma resposta diferente daquela que foi entregue pelas Cortes do Estado. Todavia, a sua postura não deve ser tida como a de um sujeito livre das conclusões oferecidas por essas Cortes – deve ele enfrentá-las e, se for o caso, superá-las, mas nunca as tratar como se não fizessem parte do fenômeno interpretativo a que se chama “direito”.



## 1. O INSTITUTO: (RE)NASCIMENTO DA ARBITRAGEM NO CONTEXTO BRASILEIRO – SEUS FUNDAMENTOS PARADIGMÁTICOS E CONCEITUAIS

Apresentada a “síntese da demanda”, passa-se ao enfrentamento do “mérito” da disputa. Inicialmente, é forçoso reconhecer que toda incursão hermenêutica sobre um determinado objeto apresenta como desafio inicial a delimitação, ao mesmo tempo necessária e suficiente, dos contornos históricos que atravessam o objeto interpretado. No caso presente, tem-se como cerne de análise o instituto da arbitragem no Brasil e a dinâmica verificada entre os Tribunais Arbitrais ante os precedentes judiciais produzidos pelas Cortes do Poder Judiciário. Assim, como ponto de partida, a relação histórico-institucional entre o Superior Tribunal de Justiça e a arbitragem parece-nos um fio condutor que, a um só tempo, mantém no horizonte desta reflexão a relação entre as Corte Superiores e a arbitragem, bem como permite, como resultado, a sinalização dos eventos envoltos à consolidação desse instituto em nossa prática jurídico-institucional<sup>4</sup>.

### 1.1 Origens e consolidação institucional da arbitragem no Brasil

O Superior Tribunal de Justiça foi instalado no dia 7 de abril de 1989, data em que extinto o primevo Tribunal Federal de Recursos<sup>5</sup>. A recém-instalada Corte Superior, no dia 24 de abril de 1989, viria a proferir sua primeira decisão (Petição n.º 1<sup>6</sup>), a qual – curiosamente, para aqueles que creem em obras do acaso – atinente a um deferimento de medida cautelar em

---

<sup>4</sup> Todavia, vale consignar marginalmente que o instituto da arbitragem é, no Brasil, muito anterior à instalação e início dos trabalhos do Superior Tribunal de Justiça e mesmo a própria Constituição de 1988, tendo tido, em dado momento da história, até mesmo natureza obrigatória para determinadas relações jurídicas: “O instituto [...] já estava presente em nossa primeira Constituição, a Constituição do Império de 1824. O artigo 160 do mencionado diploma constitucional já estabelecia que nas causas cíveis as partes poderiam nomear ‘Juizes Árbritos’, cujas sentenças poderiam ser executadas sem recurso, se assim convencionassem as partes. Posteriormente, são identificadas referências ao instituto quando da edição da Lei n.º 108, 11.10.1837 ao ser regulamentado o juízo arbitral para controvérsias relativas aos contratos de locação de serviços. Anos mais tarde, quando da edição do Código Comercial do Império do Brasil, em 1850, vieram disciplinadas algumas disposições acerca da arbitragem e das circunstâncias em que esta se fazia obrigatória, determinando a sua aplicação para as situações referentes à locação mercantil [...] às sociedades comerciais [...] e aos seguros marítimos [...]”. (FIORAVANTTI, Marcos Serra Neto. **A arbitragem e os precedentes judiciais**: observância, respeito ou vinculação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 71-72).

<sup>5</sup> SURGE o STJ. In: Superior Tribunal de Justiça, institucional, história. Brasília [S.I. 2023]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/Surge-o-STJ>. Acesso em: 3 abril. 2023.

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **PET n.º 1**. Medida cautelar em recurso especial (regimento do STF, art. 21-V c.c. o art. 304, do TFR, art. 33-VI, e ato regimental n.º 1 do STJ, art. 24, parágrafo único). Sua determinação pelo Relator, em caso de urgência, *ad referendum*. Homologação pela Turma. Terceira Turma. Requerente: Confecções Renebê Ltda.. Requerido: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator Ministro Nilson Naves, 29 de maio de 1989. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=198900070630](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=198900070630). Acesso em: 4 mar. 2023.

recurso especial, cujos fatos que a atravessavam diziam respeito a busca pela concessão de uma “concordata preventiva”<sup>7</sup>.

Dois dias antes, em 22 de abril daquele ano, chegaria às portas da Corte o primeiro recurso especial (REsp n.º 1/SP<sup>8</sup>); no seio desse, travou-se debate a respeito da natureza *ultra vires societatis* das disposições lavradas em escritura de doação que albergava ações de sociedade anônima, limitando-se os efeitos de tais disposições em deliberações sociais – especificamente envolvendo o aumento do capital social, à luz do art. 171 da LSA<sup>9</sup>.

Anos mais tarde, o Ministro Evandro Gueiros Leite, primeiro presidente da Corte e precisamente aquele responsável pela relatoria e desenho do voto-condutor no julgamento do REsp n.º 1, viria a publicar nos anais doutrinários do Superior Tribunal texto intitulado “*Arbitragem no Superior Tribunal de Justiça e sua Internacionalização*”, no âmbito do qual teceu considerações primorosas a respeito do REsp n.º 616/RJ, “[*decisão*] que inseriu o Brasil no sistema de arbitragem internacional”<sup>10</sup>. Nas palavras de Gueiros Leite:

[...] embora muito se tenha escrito sobre cláusula compromissória, compromisso e arbitramento, não foi sequer lembrada a decisiva influência da decisão do STJ, ao reconhecer a validade da cláusula compromissória em contrato comercial internacional, antecipando-se à Lei n. 9.307/1996, que só depois embutiu na “convenção de arbitragem” a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, mas revogou os arts. 1.072 a 1.102, do CPC, e 1.037 a 1.048, do Código Civil de 1916, livrando a “amplitude da vontade das partes das amarras do processo estatal”<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> É de valor pontuar que muito se tem debatido a respeito da dinâmica envolvendo a arbitragem e os institutos de recuperação judicial e falência. Ver: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e Insolvência. In WALD, Arnaldo (Org.), **Doutrinas Essenciais – Direito Empresarial**, 1ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, vol. VI, pp. 819-844; PINTO, José Emílio Nunes. Arbitragem na recuperação de empresas confidencialidade na arbitragem. **Revista de arbitragem e mediação**. ano 2, n.7 (out/dez. 2005). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 79-100.

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 1**. Recurso especial. Sociedade anônima. Autonomia das deliberações assembleares. As deliberações societárias são autônomas e soberanas, não sujeitas a atos praticados *ultra vires societatis*, isto é, atos não razoavelmente vinculados à sociedade. A preferência para o aumento do capital não pode ser levada além do seu raio de ação, para assim apiar o privilégio legal e isso por força de simples acordo ou negócio feito entre acionistas. Negativa de vigência do art. 171, Lei 6404/76 [...]. Terceira Turma. Recorrente: Nello Morganti S/A Agropecuária e outros. Recorrido: Ivo Morganti - Espólio e outros. Relator Ministro Gueiros Leite, 22 de maio de 1989. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=198900077341](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=198900077341). Acesso em: 4 mar. 2023.

<sup>9</sup> BRASIL. **Lei n.º 6.404** de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, 1976. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm). Acesso em: 22 nov. 2022.

<sup>10</sup> LEITE, Evandro Gueiros. Arbitragem no Superior Tribunal de Justiça e sua internacionalização. **Publicações institucionais: doutrina: edição comemorativa de 20 anos**, 2009, Brasília, Superior Tribunal de Justiça, p. 188. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/dout20anos/article/view/3422/3546>. Acesso em: 3 abr. 2023.

<sup>11</sup> LEITE, Evandro Gueiros. Arbitragem no Superior Tribunal de Justiça e sua internacionalização. **Publicações institucionais: doutrina: edição comemorativa de 20 anos**, 2009, Brasília, Superior Tribunal de Justiça, p. 195.

Hoje, mais de década passada da instalação do STJ e da própria promulgação da Lei de Arbitragem brasileira, muito ainda se debate a respeito da vinculação dos tribunais arbitrais aos precedentes das Cortes de Justiça do Estado – em especial das Corte Superiores. Em todo caso, os eventos ora referidos revelam um contraste histórico sobremaneira interessante: se, por um lado, os dois primeiros passos do Superior Tribunal envolveram o enfrentamento de questões de alta relevância técnica sobre temas de direito comercial/societário; por outro, a partir do renascimento da arbitragem no Brasil, esse mesmo ramo do direito – e os agentes econômicos mais expressivos que dele dependem para regulação de suas atividades e relações contratuais – tem, aos poucos, “saído pelas portas dos fundos”, adentrando às Câmaras de Arbitragem por questões sobremaneira de eficiência econômica, em um movimento, diga-se, que de fato pode e deve ser incentivado.

Ainda assim – e as considerações do Ministro Relator do primeiro Recurso Especial assim demonstram – a história do STJ e do desenvolvimento da arbitragem, estão umbilicalmente conectados. O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino<sup>12</sup>, por sua vez, em análise objetiva desse caminhar conjunto da arbitragem e da Corte Superior, estabelece uma divisão dessa história em três principais períodos – baseados na evolução jurisprudencial da Corte em contraste com três marcos legislativos: (i) período de incipiência, anterior à Lei de Arbitragem de 1996; (ii) período da desconfiança inicial, imediatamente posterior à promulgação do referido diploma legal; e, por fim, (iii) período da superação da desconfiança e do aporte de contribuições conceituais<sup>13</sup>, posterior à Emenda Constitucional n.º 45/2004. Nas palavras do Ministro:

No primeiro período, a partir da criação do STJ pela CF/88, encontram-se poucas decisões, mas bastante interessantes acerca da arbitragem, merecendo destaque dois acórdãos de 1990 e 1991 em que se discutiam irregularidades formais, que foram superadas, com fundamento no art. 244 do CPC/73, por

---

Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/dout20anos/article/view/3422/3546>. Acesso em: 3 abr. 2023.

<sup>12</sup> Nos dias durante os quais este trabalho foi escrito, recebeu-se a notícia do falecimento do E. Ministro Sanseverino (08/04/2023), pelo que se deixa registrada nota de pesar.

<sup>13</sup> Um dos elementos conceituais e normativos envolvidos ao instituto e que foi – e ainda é – objeto constante de lapidação hermenêutica pela Corte Superior é o denominado “princípio *kompetenz-kompetenz*”: “Em 12 de dezembro de 2017, o STJ novamente reforça o instituto da arbitragem ao reconhecer a preponderância do princípio *kompetenz-kompetenz*, de modo que o árbitro tem a primazia sobre o Poder Judiciário para resolver questões relacionadas acerca da existência, validade e eficácia da própria convenção de arbitragem e de seu respectivo instrumento contratual. Segundo o Ministro Relator Villas Bôas Cueva: Em assim o fazendo, a competência do juízo arbitral precede, em regra, à atuação jurisdicional do Estado para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A sentença arbitral produz entre as partes envolvidas os mesmos efeitos da sentença judicial e, se condenatória, constitui título executivo. Além disso, tão somente após a sua superveniência é possível a atuação do Poder Judiciário para anulá-la, nos termos dos artigos 31, 32 e 33 da Lei 9.307/1996” [...]” (ORENGA, Danilo. **Arbitragem e Precedentes Judiciais**. Portugal: Grupo Almedina, 2023. p. 28).

terem os atos atingido a sua finalidade. [...] O segundo período, iniciado com a edição da Lei n.º 9.307/96, de 23/09/1996, regulamentando a arbitragem, é claramente um período de desconfiança e ceticismo com o instituto por parte dos operadores do Direito em geral, com reflexos na jurisprudência dos tribunais superiores. Exemplo claro desse sentimento inicial foi a discussão travada, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), acerca da própria constitucionalidade da lei de arbitragem. [...] A terceira fase, em que esse quadro de desconfiança e ceticismo se mostra plenamente superado, foi iniciada a partir da edição da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que, alterando o art. 105 da CF/88, atribuiu ao STJ a competência para homologação das sentenças arbitrais estrangeiras. Nota-se claramente um aprofundamento maior da jurisprudência do STJ no exame da arbitragem, denotando uma maior confiança e simpatia pelo instituto. O curioso nesse período de “namoro” do STJ com a arbitragem é o desenvolvimento de uma jurisprudência conceitual acerca dos principais institutos afetos à arbitragem. [...] Em função dessa mudança de postura, o Professor holandês Albert Jan van den Berg, uma das maiores autoridades do mundo em matéria de arbitragem, em palestra no Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2013, fez um elogio contundente ao nosso Direito: “O Brasil tornou-se, nos últimos dez anos, o melhor aluno da classe em matéria de arbitragem<sup>14</sup>.”

Embora precisas, as considerações históricas apresentadas pelo Ministro mencionado não tornam prescindível reconhecer que o caminho até a criação e desenvolvimento de uma “jurisprudência dos conceitos” da arbitragem, no seio do Superior Tribunal de Justiça, não foi senão um fenômeno de superação de obstáculos desafiadores – notadamente entre o primeiro e segundo período referido acima. Em suma, as principais dificuldades enfrentadas decorriam da própria legislação positiva, que, embora previsse a possibilidade de as partes se submeterem à arbitragem, deixava de prestigiar e favorecer a utilização corriqueira, pelos agentes econômicos, do instituto, o que colocava a arbitragem em uma situação de quase pleno desuso. Pontua-nos, a esse respeito, Carlos Alberto Carmona, um dos idealizadores do anteprojeto da Lei de Arbitragem vigente:

Para compreender o alcance da Lei de Arbitragem, é preciso fazer, antes de mais nada, uma retrospectiva, que revele os obstáculos que o Código de Processo Civil de 1973 criava à utilização do mecanismo que agora floresce. [...] Basicamente, eram dois os grandes obstáculos que a lei brasileira criava para a utilização da arbitragem: em primeiro, o legislador simplesmente ignorava a cláusula compromissória (o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973 não exibiam qualquer dispositivo a esse respeito); ao depois, o diploma processual, seguindo a tradição de nosso direito, exigia a homologação judicial do laudo arbitral. [...] a doutrina e a jurisprudência praticamente transformaram o pacto de *contrahendo* (cláusula compromissória) em verdadeiro *pactum nudum*, contribuindo para que os agentes do comércio (especialmente os agentes do comércio internacional) abandonassem a escolha da solução arbitral de controvérsias no Brasil. Quanto

---

<sup>14</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Prefácio. SESTER, Peter Christian. **Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. pp. 19-26.

à obrigatoriedade de homologação do laudo arbitral para que este passasse a produzir os mesmos efeitos da sentença estatal, alinhava-se o legislador (civil e processual) ao que havia de mais antigo e ultrapassado na matéria. Evidentemente, as partes, ao optarem pela solução arbitral, querem evitar toda e qualquer interferência do Poder Judiciário, mesmo que a posteriori. A necessidade de apresentar-se o laudo ao juiz togado para o exequatur retirava várias das vantagens do instituto: o segredo, que costuma cercar a arbitragem, desaparecia; o custo, que as partes querem ver reduzido, sofria acréscimo considerável; e, por fim, a celeridade, que deve caracterizar a arbitragem, ficava prejudicada, já que a morosidade do procedimento homologatório (sujeita que estava a sentença de primeiro grau ao recurso de apelação, aliado à possibilidade de recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, interponível sob a alegação de violação ao Código de Processo Civil) faria perdurar a demanda por alguns anos<sup>15</sup>.

Consoante observa-se a partir das considerações lançadas por Carmona, antes de o Brasil se tornar o “melhor aluno da sala”, tal como ponderado por Albert Jan van den Berg, o Código de Processo Civil de 1973 impunha, em verdade, absoluta inoperância ao instituto no contexto prático<sup>16</sup>, a partir dos dois aspectos salientados por Carmona: (i) a exigência de homologação judicial da sentença proferida pelo árbitro e (ii) a inexecutoriedade específica da obrigação estabelecida pela convenção de arbitragem, vista como uma “mera promessa de arbitrar” (*pactum nudum*) e não como uma “obrigação de arbitrar”, de maneira que, caso descumprida pela parte por meio de comportamentos recalcitrantes à instauração do procedimento, redundava em pretensão de perdas e danos de difícil liquidação.

A resposta sólida e definitiva veio, então, por meio da denominada “Operação Arbiter” (1991) – uma iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, apoiado por inúmeras associações e entidades da sociedade civil interessadas em fazer florescer a arbitragem no país<sup>17</sup>. Ainda que

<sup>15</sup> CARMONA, Carlos A. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. pp. 4-5.

<sup>16</sup> “Na verdade, a sistemática arbitral regulada pelo revogado Código de 1973 era muito pior do que os mecanismos oferecidos pelo Poder Judiciário à solução dos conflitos, a ponto de influenciar (negativamente) o espírito dos jurisdicionados que, em quase absoluta unanimidade, “optavam” pela justiça estatal, sobretudo porque, mesmo se optassem pelo juízo privado, não conseguiriam escapar da carcomida máquina estatizante, na medida em que, em último termo, necessitariam da homologação judicial do então denominado “laudo arbitral”. Outro aspecto desfavorável à utilização da arbitragem no sistema do Código de Processo Civil de 1973 era a ineficácia obrigacional de observância da cláusula compromissória; em que pese fosse estipulada livremente entre as partes contratantes, não assumia qualquer feição impositiva, tendo em vista que havia um distanciamento abismal entre o compromisso arbitral a instituir o regime da arbitragem e a cláusula em si mesma”. (JR., Joel Dias F. **Arbitragem**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. p. 36).

<sup>17</sup> “Percebeu-se que a iniciativa para alteração radical do Código de Processo Civil não haveria de partir de setores governamentais, mas deveria emergir da própria sociedade, através das categorias mais interessadas em fazer romper as teias em que se achava enredado o instituto da arbitragem no Brasil. Foi assim que, por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, no final de 1991, lançou-se a Operação Arbiter, exatamente com o intuito de fazer discutir o instituto abandonado, elaborando anteprojeto de lei que, unindo a experiência prática aos conhecimentos científicos, pudesse preencher os anseios daqueles que precisam de um meio alternativo eficaz e célere para a solução de controvérsias. O convite do Instituto Liberal – cuja iniciativa foi apoiada, desde logo, pela Associação Comercial de São Paulo e promovida pela Associação dos Advogados de Empresa de Pernambuco – foi aceito por diversas entidades, entre elas pela FIESP e pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, a ele

tenha representado uma iniciativa ampla de setores variados da comunidade jurídica e agentes de mercado, quatro nomes se sobressaíram no contexto da elaboração do anteprojeto da LAB: Petrônio Muniz – na posição daquele que verdadeiramente “idealizou e operacionalizou”<sup>18</sup> ao movimento –, Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro B. Martins, os três principais responsáveis pelos estudos e redação que resvalou no anteprojeto<sup>19</sup>.

Dos esforços de vários, mas principalmente desses, sobreveio a LAB e uma nova oportunidade para o desenvolvimento da arbitragem no Brasil; as suas inspirações, por sua vez, seriam principalmente três<sup>20</sup>: (i) anteprojetos anteriores, de 1981 e 1986; (ii) a lei de arbitragem espanhola de 1988; e, no plano normativo internacional, (iii) a Lei Modelo sobre Arbitragem

---

aderindo também professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, da Faculdade de Direito Candido Mendes (Rio de Janeiro), representantes de grandes escritórios de advocacia de São Paulo e do Rio de Janeiro, para mencionar apenas alguns. Em 5.11.91, iniciados os trabalhos para a elaboração do anteprojeto de lei, foi constituído um grupo de trabalho (comissão relatora), para apresentação do texto até o dia 9.12.91”. CARMONA, Carlos A. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. p. 10.

<sup>18</sup> CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. **20 Anos da Lei de Arbitragem**: Homenagem a Petrônio R. Muniz. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2017. p. xi.

<sup>19</sup> “[...] estou convencido de que o sucesso de instituições e organizações não depende tanto de estruturas de governança altamente sofisticadas e regras complexas e detalhadas, mas sim de personalidades, sobretudo da mistura certa de personalidades que estão à frente do desenvolvimento e implementação de projetos institucionais e organizacionais. Portanto, vale lembrar o perfil daqueles que elaboraram o projeto da Lei de Arbitragem, em 1991 e 1992, e que sempre empenharam seus esforços em alçar a arbitragem como instituto de Direito no Brasil: Selma Ferreira Lemes, Pedro Batista Martins e Carlos Alberto Carmona. Todos completaram a graduação em Direito no meio dos anos 1970, em universidades estaduais de primeira linha: Universidade de São Paulo (USP) e Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). [...] Carmona era o mais acadêmico e havia recentemente terminado o doutorado na USP, tendo defendido a tese sobre o tema da “Arbitragem no Código de Processo Civil Brasileiro”. Selma Ferreira Lemes era, à época, a diretora do departamento da FIESP, e havia recentemente retornado de um estágio na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI – em Paris. O único carioca ao lado dos paulistas [...] era Pedro Batista Martins, o então chefe do departamento jurídico da Texaco do Brasil S.A. [...]” (SESTER, Peter Christian. **Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 39).

<sup>20</sup> CARMONA, Carlos A. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. p. 11.

Comercial da UNCITRAL, a Convenção de Nova Iorque<sup>21</sup> e a Convenção do Panamá<sup>22</sup>, ambas envolvendo o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Importa salientar que a ratificação da indigitada Convenção de Nova Iorque se daria apenas em 2002 – quase uma década após a entrada em vigor da LAB –, graças à resistência catedrática de relevantes nomes da comunidade jurídica e política brasileira de outrora<sup>23</sup>, o que significa que a LAB, em verdade, antecipou essa internalização, pelo ordenamento jurídico brasileiro, dos padrões normativos da Convenção. Em todo caso, essa ratificação foi de suma relevância, fundamentalmente como atrativo, em favor do Brasil, para os “players do mercado internacional”<sup>24</sup>.

Prosseguindo, a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a Constitucionalidade da Lei de Arbitragem Brasileira pode ser tida como um segundo marco normativo<sup>25</sup> – após a entrada em vigor da LAB – da história institucional recente envolvendo a consolidação do instituto da arbitragem no Brasil. Naquela oportunidade, foram suscitadas

---

<sup>21</sup> “A Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, referida comumente como Convenção de Nova Iorque, de 1958, foi animada pelo desejo de facilitar a circulação internacional de decisões proferidas por tribunais arbitrais. A ideia do instrumento era conferir maior eficácia às cláusulas compromissórias firmadas e tornar mais efetivas as decisões proferidas em procedimentos arbitrais. Para este fim, a convenção estipula, em rol que se pretendeu taxativo, os casos em que não se devem homologar laudos arbitrais estrangeiros, nítido esforço para uniformizar a disciplina da matéria. A ampla adesão à convenção – que conta atualmente com 156 Estados-partes<sup>4</sup> – revela o sucesso do empreendimento. Contudo, não é correto afirmar que houve uniformização completa da matéria. A razão é simples: a convenção não cuida de maneira exaustiva de todos os aspectos relacionados ao consentimento das partes. Sem prejuízo da existência de outros aspectos importantes, a aferição da vontade de submissão à arbitragem envolve a análise (i) da forma pela qual o consentimento deve ser expresso; (ii) da capacidade das partes que consentiram; e (iii) da extensão do consentimento aposto [...]” (ALBUQUERQUE, Felipe; TIBURCIO, Carmen. *Convenção de nova york e a lei de arbitragem: algumas considerações sobre a lei aplicável ao consentimento das partes*. In: CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. **20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2017. p. 672).

<sup>22</sup> SANTANA, Renata Duarte de. Estudos comparativos dos tratados internacionais e protocolos ratificados pelo Brasil relativamente à arbitragem. In: **Aspectos práticos da arbitragem**. Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 336-349; ZANELATO, Thiago Del P. **A internacionalidade da arbitragem à luz do Direito brasileiro**. Portugal: Grupo Almedina (Portugal), 2021. p. 222 e segs.

<sup>23</sup> “Hildebrando Accioly recomendou a ratificação da Convenção, mas unicamente sob a condição da reserva de que o Brasil poderia continuar a seguir a doutrina da dupla *exequator*, a preocupação era que a arbitragem internacional causasse um risco para a soberania nacional. A reserva recomendada por Accioly teria tornado a ratificação da Convenção de Nova York inútil na prática, além de que tal reserva teria sido contrária ao próprio espírito da Convenção. [...] A resistência contra a arbitragem em geral e os pareceres desfavoráveis de Accioly paralisaram a ratificação da Convenção de Nova York durante as próximas quatro décadas [...]” (SESTER, Peter Christian. **Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 58).

<sup>24</sup> “A ratificação da Convenção de Nova York e a confirmação da constitucionalidade da Lei de Arbitragem foram pontos cruciais para o desenvolvimento da arbitragem no Brasil e no cenário internacional. A Convenção de Nova York representa um suporte essencial para os players do comércio internacional em seus conflitos em um cenário de sistemas jurídicos distintos e desprovidos de uma autoridade judiciária internacional, garantindo que as decisões proferidas no âmbito internacional sejam respeitadas pelas cortes nacionais. [...]” (ORENGA, Danilo. **Arbitragem e Precedentes Judiciais**. Portugal: Grupo Almedina, 2023. p. 23).

<sup>25</sup> Para uma análise detalhada e profunda das teses que foram analisadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da SE 5.206 AgR, ver: RICCI, Edoardo Flávio. **Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão – questões polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 19 e segs.

possíveis inconstitucionalidades de várias disposições da nova LAB (v.g. a possibilidade de substituição da vontade da parte recalcitrante quanto à instauração do procedimento arbitral por uma decisão judicial, precisamente o aspecto normativo salientado por Carmona como um dos principais empecilhos à “popularização” do instituto), mas, no todo considerado, o debate dizia respeito à possibilidade de compatibilização entre a garantia constitucional do art.º 5, inciso XXXV<sup>26</sup>, da Constituição Federal, e a inovadora – para a história da arbitragem no Brasil – equiparação positivada em Lei entre árbitro, juiz e suas sentenças, i.e., “*a completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial*”<sup>27</sup>.

Após ter sido reconhecida a constitucionalidade de todas as disposições da LAB – inclusive tendo restado unânime a conclusão quanto, por exemplo, à constitucionalidade da

---

<sup>26</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 nov. 2022).

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SE 5.206 AgR**. 1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). Tribunal Pleno. Agravante: M B V Commercial and Export Managemen Establishment. Agravado: Evandro Catunda de Clodoaldo Pinto e outros. Relator Ministro Sepulveda Pertence, 30 de abril de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 4 mar. 2023.



irrecorribilidade da sentença arbitral –, deu-se luz àquele que seria o último grande marco histórico do advento recente da institucionalização da arbitragem no Brasil e sua integração efetiva à prática jurídica cotidiana, qual seja, a primeira reforma da LAB, por força da Lei n. 13.129/2015. No que diz respeito a essa reforma, o que se verificou foi uma tentativa de modernização da arbitragem<sup>28</sup> que vinha se desenvolvendo consideravelmente nas décadas que sucederam a promulgação da LAB. Nesse sentido,

Quase 20 anos após a promulgação da Lei de Arbitragem, é que ocorreu sua primeira reforma por meio da Lei n. 13.129/2015, em vigor desde 25 de julho de 2015. Com isso, a Lei de Arbitragem foi modernizada, trazendo à realidade brasileira as boas práticas internacionais, como a possibilidade expressa de serem proferidas sentenças parciais de mérito, a possibilidade de as partes afastarem a restrição prevista em regulamento de instituição arbitral que limite a escolha do árbitro aos nomes constantes de sua própria lista de árbitros, formalmente abrindo o espectro de alcance da arbitragem. Citamos ainda, como exemplo, a expressa previsão da utilização da arbitragem para conflitos envolvendo a administração pública direta e indireta, cuja aplicação já vinha sendo defendida pela jurisprudência, a criação de dispositivo na Lei das Sociedades Anônimas (art. 136-A), que autoriza a inclusão de convenção de arbitragem no estatuto social, dentre outras providências. Vale apontar que o legislador, de forma acertada, manteve o escopo restrito das hipóteses de desconstituição da sentença arbitral às previstas nos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem<sup>29</sup>.

A Reforma, como se percebe, foi relevante sob vários aspectos, sendo um dos principais a previsão expressa da possibilidade de relações jurídicas contratuais envolvendo a administração pública direta e indireta serem levadas para julgamento perante um Tribunal Arbitral<sup>30</sup>. Além disso, destaca-se nesse processo de modernização um reflexo claro da hodierna intensidade com que se firmam parcerias entre entes privados e entes públicos<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> CAHALI, Francisco J.; RODOVALHO, Thiago; Alexandre. **Arbitragem**: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 22-26.

<sup>29</sup> ORENGA, Danilo. **Arbitragem e Precedentes Judiciais**. Portugal: Grupo Almedina, 2023. p. 26-27.

<sup>30</sup> Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações (BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 22 nov. 2022).

<sup>31</sup> “Em decorrência das particularidades presentes nas novas formas de parcerias firmadas entre a Administração e os particulares, notadamente o vulto e envergadura dos empreendimentos aos quais o Estado não pode dispensar a colaboração e o aporte de capital privado, procura-se flexibilizar a relação contratual, priorizando o equilíbrio de interesses das partes. Passa-se a dar maior relevo à igualdade de tratamento contratual, tal como no direito privado, sem com isso deixar de acatar as cláusulas exorbitantes, peculiares aos contratos administrativos. À luz desses novos paradigmas, escudados nos princípios jurídicos da igualdade, legalidade, boa-fé, justiça, lealdade contratual, do respeito aos compromissos recíprocos das partes, etc., a Administração é conduzida a perfilhar novos caminhos que busquem a solução de controvérsias de modo mais rápido e eficaz para as divergências que envolvam direitos patrimoniais disponíveis nos contratos administrativos e que gravitam em torno das cláusulas econômicas e

Tem-se, assim, a paisagem da história mais recente do renascimento e consolidação da arbitragem no Brasil; instituto fundado por um marcante processo de resistência – daqueles que, no passado, enxergavam a arbitragem como um verdadeiro retrocesso<sup>32</sup>, muito em função de uma errônea consideração pejorativa da circunstância de que, na arbitragem, as partes têm liberdade para escolha do direito aplicável<sup>33</sup> – e uma reação construtiva – que resultou na (modernizada) Lei de Arbitragem brasileira – cancelada, no que atine à sua constitucionalidade, pelo STF –, a qual tem por objetivo central estabelecer as condições e apagar os empecilhos ao constante e crescente desenvolvimento do instituto. Esse desenvolvimento, como visto, não passa ao largo do ofício das Cortes Superiores de tomarem decisões que contribuam para essa permanente consolidação.

## 1.2 Paradigmas que alicerçam a compreensão a respeito da arbitragem no Brasil

Nesta primeira etapa do estudo, uma vez tecidas considerações no âmbito do necessário recuo histórico, cumpre ainda esclarecer o conteúdo dos paradigmas que sustentam o instituto da arbitragem no Brasil, fundamentalmente porque – como se verá adiante – parte considerável das posturas contrárias à tese da vinculação dos tribunais arbitrais aos precedentes judiciais – ou mesmo aquelas que admitem tal vinculação, mas com ressalvas de variados graus e dimensões – assume o seguinte raciocínio.

A arbitragem representa prática derivada do princípio da autonomia privada, consubstanciada na derrogação, pela manifestação de vontade das partes, do exercício da tutela

---

financeiras (equilíbrio econômico-financeiro)”. (LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica**. São Paulo, Quartier Latin, 2007. p. 53 e segs).

<sup>32</sup> “O juízo arbitral é juízo primitivo, regressivo mesmo, a que pretendem volver, por atração psíquica a momentos pré-estatais, os ‘anarquistas’ de esquerda e os de alto capitalismo. Muitas vezes, simples expediente para obrigar a outra parte a aceitar justiça extra-estatal e impor aos titulares (mais fracos) das pretensões de direito material outro direito que realmente incidiu e regeu o caso. É arma efficacíssima do capitalismo tardio, eliminador da concorrência e da segurança extrínseca (da certeza sobre qual a lei que regeu e rege os negócios de cada um)” (MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo XV. Rio de Janeiro: Forense, 19777. p. 344).

<sup>33</sup> SESTER, Peter Christian. **Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 31.

jurisdicional pelo Estado<sup>34</sup> – inclusive resultando na abdicação do direito de recurso<sup>35</sup>. Desta feita, por tratar-se de um “subsistema autônomo”<sup>36</sup> e paralelo ao Poder Judiciário – i.e., sem deferência hierárquica a esse<sup>37</sup> –, a ideia de que o árbitro estaria vinculado a um precedente produzido precisamente pelo Estado e que, portanto, ao deixar observar tal precedente, a decisão do árbitro estaria sujeita a algum tipo de “remédio”, não encontraria correspondência nos fatores paradigmáticos que conformam o subsistema arbitral – a autonomia privada, de um lado; e uma espécie de “fuga” da institucionalidade do Poder Judiciário, de outro.

Em suma, percebe-se no rol geral de ressalvas dadas por parcela da doutrina quanto ao reconhecimento de algum grau de vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais, uma tentativa de preservar o florescimento do instituto na prática forense<sup>38</sup>. Indo além, o que se

---

<sup>34</sup> “[...] A eficácia negativa da convenção de arbitragem retira do Judiciário o poder jurisdicional para conhecer as questões que estejam nos limites da convenção de arbitragem celebrada pelas partes. O poder jurisdicional é transferido do juiz para o árbitro por previsão legal amparada em manifestação de vontade expressa e escrita das partes, ficando estas impedidas de utilizarem o Judiciário de modo unilateral. O Judiciário será dotado apenas de um juízo sumário de deliberação que o impede de analisar o mérito da sentença arbitral proferida que, justa ou injusta, prevalecerá, exceto se não preencher os requisitos formais previstos em lei ou contrária à ordem pública. O juízo do Judiciário acerca da sentença arbitral será de nulidade ou de anulação já que não haverá análise de mérito, sendo as partes encaminhadas a nova arbitragem para que as irregularidades sejam sanadas. Há clara subtração da jurisdição estatal em relação à análise do mérito das questões levadas à arbitragem”. [...] (GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4. São Paulo: Almedina, 2022. pp. 161-162).

<sup>35</sup> “[...] Cabe pontuar que a influência constitucional possui limites, sendo certo afirmar que “nem todos os princípios processuais constitucionais são aplicados na arbitragem”. Não por outra razão, mesmo admitindo o duplo grau de jurisdição como uma garantia constitucional dos litigantes (ao menos no processo estatal), é possível perceber na Lei de Arbitragem a “irrecorribilidade das sentenças arbitrais”, algo que comporta exceção apenas em caso de acordo entre as partes. A autonomia de cada sistema ajuda a explicar como a garantia fundamental do sistema estatal pode ser simplesmente ignorada pelo arbitral à luz das particularidades, onde seria mesmo considerada verdadeiro “retrocesso”. [...] (MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na Arbitragem**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 85).

<sup>36</sup> É fundamental, desde já, salientar que toda referência feita neste estudo à noção da arbitragem como sendo um “subsistema” tem em vista – explícita ou implicitamente – o ferramental conceitual da teoria dos sistemas, dentro das propostas de Niklas Luhmann, do qual se vale a própria doutrina arbitralista para o aprofundamento desse conceito – “sistema arbitral”: “Inicialmente, se observa no processo arbitral um fechamento operacional a ele muito próprio. O que se verifica nesse sistema é, por exemplo, a estipulação de um regime próprio aos atos processuais, forma de instituição, corriqueira aplicação de regras da instituição que administrará o processo, e delegação de poderes ao árbitro. A arbitragem produz ela própria instrumentos que a caracterizam de forma muito evidente e isso é facilmente visualizado tanto pela flexibilidade (adaptação) a ela inerente e aplicada em grau muito mais elevado se comparado ao processo estatal, como pela vontade das partes e árbitros na sua criação. [...] isso também impacta na autonomia, ou não sujeição, das partes e árbitros ao Judiciário estatal no que tange à aplicação do direito, determinando o fechamento operacional “quanto ao mérito, que os árbitros são soberanos, não estando vinculados a nenhum prévio juízo, principalmente de outro sistema processual” (MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na Arbitragem**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 83-84).

<sup>37</sup> “[...] Isto significa que não haverá contato do juiz togado com o mérito da causa submetida a juízo dos árbitros, sendo inviável o recurso ao Poder Judiciário. Seria nula de pleno direito a avença no sentido de submeter a revisão pelo Poder Judiciário a decisão proferida pelos árbitros, até porque não haveria competência funcional (hierárquica) para julgar tal recurso. A vontade das partes, é sintomático, não pode vincular a competência – de natureza constitucional – dos órgãos judiciais estatais. [...]” (CARMONA, Carlos A. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª edição**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012. p. 270)

<sup>38</sup> “[...] Acima se cogitou também a hipótese de ajuizamento da ação de desconstituição por desrespeito à convenção arbitral [em caso de inobservância de súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal] o que aqui se reitera, sempre com as devidas ressalvas que a prática impõe. É a hipótese de julgamento fora dos limites da

verifica é que há uma íntima ligação – no âmbito da argumentação daqueles que defendem a ausência de uma vinculação do tribunal arbitral aos precedentes judiciais – entre seus posicionamentos e uma compreensão específica dos alicerces do instituto da arbitragem em si mesmo considerado – quais sejam, as ideias de autonomia privada e da crescente busca por métodos adequados de resolução de conflitos que fujam da necessidade de contato com a jurisdição exercida pelo Estado.

Vale notar que o debate dogmático sobre a vinculação do árbitro aos precedentes é colocado pela doutrina de tal forma que convida reflexões que retornem ao princípio das coisas; i.e., que de fato apresentem um posicionamento sobre o significado dos paradigmas que conformam o instituto da arbitragem – para além de uma “monográfica” apresentação de “conceitos centrais”. Em outras palavras, não nos parece que a análise do tema da vinculação dos tribunais arbitrais às decisões proferidas pelo Poder Judiciário possa considerar como “auto evidente” o sentido de categorias como “autonomia privada” e “independência (sistêmica) da jurisdição arbitral com relação à jurisdição estatal”. Antes o contrário: a forma como o intérprete compreende tais paradigmas determinará, necessariamente, a natureza da resposta para a pergunta que é colocada no centro deste estudo. Por essa razão, é que, nesse primeiro momento, adentrar-se-á numa tentativa de “pactuação de sentidos” sobre o que se entende adequado quanto aos paradigmas/categorias delimitadas e que atravessam o núcleo do instituto jurídico “arbitragem”.

### 1.2.1. Paradigma da autonomia privada e seus desdobramentos

Na esteira da introdução acima apresentada, parece correto afirmar que existem conceitos que podem ter seus significados considerados como “auto evidentes”, por razões metodológicas, a depender da reflexão a ser realizada. Afinal, se todo conceito implicado em determinada reflexão – independentemente da sua importância argumentativa – fosse de necessária caracterização, nenhuma pergunta verdadeiramente relevante (que, por natureza, abarca em si inúmeras categorias de notável densidade) poderia ser respondida de forma

---

convenção, tais como, por exemplo, o julgamento com base em direito outro que não o eleito pelas partes, julgamento com base em lei revogada, ou mesmo na hipótese de julgamento com base em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Pensa-se que essas hipóteses podem dar ensejo ao questionamento judicial, mas apenas em situações patentemente excepcionais, o que aqui se ressalva justamente para não se colocar em risco a credibilidade da arbitragem e o uso desenfreado desses remédios por aqueles que, vencidos no procedimento arbitral, não se conformam com a decisão. [...]” (FIORAVANTTI, Marcos Serra Netto. **A arbitragem e os precedentes judiciais**: observância, respeito ou vinculação. 2017. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2017. pp. 135-136).

objetiva e “compreensível”, porquanto o intérprete se encontraria sempre sujeito a “retornos ao infinito”. Assim, consoante anunciado anteriormente, cumpre reconhecer que a afirmação de que a “liberdade” e a dita “autonomia privada”, representam importantes pilares da arbitragem, é composto do senso comum de boa parte das análises a respeito do instituto<sup>39</sup>. Em termos mais claros: toda reflexão envolvendo tal instituto parte do pressuposto de que tais categorias (liberdade e autonomia privada) importam, representando elementos fundantes da prática arbitral. No entanto, conforme assumiu-se, não nos parece adequado enfrentar o tema objeto deste estudo partindo da premissa de que tais conceitos tenham seu significado, *a priori*, claro; para além de assumir que a autonomia privada importa, para os fins desta pesquisa, nos soa necessário responder de que forma essas ideais – autonomia, liberdade e arbitragem – se relacionam. Há como, a partir da análise desse relacionamento, identificar razões para concluir pela vinculação do árbitro as decisões judiciais proferidas no seio do Poder Judiciário?

Desta maneira, começando pelo início – com perdão pela redundância –, é fundamental admitir que a ideia de liberdade e, por conseguinte, de autonomia privada, pode assumir inúmeros contornos e diversos conteúdos – não raras as vezes contrastantes entre si –,

---

<sup>39</sup> “[...] As partes exercem sua autonomia privada na arbitragem, primeiramente, ao decidir se querem ou não celebrar uma convenção de arbitragem [...] Firmar a convenção de arbitragem não é nada mais do que exercer a autonomia privada e responder, por conseguinte, à questão “contratar ou não contratar”, ou seja, “firmar convenção de arbitragem ou não firmar convenção de arbitragem (e se submeter, neste último caso, à solução perante o Poder Judiciário)”. A Lei de Arbitragem brasileira destaca este aspecto em dois dispositivos. Em primeiro lugar, logo no art. 1.º, a Lei prevê que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Ademais, o art. 3.º do mesmo diploma legal dispõe que “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”. A utilização do verbo “poder” nesses dispositivos deixa claro que o exercício da autonomia privada na arbitragem se dá, primeiramente, na faculdade que as partes detêm de celebrar ou não uma convenção de arbitragem. A autonomia privada manifesta-se, ademais, na arbitragem, quando uma das partes escolhe a outra para firmar a convenção de arbitragem. [...] Esse aspecto da autonomia privada na arbitragem tem repercussão prática direta nas hipóteses em que se pretende a adição de litisconsortes ao processo arbitral, bem como na extensão/transmissão da convenção de arbitragem a partes não signatárias. Ninguém pode ser obrigado a litigar na via arbitral contra quem não elegeu como parte na convenção de arbitragem, ressalvas feitas, por exemplo, às hipóteses de transformação da parte originalmente contratante, como ocorre, por exemplo, numa incorporação, fusão ou cisão empresarial [...]”. (FICHTNER, José A.; MANNHEIMER, Sergio N.; MONTEIRO, André L. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. p. 120); “[...] Inicialmente, cumpre mencionar que “a vontade é a raiz do que se pode chamar de direito arbitral”. Isso porque a arbitragem só existirá se preexistir um convênio arbitral, que, por sua vez, depende da vontade das partes de renunciarem à jurisdição estatal em prol da jurisdição arbitral. As partes também possuem liberdade para escolher se vão querer uma arbitragem de direito ou de equidade, e, em sendo a de direito, podem indicar quais regras querem seja aplicada do caso concreto. Do mesmo modo, a autonomia privada é determinante da matéria objeto da arbitragem. Destarte, tal princípio “se reflete tanto no direito substantivo (art. 2o) como nas regras de seu desenvolvimento ou procedimento, como consta da lei (art. 21)”. A escolha de arbitragem institucional ou ad hoc depende unicamente da vontade das partes [...] (BERALDO, Leonardo de F. **Curso de Arbitragem**: Nos Termos da Lei N° 9.307/96. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. p. 8); Ponto fundamental da arbitragem é a liberdade dos contratantes ao estabelecer o modo pelo qual seu litígio será resolvido. Tal liberdade diz respeito ao procedimento a ser adotado pelos árbitros e ao direito material a ser aplicado na solução do litígio, de sorte que o dispositivo legal comentado, ao referir-se no parágrafo primeiro a “regras de direito” [...]” (CARMONA, Carlos A. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012. p. 64).

revelando, deste modo, a necessidade de se fixar um sentido semântico e histórico mínimo para tais conceitos, tarefa após a qual tornar-se-á viável associá-los à arbitragem e, ao fim ao cabo, ao debate envolvendo a vinculação dos tribunais arbitrais aos precedentes das Cortes Superiores.

Nessa toada, parece correto afirmar que a investigação a respeito do sentido normativo de “autonomia privada”, vinculada ao esclarecimento da maneira como tal princípio conforma o instituto da arbitragem, torna possível identificar de que forma tal conformação pode (ou não) resvalar em algum tipo de limitação à “interferência” dos precedentes judiciais na interpretação e decisão dos tribunais arbitrais no contexto brasileiro. Em suma, portanto, a pergunta que motiva a presente etapa do estudo poderia ser apresentada da seguinte forma: “a autonomia privada, enquanto princípio conformador do instituto da arbitragem, implica em uma autonomia dos tribunais arbitrais com relação aos precedentes judiciais?”.

Assim, em um primeiro momento, vale o recurso a uma análise com razoável profundidade histórica que vise apontar minimamente o que se deve compreender por “autonomia privada” – e mesmo “liberdade”. Nesse sentido, a partir das lições de Luís Fernando Guerrero, é possível identificar uma associação primeva da ideia de liberdade a uma noção paralela de “estamento” ou “status”, de modo que a dita autonomia privada não assumia os contornos principiológicos de mesmo matiz daqueles desenvolvidos no período da modernidade, sendo muito mais amplamente considerada como um sinônimo de “capacidade civil” para participação nos assuntos da comunidade política (ou seja, um fator puramente formal) do que propriamente de um direito tido como fundamental – ou mesmo de uma capacidade moral do indivíduo humano. Vejamos:

A liberdade dos antigos representava aspectos claros, objetivos. Era livre aquele indivíduo que tinha ascendência política em seu grupo, isto é, aquele que podia se reunir nas assembleias, por exemplo, e decidir os rumos daquela organização social da qual era componente. Liberdade era participar com decisão. Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior constrói a ideia de liberdade como liberdade na pólis: “como autodomínio, um tornar-se legislador de si próprio, posto que assim liberdade e necessidade coincidem”. A liberdade era um aspecto de sobrevivência com o outro, para o outro, não sendo um atributo humano generalizado, já que poucos indivíduos eram dotados de tal capacidade decorrente de fatores como nascimento ou mérito em vida, como atos heroicos por exemplo. [...] Liberdade não era vista como direito fundamental, conceito tipicamente posterior à Revolução Francesa. Liberdade era um *status*, claramente aferido pela vida em sociedade. Direito

e liberdade era uma relação proporcional àquela entre Direito e estamento social<sup>40</sup>.

Note-se que essa “liberdade antiga” era – se analisada pela lente da modernidade – de fato incompleta. Fustel de Coulanges, por exemplo, afirma que “os antigos não conheceram a liberdade individual”, demonstrando a verdade histórica dessa afirmação por meio de exemplos concretos. Em suas palavras,

A cidade havia sido fundada sobre uma religião e constituída como uma igreja. Daí sua força; daí também a sua onipotência e império absoluto que exercia sobre seus membros. Em sociedade organizada sobre tais bases, a liberdade individual não podia existir. O cidadão estava, em todas as suas coisas, submetido sem reserva alguma à cidade; pertencia-lhe inteiramente. A religião que tinha gerado o Estado, e o Estado que conservava a religião, dois poderes associados e confundidos formavam um poder quase sobre-humano, ao qual a alma e o corpo se achavam igualmente submetidos. Nada havia no homem de independente. O seu corpo pertencia ao Estado e estava votado à sua defesa; em Roma o serviço militar era obrigatório até os quarenta e seis anos, e em Atenas e Esparta por toda a vida. A sua fortuna estava sempre à disposição do Estado; se a cidade tivesse necessidade de dinheiro, podia ordenar às mulheres que entregassem suas joias, aos credores que abandonassem os seus créditos, aos possuidores de oliveiras que cedessem gratuitamente o azeite que tinham fabricado<sup>41</sup>.

Com o caminhar da história, todavia, uma leitura diversa – e talvez complementar – nasceu nos portões da modernidade. A “liberdade” como requisito formal de participação política foi aos poucos sendo rearticulada, assumindo a forma de um caráter intrínseco à experiência humana no mundo – independentemente da casta social – e associado à própria noção de dignidade<sup>42</sup>. Afirma Guerrero:

---

<sup>40</sup> GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4. São Paulo: Almedina, 2022. pp. 53-54.

<sup>41</sup> COULANGES, Fustel. **A cidade Antiga**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp. 246-247.

<sup>42</sup> Em seu texto “Is Dignity the Foundation of Human Rights?”, Jeremy Waldron defende uma leitura interessante da noção de dignidade como um status que, ao longo da história, vai sendo expandido de modo a incluir cada vez mais “classes de indivíduos” até englobar todos sem distinção, atingindo o que hoje compreende-se por “dignidade humana”; um status do qual derivam-se direitos como o de autodeterminar-se. Dito em outros termos, a evolução histórica apresentada por Guerrero pode bem ser compreendida como essa expansão semântica da própria noção de dignidade salientada por Waldron. “If all this is true, and if dignity is a status, then it will be a mistake—a sort of category mistake—to talk of dignity as the foundation of rights. Instead, we may say that dignity is a status that comprises a given set of rights. The old notion of dignitas was like this: the dignitas of a noble was a different status from the dignitas of a priest and the difference consisted simply in the detail of the rights associated, respectively, with the status of nobility or holy orders. And so too, perhaps, with our notion of human dignity. To say of a being that it has the status of human dignity is certainly to imply that it has human rights.<sup>61</sup> But that is because human dignity as a status term is just a short way of conveying that information. Like every other status term, it abbreviates a list of rights. We don’t have human rights because we have human dignity; our having human dignity is our having human rights” (WALDRON, Jeremy. Is dignity the foundation of human rights? **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**. Nova Iorque, v. 1., n. 1., pp. 1-30, 2013. p. 25).

[...] hoje há um conceito de liberdade dentro do próprio “eu”. Tal fato decorre da descoberta da liberdade por aqueles que não possuíam um lugar próprio no mundo, ou melhor, um lugar de participação no mundo, surgindo assim a noção Agostiniana de liberdade dissociada da noção de política, permitindo que, mesmo escracho, o homem seja livre. Ocorre, assim, a superação de uma realidade para aferição da liberdade mundanamente tangível. Com esta descoberta, a liberdade individual ganha caracteres absolutos e cada indivíduo tem, portanto, a possibilidade de autodeterminação, bem como a possibilidade de negociar e celebrar seus contratos sem qualquer interferência externa de cunho político ou social. Essa foi a marcante modificação do âmbito externo da liberdade para um aspecto interno, intrínseco ao sujeito<sup>43</sup>.

Inúmeros são os ensaios e obras que poderiam ser tidos como seminais de tal compreensão a respeito da liberdade – a qual diretamente associada ao próprio nascimento do ideal político do Liberalismo Clássico<sup>44</sup>. Ainda assim, um dos textos mais influentes com toda certeza foi escrito por John Stuart Mill, quem indica em seu ensaio “Sobre a liberdade” que a ideia de “individualidade” vinha ganhando um espaço tímido no seio da Europa ainda no século XIX, e que doutrinas inovadoras a respeito do caráter “intrínseco” da liberdade, tal como referido por Guerrero, ainda eram pouco compreendidas. Veja-se:

Raros são, fora da Alemanha, aqueles que sequer captam o significado da doutrina de Wihelm von Humboldt, tão eminente como *savant* e como político, apresentou no texto de um tratado – que “o fim do homem, ou o que é prescrito pelos ditames eternos ou imutáveis da razão, e não sugerido por desejos vagos e passageiros, é o desenvolvimento mais alto e mais harmonioso de seus poderes para formar uma totalidade completa e coerente”; que, portanto, o objetivo “para o qual todo ser humano deve dirigir incessantemente seus esforços e do qual não devem desviar os olhos especialmente aqueles que pretendem influenciar seus semelhantes, é a individualidade do poder e do desenvolvimento”; que há para isso dois requisitos, “a liberdade e a variedade de situações”; e que da união delas nascem “o vigor individual e a múltipla diversidade”, que se combinam na “originalidade”<sup>45</sup>.

A ideia de “originalidade” trazida por Humboldt e salientada por Mill é extremamente útil para ilustrar a noção de autonomia privada como uma decorrência da “liberdade” em seu sentido moderno e está diretamente associada à noção de autotelia – i.e., a ideia de realização

<sup>43</sup> GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4. São Paulo: Almedina, 2022. p. 54.

<sup>44</sup> “[...] O liberalismo clássico, ou liberalismo em sua forma histórica original, pode ser toscamente caracterizado como um corpo de formulações teóricas que defende um Estado Constitucional (ou seja, uma autoridade nacional central com poderes bem definidos e limitados e um bom grau de controle pelos governados) e uma ampla margem de liberdade civil (ou liberdade no sentido hobbesiano individualista [...]). A doutrina liberal clássica consiste em três elementos: a teoria dos direitos humanos; constitucionalismo e “econômica clássica” (grosso modo, o modo de conhecimento inaugurado por Adam Smith, sistematizado por David Ricardo e ilustrado, entre outros escritores, por Mill)”. [...] (MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo: antigo e moderno**. São Paulo: É Realizações Editora, 2014. local. 623 de 5437. E-book).

<sup>45</sup> MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2018. pp. 89-90.



do indivíduo no seu potencial intrínseco enquanto ser humano, muito associada a uma espécie de “liberdade romântica” ou “liberdade positiva”<sup>46</sup>.

Nestes termos, “original” pode ser considerado aquele que não simplesmente copia padrões alheios, mas os reinventa e remodela a partir da sua compreensão; a autonomia, por sua vez, pode ser tida exatamente como a capacidade (ou o direito) do indivíduo de ver-se livre no seu curso de ação – seja para a participação política ou seu desenvolvimento moral<sup>47</sup>. Assimilando desde já a análise à *práxis* jurídica e política, a ideia de autonomia como originalidade e liberdade de curso de ação pode ser bem sumulada na afirmação rousseauiana de que “liberdade significa obediência à lei que nós nos prescrevemos”<sup>48</sup>, i.e., o cidadão livre, nessa remodelagem moderna do conceito de liberdade, é original, e é original, porquanto ainda que submetido à Lei, a obedece porque a Lei foi por ele “escolhida” como guia do seu curso de ação.

José Guilherme Merquior, em sua relevantíssima obra “Liberalismo: antigo e moderno”, deu conta de apresentar ao menos quatro “materializações da autonomia no curso da história”<sup>49</sup>, quais sejam, (i) a liberdade como intitlamento, tida como o gozo de direitos estabelecidos dentro de uma esfera livre contra opressão e interferência arbitrária; (ii) liberdade de participar nos assuntos da administração; (iii) liberdade de consciência e crença; (iv) a liberdade de dirigirmos nossos assuntos privados como nos convir<sup>50</sup>. A despeito das nuances de cada uma das materializações apontadas, Merquior as consolida no fecho de sua análise em dois pontos históricos de gravitação<sup>51</sup>, apoiando-se na obra de Guido Ruggiero<sup>52</sup>. Leia-se:

Para nos aproximarmos da história concreta, precisamos esboçar uma tipologia diferente da primeira. Pois é possível distinguir dois padrões liberais principais no interior da evolução política ocidental; especificamente, dois padrões básicos no relacionamento entre Estado e indivíduo. Há neste ponto um paradigma inglês e um francês. [...] enquanto a espécie inglesa de liberalismo favorecia por inteiro a limitação do poder estatal, a variante francesa procurava fortalecer a autoridade estatal para garantir igualdade diante da lei. [...] Embora a estrutura social inglesa conservasse uma forte base

<sup>46</sup> MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo: antigo e moderno**. São Paulo: É Realizações Editora, 2014. local. 571 de 5437. *E-book*.

<sup>47</sup> MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo: antigo e moderno**. São Paulo: É Realizações Editora, 2014. local. 424 de 5437. *E-book*.

<sup>48</sup> MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo: antigo e moderno**. São Paulo: É Realizações Editora, 2014. local. 424 de 5437. *E-book*.

<sup>49</sup> MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo: antigo e moderno**. São Paulo: É Realizações Editora, 2014. local. 424 de 5437. *E-book*.

<sup>50</sup> MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo: antigo e moderno**. São Paulo: É Realizações Editora, 2014. local. 424 de 5437. *E-book*.

<sup>51</sup> MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo: antigo e moderno**. São Paulo: É Realizações Editora, 2014. local. 597-598 de 5437. *E-book*.

<sup>52</sup> RUGGIERO, Guido. **História del liberalismo europeo**. Granada: Editorial Comares, 2005.

de classe, a hierarquia dos Estados característica da sociedade tradicional fora logo corroída pela emergência de agricultores livres e pela igualmente precoce conversão da nobreza ao capitalismo agrário. Isso justamente com a realização precoce de um Estado unitário, estabeleceu um modelo no qual o Estado se apoiava em indivíduos independentes, cujo relacionamento com o Estado era mais associativo do que subordinado. As classes superiores inglesas eram senhoras do Estado. A sociedade francesa, em contraste, manteve uma estrutura hierárquica fechada por muito tempo<sup>53</sup>. Quando a revolução privou essa estrutura de sua legitimidade política, lógica da situação tornou necessário o uso do Estado para libertar o indivíduo, garantindo-lhes os direitos. O novo Estado, que, ao que se pretendia, incorporava a vontade geral, mantinha-se alto e poderoso como única fonte de autoridade legítima [...]<sup>54</sup>.

Merquior, a partir da cisão entre essas duas grandes perspectivas históricas, nos introduz conceitos fundamentais para a compreensão daquilo que pode ser tido como um adequado conceito de “autonomia privada”. Isso porque parece correto afirmar, a partir das palavras do mencionado autor, que a autonomia oferece algo, mas não sem cobrar tributos do indivíduo, precisamente na medida em que essa liberdade de que se fala apenas se revela possível quando o indivíduo se vê como cidadão e reconhece, a partir disso, os limites impostos por uma linguagem pública<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> É de se notar, na linha da tipologia apresentada por Merquior, que talvez tenha sido um americano que – ironicamente, mas não por acaso – melhor sintetizou o padrão de compreensão inglês a respeito da liberdade na relação do cidadão com o Estado, quando afirmou que “Precisamos nos emancipar para, então, salvar nosso país” – Abraham Lincoln, 1862 (LEPORE, Jill. **Estas verdades**: a história da formação dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020).

<sup>54</sup> À luz das considerações feitas por Merquior, vale lançar desde já pequeno aparte para relacionar essa abordagem sistemática da história do liberalismo e, por consequência, do próprio desenvolvimento da ideia de “autonomia privada”, com a análise adiante posta a respeito do instituto dos precedentes judiciais na tradição do *common law*. Consoante exposto, percebe-se que a tradição política anglo-saxônica partia precisamente de uma perspectiva da relação estado-indivíduo como associativa – dadas as peculiaridades do desenvolvimento da comunidade política e econômica inglesa. Assim, não é por outra razão que o desenvolvimento da tradição jurídica anglo-saxã se voltou para a noção de “direito comum” e mesmo de “constituição histórica não-escrita”, como um direito que não é posto pela autoridade, mas por ela revelado a partir da consideração de uma “consciência histórica imemorial”. Nas palavras de Gilberto Morbach, ditas ao apresentar as bases de formação histórica do *common law*: “Ainda que as origens e a tradição do *common law* remontem a tempos muito anteriores ao século xvii, é por volta deste período que se passou a desenvolver uma teoria do *common law*. É por isso que, quando se fala em uma teoria clássica do *common law* está-se falando no corpo teórico que começava a tomar forma a partir das contribuições de um dos mais importantes juristas de toda a história anglo-saxã, Sir Edward Coke (1552-1634) – razão pela qual o direito inglês, ao longo de parte do século xvii, viveu aquilo que se convencionou chamar de *Era Coke*. O desenvolvimento de um corpo teórico dedicado ao estudo do direito no *common law* deve enorme parcela de seu surgimento a uma tentativa de resposta ao absolutismo. A teoria clássica do *common law*, nesse sentido, visava retomar as concepções medievais segundo as quais o direito não era produzido pela não humana – ou seja, não era construído por reis, juízes, ou membros do Parlamento. Legisladores e juristas não criavam, mas declaravam e expressavam um direito – preexistente –, que era a manifestação de uma realidade muito mais profunda. [...]” (MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm. 2021. pp. 43-44).

<sup>55</sup> A ideia de “linguagem pública” será analisada adiante no presente estudo, tendo em vista a centralidade dessa categoria para a compreensão do posicionamento entrenchado pela Crítica Hermenêutica do Direito, no que diz respeito à interpretação do Direito. Neste momento, nos interessa apenas salientar a dimensão da autonomia privada que se manifesta a partir dessa autovinculação do indivíduo a um sistema público de signos e significados construídos intersubjetivamente. Em suma, o direito pode ser bem compreendido como esse conjunto de signos e significados cujo sentido é apenas encontrado a partir de uma leitura intersubjetiva – e não objetivista ou

É precisamente essa a afirmação trazida por Immanuel Kant, quando contrasta uma ideia de liberdade absoluta – dentro daquilo que se poderia denominar de estado de natureza – de uma liberdade “autocontida” e, portanto, devidamente limitada por uma “legislação universal” – que, por sua vez, melhor se adequa ao que deve ser compreendido enquanto “autonomia privada”. Vejamos:

Se declaro (verbalmente ou por meio de atos) pretender que algo exterior seja meu, então declaro a todos como obrigatório abster-se do objeto de meu árbitro: uma obrigatoriedade que ninguém teria sem esse meu ato jurídico. Nessa pretensão, porém, está contido ao mesmo tempo o reconhecimento de estar reciprocamente obrigado à abstenção equivalente, em relação a todos, no que diz respeito ao seu exterior; pois a obrigatoriedade procede aqui de uma regra universal da relação jurídica exterior. Não sou obrigado, pois, a deixar intacto o seu exterior de outrem, se cada um não me assegura também, em contrapartida, que se comportará // segundo o mesmo princípio no que diz respeito ao meu. Trata-se de uma segurança que não demanda, em absoluto, nenhum ato jurídico particular, mas já está contida no conceito de uma obrigação jurídica externa devida à universalidade e, portanto, também à reciprocidade da obrigação a partir de uma regra universal. – Ora, a vontade unilateral em vista de uma posse exterior e, portanto, contingente, não pode servir de lei coercitiva para todos porque isso prejudicaria a liberdade segundo leis universais. Portanto, somente uma vontade que obriga a cada qual e que é, por conseguinte, coletivamente universal (comum) e detentora de poder, pode oferecer a cada um aquela segurança. – Mas o estado submetido a uma legislação externa universal (isto é, pública) acompanhada de poder é o estado civil. Somente no estado civil, pois, podem existir um meu e um seu exteriores<sup>56</sup>.

Observa-se que a noção de “Estado Civil” e, por conseguinte, de uma “corporificação” da ideia de uma comunidade política guiada por um determinado conjunto de regras não é

---

subjetivista. O Professor Lenio Luiz Streck, trata precisamente dessa impossibilidade hermenêutica de uma linguagem privada ou uma “linguagem das essenciais” após o paradigma do giro-ontológico linguístico – que nos levará, ao fim deste estudo, a buscar a defesa de uma impossibilidade de uma “linguagem privada do árbitro” a respeito do direito – amplamente considerado na integralidade das suas ditas fontes: “[...] a ruptura com a filosofia da consciência – esse é o “nome do paradigma da subjetividade” – dá-se no século XX, a partir do que denomino de giro ontológico-linguístico, embora já se pudesse ver traços importantes do império da linguagem em Herder, Hamann e Humboldt. Esse giro “liberta” a filosofia do *fundamentum* que, da essência, passa, na modernidade, para a consciência. Contudo, registre-se, o giro ou guinada não se sustenta tão somente no fato de que, agora, os problemas filosóficos serão linguísticos, em face da propalada “invasão” da filosofia da linguagem. Mais do que isso, tratava-se do ingresso do mundo prático na filosofia. [...] Heidegger e Wittgenstein foram os corifeus dessa ruptura paradigmática, sem desprezar as contribuições de Austin, Apel, Habermas e Gadamer, para citar apenas estes. [...] Com o giro ontológico-linguístico, o sujeito não é mais o fundamento do conhecimento. Ele não mais é o senhor dos sentidos. [...] Não há, assim, linguagem privada para estabelecer sentidos do mundo; há, sim, somente linguagem pública. Essa é a grande contribuição da viragem linguística e a aproximação do segundo Wittgenstein com a hermenêutica. Existem estruturas prévias que precedem o conhecimento. Isto quer dizer que o sentido não estará mais na consciência [...], mas, sim, na linguagem pública [...]” (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 125).

<sup>56</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2013. p. 61.

apenas um contributivo para o fortalecimento da liberdade do indivíduo, mas, para Kant, é a própria condição de possibilidade para tanto. Prossegue o autor, ainda, afirmando que:

É correta toda ação que permite, ou cuja máxima permite, à liberdade do árbitro de cada um coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal etc.” Por conseguinte, se minha ação, ou em geral meu estado, pode coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal, então age injustamente comigo aquele que me impede disso, pois este impedimento // (esta resistência) não pode coexistir com a liberdade segundo leis universais. [...] tudo que não é conforme ao direito é um obstáculo à liberdade segundo leis universais. A coerção, entretanto, é um obstáculo ou uma resistência a que a liberdade aconteça. Consequentemente, se um certo uso da liberdade é, ele mesmo, um obstáculo à liberdade segundo leis universais (isto é, incorreto), então a coerção que se lhe opõe, enquanto impedimento de um obstáculo da liberdade, concorda com a liberdade segundo leis universais<sup>57</sup>.

Thomas Hobbes, por sua vez, também traz, em suas clássicas lições, uma perspectiva clara de que é na sujeição do súdito ao conjunto de regras e práticas que compõe o Estado Civil – a despeito da fixação da sua natureza –, que a autonomia e liberdade se manifestam enquanto valores político-jurídicos. Leia-se:

Entendemos por liberdade, conforme o significado da própria palavra, a ausência de empecilhos externos, que podem, muitas vezes, tirar parte do poder de cada um de agir como quiser, mas não impedir que cada pessoa use o poder restante de acordo com seu julgamento e razão. A lei natural (*lex naturalis*) é a norma ou regra geral estabelecida pela razão que proíbe o ser humano de agir de forma a destruir sua vida ou privar-se dos meios necessários a sua preservação [...] o direito é a liberdade de agir ou de omitir, enquanto a lei obriga a agir ou omitir. Portanto, entre a lei e o direito há a mesma diferença que existe entre a obrigação e a liberdade, que são incompatíveis quando dizem respeito à mesma matéria. [...] a condição humana [...] é a da guerra de uns contra os outros [...] todos tem direito a tudo, inclusive ao corpo alheio. Assim, perdurando esse direito de cada um sobre todas as coisas ninguém poderá estar seguro [...]. O esforço para obter a paz, durante o tempo em que o homem tem esperança de alcançá-la, fazendo, para isso, uso de todas as ajudas e vantagens da guerra, é uma norma ou regra geral da razão [...]. Da lei fundamental da Natureza, que ordena os homens que procurem a paz, deriva esta segunda lei: o homem deve concordar com a renúncia a seus direitos sobre todas as coisas, contentando-se com a mesma liberdade que permite aos demais, na medida em que considerar tal decisão necessária à manutenção da paz e de sua própria defesa. Se cada qual fizer tudo aquilo a que tem direito, reinará a guerra entre os homens [...]. Esta é a lei do Evangelho: “Tudo aquilo que queres que os outros te façam, faze-o tu a eles” [...]<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2013. p. 36-37

<sup>58</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2014. pp. 111-112.

Observa-se, portanto, a verificação de um Estado Civil a partir da (auto)sujeição do indivíduo às regras da comunidade política, o que torna possível falar em autonomia privada dentro das perspectivas conceituais e filosóficas até aqui apresentadas, ainda que, como visto anteriormente, o caminho seguido para estabelecer a forma de limitação e correspondente ação desse ente denominado “Estado Civil” possa variar – a exemplo das duas definições históricas, inglesa e francesa, apresentadas por Merquior.

Como fechamento, vale menção também aos trabalhos desenvolvidos por Isaiah Berlin<sup>59</sup> a respeito da ideia de “liberdade” – os quais, diga-se, muito contribuíram para ilustrar o que adiante se apresentará como as duas principais manifestações da autonomia privada no instituto da arbitragem. Para tanto, nos valeremos das lições apresentadas por Maria Lígia G. Granado Rodrigues Elias:

As duas acepções contrastadas por Berlin são a liberdade em seu sentido positivo, caracterizada como “autodomínio, e a liberdade em seu sentido negativo, concebida como “não interferência”. Inicialmente, poderíamos resumir as diferenças entre as duas concepções da seguinte forma: a liberdade negativa corresponderia a “estar livre de”, enquanto a liberdade positiva corresponderia a “estar livre para” [...]. Enquanto a noção negativa está preocupada em evitar interferência nas ações dos indivíduos e grupos, a noção positiva preocupa-se com questões relacionadas à natureza e ao exercício do poder<sup>60</sup>.

Ainda que todas as abordagens conceituais anteriormente traçadas não necessariamente encontrem uma “coerência interna” necessária, inclusive por força da profundidade específica dos sistemas filosóficos de cada um dos autores referidos, as considerações de Maria Lígia a partir de Berlin consolidam, nas duas noções de liberdade positiva e negativa, a ideia geral de autonomia privada emanada de uma interpretação conjunta dos posicionamentos alhures apresentados. A partir da leitura de Lígia, esse “valor” ou “princípio” denominado autonomia privada pode efetivamente ser compreendido como a formação de um espaço de livre curso de ação para o indivíduo, no qual esse possa influenciar, decisiva e ativamente, na definição dos limites desse espaço, o que nos remete a uma noção de autonomia privada como uma capacidade e até mesmo direito de auto sujeição a parâmetros normativos externos.

Tecidas tais considerações de ordem conceitual, é preciso – antes da apresentação de qualquer conclusão parcial – abrir espaço para uma objetiva análise a respeito da experiência

---

<sup>59</sup> BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs). **Isaiah Berlin** – Estudos sobre a humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

<sup>60</sup> ELIAS, Maria Lígia Ganacim Granado. **Liberdade como não interferência, liberdade como não dominação, liberdade construtivista**: uma leitura do debate contemporâneo sobre a liberdade. 2013, 149f. Tese de doutorado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH), Universidade de São Paulo, 2014. p. 19.

histórica recente do Brasil e do que essa nos revela como importante para a compreensão do entrelaçamento entre a autonomia privada, a arbitragem e às qualidades que tal instituto jurídico demanda desse Estado Civil trazido por Kant e articulado por Hobbes, para o seu florescimento.

Afinal, o paradigma da liberdade é, acima de tudo, um paradigma político-jurídico que, a despeito das elocubrações teóricas possíveis e necessárias a seu respeito, opera sempre dentro de uma determinada realidade institucional na qual os variados institutos jurídicos (v.g. precedentes e arbitragem) se inserem. Deste modo, a manifestação da autonomia privada no ordenamento jurídico se dá em graus e formas distintas no curso da história a depender de determinadas contingências precisamente políticas e institucionais<sup>61</sup>.

Dito isso, parece correto afirmar que a relação entre a arbitragem e o paradigma da autonomia privada não pode ser devidamente compreendido apenas com o recurso às formulações e tipologias teóricas em níveis consideráveis de abstração – a despeito da utilidade e necessidade dessas reflexões.

O Brasil, por sua vez, é um país com sua realidade institucional e política própria, cujos eventos específicos interferem, necessariamente, na relação entre padrões de racionalidade universais (v.g. a compreensão a respeito do significado de autonomia privada) e os institutos

---

<sup>61</sup> Para além de um grau de variação, qualquer estudo a respeito do tema deve também considerar que o desenvolvimento cultural do Liberalismo e, portanto, das ideias abstratas de liberdade, autonomia e inserção do indivíduo dentro do contexto de um “Estado Civil”, ainda que possa ser correta e coerentemente apresentado numa perspectiva linear de desenvolvimento, quando se retorna à realidade concreta, percebe-se que esse desenvolvimento é sempre nebuloso e opera aos solavancos. Nesse sentido, um exemplo histórico interessante e que ilustra perfeitamente a existência dessas duas perspectivas – uma conceitual e abstrata; outra concreta e contraditória – é a formação dos Estados Unidos da América e o desenrolar da ideia de “cidadão americano” logo após a emancipação. Veja-se: “O que é um cidadão? Antes da Guerra Civil e por um bom tempo depois dela, o governo dos Estados Unidos não tinha uma resposta certa para essa pergunta. ‘Sinto-me angustiado com muita frequência ao realizar pesquisas infrutíferas em nossos livros de legislação e nos registros dos tribunais atrás de uma definição satisfatória para a expressão ‘cidadão dos Estados Unidos’, escreveu o exasperado procurador-geral de Lincoln em 1862. [...] O Congresso levantou a questão enquanto deliberava sobre as consequências da emancipação: milhões de pessoas que, até então, eram mantidas como escravas, haviam sido libertadas. Para essas pessoas, o significado de tornar-se cidadão dependeria do significado de ‘cidadão’ [...]. Em 1857, no caso de Dred Scott, a Suprema Corte examinou a questão da cidadania negra, perguntando: ‘Poderia um negro cujos ancestrais foram trazidos até este país e vendidos como escravos, tornar-se um membro da comunidade dos Estados Unidos, tornando-se, dessa forma, digno de todos os direitos, privilégios e imunidades garantidos ao cidadão por este instrumento?’ A resposta enfática foi não. [...]” (LEPORE, Jill. **Estas verdades**: a história da formação dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020. pp. 349-352). Na narrativa apresentada por Lepore, observamos uma clara dificuldade na classificação da ideia de cidadania que pode ser atribuída à representação da modernidade enquanto fecho da compreensão antiga de autonomia e liberdade. Perguntas que, para um grego ou romano – *seria possível conceber que um esparciata levantasse a possibilidade de um perieco ou hilota ser considerado um cidadão livre?* – receberiam respostas automáticas, causando pouquíssima angústia – *quicá nem pudessem ser consideradas dúvidas* –, no contexto estadunidense, i.e., de uma nação essencialmente moderna, exsurtem como questões de máxima relevância. Ainda assim, apesar do sintoma dessa mutação da ideia de autonomia como status para a ideia de autonomia como qualidade moral do ser humano, ter se apresentado, verifica-se que a resposta concreta dada pelas instituições não foi tão radical quanto a ideia abstratamente considerada (Dred Scott). Por outro lado, a existência de contradições históricas não afasta necessariamente a existência de uma coerência no desenvolvimento histórico da ideia de liberdade, ou na impossibilidade da elaboração de tipologias úteis à compreensão dos fenômenos e institutos jurídicos hodiernos.

jurídicos concretos (v.g. a arbitragem). Nessa linha, há um primoroso paralelo trazido por Peter Christian Sester, a respeito do contexto de nascimento da Lei de Arbitragem espanhola e o de promulgação da Lei de Arbitragem brasileira, que bem nos serve para estabelecer e demonstrar a relação umbilical entre a arbitragem e o princípio da autonomia privada. Veja-se:

A Lei de Arbitragem Espanhola de 1988 entrou em vigor cerca uma década depois que a Espanha se libertou, em 1977, de uma ditadura militar iniciada nos anos 1930, com a Guerra Civil. A lei editada em 1988 substituiu a Lei de Arbitragem de 1953 – elaborada pelo regime militar do ditador Franco –, que era completamente inútil. No Brasil, podemos observar uma sequência similar de eventos no desenvolvimento da arbitragem. A atual Lei de Arbitragem revogou partes do Código de Processo Civil de 1973 – adotado durante a ditadura militar – cujos artigos eram uma barreira desastrosa ao desenvolvimento da arbitragem. Os paralelos entre a Espanha e o Brasil são mais que uma coincidência histórica. O Fundamento da arbitragem comercial é a autonomia privada; portanto, ela só floresce em um ambiente sócio-político permeado por um pensamento liberal que respeito a autonomia e a iniciativa privada no médio e longo prazo. [...] <sup>62</sup>

É, portanto, correto afirmar que os períodos de abertura democrática no Brasil e Espanha – cujo período de transição democrática, tal qual o Brasil, igualmente se deu de forma “lenta, gradual e segura”<sup>63</sup> – não parecem ter sido os momentos de nascimento e início da consolidação do instituto da arbitragem por pura e simples coincidência. Na esteira do que anteriormente se analisou a respeito da noção de autonomia privada, viu-se que o seu conteúdo abarca as noções de “originalidade”, “liberdade no curso de ação”, mas, acima de tudo, a ideia de que a máxima expressão da liberdade e autonomia se revela no processo de autolimitação – isto é, estabelecer standards próprios de regulação (v.g. o contrato), mas, fundamentalmente, auto sujeitar-se aos limites de uma linguagem pública.

No Brasil, a despeito da circunstância de que a “situação autoritária” não tenha representado um movimento com contornos culturais de apagamento da própria ideia de liberdade do imaginário da nossa comunidade política<sup>64</sup>, pode-se dizer que é precisamente o

<sup>62</sup> SESTER, Peter Christian. **Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 40.

<sup>63</sup> FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. ed. atual e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2019. pp. 447.

<sup>64</sup> “Outra noção associada ao regime militar é o autoritarismo. De fato, o regime não teve características fascistas: não se realizaram esforços para organizar as massas em apoio ao governo; não se tentou construir o partido único acima do Estado, nem uma ideologia capaz de ganhar os setores letrados. [...] Há mesmo quem considere que, com exceção do período Médici, o Brasil pós-1964 se caracterizou mais por uma situação autoritária do que por um regime autoritário. Com isso se quer expressar que, em meio a medidas de exceção e arbitrariedades, os governantes não assumiram o princípio de que um regime autoritário era desejável para o país e superior portanto à democracia”. (FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. ed. atual e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2019. pp. 436-437).

contraste entre um período de exceção e de ressurgimento do Estado Democrático de Direito que deu uma nova oportunidade para que, com ele, a arbitragem verdadeiramente nascesse como prática viável e juridicamente bem estruturada. Parece auto evidente a afirmação de que não há grande margem para “originalidade” quando se está inserido em um “Estado Civil” autoritário – seja por uma mera contingência situacional política ou uma efetiva revolução cultural às avessas.

Outrossim, vale dizer que, ainda no curso da ditadura militar, houve uma relevante modificação do modelo econômico que até então pairava no contexto interno da política nacional. Ainda que o traço distintivo da economia brasileira – qual seja, a forte presença do Estado – tenha se mantido de pé, o

[modelo] que se esboçara no período Juscelino tomou ampla dimensão. Os empréstimos externos e o estímulo ao ingresso do capital estrangeiro tornaram-se elementos essenciais para financiar e promover o desenvolvimento econômico. Esse modelo – chamado de desenvolvimento associado – privilegiou as grandes empresas, certamente as multinacionais, mas também as nacionais, tanto públicas como privadas. Desse modo, o regime militar rompeu claramente com a prática do Governo Goulart, baseada no esquema populista, que incluía a tentativa fracassada de promover o desenvolvimento autônomo, a partir da burguesia nacional<sup>65</sup>.

Ademais, é também absolutamente relevante pontuar que

Em 1973, os ingressos de capital [estrangeiro na economia nacional] tinham alcançado o nível anual de 4,3 bilhões de dólares, quase o dobro do nível de 1971 e mais de três vezes o de 1970 [...]. A importação ampliada de determinados bens era necessária para sustentar o crescimento econômico. As exportações se diversificaram com os incentivos dados pelo governo à exportação de produtos industriais: créditos em condições favoráveis, isenção ou redução de tributos e outras medidas semelhantes. Nas exportações agrícolas, destacou-se o avanço da soja, cujos preços no mercado internacional eram bastante favoráveis [...]<sup>66</sup>.

Reconhece-se, portanto, que além da abertura democrática, o período pós-ditadura militar vinha também de uma tentativa herdada do regime no âmbito da economia – a despeito das possíveis críticas – de abertura da economia interna para o comércio internacional – em contraste com a dita “política de substituição das importações”<sup>67</sup>. Nesse aspecto, importa

---

<sup>65</sup> FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. ed. atual e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2019. p. 437

<sup>66</sup> FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. ed. atual e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2019. p. 414

<sup>67</sup> “A grande depressão mundial marca definitivamente o fim desta forma de desenvolvimento [...]. Ante a impossibilidade de manter o ritmo anterior de crescimento das exportações tradicionais, ou de o acelerar, impõe-



lembrar que a arbitragem comercial nasce da prática do comércio internacional<sup>68</sup>, o que revela que não apenas se faz necessário um grau mínimo de liberdade sob uma perspectiva interna (v.g. redemocratização), como também um ambiente de mercado minimamente internacionalizado<sup>69</sup>. Ambos os aspectos, por sua vez, revelam-se enquanto manifestações históricas concretas que nos apresentam exemplares da dinâmica operada entre o princípio da autonomia privada e a arbitragem.

Observe-se, que tal ocasionalidade – isto é, a “coincidência” entre o ressurgimento do Estado Democrático de Direito, mudanças de padrões econômicos no período da ditadura militar envolvendo uma abertura (ainda que forçada) para o mercado estrangeiro e o efetivo nascimento da arbitragem enquanto prática viva do cotidiano forense brasileiro pós-1988 –

---

se então a substituição de importações – principalmente das indústrias – para contrabalançar essas disparidades, e inicia-se assim o desenvolvimento para dentro dos países latino-americanos [...]” (PREBISCH, Raúl. **Dinâmica do desenvolvimento latino-americano**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964. p. 86).

<sup>68</sup> É preciso reconhecer que a ideia de justiça privada, a qual constitui as raízes mais profundas do instituto da arbitragem, é muito mais antiga do que qualquer ideia de internacionalização das relações comerciais – ou mesmo do surgimento próprio da ideia de comércio – podendo-se inclusive afirmar que a justiça privada exercida por um terceiro alheio ao litígio é inclusive anterior ao surgimento de instituições públicas de administração da justiça, com registros presentes antes mesmo da denominada Era Comum: “[...] o instituto jurídico da arbitragem é, por certo, um dos mais antigos de que se têm notícia na história do Direito e, especificamente, acerca da jurisdição ou justiça privada, noticiado na Babilônia de 3.000 anos a.C., na Grécia antiga e em Roma. [...] A evolução da forma de resolução dos conflitos aparece em quatro etapas: a) a resolução de questões pela força individual ou do grupo (autotutela), sendo que os costumes, com o passar dos tempos, foram estabelecendo as regras para distinguir a violência legítima da ilegítima; b) arbitramento facultativo, através do qual o ofendido, em vez de usar da força e violência individual ou coletiva contra o ofensor, opta em comum acordo com a parte contrária por receber uma indenização ou escolher um terceiro (árbitro) para fixá-la; c) arbitramento obrigatório determinado pelo Estado quando os litigantes não indicavam árbitros de sua escolha para dirimir a controvérsia – o Estado passou também a assegurar a execução forçada da sentença caso o sucumbente não a cumprisse espontaneamente; d) justiça pública, porque encampada pelo Estado para solução dos conflitos, inclusive com execução forçada da sentença, se necessário. Contudo, a possibilidade de as partes instituírem um árbitro não foi excluída, apenas deixou de ser regra para transformar-se em exceção” (JR., Joel Dias F. **Arbitragem**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. p. 2). Por outro lado, a compreensão da arbitragem tal como a Lei de Arbitragem preconiza, i.e., como um mecanismo mais adequado que o Poder Público para a resolução de determinadas controvérsias – dada a sua natureza – está diretamente relacionada com a globalização e o crescimento do comércio internacional, de tal modo sendo possível afirmar que “A arbitragem comercial nasceu da prática do comércio internacional, e não por acaso a instituição mais tradicional para solução de conflitos é um braço da Câmara Internacional de Comércio” (SESTER, Peter Christian. **Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 27); Por fim: “Com efeito, diante da estatização das justiças locais, o comerciante internacional, sujeito que, por natureza, é desprovido de um local único de negócios, passou a enfrentar um dilema. Ao realizar seus contratos, teria de optar por um juízo que, provavelmente, estaria vinculado de alguma forma a um dos lados do litígio. Afinal, é muito comum que se escolha entre o juízo da sede do vendedor ou o juízo da sede do comprador. Ambas as escolhas trazem consigo uma carga de desconfiança por parte do lado contrário. Nesse contexto, ressurgiu a ideia de escolher um terceiro imparcial que não se vinculasse a nenhum dos envolvidos no litígio e que, eventualmente, pudesse inclusive decidir a partir de um país igualmente desvinculado ao negócio jurídico em questão. Ressurgia, assim, a figura da arbitragem, agora em sua faceta comercial e internacional” (FILHO, Napoleão C. **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do third party funding**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 11).

<sup>69</sup> Perceba-se, nessa perspectiva, que a própria política de substituição das importações teve como resultado imediato um favorecimento do setor industrial nacional, mas (i) não o florescimento de um ambiente competitivo de negócios, tampouco (ii) do câmbio comercial (e mesmo cultural) com agentes econômicos internacionais: “O setor industrial era assim favorecido duplamente: por um lado, porque a possibilidade de concorrência externa se reduzia; por outro, porque as matérias-primas e os equipamentos podiam ser adquiridos a preços relativamente baixos” (FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras. p. 304).

encontra outros notáveis paralelos históricos, sendo relevante pontuar, por exemplo, a questão envolta à possibilidade da escolha das partes quanto a qual direito deve ser levado em conta na interpretação do contrato por elas firmado no âmbito comercial inserido no escopo de tutela do Direito Internacional Privado. A esse respeito, vejamos as considerações de Sester, em comentário ao art. 2º da Lei de Arbitragem brasileira:

A questão da escolha do direito aplicável é um dos principais temas do Direito Internacional Privado. Na maioria dos países cuja tradição jurídica integra o sistema de Civil ou Common Law, a livre escolha do direito aplicável é a principal regra no âmbito dos contratos comerciais. A razão para tanto é evidente: no direito comercial, prevalece o princípio da autonomia privada. Ainda assim, o Direito Internacional Privado brasileiro não estabelece de forma expressa a possibilidade de escolha do direito aplicável. Segundo o artigo 9º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), para reger e qualificar as obrigações, aplica-se a lei do país em que se constituírem, e, de acordo com o §2º do mesmo artigo, a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente. Esse fator de conexão faz parte de uma abordagem relativamente nacionalista do Direito Internacional Privado, seguida desde 1942, quando o legislador adotou a Lei de Introdução ao Código Civil [...] em substituição às normas introdutórias do Código Civil de 1916 [essas, por sua vez] eram mais liberais e expressamente possibilitavam a livre escolha do direito aplicável em contratos. A mudança implementada nos anos 1940 representou um golpe contra a autonomia privada [...]<sup>70</sup>.

Ocorre, como esclarece-nos o autor citado, que um conjunto de fatores nacionais e internacionais – de verniz econômico e político – influenciaram sobremaneira o apagamento do direito de escolha das partes contratantes sobre o direito aplicável aos contratos comerciais internacionais – dito de outra forma, ao apagamento de uma clara manifestação concreta da autonomia privada – tal qual, em termos inversos, a redemocratização gestou o solo para o recebimento da Lei de Arbitragem em atual vigor. Fala-se, aqui, primeiro, na desaceleração do crescimento do PIB mundial verificada após 1930/1940, no plano internacional; e, internamente, no trágico advento da ditadura Vargasista do Estado Novo<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> SESTER, Peter Christian. **Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 116-117.

<sup>71</sup> “A revogação, pelo legislador, de norma que facilitava o livre comércio internacional não é um fenômeno nacional, mas mundial. A primeira fase do livre comércio internacional, que possibilitou um crescimento extraordinário do PIB mundial no fim do século XIX e início do século XX, acabou nos anos 1930 e 1940. Essa mudança na política internacional e comercial causou um retrocesso no Direito Internacional Privado em diversos países, pelo menos do ponto de vista da autonomia privada. [...] Considerando o contexto histórico do artigo 9º do Decreto-Lei n.º 4.657/1942, sua interpretação literal e restritiva é dotada de certa lógica. Esse diploma legal entrou em vigor ano de 1942, durante a então ditadura do Estado Novo, imposta por Getúlio Vargas após um golpe em 1937. A política econômica e jurídica do Estado Novo era baseada na doutrina de que a melhor fórmula para o desenvolvimento do Brasil seria o foco no mercado interno e a rejeição à influência externa” (SESTER, Peter Christian. **Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 117-118).

A partir dessa perspectiva histórica panorâmica, complementada pela anterior análise conceitual e teórica, pode-se afirmar que a relação entre arbitragem e autonomia privada está diretamente relacionada com a dinâmica da relação entre o indivíduo e o Estado, sendo tal instituto uma cristalina manifestação daquilo que se pode considerar como a garantia de um espaço de liberdade dentro do qual os privados estabelecem os próprios limites do seu curso de ação. Para além disso, a arbitragem é um fenômeno que depende consideravelmente do “espírito do tempo”, visto que o seu “florescimento” é sobremaneira influenciado por aspectos econômicos e políticos externos ao direito – vide comentários anteriores a respeito dos efeitos da conjuntura política no processo de nascimento e consolidação do instituto.

É, portanto, por essa perspectiva que se atinge a compreensão de que duas principais manifestações da autonomia privada no âmbito da arbitragem são (i) o direito de derrogação do mecanismo estatal de prestação jurisdicional por meio da manifestação de vontade negocial (convenção de arbitragem); e (ii) o direito de escolha da natureza do conjunto de regras, princípios e mesmo valores que deverão ser levados em consideração pelo árbitro no momento da resolução da disputa<sup>72</sup>.

Com essas considerações, portanto, consolida-se a delimitação da relação entre o princípio da autonomia privada e o instituto da arbitragem. A partir delas é possível dizer – e talvez a afirmação que se seguirá possa ser considerada uma obviedade – que a fórmula geral de autonomia e arbitragem, seja a partir das elaborações teóricas anteriormente homenageadas ou das brevíssimas lições histórias referidas a partir do contexto brasileiro, não significa necessariamente uma desconexão ante as regras publicamente estabelecidas pela comunidade política na qual os litigantes se inserem, mas na possibilidade de que esses litigantes escolham quem e por quais razões, seu curso de ação será limitada.

Aparece como adequado cogitar que uma das principais reponsabilidades do Estado, no tocante à liberdade dos agentes econômicos contra a interferência externa envolvendo a arbitragem, não diz respeito a ingerência indevida no procedimento arbitral propriamente dito, ou na forma como os árbitros decidem – pontos que evidentemente são merecedores de atenção e cuidado –, mas antes na responsabilidade de preservação de um ambiente político e

---

<sup>72</sup> “[...] o primeiro princípio a ser verificado é o da autonomia da vontade, que engloba diversos pontos do procedimento arbitral, dentre os quais podem ser indicados: a faculdade dada às partes para a submissão ou não do litígio à decisão de um Tribunal Arbitral (art. 1º da Lei de Arbitragem), a escolha da lei aplicável no procedimento arbitral, a escolha do número de árbitros, a escolha do local da arbitragem e a permissão para solução do conflito pela via da equidade [...]. O fundamento da autonomia da vontade está na liberdade como valor jurídico, na concepção de que a pessoa é a causa do sistema social e jurídico e que a sua vontade manifestada de maneira livre, pode ser instrumento de formação de justiça” (GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4. São Paulo: Almedina, 2022. p. 60).

econômico com a garantia de um coeficiente minimamente razoável de liberdade e, fundamentalmente, de competitividade, aliada a um mercado interno aberto à trocas comerciais e culturais com agentes econômicos internacionais. De toda sorte, é necessário salientar que o estudo específico de cada um dos dois desdobramentos acima referidos será mais bem estabelecido na abordagem dos conceitos internos à prática arbitral que a frente será apresentada.

Por enquanto, o que importa compreender e sedimentar é que a densidade dos significados de categorias como autonomia privada é – não ignorada, mas – absorvida por um contexto institucional concreto – v.g. a arbitragem – que, em alguma medida, adormece a forma com que essas categorias – ou paradigmas – conformam esse mesmo contexto institucional. Desta maneira, o retorno ao sentido, no plano da história das ideias, de conceitos densos como liberdade, faz-se necessário justamente para que as respostas entregues sob uma perspectiva interna – inserida nessa facticidade da institucionalidade – possam ser adequadamente compreendidas.

### 1.2.2. Paradigma da “fuga” do Poder Judiciário e busca por métodos adequados de resolução de conflitos

Superada a tarefa de buscar delimitar minimamente os contornos do paradigma da autonomia privada que atravessa o instituto da arbitragem – mas igualmente de todo o desenvolvimento histórico da relação do indivíduo, com o outro e com o Estado –, cumpre tratar de um aspecto marcante do contexto brasileiro e que pode ser considerado como um verdadeiro paradigma conformador da compreensão do instituto no Brasil.

Conforme anteriormente referido, o desenvolvimento da ideia de arbitragem deve enormes tributos à formação de um contexto mundial de globalização e fortalecimento do comércio internacional<sup>73</sup>. A busca por um meio adequado para resolver disputas envolvendo

---

<sup>73</sup> “O fenômeno da globalização, que, dentre outras facetas, designa a interligação e a integração das pessoas e nações do mundo contemporâneo, vem acompanhado também pela formação de grandes blocos econômicos que possuem objetivos comuns previamente definidos e afinidades políticas, com tendência de acentuar--se paulatinamente, por razões diversas que envolvem fatores históricos, sociais, políticos, financeiros e econômicos, com reflexos imediatos no plano jurídico de direito público, privado, nacional e internacional. [...] É nesse quadro multicor que a arbitragem aparece como instrumento viável de pacificação social e mundialmente aceito para dirimir os litígios de maneira tecnicamente qualificada, rápida, menos onerosa e efetiva. Sem dúvida, não é a única forma de solução desses conflitos, em face da possibilidade da instituição de tribunais supranacionais ou comuns; todavia, as dificuldades havidas para a formação desses órgãos não encontram qualquer paralelo com o juízo arbitral, sem contar que a existência daqueles não exclui a formação deste último. [...]” (JR., Joel Dias F. **Arbitragem**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. p. 11)

agentes econômicos no ambiente de troca e negociação não é fenômeno exclusivo do Brasil, portanto.

No entanto, é patente que por aqui muito se fala na chamada “Crise do Poder Judiciário<sup>74</sup>” – um elemento particular da nossa realidade e que, por sua vez, pode ser considerado como relevante “mola propulsora” do desenvolvimento recente da arbitragem pós-Lei de Arbitragem. Em verdade, note-se que o próprio surgimento do Superior Tribunal de Justiça enquanto herdeiro institucional do Tribunal Federal de Recursos, está justamente relacionado com essa crise, tendo o TFR sido criado<sup>75</sup> como uma resposta ao problema de sobrecarga que o Supremo Tribunal Federal vinha enfrentando nos anos 30<sup>76</sup> – tendo em vista a sua cumulação de competências extraordinárias.

Desta forma, a relevância da análise desse segundo paradigma é marcante para os fins deste estudo, tendo em vista que a mencionada Crise é também o nêmesis que tem sido apontado como “o problema a ser resolvido” por meio de institutos como “sumulas vinculantes”, “IRDR” e outros, sendo, por conseguinte, tema também importante para a compreensão da dinâmica dos “precedentes à brasileira”. A esse respeito, vale menção desde já às palavras do Professor Lenio Luiz Streck – em crítica tecida ainda nos anos 1990:

De forma simplista/simplificada, parcela expressiva do *establishment* jurídico-dogmático propõe, como solução para um “melhor funcionamento” da máquina judiciária, a vinculação das Súmulas dos tribunais superiores e das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, depois da fracassada revisão de 1993/94, voltam as teses do governo repristinadas no substitutivo do Deputado Jairo Carneiro, pretendendo, entre outras coisas, dar efeito vinculante às Súmulas dos Tribunais Superiores e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [...] mediante a criação do incidente de inconstitucionalidade [...] Que o Judiciário (e as demais Instituições) precisa passar por uma série de reformas não é novidade e tampouco é contestada por ninguém, o que ensejaria, de imediato, a discussão acerca dos aspectos fundamentais da problemática da efetividade do processo, quais sejam o acesso à justiça, o modo de ser do processo, critérios de julgamento e a efetivação de direitos. Como muito bem diz Dinamarco, o acesso à justiça é o

---

<sup>74</sup> Em um panorama mais amplo – tanto ultrapassando as linhas geográficas do Brasil como os contornos de ação do Poder Judiciário em específico –, é possível trabalhar inclusive com uma ideia de “crise funcional do Estado” como um todo.

<sup>75</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 16**, de 26 de novembro de 1965. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc16-65.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm). Acesso em: 22 nov. 2022.

<sup>76</sup> ANTECEDENTES: A justiça federal até 1946. In: Superior Tribunal de Justiça, institucional, história. Brasília [S.I. 2023]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/Antecedentes>. Acesso em: 3 abril. 2023

problema ligado à abertura da via de acesso ao processo, seja para a postulação de provimentos, seja para a resistência. [...]”<sup>77</sup>

Assim como o Brasil, outros países na contemporaneidade têm enfrentado seus dilemas próprios envolvendo os problemas de ineficiência e morosidade do Poder Judiciário. Na França, por exemplo, “*trava-se uma luta há meio século para modernizar a justiça e o processo, com uma única e mesma preocupação, a de aceleração da justiça*”<sup>78</sup>; no direito processual alemão de igual forma, “*as reformas do ZPO ocorridas ao longo do século XX compreenderam, acima de tudo, medidas ‘destinadas a descongestionar os tribunais’*” ao passo em que “*uma grande reforma consumada em 2001 voltou-se, entre outras matérias, para o incremento das soluções conciliatórias do litígio, tanto judiciais como extrajudiciais, tornando obrigatória a respectiva tentativas em vários casos*”<sup>78</sup>; do mesmo modo, “[*a*] *necessidade de um sistema adequado de solução de controvérsias revolve às décadas de 1970 e 1980 nos países de Common Law, especialmente os Estados Unidos e a Inglaterra. Partia-se da clara concepção de que o Judiciário não funcionava*”<sup>79</sup>.

Nessa linha, parece correto afirmar que o debate envolvendo essa Crise do Judiciário está diretamente associado à busca quase que imemorial dos indivíduos por aquilo que a doutrina tem denominado de “métodos adequados de resolução de disputa”, dentre os quais se insere a Arbitragem – ao lado de outros, como mediação, conciliação e negociação. A esse fenômeno, atribuiu-se a alcunha de “sistema de justiça multiportas”<sup>80</sup>, após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

Ao analisar o disposto no art. 3º do Novo CPC, percebe-se uma notória tendência de estruturar um modelo multiportas que adota a solução jurisdicional tradicional agregada à absorção dos meios alternativos. Busca-se, assim, a adoção de uma solução integrada dos litígios, como corolário da

<sup>77</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 255-257.

<sup>78</sup> BAHIA, Melo Franco; JR., Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 246.

<sup>79</sup> GUERRERO, Luis F. **Teoria Geral dos Processos**: os métodos de solução de conflitos e o processo civil. Portugal: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p. 123.

<sup>80</sup> “Costumam-se chamar de “meios alternativos de resolução de conflitos” a mediação, a conciliação e a arbitragem (Alternative Dispute Resolution – ADR). Estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam “alternativos”, mas sim integrados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas. Para cada tipo de controvérsia seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e, finalmente, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal. Há casos, então, em que o meio alternativo é que seria o da justiça estatal. A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal” (CUNHA, Leonardo Carneiro. Art. 3º. In: FREIRE, Alexandre; STRECK, Lenio L.; NUNES, Dierle; et al. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 34).

garantia constitucional do livre acesso do inc. XXXV do art. 5º, da CR/88 [...] ganha terreno, no fim do século XX e início do século atual, a preocupação dos cientistas do Direito processual com a implantação, a par dos tradicionais, de novos métodos de composição de litígios, cuja motivação seria a solução adequada do que propriamente a imposição autoritária da vontade fria da lei. Fala-se, nesse sentido, na criação de novas vertentes para certos tipos de atuação jurisdicional que enriqueceriam o processo com instrumentos capacitados a realizar a “justiça” que Cappelletti chama de coexistencial [...]<sup>81</sup>

Outrossim, é interessante pontuar que a relação entre o recurso à arbitragem e problemas de congestionamento das “vias públicas” de administração da Justiça não é essencialmente brasileira – tampouco particular da tradição política moderna e dos sistemas jurídicos contemporâneos – podendo ser observada desde a Antiguidade, nas experiências dos povos antigos do período clássico e pós-clássico. Vejamos:

Revela-se bastante interessante para os dias atuais observar que o desenvolvimento da arbitragem como método de resolução de disputas na antiguidade se deveu, em alguma medida, às ineficiências do sistema oficial. Em relação à Grécia, Gary Born narra que “historical research indicates that ancient Greek courts – like today’s courts in many countries – suffered from congestion and back-logs, which led to the use of arbitrators, retained from other city states (rather like foreign engineers or mercenaries), to resolve pending cases”. No que diz respeito a Roma, o mesmo autor aponta que “in the post-Classical period, arbitration became increasingly popular in many parts of the Roman Empire because of deficiencies in state court systems”, pois “[they] were characterized as unreliable, cumbersome and costly, and which faced particular difficulties in international and other cross-border matters” [...]<sup>82-83</sup>.

Por outro lado, para além de uma alternativa às ineficiências do método convencional estatal, o que se apresenta também pode ser compreendido com algo ainda mais simples e que persegue a humanidade – e, fundamentalmente, àqueles indivíduos responsáveis por pensar em (e nos) sistemas de pacificação social<sup>84</sup> – desde a primeira centelha da sua consciência:

<sup>81</sup> BAHIA, Melo Franco; JR., Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pp. 241-247.

<sup>82</sup> FICHTNER, José A.; MANNHEIMER, Sergio N.; MONTEIRO, André L. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. p. 21.

<sup>83</sup> Ainda assim, vale rememorar consideração histórica anteriormente lançada no sentido de que falar em “liberdade individual” na Antiguidade, esbarra em aspectos concretos inarredáveis, os quais demonstram que, em verdade, o cidadão da antiguidade não era livre, porque autônomo, mas simplesmente porque, na posição de cidadão, tinha, em algum grau, voz nos assuntos da *polis*; seu corpo e propriedade, no entanto, eram seu apenas se a cidade não dissesse de modo diverso e os limites dessa interferência eram tão largos quanto era o interesse da *polis*. Assim, ainda que a história também nos revele essa natureza imemorial da ideia de arbitragem, evidentemente não se quer afirmar que a arbitragem dos antigos – tal qual a própria ideia de liberdade – possa ser considerada como expressão do paradigma da autonomia privada.

<sup>84</sup> “O *screening process* consiste no envolvimento imediato do profissional na triagem dos casos e na seleção de qual método de solução de controvérsias é mais adequado. É até intuitivo dizer que a arbitragem, por exemplo, tem ótima aplicação para os conflitos societários ou que os Dispute Boards são interessantes para os contratos de

problemas de naturezas distintas e particularidades específicas demandam a utilização de ferramentas diversas que – muito mais do que alternativas entre si – apresentam adequações específicas – dadas pelas suas naturezas e particularidades.

Deste modo, é preciso reconhecer que existem de fato mecanismos de resolução de conflitos que se afiguram mais adequados, considerando-se o contexto enfrentado, do que o processo judicial oferecido pelo Estado, assim como esse, por sua vez, não raras as vezes poderá ser considerado como o método mais adequado, a depender das circunstâncias, se comparado com os demais<sup>85</sup>. Essa perspectiva leva parcela da doutrina a inclusive enxergar uma contraposição de sentido entre a ideia de “métodos alternativos” e “métodos adequados” de resolução de disputas, preferindo-se a segunda nomenclatura, em detrimento da primeira<sup>86</sup>.

Essas colocações no levam diretamente à necessidade de análise das particularidades da crise alhures mencionada, para que então se compreenda a natureza dos seus efeitos conformadores no que tange ao desenvolvimento da Arbitragem no Brasil. Assim, em um primeiro momento, vale voltarmos o escopo de investigação para o relatório anual publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, “Justiça em números”.

---

construção” (GUERRERO, Luis F. **Teoria Geral dos Processos**: Os métodos de solução de conflitos e o processo civil. Portugal: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p. 119).

<sup>85</sup> Essa noção, quando analisado o instituto da Arbitragem, está diretamente associada a própria ideia de arbitrabilidade, i.e., a possibilidade jurídica de determinadas lides serem direcionadas à via arbitral. É dizer, desta maneira, que a exclusão a arbitrabilidade de determinadas matérias nada mais representa do que a manifestação do interesse da comunidade política, externalizada por meio do Poder Político, de que determinadas demandas sejam enfrentadas no Poder Judiciário – sendo fundamental a própria noção de “disponibilidade do direito” do direito em debate, tal como preceitua o Art. 1º da Lei de Arbitragem: “De maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família (em especial ao estado das pessoas, tais como filiação, pátrio poder, casamento, alimentos), aqueles atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre outras tantas, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes. [...] São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem. Pode-se continuar a dizer, na esteira do que dispunha o Código de Processo Civil (art. 1.072, revogado), que são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. p. 38-39).

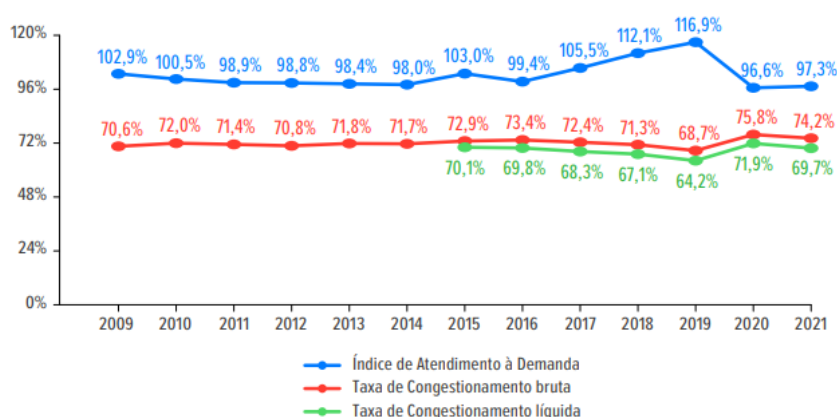
<sup>86</sup> “Faço aqui um alerta: a terminologia tradicional, que se reporta a “meios alternativos” parece estar sob ataque, na medida em que uma visão mais moderna do tema aponta meios adequados (ou mais adequados) de solução de litígios, não necessariamente alternativos. Em boa lógica (e tendo em conta o grau de civilidade que a maior parte das sociedades atingiu neste terceiro milênio), é razoável pensar que as controvérsias tendam a ser resolvidas, num primeiro momento, diretamente pelas partes interessadas (negociação, mediação, conciliação); em caso de fracasso deste diálogo primário (método autocompositivo), recorrerão os conflitantes às fórmulas heterocompositivas (processo estatal, processo arbitral). Sob este enfoque, os métodos verdadeiramente alternativos de solução de controvérsias seriam os heterocompositivos (o processo, seja estatal, seja arbitral), não os autocompositivos (negociação, mediação, conciliação). Para evitar esta contradição, soa correta a referência a métodos adequados de solução de litígios, não a métodos alternativos. Um sistema multiportas de resolução de disputas, em resumo, oferecerá aos litigantes diversos métodos, sendo necessário que o operador saiba escolher aquele mais adequado ao caso concreto” (CARMONA, Carlos A. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. p. 33).



Nessa linha, vale fazer referência ao indicador de “Taxa de Congestionamento Total do 1º Grau<sup>87</sup>”, que, na série histórica total, que vai de 2009 a 2021, revela um cenário que ilustra perfeitamente aquilo que nenhum analista ousaria discordar: há de fato uma Crise. Em síntese, o índice apontado trata de medir a capacidade dos Tribunais de darem vazão ao seu estoque de processos, de modo que “[quanto] maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque”<sup>88</sup>.

Em 2009, verificava-se uma taxa de congestionamento de 70,6%, ao passo em que, no ano de 2021, o índice elevou-se para 74,2%, menor apenas do que o referencial de 2020, correspondente a 75,8%. Uma leitora atenta poderia levantar a questão: e a pandemia? Ainda assim, no ano de 2019 – isto é, pré-pandemia – o indicador apontava para um congestionamento de 68,7% - pouquíssimo abaixo do valor identificado no início da série<sup>89</sup>.

Figura 75 - Série histórica da taxa de congestionamento e do índice de atendimento à demanda



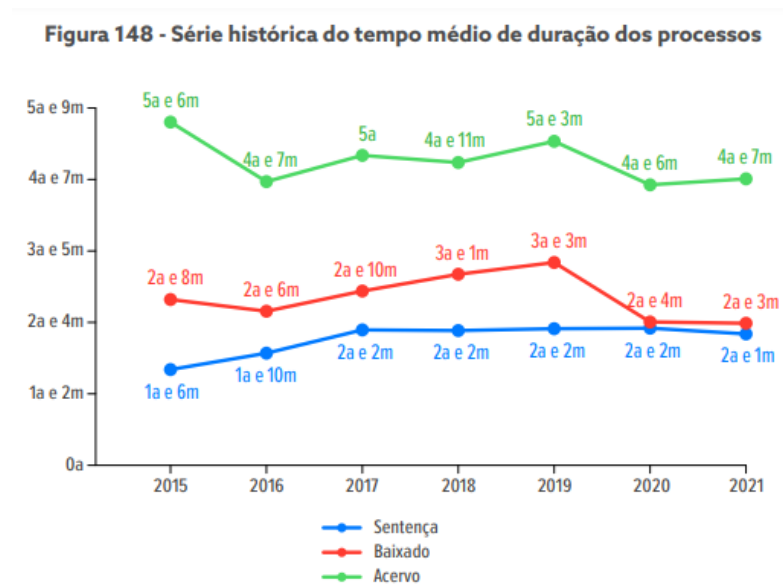
A despeito de se verificar uma queda percentual desde o início da série histórica, é inegável que o Poder Judiciário brasileiro enfrenta um problema grave de efetividade da atividade de prestação jurisdicional, porquanto identifica-se uma dificuldade em vencer o estoque de demandas. Ainda, outro aspecto relevante de análise diz respeito ao tempo de tramitação dos processos durante a fase de conhecimento. Em relação a 2015, o relatório apresentado no ano de 2022 indica que o tempo de duração total – até o acervo – correspondia

<sup>87</sup> “Taxa de Congestionamento: indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados). Cumpre informar que, de todo o acervo, nem todos os processos podem ser baixados no mesmo ano, devido a existência de prazos legais a serem cumpridos, especialmente nos casos em que o processo ingressou no final do ano-base” (CONSELHO nacional de justiça. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. p. 103-104).

<sup>88</sup> CONSELHO nacional de justiça. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. p. 103-104

<sup>89</sup> CONSELHO nacional de justiça. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. p. 127.

a uma média de 5 anos e 6 meses; já no final da série histórica informada, no ano de 2021, o tempo correspondente referido é de 4 anos e 7 meses<sup>90</sup>.



Desenhado o cenário “numérico” – ainda que o foco do presente estudo não seja qualquer tipo de análise empírica a respeito das mazelas do Poder Judiciário –, parece absolutamente correto o diagnóstico uníssono da doutrina de que existe um problema de morosidade e efetividade da tutela jurisdicional exercida pelo Estado.

Nessa senda, traçada uma perspectiva geral a respeito dessa Crise do Judiciário e apresentadas as razões pelas quais pode-se falar em uma “fuga em direção à Arbitragem”<sup>91</sup> no âmbito das relações comerciais, vale realizar, no encerramento desta etapa do estudo, um aprofundamento da análise, para tecer breves considerações a respeito de uma pintura mais ampla, que envolve, na realidade, uma Crise da própria concepção de Estado. Nesse sentido, José Luis Bolzan e Lenio Luiz Streck nos apresentam uma tipologia extremamente útil para análise dessa Crise, trazendo 5 facetas atribuíveis a essa; fala-se em (i) uma crise conceitual; (i) uma crise estrutural; (iii) uma crise institucional; (iv) uma crise funcional; e (v) uma crise de representação<sup>92</sup>.

Quanto aos elementos que compõem cada uma dessas faces, vale restringir a atenção às elementos conceituais, estruturais e funcionais, apontados pelos autores. Assim, afirmam Streck

<sup>90</sup> CONSELHO nacional de justiça. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. p. 213.

<sup>91</sup> MACHADO, Rafael Bicca. **A arbitragem como opção de saída para a resolução de conflitos empresariais**. Dissertação de Mestrado – Pontifício Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Passim.

<sup>92</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 136-137.

e Bolzan que a denominada “crise conceitual” se consubstancia em uma ideia de “*dispersão do loci de atuação política na sociedade, seja no âmbito interior, seja no exterior*”<sup>93</sup>, i.e., a “*crise do Estado Moderno em apresentar-se como centro único e autônomo do poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional*”<sup>94</sup>, o que tem por consequência a “[*formação*] de centros de poder alternativos” e a “*institucionalização de ‘contextos’ que integram seus poderes em dimensões supraestatais*”<sup>95</sup>.

A “crise estrutural”, por sua vez, diz respeito às insuficiências materiais propriamente ditas do Estado de “Bem-Estar Social”. Na tentativa de compatibilizar as promessas da modernidade e um sistema de mercado organizado sob o princípio da liberdade econômica<sup>96</sup>, o pêndulo da história foi em direção a um modelo de Estado “garantidor” de condições materiais mínimas a todos, em par de igualdade e consideradas não como “caridade”, mas efetivamente como “direitos”, assumindo, para tanto, um papel notadamente intervencionista. No entanto, essa “*abertura de canais que permitiram o crescimento das demandas por parte da sociedade civil*” também gerou um déficit de dinamismo, associado ao aumento da burocracia que ficaria responsável pela “*concretização dos serviços*”<sup>97</sup>; déficit que acaba sendo agravado por uma crise financeira – ou de financiamento – do Estado<sup>98</sup>.

---

<sup>93</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 139-140.

<sup>94</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 139.

<sup>95</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 143.

<sup>96</sup> “A vida mostraria não ser confirmada pela realidade a velha tese liberal de que a economia e a sociedade, se deixadas a si próprias, confiadas à mão invisível ou às leis naturais do mercado, proporcionam a todos os indivíduos, em condições de liberdade igual para todos (a igualdade perante a lei), as melhores condições de vida, para além do justo e do injusto. Esse pressuposto liberal falhou em virtude de vários factores: progresso técnico; aumento da dimensão das empresas; concentração do capital; fortalecimento do movimento operário [...] e agravamento da luta de classes; aparecimento de ideologias negadoras do capitalismo, que começaram a afirmar-se como alternativas a ele. Falhado aquele pressuposto – que justificava a tese de que o Estado deveria estar separado da sociedade e da economia – impôs-se a necessidade de confiar ao estado (ao estado capitalista) novas funções, no plano da economia e no plano social. A emergência do estado social – poderemos antecipar já esta ideia – significou uma diferente representação do estado e do direito, aos quais se comete agora a missão de realizar a ‘justiça social’ [...]” (NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá**: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 29).

<sup>97</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 149.

<sup>98</sup> “Os problemas de caixa do *Welfare State* já estão presentes na década de 1960, quando os primeiros sinais de que receitas e despesas estão em descompasso, estas superando aquelas, são percebidos. Os anos 1970 irão aprofundá-la, na medida em que o aumento da atividade estatal e a crise econômica mundial, implicam um acréscimo ainda maior de gastos, o que implicará o crescimento do déficit público” (MORAIS, José Luiz Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 151).

Com a perda de um alicerce conceitual sólido da noção de “soberania” e ineficiência da burocracia do Estado, uma crise das teorias da especialização de funções do Estado<sup>99</sup> e sua transfiguração em perspectivas “pluralistas” que denunciam um processo de perda, pelo Poder Público, da sua “*capacidade de decidir vinculativamente a respeito da lei, sua execução e da resolução de conflitos*”<sup>100</sup>, não poderia ser senão uma natural consequência. Assim, doutrinas mais ortodoxas do domínio da Teoria Geral do Estado vão, nesse ponto, cedendo, por força de um relativo esvaziamento das noções elaboradas por Goerg Jellinek de poder dominante e poder não dominante – aquele sendo típico da ideia de Estado como fonte originária e auto fundante, ao mesmo tempo irresistível, de dominação<sup>101</sup>.

Deste modo, é diante do aspecto específico e concreto, envolvendo uma crise de números das instâncias públicas de administração e procedimentalização da justiça, bem como do aspecto amplo e profundo sobre as bases fundantes da ideia de Estado Moderno, que a arbitragem, como um método adequado de resolução de disputas surge e galga cada vez mais um espaço de maior prestígio na *práxis* forense, como um reflexo de algo que se poderia verdadeiramente denominar de “fuga do Poder Judiciário”.

Por outro lado, no que diz respeito à arbitragem em si, é relevante destacar que a função que acaba sendo retirada – e essa é uma questão que será, na sequência, melhor trabalhada quando enfrentada a fixação da natureza jurídica do instituto – da zona de primazia do “poder

---

<sup>99</sup> “Para a maior parte dos autores, o poder é um elemento essencial ou uma nota característica do Estado. Sendo o Estado uma sociedade, não pode existir sem um poder, tendo este na sociedade estatal certas peculiaridades que o qualificam, das quais a mais importante é a soberania. Não há, também, uma distinção muito nítida entre poder de império e soberania, havendo quem identifique o *imperium* com a soberania no âmbito interno, enquanto que outros entendem como poder de império o que se exerce sobre pessoas. [...] Outro aspecto importante a se considerar é que existe uma relação muito estreita entre as ideias de poder e de função do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma distribuição de funções. Assim, por exemplo, Leroy-Beaulieu adota esta última posição, indo até mais longe, procurando demonstrar que as diferentes funções do Estado, atribuídas a diferentes órgãos, resultaram do princípio da divisão do trabalho. Diz ele que foi esse princípio, inconscientemente aplicado, que fez passarem ao Estado certas funções que a sociedade exercia instintivamente e que o Estado organiza com reflexão [...]”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 113 e 214); “A conceituação *ex professo* das funções acompanha o desenvolvimento das teorias gerais do estado e do direito público. No entanto, de forma explícita ou implícita, o problema vem de há muito, conexo (como, de resto, continua a estar) com os problemas das características, dos fins e dos poderes do Estado [...]” (MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 233).

<sup>100</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 155).

<sup>101</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 113.

dominante” do Estado não é – e está longe de que, no âmbito doméstico<sup>102</sup>, se avance para atingir-se este cenário – o de uso da força autorizada<sup>103</sup>.

Nessa linha, se é possível falar em um método alternativo ao Poder Judiciário e o processo judicial, tal proposição não pode ser corretamente compreendida como uma fuga da institucionalidade do Estado e do seu – ainda existente – monopólio do uso legítimo da força, ou uma fuga do direito estatal como um todo; o Estado, tido como a reunião de todas as forças particulares<sup>104</sup>, mas, ao mesmo tempo, “*liberta da arbitrariedade das vontades individuais*”<sup>105</sup>, permanece detentor desse monopólio, porquanto “*apenas a coerção [não] é atribuída à arbitragem, o resto é delegado, realmente, pela Lei da arbitragem para o Juízo arbitral*”<sup>106</sup>.

<sup>102</sup> Ressalve-se, por necessário, que, no que diz respeito à uma teoria da arbitragem internacional, há um amplo e profundo debate a respeito dessa (im)possibilidade de se pensar a arbitragem fora dos limites domésticos como uma verdadeira ordem jurídica dotada de um raio de institucionalidade próprio. Emmanuel Gaillard, por exemplo, apresentará ao menos três correntes de pensamento: (i) “a arbitragem internacional reduzida a um componente de uma ordem jurídica estatal determinada”, posição que atrela a arbitragem internacional à zona de institucionalidade da ordem jurídica da sede do tribunal; (ii) “a arbitragem internacional fundada em uma pluralidade de ordens jurídicas estatais”, que reconhece um compartilhamento de espaços institucionais consubstanciado no “conjunto de ordens jurídicas prontas, segundo certas condições, a reconhecer a eficácia da sentença” arbitral internacional; e, por fim, (iii) a arbitragem internacional como uma ordem jurídica autônoma: a ordem jurídica arbitral, que admite e advoga que o tribunal arbitral internacional não exerce uma administração da justiça “em nome do Estado” mas “a serviço da comunidade internacional”. (GAILLARD, Emmanuel. **Teoria jurídica da arbitragem internacional**. São Paulo: Atlas S.A. *passim*). Ainda, é possível também identificar na experiência internacional equiparações mais “fortes” da figura do árbitro com a do juiz: “[...] em certos países, como a Alemanha, os poderes conferidos a esses mecanismos, como a arbitragem, chegam em certos casos a equiparar-se aos que a lei confere aos próprios magistrados: não apenas poderes de decisão, mas também de coerção. [...]” (GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil**. 5. ed. 1. v.. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015. p. 25). No entanto, não parece ser esse o caso do Brasil.

<sup>103</sup> “[...] Primeiramente, não nos parece correto dizer, com vistas nos ordenamentos constitucional e legal brasileiros, que a jurisdição é monopólio estatal, pois, na verdade, a exclusividade do Estado se limita, quanto ao objeto, aos atos indisponíveis e, quanto aos meios, aos atos de império, como, aliás, também ocorre em outros países e já vem sendo reconhecido pela doutrina. Consoante anota Giuseppe Ruffini, ‘esclusiva dello Stato non è infatti la decisione delle controversie, ma la tutela coattiva dei diritti’ [...]” (FICHTNER, José A.; MANNHEIMER, Sergio N.; MONTEIRO, André L. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. p. 43).

<sup>104</sup> “As forças particulares não podem reunir-se sem que todas as vontades se reúnam. A reunião destas vontades, como diz mais uma vez muito bem GRAVINA, é o que chamamos de ESTADO CIVIL”. (MONTESQUIEU, Charles-Louis Baron de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 16).

<sup>105</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 112

<sup>106</sup> “Muito ao contrário, pois, ao menos no caso brasileiro, a própria Constituição da República legitima a arbitragem ao garantir a liberdade individual (art. 5.º, *caput*) e prever o instituto em seu texto (art. 114), ainda que, neste último caso, limitado à esfera dos dissídios coletivos trabalhistas. O Superior Tribunal de Justiça, conforme consta do voto do Ministro Sidnei Beneti, já chegou a pronunciar que ‘apenas a coerção o que não é atribuída à arbitragem, o resto é delegado, realmente, pela Lei da arbitragem para o Juízo arbitral’” (FICHTNER, José A.; MANNHEIMER, Sergio N.; MONTEIRO, André L. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. p. 44). Ademais, observe-se que, mesmo nos casos das ditas “execução extrajudiciais” (v.g. Lei no 4.591/1964 e Decreto-lei no 70/1966), o debate que as circunda não diz respeito a se o Estado deve ter participação, mas quanto dessa participação o princípio do devido processo legal exige (ver discussões em: GUERRERO, Luis F. **Teoria Geral dos Processos: Os métodos de solução de conflitos e o processo civil** (Coleção Ibmecc São Paulo – Série Direito e Resolução de Disputas). Portugal: Grupo Almedina, 2022. p. 213 e segs). De toda sorte, anote-se as lições de Leonardo de Faria Beraldo: “A arbitragem foi criada, a nosso ver, para julgar os conflitos de interesses qualificados por uma pretensão resistida que, caso fossem julgados pelo Poder Judiciário, seriam certamente taxados de processo de conhecimento. As medidas cautelares, por sua vez, caso sejam necessárias, devem ser requeridas ao juízo arbitral (caso já esteja constituído) e, apenas em caso de necessidade de se efetivar a medida de urgência deferida, é que se precisaria do auxílio da jurisdição estatal. Com relação ao processo de execução

Outrossim, para além dessa limitação envolvendo o aspecto do uso da força, também há uma limitação derivada da prática comum, ao menos no Brasil, com relação ao direito produzido pelo Estado. Leia-se:

As partes brasileiras preferem, como é comum no mundo todo, a escolha de um direito nacional bem consolidado, e, na maioria dos casos, preferem o direito local, especialmente se a sede da arbitragem é no Brasil. [...] Sendo a sede da arbitragem no Brasil, caso a lei aplicável seja a brasileira, a constatação de Gary Born – “the jurisdictional theory of arbitration gives primary importance to the role of national law” – é certamente válida. Nessas circunstâncias, as partes brasileiras e os seus advogados têm a expectativa de que os árbitros realmente apliquem o direito material brasileiro e não toleram árbitros (internacionais) escapem disso, socorrendo-se de princípios contratuais transnacionais ou algum tipo de *lex mercatória*. Por conta disso, e considerando algumas experiências do passado, a comunidade jurídica empresarial brasileira costuma dar preferência à nomeação de árbitros habilitados em Direito Brasileiro, isto é, inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Pouquíssimos sustentam a posição de Gary Born, de que o direito aplicável é apenas o ponto de partida, mas não o resultado da análise jurídica do caso concreto. Pelo contrário, partes e advogados brasileiros esperam uma profunda análise da jurisprudência e doutrina pátrias, nada mais e nada menos<sup>107</sup>.

Na esteira desse testemunho, vê-se que mesmo as partes – inseridas em um contexto doméstico – tendem a se comportarem de tal forma a demandar que o próprio árbitro preste deferência aos aspectos institucionais derivados do Estado. Essas considerações, a partir de uma leitura da *práxis arbitral brasileira*, assumem contornos especiais se lidas sob o prisma do debate a respeito da vinculação dos árbitros aos precedentes das Cortes Superiores, porquanto parecem revelar que o denominado “paradigma da fuga do Poder Judiciário” não equivale a uma fuga do direito produzido pelo Estado, i.e., do direito produzido pela comunidade política brasileira.

Pelo contrário, ainda que seja verdadeira a afirmação de que há uma busca por mecanismos – fundamentalmente procedimentais – mais eficientes de resolução de disputas para além das fronteiras dos foros e tribunais administrados pelo Poder Público, há também

---

lastreado em título executivo extrajudicial, tem-se que somente poderia tramitar perante o Judiciário. Essa é a lição que se tira dos arts. 29 e 31 da LA. Ora, o árbitro não possui poderes de natureza executiva, logo, todos os seus atos de natureza expropriatória dependeriam do juiz togado para serem efetivados. Segundo CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “a convenção de arbitragem, que impede a tutela jurisdicional cognitiva por via judicial (art. 267, inc. VII), não é impeditiva da execução forçada, porque os árbitros jamais podem ser investidos do poder de executar; existindo um título executivo extrajudicial, é lícito instaurar o processo executivo perante a Justiça estadual apesar da existência da convenção de arbitragem, porque do contrário a eficácia do título seria reduzida a nada”. (BERALDO, Leonardo de F. **Curso de Arbitragem**: Nos Termos da Lei N° 9.307/96. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. p. 142).

<sup>107</sup> SESTER, Peter Christian. **Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. pp. 50-51.

uma verdadeira busca pelo aprofundamento do significado do direito brasileiro por meio da próprio seleção de árbitros especializados que, nas palavras do autor citado, realizem uma “*profunda análise da jurisprudência e doutrina pátrias, nada mais e nada menos*”, aliada, evidentemente, a conhecimentos técnicos de mercado.

Considerações mais completas a respeito dos limites desse paradigma serão ainda na sequência apresentadas, tendo em vista a relação do tema com a própria compreensão do sentido de certas categorias internas ao instituto. Para os fins deste estudo, o panorama apresentado parece-nos suficiente para descrever como a arbitragem se insere em um contexto concreto brasileiro de crise de eficiência do Estado, bem como em um cenário mais profundo e amplo, que coloca em xeque a própria ideia de Estado Moderno. No entanto, para além disso, a exploração dos paradigmas ora analisados nos revela, desde já, que a arbitragem não necessariamente representa um “mundo à parte” da institucionalidade “tradicional” associada ao poder formal do Estado; não só porque entre tribunal arbitral e Poder Judiciário deve haver uma relação de cooperação<sup>108</sup>, mas, fundamentalmente, porque são esses mesmos paradigmas que delimitam as fronteiras da independência do instituto com relação às práticas que compõe esse mencionada institucionalidade, e impor fronteiras não é apenas dizer até onde se pode ir, mas, também, até onde *não se pode ir*.

### 1.3. Noções conceituais necessárias

Perante as considerações anteriormente traçadas, pode-se, agora, adentrar em dimensão em certa medida mais dogmática a respeito do procedimento arbitral. A abordagem que ora se lança não tem por objetivo esgotar absolutamente todos os elementos conceituais que se encontram presentes na prática e compreensão do instituto, mas apenas apontar temas de relevância para o enfrentamento do objeto central da análise deste estudo, i.e., arbitragem e precedentes judiciais.

Nesse sentido, optou-se por limitar a investigação a quatro temas, tendo em vista a seguinte ordem de prioridade: (i) a necessidade de esclarecer a natureza jurídica da arbitragem, com um enfoque também na sua relação com as regras do Código de Processo Civil; (ii) a fonte

---

<sup>108</sup> “Não há relação de hierarquia entre o juiz e o árbitro. Tampouco a eventual comunicação que se estabeleça entre eles pode ser qualificada como de subordinação ou de sujeição. Trata-se de verdadeira relação de cooperação entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal (CPC/2015, art. 69, § 1º), que se estabelecerá, por exemplo, na hipótese de haver renitência da parte contrária em cumprir uma ordem do árbitro. Nesse caso, o Poder Judiciário será acionado exclusivamente para implementar atos de força, que escapam aos poderes inerentes à função do árbitro. [...]” (CAHALI, Francisco J.; RODOVALHO, Thiago; Alexandre. **Arbitragem**: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 163).

dos poderes e deveres dos árbitros, a fim de que se compreenda o sentido da sua equiparação ao juiz do Estado; e, por fim, (iii) a questão acerca da irrecorribilidade das sentenças arbitrais e respectivas hipóteses de nulidade. Tem-se por postulado metodológico que tais categorias serão de alta relevância para as considerações trazidas na segunda e terceira parte do estudo.

### 1.3.1. A natureza jurídica da arbitragem e sua relação com o Código de Processo Civil

Antes de tudo, a despeito das considerações anteriormente lançadas, uma pergunta fundamental foi deixada para este momento, qual seja, “o que é, afinal, a arbitragem?”. A partir de um consideração ampla das várias respostas doutrinárias a essa pergunta, Danilo Brum de Magalhães nos apresenta uma proposta de conceito que parece – como poucas vezes é possível quando fala-se em categorias das ciências do espírito – condensar – senão todos – a maior partes das unidades conceituais que compõem a ideia geral do instituto, a saber:

De forma geral, a arbitragem, como microssistema jurídico, é meio heterocompositivo de resolução de conflitos, eficiente e alternativo (ou adequado/complementar) à jurisdição estatal, onde as partes delegam a um terceiro – o árbitro/tribunal arbitral – a decisão sobre o mérito do litígio entre pessoas capazes e sobre direito patrimonial disponível, sendo a decisão uma sentença e, como tal, terá força de título executivo judicial, consoante disposição expressa do Código de Processo Civil e da Lei de Arbitragem<sup>109</sup>.

Da leitura de tal descrição, abstrai-se os elementos centrais que não apenas revelam o que se compreende, predominantemente, como sendo a natureza jurídica do instituto, mas também questões outras, como a circunstância de que o árbitro tem por responsabilidade decidir “o mérito do litígio” – o que nos remete, por exemplo, às considerações outrora levantadas a respeito da execução da sentença arbitral ser deixada a cargo do Poder Judiciário, ainda que tal sentença seja equiparada àquela proferida no âmbito desse (“força de título executivo judicial”).

Em todo, caso atentemo-nos à afirmação de que a arbitragem seria um “*meio heterocompositivo de resolução de conflitos, eficiente e alternativo*” à jurisdição estatal. Teria, portanto, a arbitragem natureza jurisdicional? O fato de que o árbitro é investido no seu ofício pela vontade das partes atrairia uma natureza puramente contratual? Eis as questões que ora serão enfrentadas.

---

<sup>109</sup> JÚNIOR, Danilo Brum de Magalhães. **Arbitragem e direito concorrencial**: a arbitragem como método para a resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no direito brasileiro. Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Faculdade de Direito, São Leopoldo, 2018. pp. 69-70.



Assim, as respostas a tais questionamentos tendem a serem reunidas sob o manto de três correntes de pensamento principais. De um lado do extremo, há àqueles que imputavam à arbitragem uma natureza pura – ou ao menos predominantemente – contratual; no outro ponto extremado, há àqueles que advogam por uma compreensão fundamentalmente jurisdicional do instituto; entre tese e antítese, exsurtiu um “terceiro assento”, denominado de “teoria mista”. Para além dessas três correntes, há também aqueles que defendem uma quarta via qual seja, a de que de fato a arbitragem formaria uma “ordem normativa” autônoma, daí porque referida como “teoria autonomista”<sup>110</sup>.

Os defensores da teoria contratualista (ou privatista), afirmam justamente pelo fato de que o árbitro não possui poderes de *imperium*, que lhe faltaria, por conseguinte, uma feição essencial da ideia de jurisdição. Essa corrente parte do conceito de “jurisdição” cuja formulação mais clássica é atribuída à Giuseppe Chiovenda<sup>111</sup>.

Arelada a essa perspectiva, une-se a proposição de que a autoridade e a legitimidade do poder do árbitro, decorreriam da vontade das partes como expressão da sua autonomia privada, manifestada por meio da convenção de arbitragem<sup>112</sup> – de modo que, desta forma, tais poderes – e mesmo as suas responsabilidades<sup>113</sup>, o que é relevante para o objeto central deste estudo –

<sup>110</sup> “Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M. Kröll explicam que existem quatro teorias sobre a natureza jurídica da arbitragem, sendo certo que ‘these are known as the jurisdictional, contractual, mixed or hybrid, and autonomous theories’ [...]”. (FICHTNER, José A.; MANNHEIMER, Sergio N.; MONTEIRO, André L. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. p. 32).

<sup>111</sup> “Um dos maiores expoentes da teoria contratualista (ou teoria privatista) da arbitragem foi Giuseppe Chiovenda, não obstante poucas vezes o seu nome seja lembrado pela doutrina arbitralista. O autor afirma que ‘a vontade da lei, substancial ou processual, afirmada pelos árbitros em cada sentença, definitiva ou interlocutória, não se pode dizer atuada se a sentença não se tornou executória com o decreto do juiz da jurisdição em que foi proferida’ [...]”. (FICHTNER, José A.; MANNHEIMER, Sergio N.; MONTEIRO, André L. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. p. 32);

<sup>112</sup> “Afirmou-se, logo após a publicação da [LAB], que não é possível excluir da jurisdição (entendida como o Poder Judiciário) o julgamento de um conflito e, portanto, que tal lei era inconstitucional. Em resposta, foi dito que a atividade do árbitro também é jurisdicional e, assim, que as dimensões da jurisdição teriam sido ampliadas, o que daria legitimidade constitucional ao julgamento do árbitro. Ocorre que a outorga do julgamento de um conflito a um árbitro e o afastamento do Poder Judiciário em relação a ele não obrigam a que se aceite a atividade de um órgão privado – como o tribunal arbitral – como jurisdicional. Contudo, em razão de uma primária falta de percepção da essência da jurisdição e do fundamento da arbitragem, a doutrina, após a publicação da mencionada lei, passou a imaginar que a legitimidade da exclusão do Judiciário em relação aos conflitos dirimidos pelo árbitro fosse a atribuição de natureza jurisdicional à sua atividade. A discussão em torno da constitucionalidade da arbitragem – isto é, da ideia de excluir o Judiciário do julgamento dos conflitos levados ao árbitro – foi completamente desvirtuada, uma vez que a filosofia da arbitragem se relaciona exclusivamente com a questão da autonomia da vontade, sendo correto se dizer que Lei da Arbitragem teve apenas o propósito de regular uma forma de manifestação da vontade, o que nada tem a ver com as essências da jurisdição e da arbitragem [...]”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. 1. v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 150).

<sup>113</sup> “The contractualist theory focuses on the arbitration agreement. The arbitrator’s authority and legitimacy originates from the parties’ autonomy chose arbitration. The arbitrator is not a public authority and does not exercise any public function or power. Arbitrators act upon a mandate entrusted to decide in equity, yet there would be a mandate entrusted to them by the parties. They should still apply law correctly (except when authorized to decide in equity), yet there would be no duty to preserve the integrity or coherence of the legal order”.

não poderiam ser equiparadas – em um sentido de igualdade<sup>114</sup> – ao juiz, cuja fonte precípua de autoridade não é a vontade privada, mas o *ethos* público do Estado<sup>115</sup>.

Vale pontuar que essa compreensão a respeito da natureza jurídica do instituto estava – no seu princípio – muito associada com a própria imposição – que havia na Itália de Chiovenda, tal como no Brasil até o advento da LAB<sup>116</sup> – de homologação do “laudo arbitral” pelo Poder Público. Assim, com o fim dessa necessidade de homologação e qualificação legal do árbitro como “juiz de fato e de direito<sup>117</sup>”, associada à equiparação dos efeitos da sentença arbitral aos da sentença judicial<sup>118</sup>, i.e., com a LAB; bem como a partir da classificação, pelo CPC/15<sup>119</sup>, da sentença arbitral como sendo título executivo judicial – herança positiva de um CPC/73 pós-LAB<sup>120</sup> –, que ganhou maior força, no contexto brasileiro, a corrente publicista (ou jurisdicional)<sup>121</sup>.

---

(AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice.** 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. p. 29).

<sup>114</sup> “[...] equivaler não significa ser idêntico. Consequência do caráter não-estatal da arbitragem reside na circunstância de que os árbitros não detêm *imperium* estatal. Não podem adotar medidas de força coativa. Toda vez que dela necessitarem, precisam recorrer à autoridade judiciária [...]” (TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. In: DIDIER JR., Fredie; MACEDO, Lucas Buriel do; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Org.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. pp. 159-183.

<sup>115</sup> Com reforço a própria ideia de investidura do juiz em um cargo de Estado, galgado por seleção pública: “A jurisdição somente pode ser exercida por uma pessoa investida na autoridade de juiz, após concurso público de provas e títulos. [...]” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** 3. ed. 1. v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 151)

<sup>116</sup> “[...] vê-se que [Chiovenda] fundamenta sua posição na necessidade, existente à época na Itália, de homologação judicial de qualquer sentença arbitral para que esta produzisse efeitos. José Eduardo Carreira Alvim, após essa explicação, chega a prognosticar que ‘seria de duvidar-se que, contivesse a lei italiana normas como as dos arts. 18 e 31 da Lei de Arbitragem brasileira, houvesse Chiovenda permanecido fiel à concepção ortodoxa’ [...]” (FICHTNER, José A.; MANNHEIMER, Sergio N.; MONTEIRO, André L. **Teoria Geral da Arbitragem.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. p. 33).

<sup>117</sup> “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário” (BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 22 nov. 2022).

<sup>118</sup> “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. (BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 22 nov. 2022).

<sup>119</sup> “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral [...]” (BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 22 nov. 2022).

<sup>120</sup> “Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: [...] IV – a sentença arbitral [...]” (BRASIL. **Lei nº 11.232**, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 22 nov. 2022)

<sup>121</sup> “O legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal, fator de emperramento da arbitragem. Certamente continuarão a surgir críticas, especialmente de processualistas ortodoxos que não conseguem ver atividade processual – e muito menos

Nesses termos, a posição publicista defende que o Estado, ao atribuir – contingencialmente, porque trata-se de uma verdadeira atribuição por força dos termos do direito positivo<sup>122</sup> – definitividade ao provimento do árbitro<sup>123</sup>, inserindo-o por debaixo da *res judicata*<sup>124</sup>, não estaria apenas tornando tal decisão um “equivalente” jurisdicional, mas jurisdição propriamente dita, pouco importando a ressalva relativa “à respectiva execução” do comando<sup>125</sup>. Outrossim, é também de se notar que aqueles que defendem a natureza jurisdicional da arbitragem também reforçam a ideia de que essa representaria, ao fim e ao cabo, um instrumento de participação do povo na administração da justiça – tal como a própria instituição do Juri Popular<sup>126</sup>.

Posicionados lado a lado, contratualistas e publicistas pareciam, para alguns, errar e acertar ao mesmo tempo, o que, como antecipou-se, fez emergir uma terceira via, a que se deu o nome de teoria mista. Esse caminho, por sua vez, reconhece o acerto da teoria contratualista em identificar, na convenção de arbitragem e, deste modo, no fundamento da derrogação da

---

jurisdicional – fora do âmbito da tutela estatal estrita. Para rebater tal ideia tacanha de jurisdição, não há lição mais concisa e direta que a de Giovanni Verde: ‘[A] experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e talvez não mereça) ser cultivado. Deste mito faz parte a ideia que a justiça deva ser administrada em via exclusiva pelos seus juízes’ [...]” (CARMONA, Carlos A. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. p. 26).

<sup>122</sup> “[...] O árbitro é, pela legislação brasileira, juiz de direito e de fato [...]. Trata-se de jurisdição exercida por particulares, com autorização do Estado [...]” (CUNHA, Leonardo Carneiro. Art. 3º. In: FREIRE, Alexandre; STRECK, Lenio L.; NUNES, Dierle; et al. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 34); “[...] se a lei pode regular a participação direta dos cidadãos na administração da justiça, parece ser possível à lei ordinária regular a constituição de tribunais arbitrais, cujo acesso seria facultado àqueles que assim o desejassem. [...]” (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. **Revista dos Tribunais: revista de Processo: doutrinas essenciais**. São Paulo, v. 58, pp. 33-40, abr./jul. 1990. p. 34).

<sup>123</sup> “On the far side, we can find the publicist theory. Since it is the State that grants arbitrators the power to decide on cases and to issue awards as binding as decisions from state judges, it can be said that arbitrators exercise extraordinary jurisdictional power, and thus a public function [...]” (AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration**: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice. 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. p. 29).

<sup>124</sup> “Para esta corrente a natureza jurisdicional da arbitragem reside no fato de que a decisão arbitral, quando não for inválida, fica imutável pela coisa julgada material, tornando-se soberana [...]” (JÚNIOR, Danilo Brum de Magalhães. **Arbitragem e direito concorrencial**: a arbitragem como método para a resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no direito brasileiro. Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Faculdade de Direito, São Leopoldo, 2018. P. 72).

<sup>125</sup> “[...] a sentença arbitral, em nosso sistema jurídico vigente, nem mesmo pode ser vista como um sucedâneo do provimento judicial. É ela mesma erigida à categoria de título judicial, para todos os efeitos. [...] A competência do juízo arbitral, todavia, limita-se basicamente às decisões (inclusive as que determinam medidas cautelares ou coercitivas), não se estendendo à respectiva execução, que continuará inserida na atividade privativa do Poder Judiciário [...]” (JÚNIOR, Humberto T. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. p. 103).

<sup>126</sup> “O fato de encarar-se a jurisdição como poder, atividade e função do Estado não descaracteriza, desde logo, a jurisdicionalidade da arbitragem. Trata-se, evidentemente, de participação do povo na administração da justiça – o que não afronta o art. 153, § 4.º, da Constituição Federal e encontra respaldo no seu § 1.º do artigo 1.º. Basta lembrar, em reforço a tal argumentação, que a instituição do júri, mantida no mesmo artigo 153 da Constituição Federal, é baluarte da participação popular a nível jurisdicional” (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. **Revista dos Tribunais: revista de Processo: doutrinas essenciais**. São Paulo, v. 58, pp. 33-40, abr./jul. 1990. p. 33).

atividade jurisdicional exercida pelo Estado, a presença do domínio da autonomia privada, donde derivasse uma faceta efetivamente contratual do instituto. Por outro lado, pondo-se a lente de análise sobre o procedimento arbitral propriamente dito e o ofício exercido pelo árbitro, a tese intermediária reconhece a coerência do argumento publicista. Para Sester<sup>127</sup>, aqueles que melhor definiram o arremate entre as teorias contratualista e publicista, foram Gabrielle Kaufmman-Kohler e Antonio Rigozzi, os quais afirmaram que

The arbitration agreement is the basis for and the cornerstone of every arbitration: there can be no arbitration without an arbitration agreement. The arbitration agreement also determines the scope of the arbitration. Thus, there can be no arbitration outside the limits set by the parties' agreement to arbitrate. This is the contractual element of arbitration. Arbitration also has a quasi-judicial or adjudicative component. To the extent they are called upon to administer justice in lieu of the courts, the arbitrators render a decision (the arbitral award) which is the equivalent of the court judgment and produces the same effects (in particular, the *res judicata* and enforceability). The parties' agreement that an arbitral tribunal is to decide their dispute instead of the courts does not suffice for the award to produce these effects. National law must step in and confer judgment-like effects to awards. [...] Even though it is recognized and governed by the law of the state, arbitration is a form of private justice. The law generally makes its recognition of arbitration's quasi-judicial or adjudicative nature subject to compliance with certain fundamental guarantees which apply to an proceedings before state judiciary<sup>128</sup>.

Pondo em outros termos, deflui, a partir da teoria mista, o estabelecimento da natureza jurídica da arbitragem “*como híbrida, sendo na sua primeira fase contratual e na segunda jurisdicional, o que nos autoriza invocar os mesmos princípios jurídicos e corolários informadores do processo judicial, a fim de que se garanta a tutela jurídica efetiva*”<sup>129</sup>. Apesar disso, essa tentativa de conciliação representada pela teoria híbrida não foi, para alguns, de todo suficiente; donde derivou-se o desenvolvimento de uma quarta vertente – ainda mais radical que as demais – qual seja, a teoria autonomista – muito ligada ao estudo e compreensão da arbitragem internacional. Trazendo-nos as palavra de Julian Lew, Loukas Mistelis e Stefan Kröl, os autores brasileiros José Fichtner, Sergio Mannheimer e André Monteiro referem:

Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M. Kröll resumem bem a teoria autônoma da arbitragem: Arbitration cannot work in the context of the ideologies established in the context of private international law; it does not

<sup>127</sup> SESTER, Peter Christian. **Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 47.

<sup>128</sup> KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; RIGOZZI, Antonio. **International Arbitration: law and practice in Switzerland**. Oxford University Press, 2015. p. 6.

<sup>129</sup> LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem: princípios jurídicos fundamentais: direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**, v. 686, pp. 73-89, dez. 1992. p. 12. Disponível em: [http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo\\_juri20.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri20.pdf). Acessado em 4 abr. 2023.

need to fit in internationalist or nationalist-positivist views. It can eventually operate outside the constraints of positive law or national legal systems. Thus, the autonomous theory is an enlightened development of the mixed theory. However, it has the added dimension of being in tune with the modern forms of non-national, transnational and delocalised arbitration, as it does not attach too much value to the seat of arbitration and its law. [...]. The autonomous theory is a refined mixed theory which develops the regime to reflect the market place. It acknowledges jurisdictional and contractual elements in the arbitration regime, but shifts the focus from the control that the law of seat of arbitration may exercise and the autonomy of parties to the business and legal level where parties agree to and participate in the arbitration process. This theory which prevails today will inevitably dominate arbitration in the years to come. [...] Segundo nos parece, ainda é bastante complexo estabelecer uma relação de completa independência entre a arbitragem e o ordenamento jurídico da sede da arbitragem. Mesmo sob o ângulo internacional, a arbitragem sempre necessita do apoio do aparato estatal para tornar práticas as suas decisões, o que enfraquece a ideia de autonomia. Diga-se, ainda, que todos os ordenamentos do mundo preveem mecanismos de controle da sentença arbitral pelo Poder Judiciário de algum local, majoritariamente da sede da arbitragem, *ex vi* da alínea “e” do item 2 do art. V da Convenção de Nova Iorque de 1958 (Decreto n.º 4.311/2002)<sup>130</sup>.

Na esteira dessas lições, o que se compreende por teoria autônoma é a defesa de que a arbitragem é de fato um “mundo” apartado da institucionalidade do Estado, operando dentro de um padrão de racionalidade própria e livre das “amarras” do unitarismo estatal. Consoante observa-se, há ainda um longo caminho a ser trilhado – se esse for o “desejo” daqueles empenhados no desenvolvimento da arbitragem no Brasil e no mundo –, para que efetivamente possa ser defendida, com amplitude, por assim dizer, de uma caracterização geral da natureza jurídica do instituto, que a arbitragem representa uma ordem jurídica completamente autônoma àquela representada pela ordem jurídica pública do Estado, parecendo correta a afirmação trazida pelos citados autores de que, se tal autonomia se der nos tempos mais próximos, virá, muito provavelmente, de uma autorização dada pelo próprio Poder Público.

No entanto, a partir do ordenamento jurídico pátrio, é correto afirmar que o posicionamento majoritário põe foco na natureza jurisdicional da arbitragem, inclusive com respaldo na jurisprudência do STJ, que admite o reconhecimento da possibilidade de conflito de competência entre o juízo arbitral e o juízo estatal: “[a] atividade desenvolvida no âmbito

---

<sup>130</sup> FICHTNER, José A.; MANNHEIMER, Sergio N.; MONTEIRO, André L. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. pp. 42-44.

*da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral*<sup>131-132</sup>.

De todo modo, a centralização da natureza jurisdicional dos poderes do Tribunal Arbitral reforça a proposição anteriormente referida, formulada por Selma Lemes, de que a arbitragem estaria submetida aos “*princípios jurídicos e corolários informadores do processo judicial*”. Tal afirmativa faz levantar uma segunda questão envolta a natureza jurídica do instituto: a arbitragem, como método de resolução de disputas de natureza jurisdicional, estaria vinculada – se sim, em que grau – às regras procedimentais que regem o “processo judicial”?

Nesse sentido, em primeiro lugar, é preciso fixar como pressuposto a compreensão de que, por “método de resolução de disputas”, tem-se a ideia de mecanismos de pré-ordenação concatenada de etapas procedimentais capazes de, no fim do seu curso, produzir uma pacificação de uma determinada tensão social, remetendo-se a um conceito de “procedimento”<sup>133</sup>. O processo judicial seria, por sua vez, relação jurídica complexa envolvendo partes e juiz-Estado, conformada, em suma, pelo devido processo legal, notadamente na

---

<sup>131</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: **CC n.º 111230/DF**. Processo civil. arbitragem. natureza jurisdicional. conflito de competência frente a juízo estatal. possibilidade. medida cautelar de arrolamento. competência. juízo arbitral. Segunda Turma. Autor: C.E.B.S.A. Suscitante: S.E. LTDA. Suscitado: Tribunal arbitral do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil – Canadá. Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara Empresarial do Rio De Janeiro – RJ. Relatora Ministra Nancy Andrigli. 8 de maio de 2013. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201000587366&dt\\_publicacao=03/04/2014](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000587366&dt_publicacao=03/04/2014). Acesso em: 4 mar. 2023.

<sup>132</sup> Importa menção aos posicionamentos vencidos: “Não tem competência o tribunal arbitral para determinar medidas cautelares constritivas com a finalidade de assegurar futura execução. Isso porque o tribunal arbitral não integra a estrutura do Poder Judiciário e, no sistema jurídico adotado pela nossa lei de arbitragem, a execução é privativa desse Poder” (Ministro João Otávio de Noronha); “Não é possível ao STJ conhecer de conflito de competência entre tribunal arbitral e órgão do Poder Judiciário. Isso porque, nesse caso, não se trata de conflito de competência entre juízes vinculados a tribunais diversos, seja porque o árbitro não é juiz, mas apenas equiparado a juiz pela Lei 9.307/1996 nos limites de sua atuação em determinada arbitragem, seja porque não está vinculado, em sua função materialmente jurisdicional, a tribunal algum. A competência constitucional atribuída ao STJ no artigo 105, I, “d”, se refere aos conflitos entre juízes e tribunais que compõem organicamente o Poder Judiciário como função do Estado, não devendo a interpretação de tal dispositivo ter como ponto de partida a Lei 9.307/1996, a qual não poderia, nem o pretendeu, elastecer a competência do STJ” (Ministra Maria Isabel Gallotti).

<sup>133</sup> “Processo e procedimento são conceitos diversos e que os processualistas não confundem. Processo, como já se afirmou, é o método, isto é, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público, enquanto procedimento é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto. Como método de solucionar litígios, convém lembrar que, embora o principal, o processo não é o único, visto que, em determinados casos e circunstâncias, permite, a ordem jurídica, a autocomposição (transação entre as próprias partes) e a autotutela (legítima defesa ou desforço imediato). O processo, outrossim, não se submete a uma única forma. Exterioriza-se de várias maneiras diferentes, conforme as particularidades da pretensão do autor e da defesa do réu. Uma ação de cobrança não se desenvolve, obviamente, como uma de inventário e nem muito menos como uma possessória. O modo próprio de desenvolver-se o processo, conforme as exigências de cada caso, é exatamente o procedimento do feito, isto é, o seu rito. É o procedimento, de tal sorte, que dá exterioridade ao processo, ou à relação processual, revelando-lhe o *modus faciendi* com que se vai atingir o escopo da tutela jurisdicional. Em outras palavras, é o procedimento que, nos diferentes tipos de demanda, define e ordena os diversos atos processuais necessários [...]” (JÚNIOR, Humberto T. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. p. 168).

dimensão afeta ao contraditório. É nessa mesma direção que seria possível falar, por conseguinte, em um “processo arbitral<sup>134</sup>”, na medida em que, com a LAB,

Restaram fortalecidos os princípios básicos do devido processo legal, ao mesmo tempo em que a autonomia da vontade foi prestigiada, na medida em que fica a critério das partes a disciplina procedimental da arbitragem. A regra preconizada é a seguinte: as partes podem adotar o procedimento que bem entenderem desde que respeitem os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu convencimento racional. Se nada dispuserem sobre o procedimento a ser adotado e se não se reportarem a regras de algum órgão institucional, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral ditar as normas a serem seguidas, sempre atendidos os princípios há pouco mencionados, princípios esses que, em última análise, resumem o conteúdo do que, historicamente, acabou sendo conhecido como o devido processo legal<sup>135</sup>.

A partir desses elementos, soa adequado considerar que a arbitragem é forma – seja sob a noção de procedimento, tal como de processo –, assumindo especial relevância a cisão dogmática entre direito processual<sup>136</sup> e direito material<sup>137</sup>. Essa separação entre “forma” e

---

<sup>134</sup> “Processo é tradicionalmente conhecido na doutrina como uma relação jurídica pública e contínua, entre os atos que lhe dão corpo e entre estes e as pessoas a eles sujeitos. Relação que depende de certos pressupostos e que se desenvolve mediante um procedimento agitado pelo contraditório. Falar no processo arbitral, portanto, significa equivaler às esferas estatal e arbitral como mecanismos jurisdicionais nos quais juiz e árbitro exercem as mesmas funções: serem julgadores de fato e de direito, dizerem o direito, em movimento alinhado com a própria natureza jurídica da arbitragem. [...] Outro motivo há para se preferir a processo e não apenas procedimento arbitral. Trata-se de conclusão à luz dos princípios informativos do processo, na concepção de Cândido Dinamarco. Tais princípios são: (i) o econômico, voltado à produção do melhor resultado com o menor dispêndio de recursos; (ii) o lógico, para a seleção dos meios eficazes à descoberta da verdade; (iii) o jurídico, para a igualdade no processo e fidelidade da conclusão ao direito material; e, por fim, (iv) o político, visando a garantia social. Não se pode negar que todos eles estão presentes no processo arbitral. (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo arbitral e sistema**. 2009. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2009. p. 89-90); “A processualidade da arbitragem advém, portanto, de duas características fundamentais: primeiramente, de sua jurisdicionalidade [...] e, em segundo lugar, a aplicabilidade, a todo procedimento arbitral, dos princípios fundamentais do processo [...]” (NUNES, Thiago Marinho. **Análise dos efeitos da prescrição extintiva na arbitragem interna e internacional com visão a partir do direito brasileiro**. 2011. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2011. p. 37).

<sup>135</sup> CARMONA, Carlos A. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. p. 23.

<sup>136</sup> “O Direito Processual é comumente definido como o ramo do direito público interno que disciplina os princípios e as regras relativos ao exercício da função jurisdicional do Estado. É um ramo do direito público porque dispõe sobre o exercício de uma função predominantemente pública, a função jurisdicional, por órgãos do próprio Estado, os juízes e tribunais, e porque no seu exercício esses órgãos buscam realizar fins eminentemente públicos de atuar a vontade concreta da lei e de assegurar a paz social. É um ramo do direito público interno porque a função jurisdicional é uma das três funções essenciais do Estado Democrático de Direito, que emana da própria soberania estatal. Cada nação soberana institui os seus próprios juízes e estabelece as regras que devem ser observadas na sua atuação” (GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil - Vol. I**, 5ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015. p. 25).

<sup>137</sup> “[...] a concepção que permitiu a elaboração científica do direito processual moderno foi, inquestionavelmente, a do processo como relação jurídica de direito público, distinta da relação de direito material, que constitui o seu objeto, e que continua sendo a que, para fins didáticos, melhor serve à compreensão do processo como instrumento de atuação do Estado na composição dos litígios” (JÚNIOR, Humberto T. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. p. 168).

“substância” exsurge como algo de importância, tendo em vista que, em sendo a arbitragem espécie da primeira categoria, a sua autonomia se dará, em grande medida, com relação a essa – não necessariamente com relação à segunda.

Nesse trilhar, as clássicas lições de Hans Kelsen nos informam que o processo de “concretização” da norma geral perpassa, necessariamente, por um “roteiro” que apresentará, independentemente da ordem jurídica específica, um mesmo conjunto de etapas. Sob uma perspectiva, é preciso que esse roteiro indique (i) “quem” é a autoridade judicante; após, essa autoridade judicante precisa saber (i.a.) “como” exercer a sua função de (i.a.1.) “produzir” a norma jurídica individual e (i.a.2.) “concretizar” o seu comando na realidade. Por outro ângulo, é necessário que a autoridade possa (ii) identificar efetivamente qual a norma a ser concretizada. Nas palavras de Kelsen:

As normas gerais a aplicar pelos órgãos jurisdicionais e administrativos têm, portanto, uma dupla função: 1ª – a determinação destes órgãos e do processo a observar por eles; 2ª – a determinação do conteúdo das normas individuais a produzir neste processo judicial ou administrativo. [...] se um órgão, cuja constituição e função se encontram regulados por uma norma geral, verificou, por um processo determinado também através de uma norma geral, que existe um fato a que uma outra norma geral liga uma determinada sanção, esse órgão deve aplicar, pelo processo prescrito por uma norma geral, a sanção determinada pela norma jurídica geral já mencionada [havendo uma] conexão sistemática [...] entre o chamado Direito formal e o chamado Direito material, entre a determinação do delito e da sanção, por um lado, e a determinação do órgão aplicador do direito e do seu processo, por outro lado<sup>138</sup>.

Deste modo, a caracterização da arbitragem como um “sistema” está diretamente relacionada à primeira função apresentada por Kelsen. A autonomia sistêmica da arbitragem se daria, portanto, com relação ao direito processual, consubstanciando-se num “feixe endoinstrumental” marcado pela flexibilidade e uma construção *sob-medida*, em detrimento de padrões pré-ordenados, caracterizando-se, deste modo, pela dinamicidade do aspecto procedimental e distância da estratificação do processo estatal. Nesses aspectos é que habitaria, sobremaneira, o “fechamento operacional”<sup>139</sup> do instituto. Assim afirma Eduardo de Albuquerque:

<sup>138</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 256-257.

<sup>139</sup> Trata-se de gramática da teoria sistêmica desenvolvida por Luhmann (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Madrid: Iberoamericana, 2002) antropofagicamente utilizada por parte considerável da doutrina – consciente e inconscientemente – para a compreensão da dinâmica existente entre arbitragem e o restante da ordem jurídica, inclusive, como se verá adiante, para o enfrentamento da controvérsia acerca dos precedentes (MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na Arbitragem**. Belo Horizonte: Fórum, 2018). Em alguma medida, é possível afirmar que a conceituação da arbitragem como um “microsistema” ou “subsistema” compõe o próprio “senso comum teórico” (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do



Pois bem. Pressupondo-se que o sistema se comporte com fechamento operacional e abertura cognitiva, isso tem especial relevância no tocante às normas processuais. [...] Em poucas palavras, significa dizer que o processo estatal é capaz de se compor mediante instrumentos próprios (fechamento operacional), sem perder contato e estabelecer relações com o ambiente que o cerca (abertura cognitiva) [...] é fora de dúvida que os instrumentos do processo arbitral são produzidos pelo próprio organismo. [...] Não está de forma nenhuma amarrado a limitações legais rígidas, como o processo estatal. É, isso, sim orientado pelas diretrizes da Lei de Arbitragem, das quais poucas são cogentes, mas fundamentalmente informativas e racionais, as quais, no fundo, estão muito marcadas pela autonomia da vontade e pela disposição diretiva do árbitro do que por qualquer pretensão regulatória da atividade arbitral. Da lei advém princípios, basicamente, e algumas poucas regras voltadas a buscar um denominador comum mínimo (adequado) de devido processo legal<sup>140</sup>.

Desse fechamento operacional com relação ao direito formal decorre um dos principais “mantras” da *práxis* arbitral, qual seja, a inaplicabilidade das normas procedimentais do Código de Processo Civil. Assim, a doutrina majoritária brasileira defenderá<sup>141</sup> que, por se tratar de jurisdição privada exercida dentro de um “sistema” próprio com uma funcionalidade particular<sup>142</sup>, a arbitragem não é regulada pelo CPC – nem mesmo de forma subsidiária<sup>143</sup>.

Por outro lado, se o domínio da forma é legado ao espaço de fechamento operacional da arbitragem, quais seriam as expressões da sua “abertura cognitiva”; estaria ela relacionada,

---

direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 407 e segs.). dos estudos envolvendo o instituto, sendo tais categorias utilizadas não raras as vezes de forma irrefletida.

<sup>140</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo arbitral e sistema**. 2009. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2009. p. 41-43.

<sup>141</sup> Leonardo Beraldo, ainda que concedendo razão a tal posicionamento, assevera que “não é necessário ir contra o rito do CPC imotivadamente. Apenas para que não fique nenhuma dúvida, se se quiser traçar regras procedimentais na arbitragem, distintas daquelas previstas no CPC, é preciso que seja feito de maneira consciente e bem pensada, e, somente naquilo que for mais interessante as partes é que se deve mudar, do contrário, não há razão para se ter regras diferentes. É verdade que o CPC possui o procedimento rígido, contudo, é muito bom e, sem sombra de dúvidas, não é a causa da morosidade da Justiça” (BERALDO, Leonardo de F. **Curso de Arbitragem**: nos Termos da Lei N° 9.307/96. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. p. 272).

<sup>142</sup> “Mais precisamente, o fator fundamental na constituição de um (sub)sistema social reside na sua função, e esta não é outra que a de demarcar um âmbito determinado da complexidade operante na sociedade, com vistas a sua redução. Já não será necessário que todos se ocupem do todo para tudo. Cada (sub)sistema permite um tratamento setorial e simplificado de parte da complexidade com a qual se ocupa. E os demais (sub)sistemas, a seu turno, poderiam prescindir no tratamento do mesma, e a perceberiam como reduzida. A gênese de sistemas não é nada mais nada menos que a especialização funcional para a redução da complexidade. Somente assim a sociedade poderá evoluir; somente assim a sociedade poderá fazer-se mais complexa. [...]” (GARCIA AMATO, Juan Antonio Garcia. *A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. In.: **Niklas Luhmann: sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 307).

<sup>143</sup> “Além disso, deve ficar claro que é errado concluir que, havendo omissão das regras eleitas pelas partes, aplicam-se as regras do Código de Processo Civil. A doutrina tem defendido, com razão, que o CPC não se aplica em caso de omissão das partes. Veja-se que a Lei de Arbitragem brasileira não tem regra estabelecendo que, na ausência de regra específica [...] aplica-se o previsto no CPC brasileiro. Não existe regra expressa nesse sentido, e nem há qualquer dispositivo do qual se possa, implicitamente, afirmar a aplicação subsidiária do CPC na arbitragem. [...] A Lei de Arbitragem é clara em determinar que as partes podem criar as regras procedimentais. E na omissão delas, a mesma lei determina que cabe ao árbitro fixar o procedimento. Essa é a regra geral [...]” (MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. 2010. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2010. p. 116).

justamente, com o direito material? Um primeiro ponto a ser posto em resposta a esse questionamento, é ser uma consequência natural da ideia de “flexibilidade procedimental” e desvinculação ante a ritualística do processo judicial, a possibilidade de um foco concentrado no debate a respeito das provas e, da mesma forma, do direito material propriamente<sup>144</sup>.

Soma-se a isso que o direito material, em se tratando de procedimento arbitral, será escolhido pelas próprias partes, no exercício da sua autonomia privada – o que reforça a diferenciação sistêmica entre arbitragem e processo judicial –, uma vez escolhido, as normas que compõem esse direito eleito pelas partes vinculam não apenas o árbitro, mas as próprias partes – que estarão submetidas a sentença proferida. Em outras palavras, se no que diz respeito ao procedimento, as normas jurídicas estatuais não se aplicam – pela própria razão de ser do procedimento arbitral –, quando se fala na norma material a ser “concretizada” por meio de sentença arbitral, essa, sim, será aquela produzida no âmbito da comunidade política que compõe o Estado, havendo, portanto, uma abertura cognitiva nesse sentido<sup>145</sup>.

É importante ressaltar que a utilização dos conceitos “importados” da teoria sistêmica, por um lado, não foi despropositada; por outro, tampouco irrefletida. A ideia de que a arbitragem é um “subsistema processual autônomo” é fortemente considerada quando da defesa da desvinculação dos tribunais arbitrais aos precedentes das Cortes superiores; sabendo disso, ao se afirmar a “abertura cognitiva” da arbitragem para o direito material do Estado não significa afirmar que, na perspectiva daqueles que defendem a utilização da teoria dos sistemas para a compreensão do tema, os árbitros estejam vinculados aos precedentes das Cortes Superiores. Muito pelo contrário, sabe-se que, para esses, “[...] *o sistema arbitral também provoca interferência no do direito material. A atuação concreta da lei pelo árbitro pode levar a diversas interpretações sobre o conteúdo da norma referida, integrando-a, ou até mesmo alterando-a [...]*”<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> “O procedimento arbitral pode ser, em cada caso concreto, criado ou adaptado à luz do direito material controvertido. Podem ser evitadas regras ou praxes que, apesar de usuais nos procedimentos judiciais estatais, não contribuem para o adequado desenvolvimento do procedimento arbitral. E como o procedimento arbitral não precisa obrigatoriamente observar as regras processuais estatais, em especial o Código de Processo Civil [...], é possível evitar discussões processuais e concentrar-se na apreciação do direito material [...]. Por isso, é possível apontar, desde logo, que a flexibilidade do procedimento arbitral apoia-se também sobre a ideia de que qualquer procedimento deve sempre ser útil para resolver as questões de direito material controvertidas. E se para os procedimentos estatais judiciais ainda há muito o que fazer para obter-se maior aproximação entre direito material e processo, essa tarefa já está bem adiantada na arbitragem, cujo procedimento pode ser sempre moldado à luz do direito substancial controvertido [...]” (MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. 2010. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2010. p. 22).

<sup>145</sup> “[...] não se ignora no sistema processual arbitral uma abertura cognitiva. Isso ocorre [...] do ponto de vista material, ao aplicar a lei de determinado ordenamento [...]” (MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na Arbitragem**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 85).

<sup>146</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo arbitral e sistema**. 2009. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2009. p. 63.

A questão que ora se apresenta derradeiramente pode parecer singela e talvez deslocada do objeto central deste estudo. No entanto, a autonomia da arbitragem com relação ao direito formal e sua abertura para o direito material escolhido pelas partes, é elemento pré-compreensivo central para o debate envolvendo a vinculação dos tribunais arbitrais aos precedentes das Cortes Superiores, tendo em vista que a apresentação de respostas a essa controvérsia dependerá, em grande medida, da (im)possibilidade de defesa de uma tese de vinculação, para além do “estatuto epistemológico” do direito processual. Por ora, nos valeremos da questão atinente à possibilidade de escolha do direito aplicável, pelas partes, e da vinculação do árbitro a essa escolha, para avançar nos demais aspectos conceituais do instituto.

### 1.3.2. Convenção de arbitragem e a possibilidade de escolha do direito aplicável pelas partes

Após as proposições trazidas anteriormente, já restou esclarecido que a autonomia privada e a vontade das partes é pilastra inarredável do procedimento arbitral; nela se firma e por ela é conformada. Desta forma, é preciso que essa autonomia se expresse de alguma forma e que o desejo das partes de se submeterem à jurisdição de um tribunal arbitral manifeste-se no mundo concreto.

Essa “forma” é, precisamente, a convenção de arbitragem; *“um acordo de vontades pelo qual as partes se vinculam à solução de litígios determinados ou determináveis, presentes ou futuros, por meio do juízo arbitral, sendo derogada [...] a jurisdição estatal”*<sup>147</sup>. Trata-se de *“negócio jurídico processual [...] com elemento de organização mais ou menos amplo se a arbitragem for institucional ou ad hoc”*<sup>148</sup>, i.e., se o teor da convenção se abstrai vontade das partes de se submeterem a uma instituição (v.g. Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil – Camarb) ou apenas verifica-se a eleição de um árbitro ou tribunal desvinculado de qualquer regramento externo<sup>149</sup>. Nesse sentido, a convenção fixa os ditos limites subjetivos – “quem” – e objetivos – “o que” – da jurisdição do árbitro<sup>150</sup>, estando ele vinculado a esses limites, o que significa que não pode o tribunal arbitral decidir, como regra<sup>151</sup>, sobre direito de quem não

<sup>147</sup> GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4. São Paulo: Almedina, 2022. p. 25.

<sup>148</sup> GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4. São Paulo: Almedina, 2022. p. 35.

<sup>149</sup> BERALDO, Leonardo de F. **Curso de Arbitragem**: Nos Termos da Lei N° 9.307/96. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. p. 30.

<sup>150</sup> CARMONA, Carlos A. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n° 9.307/96, 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. pp. 77 e segs.

<sup>151</sup> Sobre a possibilidade de extensão desses limites subjetivos e objetivos da convenção de arbitragem, ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 97-104.

pactuou a convenção, tampouco sobre direitos das partes que pactuaram a convenção, mas que não estão inseridos no âmbito de incidência dessa, que é dado pelas próprias partes.

Em termos de instrumentalização, a LAB estabelece duas “modalidades” de convenção. Caso celebrada por meio de cláusula contratual, atrelada a um negócio jurídico específico e previamente ao surgimento da lide, tem-se a denominada “cláusula compromissória”; em sendo firmado o acordo de arbitrar após o surgimento da lide e tendo em vista essa em particular, fala-se em “compromisso arbitral”<sup>152</sup>. Vários aspectos dogmáticos circundam o instituto da convenção de arbitragem, todavia, para os fins deste estudo, nos ateremos aos efeitos jurídicos de tal disposição de vontade.

Na esteira do que foi apresentado anteriormente, a autonomia privada envolve um claro estabelecimento de um espaço livre e irresistido para o curso de ação do indivíduo (autodeterminação) e a garantia da sua capacidade de realização do seu potencial e valor intrínseco (autotelia). Dessa compreensão a respeito do significado da autonomia privada, decorre um dos dois principais efeitos da convenção de arbitragem, qual seja, o de derrogação da jurisdição exercida pelo Estado – i.e., a possibilidade de que as partes se afastem do âmbito de institucionalidade desse e, por deliberada escolha, adentrem em um espaço diverso segundo seus próprios desígnios. A esse efeito da convenção de arbitragem, a doutrina atribui a alcunha de efeito (ou eficácia) negativa. Nas palavras de Luís Fernando Guerrero:

A eficácia negativa da convenção de arbitragem retira do Judiciário o poder jurisdicional para conhecer as questões que estejam nos limites da convenção de arbitragem celebrada pelas partes. O poder jurisdicional é transferido do juiz para o árbitro por previsão legal amparada em manifestação de vontade expressa e escrita das partes, ficando estas impedidas de utilizarem o Judiciário de modo unilateral. O Judiciário será dotado apenas de um juízo sumário de delibação que o impede de analisar o mérito da sentença arbitral proferida que, justa ou injusta, prevalecerá, exceto se não preencher os requisitos formais previstos em lei ou contrária à ordem pública. O juízo do Judiciário acerca da sentença arbitral será de nulidade ou de anulação já que não haverá análise do mérito, sendo as partes encaminhadas a nova arbitragem para que as irregularidades sejam sanadas. Há clara subtração da jurisdição estatal em relação à análise do mérito das questões levadas à arbitragem<sup>153</sup>.

A *partis* dos ensinamentos de Guerrero, pode-se sumarizar como decorrências e limitações do efeito negativo da convenção de arbitragem (i) derrogação do poder jurisdicional do Estado (i.a.) com relação à lide circunscrita pela convenção; (ii) transferência desses poderes

---

<sup>152</sup> GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4. São Paulo: Almedina, 2022. p. 25-26.

<sup>153</sup> GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4. São Paulo: Almedina, 2022. p. 161-162.

jurisdicionais para a figura do árbitro, o qual tem soberania para juízo meritório<sup>154</sup>; e, por fim, (iii) manutenção de um fragmento de poderio jurisdicional nas mãos do Estado para a realização de um juízo “de delibação” a respeito da sentença proferida pelo árbitro.

O efeito negativo da convenção de arbitragem, por sua vez, tem sua expressão máxima no princípio competência-competência (*kompetenz-kompetenz*), associado a ideia de autonomia da convenção<sup>155</sup>. Ambos somados produzem o seguinte conjunto de proposições: (i) o árbitro tem competência – em detrimento do Estado-juiz – para decidir a respeito da sua própria competência, (i.a.) sendo seu poder-dever “*decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória*”<sup>156</sup>; a convenção, de sua senda, (ii) tem a sua validade dissociada da validade do negócio jurídico na qual inserida, de modo que a primeira pode ser válida, ainda que o segundo não o seja. Eis o panorama geral do dito efeito negativo da convenção de arbitragem.

Retornando novamente às investigações outrora realizadas a respeito da ideia de autonomia privada, verificou-se que, para além de uma ideia de “liberdade” no sentido de “um agir sem restrições”, também compõe a ideia de autonomia a noção de “auto sujeição” do indivíduo. Viu-se, assim, que não faz parte da noção de autonomia privada apenas o “ser livre para”, mas também o “poder escolher de que forma e em que condições não se será livre”, uma limitação que o indivíduo põe a si mesmo, em respeito à sua própria autonomia e em respeito a liberdade do outro. Desse raciocínio é que pode ser extraído o segundo principal efeito da convenção de arbitragem, a sua eficácia positiva.

Com a celebração de uma convenção de arbitragem, as partes não apenas derrogam a jurisdição do Estado, mas também se vinculam de forma irretroatável à jurisdição do árbitro ou tribunal arbitral; dela não podendo se desgarrar senão por um novo acordo mútuo de vontades, representando uma verdadeira obrigação exequível de submissão ao procedimento arbitral. Nessa linha,

A Lei de Arbitragem supera a ideia, então, prevalente no Brasil de que a recusa de uma das partes em promover a arbitragem só poderia resolver-se em perdas

---

<sup>154</sup> “[...] são os árbitros, também como regra geral, soberanos na análise e aplicação do direito ao mérito do litígio. Isso determina que eventual intervenção estatal não pode tocar o mérito da controvérsia [...]” (MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na Arbitragem**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 89)

<sup>155</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 93-97.

<sup>156</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.959.435/RJ**. Terceira Turma. Recorrente: Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social Refer e outros. Recorrido: SPE S&G Empreendimentos Imobiliários Ltda. Relatora Ministra Nancy Andrighi, 1 de setembro de 2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202102897496&dt\\_publicacao=01/09/2022](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102897496&dt_publicacao=01/09/2022). Acesso em: 8 mai. 2023.

e danos. A parte que tiver interesse na arbitragem poderá tomar todas as medidas necessárias para que ela ocorra, já que o efeito positivo da convenção de arbitragem faz com que o litígio só possa ser solucionado via arbitragem. [...] Como dito, a maioria dos sistemas arbitrais nacionais garante a execução específica da cláusula compromissória, sendo esta medida responsável em grande parte pelo maior desenvolvimento do instituto no Brasil. Com isso, o procedimento arbitral se inicia e se desenvolve mesmo que uma das partes seja recalcitrante, desde que existam na convenção todos os elementos necessários para indicação dos árbitros e início do procedimento.

Assim, percebe-se que a convenção de arbitragem tem um duplo efeito; de um lado, uma eficácia nitidamente processual, associada à fixação do centro de imanência da atividade jurisdicional, de outro, uma eficácia claramente material, estabelecendo uma obrigação entre as partes contratantes<sup>157</sup>, o que a diferencia, por exemplo, da cláusula de eleição de foro, cuja natureza é eminentemente processual<sup>158</sup>. Essas duas facetas – processual e material – dão forma às duas eficácias – negativa e positiva – da convenção, assim, em resumo, o que se verifica é que

[...] a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (clausula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral (art. 19).

Todavia, a noção de que a convenção arbitral obriga as partes e afasta a jurisdição do Estado, não significa afirmar que é unicamente a vontade das partes que transfere ao árbitro poderes jurisdicionais. O poder – ou autoridade – dos árbitros de “dizerem o direito” decorre, antes de tudo, da Lei<sup>159</sup>, que (i) garante o direito das partes de se submeterem ao jugo do tribunal

<sup>157</sup> “Há clara ligação desses mecanismos com o chamado efeito vinculante da convenção de arbitragem. Ela possui gênese decorrente do direito material mas com eficácia processual nítida. Decorre da livre manifestação de vontade das partes e, pelo seu caráter convencional, permite-se a vinculação das partes [...]”. (GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4. São Paulo: Almedina, 2022. p. 158).

<sup>158</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 1.962.113/RJ**. Terceira Turma. Recorrente Waiver Arts Logística de Precisão Ltda. Recorrido: Allianz Seguros S/A. Relatora Ministra Nancy Andrichi, 25 de março de 2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202101474601&dt\\_publicacao=25/03/2022](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101474601&dt_publicacao=25/03/2022). Acesso em: 4 mar. 2023.

<sup>159</sup> Evidentemente, não se desconhece, tampouco se quer infirmar, aquilo que a opinião corrente aponta, i.e., a ideia de que “o árbitro exerce sua missão em execução do contrato” (HENRY, Marc. Do contrato do árbitro: o árbitro, um prestador de serviços. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 6, v. 2, pp. 65-74, trimestral, abr./maio/jun. 2005. p. 66), um contrato comumente denominado de “contrato de investidura” (LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade: abordagem no direito internacional, nacional e comparado**. Jurisprudência (Lei n.º 9.307/96). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 195). Em verdade, não nos parece haver oposição entre aceitar como verdadeiro que o árbitro tem no contrato sua fonte mais próxima de poderes, e, ao mesmo tempo, aceitar que é a Lei que assim permite e garante. Muito pelo contrário,

arbitral; e que (ii) qualifica o árbitro como sendo um juiz de fato e de direito, bem como equipara o provimento de ambas as figuras, dando natureza jurisdicional ao seu ofício<sup>160</sup>. Tanto isso é verdade, que, consoante narrado alhures, até que a Lei positiva tivesse assim estabelecido, era um fato o desprestígio do instituto.

Por essa razão é correto afirmar que “[as] fontes mais relevantes da autoridade do árbitro são a autonomia da vontade das partes [...] e a lei que rege o procedimento arbitral, também denominada pela doutrina como *lex arbitrii*”<sup>161</sup>, até porque, reconhecendo-se como “fonte primordial da arbitragem a autonomia privada, a conclusão inexorável derivada é a de que a arbitragem também está pautada pelas mesmas limitações da ordem jurídica”<sup>162</sup>.

Todavia, o afastamento da jurisdição do Estado pela convenção arbitral é – como antecipado (1.1.1.) – uma das duas centrais decorrências do papel fundacionista da autonomia privada sobre o instituto da arbitragem. A ideia de liberdade das partes ganha, assim, especial sentido no que tange à possibilidade de escolha de “quem” as julgará e “de que forma” fará o julgamento, mas é na escolha de “com base em quais razões”<sup>163</sup> esse agente judicante decidirá, que a visualização dos efeitos da autonomia privada no instituto se mostra completa.

A LAB traz, nesse trilhar, disposição expressa garantindo o direito das partes de escolherem, a seu critério, se a arbitragem será de direito ou equidade<sup>164</sup>; em todo caso, poderão

---

pensa-se que, ao assumir na Lei fonte precípua dos poderes do árbitro, se estaria evitando a concretização e transformação do árbitro em um “produto mercante” (HENRY, Marc. Do contrato do árbitro: o árbitro, um prestador de serviços. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 6, v. 2, pp. 65-74, trimestral, abr./maio/jun. 2005. p. 74), pondo-o, sim, a serviço das partes, mas, de igual modo e fundamentalmente, a serviço do Direito: “Desse modo, o árbitro, embora não tenha poder jurisdicional originário da Constituição Federal, exerce função jurisdicional, por força de um poder de decisão atribuído pelas partes e chancelado pela lei. Ao conferir força jurisdicional a provimento que decorre, em sua origem, do exercício da autonomia privada, o legislador atribui à atividade do árbitro uma função pública, mas lhe exigiu, em contrapartida, a observância do modelo constitucional do processo” (CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond. **Precedentes judiciais na arbitragem**: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia erga omnes na arbitragem regida pelo direito brasileiro. 2021. 164 f. Dissertação – mestrado em direito processual. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021. p. 74-75).

<sup>160</sup> “Ao mesmo tempo em que se obriga a prestar serviços às partes, o árbitro é investido de poder jurisdicional para solucionar a disputa entre elas” (ELIAS, Carlos. **O árbitro**. In: LEVY, Daniel; SETOGUI, Guilherme J. Pereira (Coord.). Curso de arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 195).

<sup>161</sup> DALBOSCO, Gustavo Dallazem. **Autoridade do árbitro na arbitragem comercial**. 2022. 216 páginas. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 121.

<sup>162</sup> FICHTNER, José A.; MANNHEIMER, Sergio N.; MONTEIRO, André L. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. p. 114.

<sup>163</sup> “[...] a autonomia privada se expressa na vida social como poder de criação de normas jurídicas particulares, para regramento das relações jurídicas das partes de um dado negócio jurídico contratual”. (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 11). Como apresentado anteriormente, essa ideia pode ser compreendida tanto como efetivamente a criação de regras provenientes da vontade das partes, como também da sua espontânea submissão à uma tradição normativa pré-existente.

<sup>164</sup> Como dito no princípio deste estudo, vale rememorar que o recorte metodológico ora operado restringe a análise às arbitragens de direito.

elas estabelecerem de forma livre as regras de direito que serão observadas, “*desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública*”<sup>165</sup>. Trata-se, em verdade, de algo especialíssimo da arbitragem, no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que essa possibilidade de escolher o direito aplicável aos contratos comerciais não encontra eficácia perante foros e Cortes do Estado, circunstância criticada por parte da doutrina<sup>166</sup>. Em face de tal previsão normativa, é preciso minimamente esclarecer o seu significado.

Inicialmente, atentando-se para a parte final da regra, vale dizer que as categorias “bons costumes” e “ordem pública” representam conceitos de densidade considerável e que mereceriam estudos direcionados<sup>167</sup>. De toda forma, em linhas gerais, algumas palavras podem ser tecidas a respeito de ambas as categorias.

No que diz respeito ao primeiro conceito, tem-se que a doutrina o associará, em alguma medida, à ideia de boa-fé<sup>168</sup>, no sentido de que as partes que se submetem à jurisdição do tribunal arbitral não têm liberdade para excetuarem entre si deveres mínimos de lealdade mútua, sobremaneira dentro de *standards* de comportamento aceitos no “mundo dos negócios”. Dito em outros termos, a escolha do direito material a ser observado pelo árbitro não pode se dar em termos tais que torne aceitável, sob o ponto de vista das normas escolhidas, o agir claramente desrespeitoso de uma das partes para com as legítimas expectativas da outra<sup>169</sup>.

---

<sup>165</sup> Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. (BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 22 nov. 2022.

<sup>166</sup> GAMA, Lauro. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no direito internacional privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9 da lei de introdução ao código civil a favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In: TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Coord.) **O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dollinger**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>167</sup> “Cabe indagar como se define esta ordem pública, tanto no plano do direito interno como na sua repercussão no Direito Internacional Privado. A resposta é que a principal característica da ordem pública é justamente a sua indefinição. Veremos [...] que o princípio de ordem pública é de natureza filosófica, moral, relativa, alterável e, portanto, indefinível” (DOLLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. p. 444).

<sup>168</sup> “A expressão *bonimores* – bons costumes – servia para indicar o complexo de regras e princípios impostos pela moral que traçavam a norma de conduta dos indivíduos em suas relações domésticas e sociais. Em última análise, pode-se dizer que a expressão continua hoje a expressar, genericamente, a honestidade e o recato que se espera das pessoas, bem como a dignidade e o decoro social” (CARMONA, Carlos A. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. p. 68).

<sup>169</sup> “O termo ‘bons costumes’ encontra-se em muitos Códigos Civis e Comerciais do mundo [...]. Tradicionalmente, o termo era interpretado como categorias da moral – por exemplo, honestidade, sinceridade, conduta social adequada ou dignidade. O objetivo do legislador, com o uso deste termo jurídico, é a proteção da legítima expectativa da parte de um contrato de que a contraparte respeitará as regras informais de conduta social adequada no mundo dos negócios. [...] A proteção das expectativas de conduta que os agentes têm entre si é fundamental para a eficiência do mercado, pois a falta de confiança entre eles aumenta os custos de transação [...]” (SESTER, Peter Christian. **Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 125).



Há quem defenda que a ideia de deveres de lealdade insere-se no âmbito de domínio do direito considerado como sendo de ordem pública, de modo que a primeira categoria estaria inserida na segunda<sup>170</sup>. Em todo caso, essa se caracteriza, por sua vez, na ideia de um mínimo-é, algo como “até aqui, mas não além” que é imposto pela ordem jurídica interna, uma linha que, quando é transgredida, aguça a sensibilidade da comunidade política, em especial dos operadores envolvidos na *práxis* jurídica<sup>171</sup>. Trata-se, cumpre admitir, de um conceito sobremaneira de mais fácil demonstração, do que propriamente conceituação<sup>172</sup>, rendendo-nos à afirmação de que, não raras as vezes, a melhor forma de definir o significado de uma palavra é pela identificação do seu uso concreto<sup>173</sup>.

Tecidas tais considerações, necessário é consignar que a relevância de tal disposição não está propriamente associada aos conceitos referidos e delineados *an passant*, mas no que significa propriamente a escolha do direito material pelas partes, i.e., quais as implicações dessa escolha e seu efetivo significado. Dessa questão exsurtem dois pontos centrais.

Primeiro, em termos mais “concretos”, se as partes definiram as normas do direito brasileiro para solução da contenda – e o escopo metodológico desse estudo abrange precisamente esse cenário –, parece não haver grandes dúvidas quanto ao fato de que, por

<sup>170</sup> “Esse conceito [ordem pública], entretanto, já abrange os casos de violação da soberania nacional e dos bons costumes pela aplicação do direito estrangeiro no País, o que torna juridicamente irrelevante a sua introdução na lei. [...]” (RECHSTEINER, Beat W. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 188).

<sup>171</sup> “A ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época. Aquilo que for considerado chocante a esta média será rejeitado pela doutrina e repellido pelos tribunais. Em nenhum aspecto do direito o fenômeno social é tão determinante como na avaliação do que fere e do que não fere a ordem pública. Compatível ou incompatível com o sistema jurídico de um país – eis a grande questão medida pela ordem pública – para cuja aferição a Justiça deverá considerar o que vai na mente e no sentimento da sociedade. Daí ter sido a ordem pública comparada à moral, aos bons costumes, ao direito natural e até à religião” (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. p. 446).

<sup>172</sup> “Na prática, esse senso de justiça concretiza-se na jurisprudência dos tribunais superiores. Em 2014, o Superior Tribunal de Justiça negou homologação de uma sentença arbitral estrangeira sob o [...] argumento de que a sentença teria violado a ordem pública brasileira. Isso porque o dispositivo da sentença arbitral, que decidiu a favor do requerente, combinou a ‘correção monetária’ com uma adaptação do valor da demanda à variação cambial. No famoso Caso Abengoa, o Superior Tribunal de Justiça indeferiu o pedido de homologação, utilizando, dentre outros argumentos, o que o dispositivo, especialmente a forma da ‘fixação da indenização’ na sentença estrangeira levaria a uma ‘distorção do sistema brasileiro de responsabilidade civil’. [...]” (SESTER, Peter Christian. **Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. pp. 136-127).

<sup>173</sup> Em comentário à obra de H.L.A. Hart, ensina-nos Gilberto Morbach que, para esse autor: “Não se pode compreender uma prática social que consista em seguir regras, como é o caso do direito, sem que se compreenda como é essa prática a partir do seu ponto de vista interno, i.e. o ponto de vista de alguém que aceita essa prática como guia de conduta. [...]” (MORBACH, Gilberto. **Entre Positivismo e Interpretativismo, a Terceira Via de Waldron**. 2. ed. Salvador/BA: Juspodivm, 2021. p. 130). Essa proposição – ainda que tratando de tema de natureza distinta e sobre obra cuja complexidade poderia sustentar uma investigação específica – ilustra perfeitamente a dificuldade de se caracterizar *in abstracto* uma categoria normativa como “ordem pública” – ou seja, aquilo que, segundo uma dada ordem jurídica, é considerado como sendo “inegociável” – e a consequente possibilidade de contribuição na busca de socorro junto à prática institucional, para esclarecimento do sentido normativo de uma categoria de tal natureza e contornos.

exemplo, a aplicação, pelo árbitro, de uma regra estabelecida pelo *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão) representa clara estrapolação dos limites da convenção de arbitragem, nos termos anteriormente traçados. A zona de penumbra abrange – e eis o segundo ponto – aquilo que o árbitro tem por dever considerar como sendo “o direito brasileiro”. Esse é um ponto que merecerá atenção nos próximos capítulos deste estudo, ainda que centrado-se a lente de análise sobre o debate envolvendo o instituto dos precedentes judiciais.

De toda maneira, a consequência da aplicação de normas jurídicas de outro ordenamento que não aquele eleito pelas partes, para a sentença arbitral, seria, sem sombra de dúvidas e desde que uma dessas – ou ambas – se insurja, a sua desconstituição mediante ação anulatória, o que nos leva ao próximo – e derradeiro – tópico desta seção.

### 1.3.3. Sentença arbitral, hipóteses para a sua anulação e um panorama geral a respeito da (im)possibilidade de anulação da sentença arbitral doméstica por *error in iudicando*

Contra a sentença arbitral não cabe recurso; é isso que a Lei comanda. Consoante trazido no início deste estudo, a irrecorribilidade da sentença arbitral foi objeto de enfrentamento, no âmbito do STF, quando da análise da constitucionalidade da LAB, não tendo sido reconhecida nenhuma incompatibilidade dessa previsão com as exigências do devido processo legal. Diante dessa regra de irrecorribilidade, autores traçam uma distinção entre “devido processo legal” e “devido processo legal *arbitral*”<sup>174</sup>. Veja-se as considerações de Yuri Maciel Araujo:

Com efeito, é preciso discernir uma noção de devido processo bastante diferenciada para a arbitragem, apta a oportunizar processo rápido, técnico, atento à vontade das partes e que, ao mesmo tempo, respeite um conteúdo garantístico mínimo. Não se pode efetuar, de forma acrítica, a mera transposição do *due process* aplicável à jurisdição do Estado para a jurisdição privada. A instância arbitral não pode ser engessada, nem receber influxos que atentem contra os seus desígnios básicos. Deve, ao revés, ser mesmo informal e flexível, mas, à sua maneira, propiciar amplo campo para que as partes possam desenvolver toda a sua capacidade discursiva e instrutória, conferindo ao árbitro a maior quantidade de elementos possível para o satisfatório deslinde da demanda. Nessa medida, se é certo que os influxos advindos das normas insculpidas na Constituição e na legislação processual civil ordinária são relevantes para a conceituação do devido processo legal arbitral, atribuindo-lhe corpo normativo razoavelmente identificável, até em virtude da farta tradição histórica do instituto, tampouco se pode ignorar que, ao ser

---

<sup>174</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo arbitral e sistema**. 2009. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2009. pp. 101 e segs.

introduzido na arbitragem, o devido processo precisa ser reconstruído a partir dos alicerces próprios ao processo arbitral<sup>175</sup>.

Essa aparente cisão entre as exigências do *due process* no contexto arbitral, com relação ao âmbito “comum” ou “público” de institucionalidade, explica, em grande medida, a mencionada regra de irrecorribilidade. Ainda assim, não nos parece absolutamente precisa, como descrição da *práxis* jurídica brasileira, a ideia de que a garantia do duplo grau de jurisdição, considerada como um direito inarredável ao petitório recursal, seja essencialmente necessária sob a ótica do “devido processo legal judicial”, podendo se cogitar de exceções mesmo no âmbito da jurisdição exercida pelo Estado, a despeito da internalização do Pacto de São José da Costa Rica e, acima de tudo, dentro dos domínios do processo penal – no qual poder-se-ia assumir que os standards de *due process* seriam, naturalmente, mais elevados do que em um procedimento arbitral.

Para que assim se perceba, basta relembrar da paradigmática decisão proferida pelo STF, em questão de ordem na Ação Penal 470/MG (“Mensalão”), na qual manteve-se hígido o entendimento de que “[*não*] viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”<sup>176</sup>. Claramente, corréus que, não tendo foro por prerrogativa de função, são julgados pelas Cortes Superiores, perdem, em alguma medida, o direito ao duplo grau de jurisdição<sup>177</sup>.

No entanto, ainda que não preveja direito de apelo propriamente dito, a LAB, ao mesmo tempo em que garante soberania ao árbitro no juízo de mérito, não iguala essa soberania à tirania<sup>178</sup>, trazendo a hipótese de manejo de ação anulatória – de modo que, em alguma medida, se pode falar em um grau de satisfação da garantia do duplo grau, dentro dos paradigmas de

<sup>175</sup> ARAUJO, Yuri M. **Arbitragem e Devido Processo Legal**. Portugal: Grupo Almedina, 2021. p. 90.

<sup>176</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federa. **Súmula n.º 704**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2003]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2645#:~:text=%22N%C3%A3o%20viola%20as%20garantias%20do,704%20do%20Supremo%20Tribunal%20Federal>). Acesso em: 8 mar. 2023.

<sup>177</sup> “[...] A ordem constitucional em vigor, de fato, não contém uma declaração expressa da obrigatoriedade do duplo grau. No entanto, da organização que a Carta Magna prevê para o Poder Judiciário consta a instituição obrigatória de juízos de primeiro grau e de tribunais de grau superior, cogitando de recursos ordinários e extraordinários entre uns e outros. É o suficiente para ter como implantado entre nós o princípio fundamental da dualidade de instâncias. No entanto, a própria Constituição prevê processos de competência originária de tribunais, sem superpor-lhes uma instância revisora. E, mais ainda, prevê juizados especiais em que o recurso, acaso interposto, não sobe a um tribunal superior, mas é examinado por grupo de juízes de primeiro grau, integrados ao próprio juizado. [...]” (JÚNIOR, Humberto T. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. v. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. p. 860).

<sup>178</sup> “[...] Com a sujeição da matéria decidida, sucessivamente, a dois julgamentos procura-se prevenir o abuso de poder do juiz que tivesse a possibilidade de decidir sem sujeitar seu pronunciamento à revisão de qualquer outro órgão do Poder Judiciário. O princípio do duplo grau, assim, é um antídoto contra a tirania judicial. [...]” (JÚNIOR, Humberto T. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. v. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. p. 859).

celeridade e eficiência próprios do assim considerado “subsistema arbitral”<sup>179</sup>. Nesse sentido, as hipóteses previstas em lei para decretação de nulidade da sentença proferida pelo tribunal arbitral estão previstas no art. 32 da LAB:

Art. 32<sup>180</sup>. 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<sup>181</sup> desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º<sup>182</sup>, desta Lei.

Importa salientar que tais hipóteses, ainda que a Lei claramente faça referência ao instituto da “nulidade”, representam – ao menos a quase totalidade das hipóteses previstas pelo dispositivo – situações de “anulabilidade”<sup>183</sup>, tendo em vista a presunção de validade da sentença arbitral e a noção – que, em alguma medida, poderia ser considerada até mesmo um princípio – de que afastar o provimento do árbitro é medida que apenas se justifica

---

<sup>179</sup> “[...] Se por um lado podemos dizer que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório fazem parte de um conceito largo de devido processo legal, conforme a Constituição Federal, por outro, cremos ser na lei que o princípio do devido processo legal atinge seu alcance efetivo, o que significa que o processo é regido por institutos que dão concretude também à própria ideia de ampla defesa e contraditório, e, assim, consequentemente, de devido processo legal. A título de exemplo, ainda que a Constituição traga tais conceitos, ela não menciona qual o meio, forma ou prazo para exercer a ampla defesa, para contraditar, para produzir a prova. Esse papel será desempenhado por elementos advindos da lei integralizadores do que seja devido processo legal para cada sistema processual. [...]” (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo arbitral e sistema**. 2009. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2009. pp. 102).

<sup>180</sup> BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 22 nov. 2022.

<sup>181</sup> Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio; II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e IV - a data e o lugar em que foi proferida. Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato (BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 22 nov. 2022).

<sup>182</sup> Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. [...] § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento (BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 22 nov. 2022).

<sup>183</sup> Em sentido diverso, salientando não haver espaço para o reconhecimento de “anulabilidades”, em se tratando de matéria de direito público: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 246.

juridicamente em situações graves<sup>184</sup>. Trata-se de verdadeiro mecanismo de defesa do instituto que é assim visto pela comunidade de intérpretes inseridos no âmbito da *práxis* arbitral<sup>185</sup>, o que se justifica principalmente se considerarmos o que se afirmou anteriormente a respeito da dependência que o instituto da arbitragem tem com relação às contingências institucionais do meio – sua alta sensibilidade aos paradigmas políticos, econômicos e jurídicos em vigência no interior da comunidade política.

Assim, é consenso<sup>186</sup> – inclusive com amparo em jurisprudência do STJ – que as hipóteses previstas no rol do art. 32 são *numerus clausus*, motivo pelo qual, para alguns, “*as partes não podem criar na convenção de arbitragem novas razões para anulação da sentença*”<sup>187</sup>, não se admitindo, como regra, que a sentença arbitral seja atacada por razão outra que não alguma prevista na mencionada disposição legal<sup>188</sup>. Esse é um tema que assume relevância no contexto da discussão acerca da relação entre precedentes judiciais e a arbitragem, de modo que será, adiante, endereçado novamente. Todavia, neste momento, alguns pontos merecem ser salientados.

Nessa linha, poremos atenção (i) ao disposto pelos incisos III, IV e VIII, do art. 32; assim como (ii) teceremos considerações breves a respeito da cisão entre a análise de *error in*

<sup>184</sup> SESTER, Peter Christian. **Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. pp. 353-354.

<sup>185</sup> “O artigo 32 da Lei de Arbitragem tem dois principais objetivos que precisam ser ponderados na sua interpretação e aplicação. O primeiro objetivo é preservar o respeito à autonomia privada – concretizada na convenção de arbitragem e nos pedidos submetidos ao procedimento – bem como o respeito às garantias constitucionais do devido processo legal. O segundo objetivo é assegurar tanto a eficácia da arbitragem como instituto de direito quanto a segurança jurídica, por meio da limitação das razões que poderiam justificar a declaração de nulidade da sentença arbitral. [...]” (SESTER, Peter Christian. **Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 354).

<sup>186</sup> Um consenso, por evidente, não implica a ausência de posições em contrário, sendo digno da nota o posicionamento de Edoardo Ricci – guardado por Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 242-243) – a respeito da necessidade de operação de uma interpretação integrativa do artigo 32 da LAB, para fins de tutela dos direitos, garantias e princípios constitucionais, bem como para remediar a não aplicação, pelo árbitro, das normas materiais inderrogáveis, e outras situações mais (v.g. hipótese de o árbitro equivocadamente deixar de proferir uma sentença de mérito por suposta ausência de um pressuposto ou condição da ação): “[...] o catálogo dos motivos previstos pelo art. 32 não pode ser considerado a priori como exaustivo [...]” (RICCI, Edoardo Flávio. *Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão – questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 71).

<sup>187</sup> SESTER, Peter Christian. **Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 355

<sup>188</sup> “Em sede de anulação de Sentença Arbitral, o comportamento judicial deve ser restritivo, limitando-se à apreciação dos quesitos formais elencados de forma taxativa no art. 32 da Lei de Arbitragem. Merece respeito a opção legislativa de priorizar a presunção de legalidade da Sentença Arbitral, de forma a preservar o procedimento arbitral elegido pelas partes em pleno gozo de sua autonomia, minimizando os custos envolvidos na rediscussão da matéria e maximizando a eficiência na resolução do conflito. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 1.636.102/SP**. Terceira Turma. Recorrente: TEC incorporações e empreendimentos imobiliários S.A. e outros. Recorrido: Patri sete empreendimentos imobiliários Ltda. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 1 de agosto de 2017. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201600576297&dt\\_publicacao=01/08/2017](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600576297&dt_publicacao=01/08/2017). Acesso em: 4 mar. 2023).

*procedendo e error in iudicando*, e a relação entre essas no que diz respeito a possibilidade de anulação da sentença arbitral.

Inicialmente, no que diz respeito ao inciso III, do art. 32, da LAB, é inegável que sua disposição não se refere a um aspecto estritamente formal – tal como não era o caso das decisões judiciais, na época em que vigia o CPC/73<sup>189</sup>, e como não é o caso daquilo que o próprio Legislador sedimentou com o CPC/15<sup>190</sup> –, mas carrega um conteúdo substantivo no sentido de que não é qualquer “relatório” e “fundamento” que torna válida a sentença arbitral<sup>191</sup> – ainda que a sua anulação seja medida excepcional. Dito isso, é claro que tal regra estabelece que um desrespeito do árbitro aos seus deveres de fundamentação enseja anulabilidade do seu provimento<sup>192</sup>; o desafio não é reconhecer essa verdade, mas identificar, concretamente, em qual cenário de fato há um “desrespeito intolerável” a tal dever.

Prosseguindo, agora, no que diz respeito ao inciso IV. No trajeto anteriormente realizado na busca pela definição do que seja a convenção de arbitragem, esclareceu-se que essa nada

---

<sup>189</sup> “A exigência de fundamentação das decisões judiciais tem assento constitucional no artigo 93, IX, da Constituição da República, que dispõe assim ‘todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. A garantia em pauta, segundo adverte Canotilho, tem racionalidade que se divide em três vértices: “(1) controle da administração da justiça; (2) exclusão do caráter voluntarístico e subjectivo do exercício da atividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 540995**. Primeira Turma. Recorrente: Ministério Público Militar. Recorrido: Sílvio Artur Meira Starling. Relator Ministro Menezes Cordeiro, 19 de fevereiro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=524513>. Acesso em: 8 abr. 2023.

<sup>190</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 22 nov. 2022).

<sup>191</sup> “Da leitura do art. 26, *caput* e incisos da LArb, fácil perceber que, assim como na jurisdição estatal, também na arbitragem deve-se respeitar e garantir o *due processes of law* a culminar com a prolação de uma sentença final que entregue às partes exatamente aquilo para o que contrataram os árbitros: a atividade jurisdicional plena. E, mais do que isso, que a decisão arbitral final, assim como as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, seja objeto de fundamentação, garantindo-se ao jurisdicionado conhecer, efetivamente, como e por qual motivo a controvérsia colocada à apreciação dos árbitros foi daquela forma decidida” (BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 118).

<sup>192</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.º 1048961-82.2019.8.26.0100**. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelante: Luis Francisco Debellis Mascaretti e outros. Apelado: Vyttra Diagnósticos Importação e Exportação Ltda. Relator Desembargador Azuma Nishi. 10 de março de 2021.

mais é do que o encontro de vontade das partes em se submeterem à jurisdição do tribunal arbitral, tratando-se de um acordo com repercussões obrigacionais (entre as partes) e no afastamento da jurisdição do Estado. Em resumo, o árbitro não tem liberdade para extrapolar os limites impostos pela vontade das partes, o que significa (i) não poder decidir algo que não foi pedido (sentenças *extra e ultra petita*)<sup>193</sup>; (ii) decidir sobre lide que não se insere nos limites subjetivos e objetivos da convenção (v.g. sobre direitos de terceiros que não firmaram a convenção ou direitos das partes envolvidas no procedimento, mas que não digam respeito ao contrato no qual inserida a cláusula compromissória ou a contenda a que fizer referência o compromisso arbitral); e (iii) desrespeitar o procedimento arquitetado pelas partes ou com base em direito que não aquele por essas eleito<sup>194</sup>.

Por fim, no que diz respeito ao inciso VIII, tem-se nessa disposição sacralização de uma adstrição da sentença arbitral aos ditames do devido processo legal (formal e substancial), encerrando-se nas suas pilastras do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do tribunal arbitral e de seu livre convencimento motivado – notadamente no que diz respeito à interpretação e valoração da prova. Em suma – e cada um desses elementos poderia receber uma investigação própria aguçada – o que se verifica é que o art. 32 e seus incisos buscam encerrar a ideia de que a sentença arbitral não pode, ao fim e ao cabo – seja ela de direito ou de equidade – ir de encontro ao “núcleo duro” de direitos e deveres que a ordem jurídica interna estabelece como sendo de ordem pública – notadamente quando relacionados a noção de

---

<sup>193</sup> O que não representa propriamente um elemento específico do “sistema arbitral”, mas traço essencial da própria atividade jurisdicional, que não pode ser confundido dogmaticamente com a decisão proferida pelo árbitro fora dos limites da convenção de arbitragem. Ainda assim, há que se reconhecer que a previsão de nulidade da sentença arbitral proferida fora dos referidos limites pode ser estendida para abranger as hipóteses de sentenças arbitrais *extra e ultra petita*, segundo a lógica de limitação dos poderes jurisdicionais dos árbitros pela vontade das partes em submeter uma demanda restrita e específica – segundo *causa petendi e pedidos* restritos (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 196).

<sup>194</sup> “[...] será anulável o laudo arbitral que ultrapassar as balizas firmemente fincadas pelas partes quanto à matéria atribuída à cognição dos árbitros [...]. Sob um outro ponto de vista, seria possível também sustentar que a sentença arbitral padeceria do vício de que trata o inciso IV do art. 32 quando ficar caracterizado que os árbitros desviaram-se do procedimento estipulado pelas partes [...]” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei n.º 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: 2009. pp. 405-406); “[...] a liberdade de decisão do árbitro encontra ainda limite no que se refere ao direito que rege a arbitragem. O árbitro deve examinar o *thema decidendum* e proferir sentença, sob pena de nulidade, à luz da legislação escolhida pelas partes [...] muito antes de os arbitralistas brasileiros nascerem, Carnelutti já afirmava, em instigante ensaio que, no âmbito da arbitragem, o árbitro, tal qual o juiz estatal, pode muito, mas não pode tudo! Ater-se ao ordenamento jurídico eleito pelas partes, vale dizer, às leis, à interpretação dos textos legais ministrada pelos tribunais e aos costumes, é dever inafastável do juiz e do árbitro. Não há se confundir a benfeança flexibilidade procedimento (e, portanto, formal) do processo arbitral, com a inexcedível aplicação rigorosa da norma legal [...]” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Questões polêmicas do processo arbitral: subsídios para o advogado do contencioso arbitral**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. pp. 28 e 52).

garantias constitucionais<sup>195</sup> – nos termos outrora trazidos a respeito da escolha do direito pelas partes.

De todo modo, a ideia central que deve restar da análise das hipóteses de anulabilidade da sentença arbitral é a de que a tese majoritária no seio da doutrina é a de que a ação anulatória prevista pelo art. 32 não pode ser tida como um meio de revisão do mérito da sentença arbitral, sendo “*inviável o controle da justiça da decisão*”<sup>196</sup>, mas apenas de adequação “formal” ao “quadro” amplo que a ordem pública estabelece. Disso decorre a ideia de que a ação anulatória se presta apenas para atacar *error in procedendo* e não *error in iudicando*.

No entanto, ainda que a tese até então vencedora caminhe em tal direção, não se pode confundir “posição majoritária” com “posição unânime”. Em relevantíssimo estudo de direito comparado, Fabiane Verçosa nos apresenta tese a respeito da possibilidade de, com base na própria ideia de ordem pública, visar-se a desconstituição de sentenças arbitrais marcadas pela “aplicação errônea” do direito eleito pelas partes. Nas palavras da autora:

Parece-nos que nosso País, que tanto já evoluiu na seara da arbitragem em apenas 14 [...] anos incompletos da vigência da LArb, deveria juntar-se a tantos outros Países – muito mais experimentados em matéria de arbitragem, aliás – que oferecem uma saída à parte que vivencia esse tormentoso problema. Como se depreende da análise de Direito Comparado efetuada na presente tese, países com muito maior tradição e já sedimentados em arbitragem possuem, cada qual à sua maneira, um remédio jurídico para hipótese da aplicação errônea, pelo árbitro, de seu Direito nacional do mérito da arbitragem, ao menos na seara dos laudos domésticos. É o caso de Estados Unidos da América, Reino Unido, Itália, Suíça e Áustria. Embora sempre se assevere que o emprego desmedido da ordem pública pode colocar em risco a credibilidade da arbitragem, deve-se ter em mente também que privilegiar, a todo custo, o caráter final da sentença arbitral e o viés quase sacrossanto da absoluta impossibilidade de revisão de mérito pelo juiz estatal também pode originar consequências desastrosas para o instituto da arbitragem. Para citar apenas alguns exemplos, poderíamos mencionar apenas duas destas consequências: (i) promover um genuíno desestímulo a que as partes optem pela arbitragem (i.e. poucos são os contratantes que aceitarão correr o risco de, na sentença arbitral, verem aplicado de forma flagrantemente errônea o Direito que foi eleito para reger suas controvérsias (no caso, o Brasileiro) e

---

<sup>195</sup> “[...] o dispositivo [art. 32] sintetiza os preceitos de ordem pública que o Estado não permite sejam superados, de tal sorte que a premissa do próprio dispositivo em questão é a defesa da ordem pública de modo geral. [...] não teria cabimento que o legislador se preocupasse em repelir ataques à ordem pública vindos de laudos proferidos no exterior, mantendo aberto o flanco às sentenças arbitrais nacionais. [...] Em outras palavras: se o legislador não levasse em consideração, como causa de anulação da sentença arbitral (nacional), a violação à ordem pública, todas as arbitragens certamente viriam dar em território nacional [...] o sistema arbitral brasileiro é coerente, de modo que tanto as sentenças arbitrais nacionais quanto as sentenças arbitrais estrangeiras estão sujeitas à mesma condição geral de validade, qual seja, não atentar contra a ordem pública [...]” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei n.º 9.307/96. 3. ed. São Paulo: 2009. pp. 412 e 417-418).

<sup>196</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Questões polêmicas do processo arbitral**: subsídios para o advogado do contencioso arbitral. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 51.



não poderem fazer nada contra isto [...] e (ii) o de não explorar, em todas as suas possibilidades, o medular argumento da ofensa à ordem pública<sup>197</sup>.

Atentando especificamente para a experiência estadunidense, a autora nos apresenta a denominada teoria – criada no seio da tradição decisória das Cortes, tratando-se, portanto, de uma “regra não-escrita” – do “*manifest disregard of the law*” (EUA), que estabelece uma hipótese de “vacatur” (revogação/anulação) consubstanciada em um erro grave na aplicação do direito eleito pelas partes para regular a sua relação; não se trata propriamente de uma ferramenta de revisão da decisão proferida pelo árbitro, mas da delimitação de uma (aparente) cisão entre “erros de interpretação” e “erros de aplicação” do direito “posto”. Veja-se:

O caso *Burchell v. Marsh*, julgado pela Suprema Corte na segunda metade do século XIX, é apontado pela doutrina como a origem remota do *manifest disregard of the law*. Em *Burchell*, a Suprema Corte empreendeu uma distinção entre “mere errors of law” e “gross mistakes”. Semelhante, o *manifest disregard of the law* distingui-se umbilicalmente de “mere errors of interpretation”. Afinal, para se caracterizar o *manifest disregard of the law*, é necessário que a manifesta desconsideração, pelo árbitro, do Direito aplicável, seja deliberada, não sendo suficientes a simples negligência ou mesmo a ignorância acerca do Direito que deveria reger aquela situação fática. Nas palavras do Tenth Circuit no caso *Bowen v. Amoco Pipeline Co.*: “*Manifest disregard of the law means ‘wilful inattentiveness to the governing law’ [...]. Assim, deve-se demonstrar que o árbitro tinha consciência do Direito que acabou sendo propositadamente desconsiderado por ele no caso concreto. [...] Cumpre ressaltar ainda que a invocação do manifest disregard of the law não se presta à anulação de uma sentença arbitral com base numa interpretação, pelo árbitro, distinta daquela que a corte estatal teria [...]: [Remote Solution Co. v. FGH Liquidating Corp. Case no. 06-4 (USDC D. Del. July 31, 2008)] “Even assuming arguing that ‘manifest disregard’ remains a viable doctrine, ‘the reach of this doctrine is severely limited. In fact, even a court convinced that an arbitrator incorrectly applied the law is free to vacate the award. [...] Vacatur is appropriate only when decisions ‘simply reflect the arbitrator’s own notions of industrial justice’ rather than an interpretation of the contract or agreement at issue. (...) so far as the arbitrator’s decision concerns construction of the contract, the courts have no business overruling him because their interpretation of the contract is different from his [...] The court finds the arbitrator’s decision, to the extent it conflicts with *Baut* [*Bau v. Pethick Const. Co., F. Supp. 350, 363 (D.C. Pa.)*, ação julgada em 1966 na Pensilvânia que concedeu ao Autor indenização com base em violação de patentes e royalties] does not constitute ‘manifest disregard of the law’. The arbitrator declined to apply a rule from the general negligence caselaw of New York to the patent infringement context. The arbitrator’s failure to follow*

---

<sup>197</sup> SOARES, Fabiane Verçosa Azevedo. **A aplicação errônea do direito brasileiro pelo árbitro**: uma análise à luz do direito comparado. 2010. Tese de doutorado – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2010. p. 166.

Baut, a fifty-year old Pennsylvania case, absent additional support for doing so, is not reversible error”<sup>198</sup>.

É dizer, portanto, que a doutrina do *manifest disregard of law* contém em si uma ideia de uma exigência mínima de “postura” do árbitro perante o direito eleito pelas partes, não podendo esse desviar-se do seu papel jurisdicional de efetivamente “dizer o direito”. Independentemente do resultado a que o tribunal arbitral chegue em sua sentença, não seria defeso a esse, deparando-se perante uma norma jurídica válida e eficaz, a qual “explícita e claramente aplicável” ao caso, simplesmente ignorá-la ou afastá-la sem um mínimo de deferência<sup>199</sup>.

Outrossim, se, de um lado, a experiência dos EUA revela o desenvolvimento de uma “*judicial-made rule*” de derrubada das sentenças arbitrais que desrespeitem manifestamente o direito aplicável ao caso, de outro, o Reino Unido – informa-nos o estudo em comento – possui regra legal expressa garantindo às partes o direito de “impugnar uma sentença arbitral doméstica com fulcro em um erro de direito”. Ainda assim, analisando no todo os apontamentos apresentados por Verçosa, o que se observa é que a ideia de impugnação da sentença arbitral, no contexto do Reino Unido – tal como se propugna no seio da prática estadunidense e mesmo brasileira –, não corresponde a um direito de reexame do mérito, mas ao enfrentamento de um verdadeiro “abuso de autoridade” por parte do árbitro.

Pondo em outros termos, o que se conclui é que há – seja na experiência de outras nações ou na brasileira – uma constante tensão entre o desejo (econômico e político) de preservação do instituto da arbitragem – que naturalmente envolve erguer barreiras contra a ingerência do Estado na decisão proferida pelo tribunal arbitral –, e a aceitação quase uníssona do fato de que “[ao] incentivar a utilização da justiça privada, ampliando o Estado o próprio conceito de jurisdição, o legislador não pretendeu abrir mão de um certo controle sobre a arbitragem”<sup>200</sup>. Retornaremos ao tema da *manifest disregard* ao fim deste estudo; por enquanto, consignamos que esse tensionamento será apresentado como um contraste entre a autonomia da arbitragem

---

<sup>198</sup> SOARES, Fabiane Verçosa Azevedo. **A aplicação errônea do direito brasileiro pelo árbitro**: uma análise à luz do direito comparado. 2010. Tese de doutorado – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2010. pp. 21-22.

<sup>199</sup> “Neste sentido é o acordão proferido pelo [...] Second Circuit em *Hoelt v. MVL Group Inc.*: ‘Rather, vacatur from manifest disregard of the law is appropriate only when (1) the arbitrator knew of a governing legal principle yet refused to apply it or ignored it altogether, and (2) the law ignored by the arbitrator was well defined, explicit and clearly applicable to the case’ [...]” (SOARES, Fabiane Verçosa Azevedo. **A aplicação errônea do direito brasileiro pelo árbitro**: uma análise à luz do direito comparado. 2010. Tese de doutorado – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2010. p. 22).

<sup>200</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei n.º 9.307/96. 3. ed. São Paulo: 2009, p. 412).

e a autonomia do direito, nos termos da gramática oferecida pela Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

#### 1.4. Conclusões parciais

Em resumo, os objetivos desta primeira etapa do estudo eram dois: (i) estruturar uma análise que pudesse ser considerada como uma apresentação geral da arbitragem no Brasil; mas, acima de tudo, (ii) fixar certas premissas importantes para compreender quais elementos – concernentes (a) à história recente da consolidação do instituto; (b) ao que comumente se tem por “fundamentos” do seu desenvolvimento; e (c) à pontos conceituais internos e dogmáticos desse – que podem fundamentar uma noção particular a respeito da (des)vinculação dos árbitros ante os precedentes das Cortes do Estado.

Assim, no que pode ser afirmado em conclusão preliminar, parece adequado defender que o procedimento arbitral, tendo como um de seus pilares a autonomia privada e representando uma busca por mecanismos de resolução de disputas mais adequados fora da alçada da administração pública da justiça, tem o que se poderia denominar – como visto anteriormente – de “estatuto epistemológico” próprio ou mesmo uma espécie de “fechamento operacional”. Mais que isso, a análise histórica realizada deu conta de demonstrar que a arbitragem não sobrevive, senão com a contribuição das instituições públicas com o seu desenvolvimento, seja por meio de regras legais que tornem o instituto “viável” como também pela manutenção de um contexto econômico e político de favorecimento da liberdade – tanto política quanto econômica.

Todavia, essa autonomia da arbitragem parece ir até um certo ponto do caminho, atingindo principalmente questões envolvendo a “forma da justiça” e não a “substância do justo”; em outras palavras, a sua autonomia esbarra na própria autonomia do direito, inclusive porque nos parece verdadeira a afirmação de que a clara posição do Legislador de privilegiar e incentivar o instituto da arbitragem, dotando essa inclusive de natureza jurisdicional, não equivale a uma total abnegação do Estado com relação ao produto da *práxis* arbitral. A questão que resta ser trabalhada na sequência é se esse encontro entre a autonomia da arbitragem e a sua “abertura operacional” para o direito – sobremaneira o direito material – pode (ou não) significar algum nível (considerável) de submissão dos árbitros aos precedentes judiciais.

Enfim, para encerramento dessa primeira etapa da reflexão, coloca-se o seguinte questionamento: se a sentença do árbitro é irretocável no que tange ao enfrentamento do mérito da demanda, por que, afinal de contas, exigir-lhe fundamentação; se a sentença do árbitro é, no

fim das contas, irrecorrível, qual a diferença entre as partes saberem ou não as razões que levaram o árbitro a decidir dessa ou de outra forma? Afinal, não raras as vezes a ideia de fundamentação como um aspecto central da administração da justiça está associada à própria possibilidade de que a parte interponha recurso – é necessário acesso à *ratio decidendi* para que a decisão possa vir a ser combatida.

Evidentemente, a resposta é de fácil encontro, mas suas repercussões são fundamentais para o que adiante será enfrentado: é uma exigência do Estado de Direito que a jurisdição seja exercida “às claras”; não se admite que um juiz – ou um árbitro – deixe de apresentar as razões que formaram a sua convicção. No entanto, isso não é o bastante; se se considerasse que a questão envolta ao dever de fundamentação é unicamente uma questão sobre saber qual a *ratio decidendi*, qualquer fundamentação seria considerada suficiente, mas esse não é o caso. Em arbitragens de direito, é preciso que a leitura do árbitro não se pautem em uma “linguagem privada” desse, mas efetivamente em uma “leitura adequada e suficiente” do conjunto de práticas institucionais que compõem a “linguagem pública” que se chama “direito” – do contrário, a própria distinção entre arbitragens de direito e arbitragens por equidade se apagaria.

## 2. A IDEIA: PRECEDENTES JUDICIAIS

Na primeira etapa dessa reflexão, o ponto de partida de análise foi centrado na arbitragem como instituto – uma tentativa de investigação daquilo que o torna singular em termos históricos, econômicos, políticos e, claro, jurídicos, com o objetivo central de fixar premissas que serão utilizadas no fecho dessa investigação, para o enfrentamento específico da controvérsia envolvendo a natureza e extensão da (des)vinculação dos tribunais arbitrais aos precedentes das Cortes estatuais – em especial as Superiores. Agora, nesse segundo momento, deixaremos de lado por um instante a arbitragem em si e passaremos ao enfrentamento de outro elemento fundamental do estudo: a categoria jurídica “precedentes judiciais”.

Para tanto, tendo em vista a verdade inegável de que tal categoria assume contornos e substâncias diversas a depender da tradição jurídica de que se está tratando, parece-nos natural que o princípio da análise verse a respeito da diferença entre o sentido da noção de “vinculação a uma decisão judicial pretérita”, no seio das duas grandes tradições jurídicas ocidentais: a tradição<sup>201</sup> continental ou romano-germânica (*civil law*) e anglo-saxã (*common law*). Mais que isso: partindo da compreensão dos elementos essenciais dessas duas tradições, se perceberá que a posição do árbitro com relação aos precedentes judiciais não é, no Brasil, tão mais controversa quanto a dinâmica interna dos precedentes no seio do próprio Poder Judiciário.

Em verdade, as respostas entregues pela doutrina processualista para a questão envolvendo as inovações do CPC e a (tentativa) de fundação de um “sistema de precedentes brasileiro” – que também serão analisadas nessa segunda etapa do estudo –, e as contraposições feitas pela Crítica Hermenêutica do Direito a essas respostas, nos demonstram que esclarecer a indigitada posição do árbitro impõe o desafio de uma análise mais ampla, envolvendo o “sentido

---

<sup>201</sup> No ponto, relevante enfatizar a natureza não ocasional da utilização do termo “tradição”, em detrimento de outros possíveis arranjos semânticos, tais como “sistema jurídico”. Nesse sentido, é absolutamente relevante fazer menção às palavras de Georges Abboud e Lenio Streck: “Ao se comparar *civil law* e *common law*, John Henry Meryman alerta para a relevante circunstância de que, mais do que uma análise de sistemas jurídicos, em verdade, está se realizada uma comparação entre tradições jurídicas. Isso porque a tradição jurídica consistiria em perspectiva mais ampla sobre o fenômeno, uma vez que a tradição legal não implica o conjunto de regras jurídicas acerca dos principais institutos jurídicos de determinado ordenamento jurídico e.g., contratos, das sociedades anônimas e dos delitos, ainda que elas, em regra, sempre sejam um reflexo dessa tradição. A tradição jurídica consiste, verdadeiramente, em um conjunto de práticas, costumes e hábitos profundamente arraigados em uma comunidade, historicamente condicionados, a respeito da natureza do direito, do papel do direito na sociedade e na política, a respeito da organização e da operação adequada de um sistema legal, bem como a respeito da forma que deveria criar-se, aperfeiçoar-se, aplicar-se e ensinar-se o direito. Assim, a tradição jurídica relaciona o sistema jurídico (conjunto de regras normativas) com a cultura, ela insere o sistema legal dentro e a partir da perspectiva cultural (ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 21).

da vinculação” às decisões judiciais proferidas no passado – independentemente das vestes específicas da autoridade dotada de poderes jurisdicionais (se árbitro, ou juiz).

## 2.1. A tradição jurídica romano-germânica e a noção de jurisprudência

De início, é preciso compreender minimamente o que se quer dizer por “tradição jurídica romano-germânica”, para que então se possa indicar como essa tradição – na qual estaríamos inseridos – compreende o papel das “decisões judiciais pretéritas” dentro das ordens jurídicas particulares. Assim, uma forma possível de se trabalhar a caracterização essencial do que se compreende por tal tradição, é estabelecer dois processos históricos paralelos.

De um lado, há um processo histórico, na Europa Continental, que tem início com a derrocada da *pax romana* e que resvala no estabelecimento de um *status* de fragmentariedade social, política e jurídica, que se denominou de “sistema feudal”; após, inicia-se a consolidação dos Estados Modernos, muito em função do próprio aumento do fluxo e dinamicidade das trocas econômicas comerciais. Esse é o processo histórico que se poderia denominar de “geral”. De outra senda, há um aspecto interno<sup>202</sup> – ou um processo histórico específico –, que posa o foco nas consequências que esses elementos políticos, sociais e mesmo econômicos, geraram para a compreensão do que as comunidades políticas particulares compreendem enquanto sendo “direito”. A esse respeito, leciona-nos Tobias Scheffer de Maman:

---

<sup>202</sup> Um aspecto particularíssimo da perspectiva interna do direito, mas que serve de exemplificação mais concreta dessa dinâmica entre processos históricos amplos e os reflexos de tais processos nas categorias jurídicas, é a própria evolução da teoria da empresa. Durante o período do Medievo, precisamente por força da fragmentariedade generalizada que marcou tal momento da história da civilização ocidental, o domínio do “recém-nascido” direito comercial e, portanto, da noção de “empresa”, estava diretamente associado a uma caracterização subjetiva dos sujeitos enquanto unidades inseridas no âmbito das denominadas corporações de ofício. A partir da consolidação dos Estados Modernos e subsequentes revoluções liberais – em especial a Francesa – as corporações de ofício são extintas, em clara superação da ideia de fragmentariedade que marcava o período medieval, e a teoria dos atos de comércio – a rigor, a positivação legal do que seja “empresa” – ganha vida como uma representação da “aposta” na objetividade da Legislação promovida no âmbito das instituições do Estado – e não mais em organismos sociais fragmentários. (CAVALLI, Cassio M. **FGV - Empresa, Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013. pp.54-58); “Desde as feiras medievais, organizadas segundo disciplina consuetudinária, estrutura ou base para facilitar a circulação de mercadorias, as operações; de que participassem mercadores, sujeitavam-se a conjunto de regras emanadas da ordem privada, dos próprios mercadores e das corporações de ofício. Já nesse período nota-se que a disciplina dos mercados tinha, no mínimo, função de organização da atividade que disciplinasse a concorrência. Participar do mercado dependia de o mercador estar inscrito na corporação, quer dizer, ter autorização para mercadejar naquela praça. Essa exigência implica, por certo, criação de barreiras à entrada. [...] A especialidade do Direito Comercial que, com a Ordenança Savary, tem como consequência a redução do poder das corporações enquanto amplia seu domínio para acolher outras práticas além daquelas anteriormente definidas pelas corporações de ofício, baseia-se na qualificação do ato e não na de seu praticante ou do exercente de atividade profissional. [...] O conceito de ato de comércio é puramente de direito positivo; é ato de comércio aquele que a lei diz que é e, por isso, pode ter conteúdo variável nos diferentes ordenamentos que se sucedem no tempo, assim como é variável o âmbito do Direito Comercial [...]”. (SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2010. pp. 40, 64 e 66).

[...] foi no império romano que a lei passou a ocupar o centro da atividade jurídica, estabelecendo-se como fonte de direito por excelência. [...] com Constantino a legislação assumiu sentido de disposições gerais com o fito de regular situações de forma abstrata, de modo que o centralismo do direito estatal assumiu mais força que nunca. [...] O direito romano-canônico, assim, deve ser entendido como o direito resultante das leis romanas editadas pelos imperadores cristãos (de Constantino a Justiniano) e que constituiu o fermento para as transformações do direito romano, cristalizado, enfim, no *Corpus Iuris Civilis* [...] Após séculos de ascensão, o direito romano entrou em fase de declínio juntamente com o Império. Em uma época conturbada, era difícil conter os movimentos étnicos que agitavam as massas germânicas. Os godos, por exemplo, desde muito se inseriam pacificamente no Império, fazendo serviços no campo, ocupando cargos no exército e mesmo de administração. Ao passo que o Oriente soube conviver inclusive com a predominância do partido dos godos sem sofrer interferência militar, o Ocidente pereceu. Assim, o primeiro a ruir foi o direito romano em latim, praticado no império do ocidente. Com a queda do Império Romano do ocidente e a invasão dos povos bárbaros, o direito romano, elaborado à luz de uma ciência jurídica, foi perdido. Amalgamou-se com o direito dos povos invasores, formando-se o chamado direito romano vulgarizado. [...] <sup>203</sup>.

Com as invasões bárbaras, há um verdadeiro declínio da ideia de direito tal como concebido a partir das categorias pensadas no seio do império romano. Dá-se, início, pois, a um período marcado pelo direito consuetudinário nos limites geográficos da Europa Continental; um período marcado por instabilidade e pela exclusão do “princípio primitivo da personalidade da lei”, i.e., o apagamento da ideia de um direito verdadeiramente positivo em fórmulas conhecidas *a priori* e gerais. No ponto, clássicas são as lições de René David:

Qual é, antes do século XIII, o quadro do direito europeu? Os elementos que existem, e com a ajuda dos quais o sistema vai poder ser constituído, apresentam-se essencialmente, nesta época, como tendo um caráter consuetudinário. O Império Romano conheceu uma civilização brilhante, e o gênio romano construiu um sistema jurídico sem precedentes no mundo; mas o Império Romano deixou de existir há séculos no Ocidente. As invasões de diversos povos, germanos em particular, levaram à sua queda no século V; em seguida a estas invasões, as populações romanizadas por um lado, os bárbaros por outro, passaram a viver lado a lado, seguindo uns e outros, a sua própria lei. Contudo, com o tempo, os modos de vida foram-se aproximando; a miscigenação entre os diversos grupos étnicos foi-se gradualmente verificando, e os costumes territoriais, com a feudalidade nascente, voltaram a vigorar, excluindo o princípio primitivo da personalidade da lei. Existem, na verdade, certos documentos, os quais podemos reportar-nos para conhecer quer o estado do direito romano, quer o dos direitos bárbaros. [...] Porém, estes documentos não nos dão uma ideia exacta do direito que é aplicado realmente na Europa no século XII. As leis bárbaras apenas regulam uma parte, muitas vezes ínfima, das relações sociais que actualmente consideramos como sendo

---

<sup>203</sup> MAMAN, Tobias Scheffer de. **Precedentes no direito brasileiro**: a tradição jurídica ocidental entre instrumentos, métodos e histórias. Dissertação de mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2014. pp. 46 e 48.

regidas pelo direito. As compilações romanas, mesmo na sua edição simplificada por Alarico, tornaram-se rapidamente, por outro lado, demasiado eruditas e complicadas [...] <sup>204</sup>.

As considerações de René David vão além, e abordam ainda o aspecto institucional propriamente dito, descrevendo um cenário de total ausência daquilo que H.L.A. Hart denominou de “regras secundárias”, relativas, em suma, à atividade institucional e organizada de reconhecer, aplicar e modificar as “regras de comportamento” ou “regras primárias” <sup>205</sup>. No ponto, a respeito da ausência de institucionalidade, David também faz considerações diretas sobre uma ideia “primeva” de “arbitragem”:

[...] O direito erudito que se encontra nestas compilações foi modificado e substituído, de facto, por um direito vulgar, aplicado espontaneamente pelas populações. Ninguém se preocupou em fixar por escrito as regras de direito, que têm apenas um alcance local. [...] As autoridades públicas, postas de partes essas tentativas, limitaram-se a intervir ocasionalmente, sobre este ou aquele ponto preciso, nas matérias que geralmente interessam mais ao direito público que ao direito privado (Capitulares francas). A iniciativa privada não será suficiente para suprir a sua inação. Para que serve conhecer e precisar as regras do direito quando o sucesso dum parte depende de meios tais como o juízo de Deus, o juramento das partes ou dos conjuradores (compurgação), ou a prova dos ordálios? Para que serve obter um julgamento, se nenhuma autoridade, dispondo de força, está obrigada, ou preparada, para pôr esta força à disposição do vencedor? [...] o reinado do direito cessou. [...] Mais importante que o direito é sem dúvida a arbitragem que visa menos conceder a cada um o que lhe pertence, segundo a justiça e como o direito exige, do que manter a solidariedade do grupo, assegurar a coexistência pacífica entre grupos rivais e fazer reinar a paz. O próprio ideal dum sociedade fundada sobre o direito é abandonado pela maior parte: uma sociedade cristã não deverá antes procurar fundar-se sobre ideais de fraternidade e de caridade? S. Paulo, na sua primeira epístola aos Coríntios, exalta a caridade em vez da justiça e recomenda aos fiéis que se submetam antes à arbitragem dos seus pastores, ou dos seus irmãos, em vez de recorrerem aos tribunais. Santo Agostinho defende a mesma tese. No século XVI, também um adágio, na Alemanha, diz *Juristen, böse Christen* (Juristas, maus cristãos); se se aplica de preferência aos romanistas, o adágio vale para todos os juristas; o próprio direito é coisa má. [...] <sup>206</sup>

Interessante pontuar como as considerações de David, a respeito do instituto da arbitragem, aproximam-se daquilo que outrora foi apresentado no que tange ao posicionamento “reacionário” de parcela da doutrina brasileira que, no passado, contribuiu para o entrave do

<sup>204</sup>DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**: direito comparado. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. pp. 58-60.

<sup>205</sup>HART, H.L.A.. **The concept of law**: with and introduction by Leslie Green. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 79 e segs.

<sup>206</sup>DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**: direito comparado. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. pp. 58-60.



desenvolvimento do instituto. A esse respeito, importa referir que a leitura de obras clássicas como a de René David não pode vir desacompanhada de certas ressalvas, tendo em vista partir de uma perspectiva excessivamente “negativa” com relação ao período histórico a que se denomina “Medievo” – imputando a tal momento da história a ideia de “período de trevas” –, que resume todo o período a um faixa temporal entre o período dos “Padres da Igreja” (cristianismo patrístico) [400-600, D.C.], marcado pelas luzes de Filósofos como, por exemplo, Agostinho de Hipona; e o período do “Renascimento Carolíngio” [700 D.C.], momento de desenvolvimentos teóricos não desprezíveis, sob o ponto de vista da ciência política, a respeito da relação entre o monarca e o direito, em sentidos que poderiam ser – se considerados açodadamente – confundidos com ideais tipicamente modernos como, por exemplo, “*rule of law*”<sup>207</sup>.

Em verdade, é no próprio Medievo, com o “renascimento do século XII-XIII”<sup>208</sup>, que se dá um marcante retorno ao direito romano no Continente por meio dos esforços das catedrais universitárias – em um sentido diverso do que se compreende hoje como sendo tais, evidentemente – que se depararam, fundamentalmente na península itálica, com a efervescência do comércio e das cidades<sup>209</sup>, e, por conseguinte, com a necessidade de, ao fim e ao cabo, um arranjo institucional e jurídico mais estável.

Iniciava-se o *ius commune* na Europa continental e, em consequência, a história do direito privado moderno, no período que pode ser demominado de *diritto comune classico*, que se estende desde a redescoberta do direito

---

<sup>207</sup> “[...] The period in the history of Latin Europe after that of the “Fathers of the Church” has traditionally been called the “dark age”, because very few writings were produced then. It was followed by what has sometimes been called “The Carolingian Renaissance”, associated with the court of Charlemagne, toward the end of the eighth century. [...] Writers taught the king that he had a duty to do justice. This was often construed as meaning that the king had a duty to enforce and also to obey the law, and the law was thought of as partly custom, partly royal decree, but also as something based on the consent of the people.[20] It was suggested—notably, e.g., by Hincmar of Rheims—that a king might be deposed if he failed to obey the laws and lost the consent of the people (Carlyle and Carlyle 1903: vol. 1, 242–52) [...] If there is a theme to this history, it is perhaps the development of political liberalism, though, to be sure, ideals of constitutionalism (see, e.g., Tierney 1982, Pennington 1993a, Lee 2016), civic humanism, and republicanism (on these last two, see, e.g., Skinner 1978; Hankins 2000) may be found among different medieval authors. The liberal trend was helped, perhaps paradoxically, by the close interweaving of religion with other threads of medieval life. [...]” (KILCULLEN, John; ROBINSON, Jonathan. Medieval political philosophy. In: ZALTA, Edward N (org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Palo Alto: Stanford University Press, 2019. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/medieval-political/#FathChur>. Acesso em: 4 abr. 2023).

<sup>208</sup> KILCULLEN, John; ROBINSON, Jonathan. Medieval political philosophy. In: ZALTA, Edward N (org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Palo Alto: Stanford University Press, 2019. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/medieval-political/#FathChur>. Acesso em: 4 abr. 2023.

<sup>209</sup> “In the European re-export trade from south to north, Italy for centuries was the leading power. During the late Middle Ages it became the focal point of a very dynamic urban re-export trade of Near and Far Eastern wares to the rest of Europe, a trade that in its turn stimulated all other sector of long-distance and local commerce in Europe. [...]” (WEE, Herman van der. Structural changes in European long-distance trade, and particularly in the re-export trade from south to north, 1350-1750. In: TRACY, James D. **The rise of merchant empires**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 14).

romano até a formação dos novos estados absolutos (séculos XII-XV). Esse momento, que representa a primeira ruptura do direito continental, marca o início da tradição romano-canônica, [...] Designa-se por redescoberta do direito romano a aplicação das formas e comentários do ensino do trivium ao estudo do *Corpus Iuris justinianeu*. Nos séculos que se seguiram à queda do Império Romano e à vulgarização da ciência, o trivium preservou o conhecimento escrito, preservou um instrumento de trabalho utilizado pela Escola de Bologna. O trivium foi preservado nas escolas eclesiásticas da época. Desde a legislação fundamental em matéria de instrução pública de Carlos Magno (século IX), e principalmente com a Reforma Gregoriana do século XI, que pretendia reafirmar o poder papal frente ao poder dos feudos, todas as escolas eram em princípio eclesiásticas, monásticas ou episcopais, todas dirigidas por bispos ou abades. Todos os estudos tinham por objeto o conhecimento das grandes verdades da fé. Nesse contexto, a teologia era soberana, permeava o método de pensamento crítico no ensino das universidades medievais, movimento que ficou conhecido como Escolástica. No norte da Itália, porém, o comércio voltava a florescer e a sociedade tinha necessidades práticas de um direito que regulasse efetivamente as relações sociais, ao que não bastavam as diretrizes do Cristianismo. Assim surge, patrocinada pelas famílias da região, a Escola de Bologna, que se caracteriza justamente pelo estudo do *Corpus Iuris* pelo referencial teórico do trivium, sem a vinculação à Igreja Católica<sup>210</sup>.

Assim, da considerável desorganização que marcava o aspecto fragmentário do “direito consuetudinário” do Medievo, passou-se para um processo de racionalização – como visto, também em virtude de alterações no arranjo econômico das sociedades da Europa continental –, partindo-se do conhecimento jurídico guardado pela Igreja Católica e acessado por Glosadores e Comentadores – cada qual com seu quinhão de autoridade; autoridade a qual derivada da própria natureza sacra do *Corpus Iuris*, tido, por sua vez, como a representação de uma tradição antiga e imemorial (romana)<sup>211</sup>.

Retornando-se às lições de René David, é relevante pontuar que, a despeito desse “renascimento” do direito romano na forma de *ius commune* ter tido contribuições das autoridades do período – intelectuais, clérigos e mesmo principados seculares –, a tradição romano-germânica não repousa suas raízes em qualquer espécie de “dirigismo estatal”, senão na própria tentativa de estabilização da forma para encontro com uma pluralidade de substâncias, i.e., estabilização de um contexto seguro para estabelecimento de relações sociais (jurídicas) atravessadas por múltiplos “sistemas normativos consuetudinários”.

---

<sup>210</sup> MAMAN, Tobias Scheffer de. **Precedentes no direito brasileiro**: a tradição jurídica ocidental entre instrumentos, métodos e histórias. Dissertação de mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2014. pp. 52-55

<sup>211</sup> MAMAN, Tobias Scheffer de. **Precedentes no direito brasileiro**: a tradição jurídica ocidental entre instrumentos, métodos e histórias. Dissertação de mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2014. p. 55.

A eclosão do sistema romano-germânico, que se produz nos séculos XII e XIII, de modo nenhum é devida à afirmação dum poder político ou à centralização operada por uma autoridade soberana. O sistema romano-germânico diferencia-se por isso do direito inglês, onde o desenvolvimento da common law está ligado ao progresso do poder real e à existência de tribunais reais fortemente centralizados. No continente europeu, não se observa nada disto. O sistema de direito romano-germânico vai, pelo contrário, afirmar-se, nos séculos XII e XIII, numa época em que não só a Europa não constitui uma unidade política, mas em que a própria ideia que, de outro modo, dela poderia e deveria existir, caba por parecer quimérica: numa época em que se torna evidente que os esforços do papado ou do Império não bastarão para reconstituir, num plano político, a unidade do Império Romano. O sistema de direito romano-germânico nunca foi fundado senão sobre uma comunidade de cultura. Ele surgiu e continuou a existir, independentemente de qualquer intenção política: isto é um ponto que é importante compreender bem e sublinhar<sup>212</sup>.

Consoante se verifica, não havia uma relação de mútua e necessária negação entre o direito consuetudinário que foi sendo desenvolvido no “caos” do baixo Medievo e o resgate das categorias do direito romano, senão uma complementariedade – donde deriva-se a própria locução “tradição jurídica romano-germânica”<sup>213</sup>.

É, portanto, dessa amalgama realizada com o apoio das universidades primevas entre o direito romano como espécie de “estrutura ideal de cientificidade” para a *práxis* jurídica, e premente necessidade de revisitá-lo segundo as demandas concretas de cada comunidade, que a tradição ora sob análise foi se desenvolvendo. Todavia, não seria correto afirmar que o direito romano e os “direitos consuetudinários” eram vistos nos corredores e abóbodas das catedrais – acadêmicas e religiosas – em igual estatura. Muito pelo contrário – e nisso reside a caracterização essencial da tradição do “civil law” –, tanto clérigos como acadêmicos estavam

<sup>212</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**: direito comparado. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. pp. 60-61.

<sup>213</sup> Outrossim – e isso será retomado adiante –, não por coincidência é que o desenvolvimento da denominada Escola Histórica Alemã, representado pela corrente de pensamento da Jurisprudência dos Conceitos guiada por, dentre outros, Carl Von Savigny, retornaria seu olhar ao direito romano – pela pandectista –, como uma tentativa de resgate da ideia de “espírito nacional” (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 143). Parece-nos, desta forma, que havia uma conexão muito íntima entre tradições regionais com as formas e institutos do direito romano “renascido”; uma conexão que se revela também em restrições aos efeitos que os padrões normativos romanísticos sofriam, quanto a sua efetiva aplicação concreta e mesmo nos trabalhos desenvolvidos pela classe jurista que vinha se consolidando em cada comunidades política: “O renascimento dos estudos de direito romano é o principal fenômeno que marca o renascimento da família de direito romano-germânico. Os países que pertencem a esta família são, na História, aqueles onde os juristas e práticos do direito, quer tenham ou não adquirido a sua formação nas universidades, utilizam classificações, conceitos e modos de argumentação dos romanistas. Os materiais de base, as regras, podem derivar de fontes locais, não romanas. A recepção de soluções romanas é uma coisa diferente e, afinal de contas, secundária. As universidades nunca pretenderam impor soluções romanas. Estas nunca foram instituições supra-nacionais encarregadas da aplicação do direito [...]” (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**: direito comparado. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 72).

certos de que havia uma superioridade – sob o ponto de vista de “racionalidade” – do direito romano sobre o direito comum; a questão que seria posta é como o trabalho de glosadores e comentadores poderia ser alçado à posição de verdadeira prática concreta, assumindo a forma de razões normativas preponderantes para a conformação da vida cotidiana?

O movimento tendente a fazer renascer o direito romano, que se desenvolveu nas universidades, estava, como todos os movimentos de ideias, exposto a um perigo: o de se limitar a ser e permanecer acadêmico. As universidades propunham um novo sistema de organização social; elas professavam que a sociedade civil devia ser regida pelo direito e afirmavam que o melhor, o único intelectualmente concebível, era o direito romano por elas remodelado. Restava então convencer as populações, os dirigentes, sobretudo os juizes de quem dependiam, principalmente nesta época, não só a aplicação, mas igualmente a determinação do direito aplicável. Em que medida as ideias professadas nas universidades foram aceites, e de que modo o modelo por elas proposto pôde tornar-se o direito positivo, aplicado nos diferentes países europeus. A ideia de que a sociedade deve ser regida pelo direito impôs-se no século XIII. Um acontecimento muito importante manifesta com clareza a necessidade que é sentida nesta época de se voltar à ideia de direito: uma decisão do IV Concílio de Latrão, de 1215, proíbe aos clérigos participarem em processos nos quais se recorresse ou aos ordálios ou aos juízos de Deus. Essa decisão marca uma viragem decisiva. A decisão do IV Concílio de Latrão [...] vai ter como consequência nos países da Europa Continental, a adopção dum novo processo racional, que terá como modelo o direito canônico; ela abre assim, o caminho ao reino do direito [...]<sup>214</sup>.

O Concílio de Latrão foi, como se percebe, um marco relevante que impulsionou o processo histórico de consolidação da inserção das lições que as universidades vinham desenvolvendo na prática “institucional” do direito. Emergia, deste modo, um tensionamento entre o direito comum propriamente dito e as releituras escolásticas do direito romano. Quem venceria? A diferença de resultados dessa disputa é, fundamentalmente, o que marca uma das principais divisões entre as tradições do *common law* e do *civil law*. Ambas sofreram grandes influências desse resgate do direito romano, mas apenas essa tomou os padrões desse e os alçou numa posição verdadeiramente privilegiada na “vida concreta”.

As universidades, nas quais se produz o renascimento dos estudos de direito romano, propõem uma solução: repor em vigor o direito romano. Uma outra solução pode, porém, ser proposta: desenvolver um novo direito com base nos costumes existentes ou, na falta de tais costumes, sobre uma base jurisprudencial. Pode-se aproveitá-lo tal como é e adaptá-lo; ou pode-se construir algo novo, à medida que se manifesta a sua necessidade. A segunda solução é, como veremos, a que prevaleceu em Inglaterra, onde se edificou um novo sistema, o da *common law*. As condições próprias da Inglaterra

---

<sup>214</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**: direito comparado. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. pp. 68-69.

impediram que os tribunais considerassem o direito como as universidades os convidavam a considerá-lo. O sistema de direito ensinado nas universidades não foi acolhido, especialmente porque as jurisdições reais (tribunais de *common law*) apenas tinham aí uma competência restrita, ligada aos processos que não lhes permitiam considerar o direito, com toda a liberdade, sob o ângulo da moral e da política. [...] Nos países do continente, por oposição à Inglaterra, prevaleceu a solução proposta pelas universidades. A família romano-germânica tira daí a sua existência; ela é composta de países que, numa medida variável, mas sempre importante, sofreram na sua maneira de conceber o direito, na apresentação, nos métodos de sua investigação e, por vezes, nas próprias regras do seu direito, a influência do ensino ministrado nas faculdades de direito destas universidades<sup>215</sup>.

Nesse sentido, pondo em termos diversos, uma caracterização da essencialidade da tradição romano-germânica não pode escapar da menção dessa “vitória” da proposta que saiu dos portões das universidades; uma proposta que via na forma e conteúdo normativo do direito romano fonte precípua de um “saber jurídico” que deveria conduzir os assuntos da sociedade – ainda que um saber adaptado e afastado de qualquer pretensão de aplicação direta de regras legais romanas. Muito nos auxilia a compreender essa “cisão” entre as tradições jurídica apresentadas, as lições de Georges Abboud, Rafael Tomaz de Oliveira e Henrique Garbellini Carnio, apoiados na obra de Carlo Augusto Cannata, que apontam para uma circunstância verificada no próprio continente – e não nas ilhas britânicas – para explicar tal distinção de tradições:

[...] a distinção entre países de direito escrito consolidou-se no século XVI, principalmente no território francês, tendo sido fruto de um compromisso. A parte sul francesa rapidamente adotou o direito romano, por dois principais motivos. O primeiro porque o sul havia suportado menos fortemente que o norte o desenvolvimento do feudalismo, e uma das consequências havia sido converter em inadequadas às necessidades da época as instituições de direito romano, que se convertia, por esse motivo, em um direito sábio, patrimônio da Igreja. O segundo e mais decisivo consistia na própria vontade dos reis franceses que sabiam que o direito romano seria instrumento imprescindível para a dominação de Languedoc e do sul da França, ou seja, o direito romano compreendido e juridicamente utilizado, rapidamente, convertia-se em perfeito instrumento de poder. Desse modo, a distinção entre países de costume e países de direito escrito, ocorrida no século XVI, foi fruto de um compromisso celebrado em território francês. O norte recusou-se a adotar o direito romano como o direito comum, já o sul adotou o direito romano como direito comum em virtude da atitude favorável da população acerca das tradições romanistas. Tanto assim é que, para justificar a aplicação do direito romano no sul, o Parlamento de Paris, como demonstram decisões de 1312, considerou o direito romano verdadeiro costume particular, em conformidade com o direito escrito [...]. A importância do direito romano dentro do sistema jurídico de cada país é o que permite a diferenciação entre direito

---

<sup>215</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**: direito comparado. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. pp. 69-70.

consuetudinário e escrito. Isso porque, neste último, ele deve sempre ser aplicado de maneira prioritária estruturando e sistematizando a aplicação do direito, enquanto no direito consuetudinário sua aplicação deveria ser meramente subsidiária, quando a solução não pudesse ser alcançada pelas alternativas oferecidas pelo direito costumeiro, principalmente sua cadeia de precedentes [...] <sup>216</sup>.

Na esteira de tais ensinamentos, consolida-se a ideia de que o traço marcante e distintivo da tradição ora sob exame é essa primazia da racionalidade jurídica que emanava do direito romano resgatado, em detrimento dos padrões jurídicos entrincheirados no dito “direito comum”. Todavia, também na linha do que se anotou anteriormente, essa primazia não correspondia propriamente a uma prevalência das regras jurídicas romanas tal como pensadas pelos romanos – numa leitura anacrônica.

A realidade era bastante diversa e, em verdade, mais profunda. A herança que a tradição romano-germânica vai reivindicar em Roma, diz respeito aos dois principais elementos que jaziam no coração do próprio direito romano em seu ápice <sup>217</sup>: (i) a consolidação de uma classe de juristas de cunho intelectual e, ao mesmo tempo, operacional; e (ii) a abordagem científica com relação ao “pensamento jurídico”. Essa é a fórmula fundamental que deve ser tida em mente quando tenta-se compreender o que, afinal, define a tradição jurídico-política denominada “civil law” – uma fórmula que resvalaria, invariavelmente, em uma “dança”, nos salões da legitimidade institucional, entre império dos juristas e império das codificações <sup>218</sup>.

---

<sup>216</sup> ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 215-216.

<sup>217</sup> “The age of the Antonines and Severans witnessed the highest achievements of Roman law, building on the foundations laid down in the last decades of the republic and the first of the empire. The law of this period, transmitted through the texts collected under the emperor Justinian, formed the doctrinal bedrock on which most modern legal systems are based; and even in those countries whose legal systems have remained formally untouched by Roman law, primarily those of the English-speaking world, the writings of the lawyers from the second half of the second century and the first quarter of the third are still cited in courts. At the heart of this high classical law were two elements: first the jurists, and second the scientific approach to legal thought which they embodied. Jurists, in the sense of a group of men who claimed to have specialized legal knowledge and to be particularly skilled in its deployment, can be traced back to the last century of the republic, to such men as Q. Mucius Scaevola and Ser. Sulpicius Rufus. Already in the first century they had been involved in aspects of imperial administration, but it was only from the middle of the second that they were fully integrated into it. They constituted a new type of lawyer–bureaucrat, the legal expert more or less continuously holding imperial office [...]” (IBBETSON, David. *High Classical Law*. In: BOWMAN, Alan K.; CAMERON, Averil; GARNSEY, Peter. **The Cambridge ancient history**: volume XII: the crisis of empire, A.D. 193-337. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 184)

<sup>218</sup> “Nas experiências da França e da Alemanha, pode ser verificada a forte influência que o Direito romano exerceu na formação de seu respectivo direito privado. Não em virtude do que comumente se pensa – de que os romanos “criaram as leis escritas” –, mas, sim, em virtude do modo como o direito romano era estudado e ensinado. Isso que se chama de “exegetismo” tem sua origem aí: havia um texto específico em torno do qual giravam os mais sofisticados estudos sobre o Direito. Esse texto era – no período pré-codificação – o *Corpus Iuris Civilis*. A codificação efetua a seguinte “marcha”: antes dos códigos, havia uma espécie de função complementar atribuída ao direito romano. [...] O movimento codificador incorpora, de alguma forma, todas as discussões romanísticas e acaba “criando” um dado: os Códigos Civis (França, 1804, e Alemanha, 1900)” (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário**

De todo modo, essas duas personagens que exsurtem a partir dessa consolidação da preponderância do direito romano nos países de *civil law* (a noção de um direito dos professores e um direito codificado), merecem atenção – para que, após, possa-se falar especificamente sobre a categoria jurídica “jurisprudência”.

Durante o período de prevalência do direito comum no continente europeu, foram realizadas escriturações daquilo que se concebia como sendo o “direito comum”. Como visto, esse direito comum, embora escrito por diferentes comunidades, foi sendo vencido pela pena dos intelectuais das universidades. Contudo, um dos principais contributos do direito romano, qual seja, uma “razão jurídica esterilizada” em resposta ao caos de sentido das ordens normativas costumeiras – imersas em historicidade –, seria também o que retiraria das mãos dos acadêmicos o poder, e transferiria para as mãos do Legislador.

Na linha do que foi apresentado anteriormente, viu-se que o recurso ao direito romano não representava um apagamento da historicidade de cada comunidade – não havia uma pretensão unificada e utópica de trazer Roma de volta à vida. Ainda assim, existia uma tentativa de fuga dessa historicidade por um processo que tornasse o direito algo mais técnico e objetivo. Deste modo, a outrora gloriosa sistematicidade com que as instituições políticas e jurídicas romanas encaravam o direito atraiu o olhar dos escolásticos – seculares e não seculares.

Assim, a substituição dos costumes particulares de cada comunidade por uma “*communis opinio doctorum*” derivada do estudo do direito romano era uma clara tentativa de derrubada do “direito real histórico-social e político” de cada comunidade de costumes por um “direito ideal”, apreendido pela razão humana<sup>219</sup>. Ocorre que os professores, embora poderosos, não governam efetivamente e, se o fizeram, não foi senão por leniência daqueles que detinham, ao fim e ao cabo, a espada em mãos, de maneira que não demoraria para que os reis de cada nação atraíssem para si o polo gravitacional do sentido jurídico para o “direito positivo”, o que deu origem ao fenômeno das codificações. Ressalve-se, por oportuno, que a derrota dos professores pelos códigos não representa uma ruptura<sup>220</sup> com o discurso metodológico

---

**de hermenêutica:** 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 145).

<sup>219</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito:** teoria, filosofia e sociologia do direito. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pp. 184-189.

<sup>220</sup> Códigos e Glosas são, portanto, duas representações de um mesmo fenômeno de “entificação/positivação” do “direito ideal” revelado pela razão: “[...] A codificação, por mais revolucionária que seja, constitui a realização natural da concepção mantida e de toda a obra empreendida desde há séculos nas universidades. Há seis séculos, as universidades ensinavam um direito que elas apresentavam como um modelo de justiça. Dera-se prova de bastante paciência para fazer penetrar esta ideia nos juristas. [...] e porque não fazer do direito modelo das universidades [...] o direito positivo, que será aplicado pela prática das diferentes nações?” (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo:** direito comparado. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. pp. 83-84); “A code of laws is the means by which to correct human nature on the basis

racionalista<sup>221</sup> desenvolvido nos salões de Bologna, mas, em grande medida, sua continuidade; uma ultimção da mesma “intenção normativa”<sup>222-223</sup>.

Desta forma, o fenômeno das codificações representava uma manifestação da mesma motivação que fez as universidades recorrerem à ciência jurídica romana: a aposta na capacidade reveladora da razão, no que diz respeito à captura, na realidade, de um direito ideal. Ocorre que, se a autoridade do direito romano não estava em “alguém”, mas na sua capacidade de exprimir uma sabedoria imemorial, o mesmo não pode ser dito com relação aos códigos de forma absoluta.

Nessa linha, a partir das codificações, o cenário se altera e o direito deixa de ser propriamente produto de uma revelação da razão na consulta de fragmentos de uma “sabedoria jurídica” anacrônica e passa, gradativamente, a ser expressão de uma imposição da vontade do soberano. Essa virada, por sua vez, encontrará seu ápice com o Código Civil de Napoleão (1804) – que inclusive era utilizado por nações outras além da França<sup>224</sup> – e o surgimento da

---

of a perfect rational plan. This plan is provided by the science of government (by politics), a science to which belongs the science of human beings (Helvétius 1968, IV, 46; d’Holbach 1969, 129ff.; Morelly 1970): The rational plan so conceived thus consists in an educative process which leads human beings to become virtuous citizens, and which needs to be carried out, if necessary, even against their will. As Antoine L. C. Destutt de Tracy argued, all human beings, both children and adults, should be taught how to judge and behave wisely, and “legislation [...] is nothing but the education of adults” (Destutt de Tracy 1970, I, 213)” (CANALE, Damiano. The many faces of the codification of law in modern continental Europe. In: CANALE, Damiano; GROSSI, Paolo; HOFMANN, Hasso. A **treatise of legal philosophy and general jurisprudence**: volume 9: a history of the philosophy of law in the civil law world: 1600-1900. Bologna: Springer, 2009. p. 155).

<sup>221</sup> MAMAN, Tobias Scheffer de. **Precedentes no direito brasileiro**: a tradição jurídica ocidental entre instrumentos, métodos e histórias. Dissertação de mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2014. pp. 89-98.

<sup>222</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito**: teoria, filosofia e sociologia do direito. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pp. 184-189.

<sup>223</sup> Ainda assim, essa afirmação da continuidade representada pelas codificações não implica a confirmação de uma absoluta compatibilidade entre ambos os projetos – romanista e codificador – em todos os contextos e de forma incondicional. A defesa de uma afirmação dessa natureza desconsideraria, por exemplo, o clássico embate havido entre Savigny e Thibaut, na Alemanha do início do século XIX: “[...] For Savigny, any change brought to the existing situation would have been risky: Roman law had to be preserved in those territories where it was in force as a supplementary law; and the Prussian and Austrian codes did, too, since their abolition would have bred confusion. (The French code was something of an exception in Savigny’s discussion.) This heterogeneous legal material had to be unified, and this was the peculiar task entrusted to legal science. For Thibaut, by contrast, it was necessary to put an end to this mélange of sources by introducing a new code: a single code for the whole of Germany. As we will see, in criticizing this proposal for a new code, Savigny reaffirmed at the same time the value of legal science and its most outstanding product, namely, Roman law. As a proponent of the code, Thibaut could not but take the opposite stand: ‘The last and principal source of law thus remains for us the Roman code, the work of a foreign nation quite unlike ours; then, too, it traces back to the period of that nation’s deepest decadence, and it bears the mark of this decadence on its every page!’” (CANALE, Damiano. The many faces of the codification of law in modern continental Europe. In: CANALE, Damiano; GROSSI, Paolo; HOFMANN, Hasso. A **treatise of legal philosophy and general jurisprudence**: volume 9: a history of the philosophy of law in the civil law world: 1600-1900. Bologna: Springer, 2009. pp. 195-195).

<sup>224</sup> “[...] The first codifications (the Prussian one of 1794 and the Austrian one of 1811) had underscored how the crisis of Roman law in the Germanic area unfolded following different models of development. In Prussia, Roman law fell into crisis but not so the structural system based on the *ius commune*, so much so that the 1794 *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR) presented itself as a new *ius commune*, acting to supplement the particular systems of law. In Austria, by contrast, the 1811 *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) tended



“Escola Exegética” (ou da primeira forma mais ou menos coerente de positivismo jurídico continental, o positivismo exegético).

A finalidade da codificação tinha sido enunciar os princípios de um *jus commune* rejuvenescido, adaptado às condições e necessidades dos homens do século XIX. Os códigos deviam constituir, ao suceder ao *usus modernus*, o *usus modernissimus pandectorum*. O declínio do espírito universalista e o nacionalismo do séc. XIX fizeram deles, pelo menos por algum tempo, algo de diferente. Os códigos foram tratados como se, em vez de serem uma nova exposição do direito comum, fossem a simples generalização, uma nova edição, dum *costume particular*, usado a nível nacional. Em vez de neles se ver a nova expressão do direito comum, tal como haviam concebido os seus promotores, viu-se neles o instrumento duma *nacionalização do direito*, depois da qual a própria ideia de direito comum quase desapareceu na Europa. [...] A codificação e todo o movimento legislativo posterior originaram uma atitude de positivismo legislativo, ao mesmo tempo que de nacionalismo jurídico [...] O direito passou a confundir-se com a ordem do soberano, deixou de se confundir com a justiça [...]”<sup>225</sup>.

Nesse sentido, os códigos deixaram de representar uma manifestação da razão para ditar algo diverso, uma espécie de “vontade soberana positiva”<sup>226</sup> – do Legislador –, uma expressão de vontade tida por completa e cuja incolumidade haveria de ser preservada da própria atividade judicante, numa radical compreensão da dinâmica de tripartição dos poderes<sup>227</sup> fundada na ficção de completude da Lei (*non liquet*), i.e., na negação quase total – no plano ideológico-político – da existência de lacunas legislativas<sup>228</sup>.

---

toward a uniform private law not subject to exception, even as it took up much of the content of Roman law. At the time when the polemic on codification flared up, the legal organization of the Germanic territories was profoundly diversified. There were states where the Prussian code was in effect (as a *ius commune*), and ones where the Austrian code was in effect, and ones where the Napoleonic code was in effect. Then, too, these modern codes existed alongside the different territorial laws—the object of written consolidations—which in turn existed alongside Roman law [...]” (CANALE, Damiano. The many faces of the codification of law in modern continental Europe. In: CANALE, Damiano; GROSSI, Paolo; HOFMANN, Hasso. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**: volume 9: a history of the philosophy of law in the civil law world: 1600-1900. Bologna: Springer, 2009. pp. 195-195).

<sup>225</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**: direito comparado. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. pp. 86-86.

<sup>226</sup> “O fundamento da nova concepção do estudo do direito era a doutrina legalista: todo o direito está na lei. Só o legislador, agindo em nome da nação soberana, tem o poder de elaborar o direito. Não pode, portanto, existir outra fonte de direito senão a lei [...]” (GLISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 516).

<sup>227</sup> “[...] pesquisadores no âmbito próprio do *common law* e do *civil law* relacionam, expressa e diretamente, a “rejeição do precedente como fonte [direta] de Direito”, típica dos países de tradição romano-germânica, com a “separação estrita de poderes de Montesquieu na França pós-Revolução” (BANKOWSKI *et. al.*, 2016, pp. 482-483). [...]” (MORBACH, Gilberto; RAATZ, Igor; STRECK, Lenio Luiz. Da complexidade à simplificação na identificação da *ratio decidendi*: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil? **Revista Jurídica Unicritiba**, v. 1., n. 54, pp. 317-341, mar. 2019. Disponível em: <http://revista.unicritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3312>. Acesso em: 23 abr. 2023).

<sup>228</sup> “A ideia de que somente a lei, em especial os códigos [...] eram fontes exclusivas do Direito estava alinhada com uma concepção restritiva da separação de poderes, na qual compete (somente) ao legislador produzir as leis (e, portanto, o Direito), enquanto ao juiz cabe apenas aplicar a lei. Trata-se de uma concepção bastante estatista do

[A partir da codificação] a relação entre *ius commune* e *ius proprium* desaparece totalmente muito por conta da centralização do fenômeno jurídico operada a partir da codificação. Toda a argumentação jurídica deve tributar seus méritos aos Códigos, que passam a possuir, desse momento em diante, a estatura de verdadeiros “textos sagrados”. Isso porque eles são o dado positivo com o qual deverá lidar a ciência do Direito. É claro que, já nesse período, apareceram problemas relativos à interpretação desse “texto sagrado”. De algum modo se perceberá que aquilo que está escrito nos Códigos não cobre a realidade. Mas, então, como controlar o exercício da interpretação do Direito para que essa obra não seja “destruída”? E, ao mesmo tempo, como excluir da interpretação do Direito os elementos metafísicos que não eram benquistos pelo modo positivistas de interpretar a realidade? Num primeiro momento, a resposta será dada a partir de uma análise da própria codificação: a Escola da Exegese [...]. Esse primeiro quadro eu menciono, no contexto de minhas pesquisas [...] como positivismo primevo ou positivismo exegético. Poderia, ainda, junto com Castanheira Neves, nomeá-lo como positivismo legalista. A principal característica desse “primeiro momento” do positivismo jurídico, no que tange ao problemas da interpretação do Direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap, poderíamos chamar de sintática. Nesse caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do Direito. Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais de Direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso, que representaria as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas [...]”<sup>229</sup>.

Nesses termos, a consolidação anterior da classe acadêmica no período das glosas é – paradoxalmente, pois que produto, em larga medida, de um mesmo “projeto racionalista” – transmutada na figura de um “Legislador onipotente”. O fechamento dessa transmutação é ter por consequência um afastamento da figura do Juiz – ao menos num plano teórico ficcional – do polo de criação do direito, de maneira que suas decisões não são assumidas como fontes de direito genuínas.

---

Direito, fundada no princípio da onipotência do legislador, mas que também dá azo ao princípio da lei como verdadeira expressão vontade geral, ideia tão cara à Revolução Francesa. [...] Não obstante o Positivismo Exegético defender teoricamente o axioma da completude do Código de Napoleão, a hipótese de a lei abarcar todos os casos e situações (especialmente futuros) que seriam submetidos ao Judiciário foi, desde muito cedo, tratada como mera ficção entre os próprios legalistas. Nesse sentido, Delamas-Marty afirma ‘o tempo, única fonte verdadeira de direito. Essa é a lição de prudência e de modéstia que Portalis dirige a todos os que ficassem tentados pelo voluntarismo legislativo’, pois os próprios redatores do código bem sabiam que ‘um código, por mais completo que possa parecer, mal está terminado e mil questões inesperadas vêm oferecer-se ao magistrado’. Contudo, a solução específica para os casos de ausência de texto legislativo adotada pelo Código de Napoleão foi a previsão do Art. 4º: ‘o juiz que se recusar a julgar sobre o pretexto do silêncio, da obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada’. Ou seja, a solução dos redatores para vedar o *non liquet* (abstenção de julgamento) foi prever a punição do juiz por ‘denegação’ de jurisdição, sem oferecer, entretanto, orientações sobre como proceder na fundamentação desses casos [...]” (GUBERT, Roberta Magalhães. **Nova teoria das fontes**: a diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica. Tese (Doutorado em Direito – Universidade do Vale do Rio dos Sinos), São Leopoldo, 2017. pp. 99-104).

<sup>229</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 36-37.

Eis, nesses termos, a essencialidade da tradição jurídica romano-germânica: o produto de uma aposta no *standard* científico de racionalidade apresentado pelo direito romano que começou nas “salas de aula”, mas que, com a vagarosa transição do Medievo para a Modernidade, foi gradativamente dando espaço para um direito posto – e não apenas revelado<sup>230</sup>, como era o caso dos professores e suas glosas – pela razão da autoridade formal do Legislador. Consultava-se, no fim, não mais os compilados de glosas e comentários feitos às margens do *Corpus Iuris Civilis*, mas os modernos Códigos Civis.

Diante desse cenário, é fácil perceber que professores e códigos<sup>231</sup>, são ideais fundamentais para que se compreenda efetivamente o sentido da palavra “jurisprudência” para os ordenamentos jurídicos inseridos na tradição em comento.

A poluição semântica sobre o conceito de jurisprudência advém do fato de que o termo latino (“iurisprudencia”) e “jurisprudência”, como utilizado nas línguas neolatinas em geral, designaria, primeiro, o conhecimento das regras jurídicas e, ainda, a sua atuação pelo uso prático. Por outros termos, no sentido romano, “iurisprudencia” corresponderia mais ao que se chama, modernamente, de “doutrina” nas línguas derivadas do latim, e não ao conjunto de decisões judiciais (aos quais se reserva, também em português, o vocábulo “jurisprudência”). [...] O surgimento da Iurisprudencia romana remonta aos anos de 451 e 559 a.C., época das Doze Tábuas, podendo ser considerada a etapa subsequente da jurisprudência Pontifical (momento em que as decisões eram atribuídas aos sacerdotes). A jurisprudência Romana surge após fenômeno lento de laicização [...] Nesse contexto, os juristas laicos asseguraram que o vínculo existente entre o texto normativo (legislação) e os casos é também normativo(técnico/jurídico). Por consequência, conforme ensina Carlos Augusto Cannata, somente no desenvolvimento do direito romano e com a contundente laicização da Jurisprudência é que ela deixa de ser atividade religiosa ou política para ser concebida como tecnologia (verdadeira metodologia com tecnicidade própria). [...] Desse modo “o direito romano passa a ser concebido como um ordenamento responsável em assegurar a tecnicidade e juridicidade à solução jurídica. Assim, a decisão judicial deixa de ser ato fundado apenas na autoridade política ou religiosa e passa a se fundamentar no próprio direito, isso porque os juristas romanos evidenciaram que o vínculo entre direito legislado e a aplicação dele constitui vínculo jurídico que demanda técnica e metodologia para ser concretizado. Ademais, a decisão judicial deixa de ser mero ato de revelação de entidade metafísica (religião), passando a ser técnica (daí a jurisprudência ser encarada como tecnologia). Urge ressaltar que, no direito romano, não se concebe mais

---

<sup>230</sup> Colocando-se a questão nestes termos, pode-se falar aqui em um substituição de um paradigma predominantemente centrado no jusnaturalismo racionalista, por um de preponderância do positivismo (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. p. 40).

<sup>231</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 30.

a decisão pautada tão somente na autoridade; a decisão precisa também estar assentada em argumento técnico/jurídico persuasivo”<sup>232</sup>.

Conforme outrora narrado, essa tecnicidade do pensamento jurídico romano foi resgatada no medievo pelas universidades, e, em Roma, via-se que a reflexão teórica sobre o direito não se distinguia da sua concretização por oficiais. Essa relação é relevante para que se compreenda as funções e a posição na hierarquia tradicional das fontes do direito ocupada pela jurisprudência. A despeito de haver uma diferenciação semântica, fato é que também há uma aproximação entre a jurisprudência tida em um sentido aproximado ao conceito moderno de “doutrina” ou como de fato correspondendo um conjunto de decisões pretéritas, porquanto ambas (doutrina e jurisprudência) são fontes de direito referências, i.e., tem sentido enquanto sendo referências a vontade geral soberana do Legislador.

Assim, em um sistema jurídico atrelado à tradição da *civil law*, o conjunto de decisões pretéritas que se denomina de jurisprudência está indissociavelmente conectada da Lei escrita, assumindo, idealmente, a natureza de “notas de rodapé” ao direito legislado: quanto às suas funções, as decisões que compõem uma cadeia jurisprudencial – tal como a própria doutrina – explicam, suprem, diferenciam e renovam o sentido normativo das regras positivadas; quanto à natureza de “fonte de direito”, estão (em tese) tais decisões “subalternizadas” a esse conjunto de regras positivas escritas<sup>233</sup>.

[...] em virtude de sua própria evolução histórica, o Judiciário no *common law* não decide o caso concreto a partir da interpretação da lei sem lançar mão da cadeia de precedentes já existente. Corroborando nosso entendimento, Carlos Augusto Cannata ressalta que um magistrado inserto no *civil law* tem a constante possibilidade de modificar sua jurisprudência, bem como afastar-se do entendimento dos Tribunais Superiores, ainda que isso ocorra de forma mais limitada. Essa limitação concretiza-se em razão da própria atuação do magistrado, que almeja privilegiar a segurança jurídica e a economia processual<sup>234</sup>.

<sup>232</sup> ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pp. 258-263.

<sup>233</sup> “Na tradição jurídica do *civil law*, a jurisprudência possui uma maior autolimitação em relação à legislação. A jurisprudência encontra seu limite direto na lei, na medida em que prevalece o sistema do direito escrito. [...] Nesse sistema, as decisões judiciais devem ser fundamentadas em texto legal, por consequência, o papel da jurisprudência fica sempre dissimulado atrás de uma aparente interpretação da lei. [...]” (ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pp. 267-268).

<sup>234</sup> ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pp. 268-269.

Nesse sentido, a ideia de “jurisprudência” e sua diferença “quantitativa” e “qualitativa”<sup>235</sup> com relação à noção – na sequência explorada – de precedente judicial, advinda da tradição jurídica anglo-saxã, não é senão produto de um complexo e longuíssimo processo histórico composto pela consolidação da ciência jurídica no Império de Roma, seu posterior resgate no continente europeu pelos esforços de intelectuais e posterior positivação do direito em códigos, mediante a manutenção de uma classe paralela de juristas (doutrinadores e juízes) com o papel oracular de (em maior ou menor grau) extrair sentido jurídico de um conjunto de regras positivas e expostas – ora na forma de glosas, ora na de códigos – quase que invariavelmente na forma de enunciados gerais.

É sob essa perspectiva que a noção de jurisprudência pode ser lida como “*a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais*”<sup>236</sup>; uma forma de revelação, mas que – numa concepção tradicional e clássica – não produz direito, daí porque a jurisprudência seria uma

---

<sup>235</sup> “Há, antes de tudo, uma distinção de caráter – por assim dizer – quantitativo. Quando se fala do precedente, faz-se geralmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto quando se fala em jurisprudência faz-se, normalmente, referência a uma pluralidade frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença não é apenas de tipo semântico. O fato é que, nos sistemas fundados tradicional e tipicamente no precedente, geralmente a decisão que se assume como precedente é uma só; no mais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio ao precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão realmente ‘faz precedente’. Em vez disso, nos sistemas [...] em que se evoca a jurisprudência, faz-se referência geralmente a muitas decisões: às vezes, são dezenas ou até mesmo centenas, embora nem todas venham expressamente citadas. Isto implica várias consequências, entre elas a dificuldade – frequentemente de árdua separação – de se estabelecer qual decisão é verdadeiramente relevante (se é que existe uma) ou de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma. [...] Além disso, como muitas vezes acontece, a quantidade condiciona a qualidade, o que leva a individuar uma diferença qualitativa entre o precedente e a jurisprudência. O precedente fornece uma regra (universalizável, como já mencionado), que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia dos dois casos concretos não é dada *in re ipsa* e será afirmada ou refutada pelo juiz do caso posterior, dependendo se ele considerar prevaletes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então, [...] ‘cria’ o precedente. Além deste aspecto [...] fica claro que a estrutura fundamental do raciocínio que leva o juiz a aplicar o precedente ao próximo caso é baseada em uma análise dos fatos. Se esta análise justifica a aplicação no segundo caso da *ratio decidendi* aplicada no primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso. Deve-se notar que, quando se verificam estas condições, um só precedente é suficiente para justificar a decisão do caso sucessivo [...] O uso de jurisprudência tem características muito diferentes. Em primeiro lugar, falta a análise comparativa dos fatos, pelo menos na imensa maioria dos casos. Aqui, o problema depende do que realmente ‘constitui’ a jurisprudência: trata-se, como se sabe, sobretudo dos enunciados sumulados (*massime*) elaborados pelo gabinete específico que existe nos tribunais. A característica mais importante das máximas é que se trata de declarações concentradas em uma ou em poucas frases, que têm como objeto *regras jurídicas*. Essas regras têm geralmente um conteúdo mais específico do que o ditado textual da norma de que constituem uma interpretação, mas são sempre formulados como regras, ou seja, como enunciados gerais de conteúdo preceptivo. Não por acaso, as seleções de jurisprudência assemelham-se a codificações, mais detalhadas do que aquelas que representam os códigos verdadeiros e próprios, mas sempre como ‘conjunto de normas’ [...]” (TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Civilistica*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul./dez. 2014. pp. 4-5. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/189>. Acesso em: 23 mar. 2023).

<sup>236</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 167.

espécie de costume institucional<sup>237</sup>, podendo ser denominado “*sem dúvida, ‘fonte’ interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do direito*”<sup>238</sup>, detendo, portanto, natureza referencial<sup>239</sup> para com a Lei, essa sim, a fonte preponderante do direito<sup>240</sup>.

A segunda tradição a ser estudada, por outro lado, passa por um processo essencialmente diverso e que resultou em um arranjo institucional igualmente diverso. Nas regiões que hoje é – ou em algum momento da história foram – regidas pela coroa britânica, desenvolveu-se um modo de compreensão acerca do fenômeno jurídico que opera segundo padrões de racionalidade consideravelmente diversos. Nessa linha, a tradição do *common law* depositou suas fichas não em uma ciência jurídica romana ou em códigos escritos, mas nas Cortes de Justiça propriamente ditas e na declaração, por essas Cortes, de uma razão consuetudinária imemorial. É o que será, agora, demonstrado.

## 2.2. A tradição jurídica do common law e a doutrina do *stare decisis*

O continente viu a luta epistemológica dos professores e o império – ficcional – da onipotência do Legislador. A união histórica dessas duas categorias é, como se tentou elucidar, o composto da *célula mater* da tradição jurídica romano-germânica. Essa é a afirmação daquela tradição, mas, o direito ocidental viu um terceiro elemento que, fora do Continente, floresceu e deu forma a uma tradição bastante diversa – ao menos no “plano das ideias”: a tradição jurídica do direito comum (*common law*), quase sempre caracterizada, não como uma tradição do domínio das catedrais acadêmicas ou da figura de um soberano que se expressa na forma de códigos compostos por enunciados gerais e abstratos, mas do fortalecimento do papel das Cortes de Justiça<sup>241</sup>.

<sup>237</sup> “[...] há um tipo de costume que, por sua relevância, merece um destaque especial: o costume jurisprudencial [...]” (JR., Tercio Sampaio F. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. p. 199).

<sup>238</sup> JR., Tercio Sampaio F. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. p. 199

<sup>239</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 212.

<sup>240</sup> Na sequência, apresentaremos considerações a respeito da alteração desse paradigma da natureza puramente “reveladora” ou “declaratória” do direito pela decisão jurisdicional. Em todo caso, consigne-se que a “força criadora” de direito por parte da “jurisprudência” já era sinalizada por Hans Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*. Veja-se: “[...] Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples ‘descoberta’ do Direito ou juris-‘dição’ [...] nesse sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo. [...]” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 264).

<sup>241</sup> “Diante do esforço realizado por Caenegem, vem imediatamente à lembrança a expressão cunhada por Cícero: *Historia magistra vitae*. Com efeito, a força dessa expressão pode ser corroborada a partir de uma rápida incursão

Inicialmente, no entanto, é fundamental que se compreenda que, a despeito ser possível diferenciar as tradições em comento na figura das “fontes de autoridade” preponderantes em cada uma, a cisão parece se dar, no plano histórico, em aspectos mais profundos, que envolvem diferentes perspectivas na relação entre tradição histórica e o direito<sup>242</sup>. Observe-se, quanto a isso, que a garantia de uma autoridade vinculante aos provimentos pretéritos das Cortes de Justiça é, no que diz respeito à *common law*, um fenômeno genuinamente moderno – tal como as codificações para as nações do Continente também o são.

[...] the common law does not need the doctrine of precedent in order to function. ‘In the period around 1600’, Gray has observed, ‘*stare decisis* was not the governing rule . . . [J]udges . . . argued . . . about whether such and such is a rule of law, without feeling compelled in the more modern manner to prove it by decided cases.’<sup>16</sup> ‘To a historian at least’, Simpson elaborates: any identification between the common law system and the doctrine of precedent, any attempt to explain the nature of the common law in terms of *stare decisis*, is bound to seem unsatisfactory, for the elaboration of rules and principles governing the use of precedents and their status as authorities is relatively modern, and the idea that there could be binding precedents more recent still. The common law had been in existence for centuries before anybody was very excited about these matters, and yet it functioned as a system of law without such props as the concept of the *ratio decidendi*, and functioned well enough<sup>243</sup>.

Diante dessa consideração, duas questões surgem: se a primazia das decisões judiciais pretéritas não caracteriza necessariamente a tradição jurídica anglo-saxã – apenas em parte –, então o que, afinal, o faz? Além disso, em que momento, por quais razões e de que forma, os precedentes judiciais seriam alçados à posição de fontes preponderantes de Direito? Formuladas desta maneira, tem-se as questões centrais que se buscará responder nesta etapa do estudo.

---

em alguns dados aleatórios: [...] O Direito inglês formou-se a partir de um elevado apego às experiências judiciais concretas, caracterizando-se por um certo repúdio às experiências letradas dos estudos de Bolonha sobre o Direito romano, bem como se mantendo refratário ao movimento de recepção do Direito romano que irá caracterizar o Direito alemão a partir do século XV, optando por formar um corpo comum de decisões tomadas no passado: *Common Law*. Por outro lado, a experiência codificadora também será veementemente rechaçada pela comunidade jurídica inglesa que sempre viu nas injunções excessivas do parlamento, um atentado contra esse Direito comum, de precedentes [...]” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 30).

<sup>242</sup> “Portanto, não há que se confundir *common law* com *stare decisis*. Ora, o *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*, existiu por vários séculos sem *stare decisis* e *rule of precedente*. Como escreve Simpson, qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes, que é mais recente ainda [...]” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. p. 27).

<sup>243</sup> DUXBURY, Neil. **Nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. pp. 34-35

Nessa linha, há uma contraposição a ser especialmente considerada – e que marca de forma ilustrativa – entre os caminhos seguidos por ambas as tradições (*civil* e *common law*): enquanto a razão do jurista do Continente o empurrava em sentido contrário aos almanaques desformes do direito comum de cada um dos povos, e o colocava nos braços da justiça imemorial do direito romano; a razão do jurista da *common law* o convencia a casar-se com a historicidade comum<sup>244</sup>. Vejamos, no ponto, as palavras introdutórias de René David sobre o *common law* inglês:

Mais ainda do que para o direito francês, o conhecimento da História é indispensável quando se considere o direito inglês. Este não conheceu, como veremos, nem a renovação pelo direito romano, nem a renovação pela codificação que são características do direito francês e dos outros direitos da família romano-germânica. Desenvolveu-se de forma autônoma, sofrendo apenas de forma limitada a influência de contactos com o continente europeu. O jurista inglês – que subestima a continuidade dos direitos continentais, convencido de que a codificação provocou uma ruptura com a tradição destes direitos – gosta de valorizar a continuidade histórica do seu direito; este surge-lhe como sendo produto duma longa evolução que não sofreu qualquer alteração sensível; orgulha-se desta circunstância, da qual deduz, não sem razão, a prova do grande saber da *common law*, das suas faculdades de adaptação, do seu permanente valor, e de qualidades correspondentes dos juristas e do povo inglês. Não é necessário exagerar esse carácter histórico do direito inglês. A verdade é que os ingleses gostam de pôr em evidência esse carácter tradicional, enquanto que os franceses preferem evidenciar o carácter racional e lógico do seu direito [...]<sup>245</sup>.

A história cultivou, portanto, no mundo anglo-saxão um jurista muito mais grato às suas lições do que aqueles que ergueram seus monumentos na Europa continental. Prova inarredável dessa circunstância é a imbricação clara entre o *common law* inglês e o constitucionalismo historicista, i.e., não pautado em modelo de compreensão centrado em “uma lei básica”, mas

---

<sup>244</sup> Marcantes, a esse respeito, são as críticas de Edmund Burke – reputado por muitos como o pai do conservadorismo inglês – ao “espírito racionalista” da Revolução Francesa: “[...] Estamos receosos de colocar homens para viver e negociar cada um pelo seu próprio estoque privado da razão, porque nós suspeitamos que este estoque em cada homem é pequeno, e que os indivíduos fariam melhor em se valer do banco e do capital gerais das nações e das eras. [...] eles consideram mais sábio manter o preconceito, juntamente com a razão envolvida, do que jogar fora a veste de preconceito e deixar apenas a razão nua; porque o preconceito, com a sua razão, tem um motivo para dar ação a essa razão, e uma afeição que lhe dará permanência. [...] O preconceito torna a virtude de um homem seu hábito, e não em uma série de atos desconexos. Através de um preconceito justo, o seu dever se torna parte de sua natureza. Seus literatos e políticos, assim como todo o clã dos iluminados entre nós, diferem essencialmente nestes pontos. Eles não têm nenhum respeito pela sabedoria dos outros, mas compensam isso com uma plena confiança na sua própria. Para eles, ser velha é motivo suficiente para destruir uma antiga estrutura das coisas [...]” (BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a revolução na França**. São Paulo: Vide Editorial, 2017. pp. 140-141).

<sup>245</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**: direito comparado. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 330.



em um processo contínuo de “acomodamento hereditário”<sup>246</sup> dos interesses públicos e privados – Estado e elites estamentais, de um lado; e o “cidadão comum”, de outro<sup>247</sup>. Neste sentir, é possível dividir historicamente o desenvolvimento do sistema jurídico inglês propriamente dito em quatro grandes períodos:

Em belíssima síntese, David e Jauffret-Spinosi [...], resumem a história do Direito inglês distinguindo quatro principais períodos. O primeiro é o que precede a conquista normanda de 1066. O segundo, que se estende daquela data até o advento da dinastia Tudor (1485), que corresponde a formação do *common law*, durante o qual surge um novo sistema jurídico sobre os costumes locais anteriores; [...] A aplicação se dava em circuitos periódicos dos condados e posteriormente em Londres, nas Cortes Reais. [...] O terceiro período vai de 1485 a 1832, que corresponde à época de maior florescimento da *common law*. Nesse período surge a *equity*, caracterizada por ser um recurso à autoridade real diante da injustiça flagrante de alguns casos concretos. Encaminhavam-se petições ao rei ou ao seu conselho, que eram despachadas pelo chanceler (*Keeper of the King's Conscience*), encarregado de orientar e guiar o rei em sua decisão. Aos poucos [...] o chanceler vai se constituindo em juiz autônomo. Em determinadas matérias, o tribunal do chanceler foi capaz de criar direitos não conhecidos na *common law* [...]. Em outros casos, ofereceu alternativa eficiente para prover um remédio ou algum direito que se perdera [...]. As regras de *equity* foram se tornando sistemáticas,

<sup>246</sup> “[...] A Revolução [Gloriosa] foi feita para preservar nossas antigas e indiscutíveis leis e liberdades e a antiga Constituição do governo, que é a nossa única segurança de lei e liberdade [...] A própria ideia de construção de um novo governo é suficiente para nos encher de desgosto e horror. Nós desejamos no período da Revolução, assim como desejamos agora, derivar tudo o que possuímos como herança dos nossos antepassados [...] Todas as reformas que fizemos até agora procederam do princípio de reverência à antiguidade; e eu espero, ou melhor, estou certo de que todas as mudanças que eventualmente sejam feitas daqui em diante serão cuidadosamente formadas sobre precedente, autoridade e exemplo análogos. Nossa reforma mais antiga é a da Magna Carta. Você verá que Sir Edward Coke, aquele grande oráculo de nossa lei, e todos os grandes homens que o seguiram, até Blackstone, são diligentes em provar a linhagem de nossas liberdades. Eles procuram provar que a carta antiga, a Magna Carta do Rei João, estava conectada a outra carta positiva de Henrique I, e que tanto uma quanto a outra não eram nada mais do que uma reafirmação da ainda mais antiga lei permanente do reino. Na verdade, estes autores parecem estar certos, mesmo que nem sempre; mas se esses juristas pecam em algum elemento, isso prova minha posição ainda mais fortemente, porque demonstra a poderosa predisposição pela antiguidade, que preenchia as mentes de todos os nossos juristas e legisladores, e de todas as pessoas a quem eles desejavam influenciar, e a política fixa deste reino de considerar como herança seus direitos e privilégios mais sagrados. Quando, na famosa lei do 3 ano de reinado de Carlos I, chamada Petição de Direitos, o Parlamento diz ao rei: ‘Vossos súditos herdaram essa liberdade’, eles não estão reivindicando seus privilégios com base em princípios abstratos como ‘direitos do homem’, mas como direitos dos ingleses, e como um patrimônio derivado de seus antepassados. [...]” (BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a revolução na França**. São Paulo: Vide Editorial, 2017. pp. 65-66).

<sup>247</sup> “As ‘palavras-chave’ do modelo historicista encontram-se no constitucionalismo inglês. Quais as dimensões histórico-constitucionais deste modelo histórico? Quais as cristalizações jurídico-constitucionais deste modelo que passaram a fazer parte do patrimônio da ‘constituição ocidental’? As respostas à primeira interrogação podem sintetizar-se em três tópicos: (1) garantia de direitos adquiridos fundamentalmente traduzida na garantia do ‘binômio subjectivo’ *liberty and property*. (2) estruturação corporativa dos direitos, pois eles pertenciam (pelo menos numa primeira fase) aos indivíduos enquanto membros de um estamento. (3) regulação destes direitos e desta estruturação através de contratos de domínio [...] do tipo da *Magna Charta* [...] A ideia de um ‘poder constituinte’ criador de uma lei básica mereceria sérias suspeitas aos ‘homens livres’ da Idade Média. O modo específico e próprio de garantir os direitos e liberdades (*jura et libertates*) e estabelecer limites ao poder (aos poderes de *imperium*) não era o de criar uma lei fundamental, mas sim o de afirmar a existência de ‘privilégios e liberdades’ radicados em ‘velhas leis’ de direitos (*the good old laws*) ou seja, num *corpus* costumeiro de normas e num reduzido número de documentos escritos [...]” (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. pp. 55 e 69)

sem, contudo, se contraporem à *common law*, havendo, pelo contrário, uma complementação entre ambas. Entra-se, então, no quarto período com a primeira Lei de Organização Judiciária (*Judicature Act*), que, no ano de 1873, fundiu as jurisdições de *common law* e de *equity*, [...] <sup>248</sup>.

Deste modo, o que se observa é que o desenvolvimento do direito inglês pode ser lido como o processo inverso àquele que se deu no Continente. Desde o princípio, com a conquista normanda, em 1066; nunca houve qualquer pretensão de universalização de um direito que não tivesse suas raízes profundamente cravadas em uma tradição comum e costumeira <sup>249</sup>. As contendas eram resolvidas, inicialmente, por cortes senhoriais (*Courts Baron, Court Leet, Manorial Courts*), que tomavam suas decisões com base nessa tradição que compunha direito costumeiro local; os Tribunais Reais, por sua vez, tinham poderes limitados e eram provocados apenas em situações excepcionais.

O que se tinha, desta maneira, era uma certa “duplicidade” de jurisdições: de um lado, as cortes locais que resolviam as “pequenas disputas” com base em normas provenientes do costume local; de outro, as cortes ligadas à Coroa, cuja autoridade era provocada pelo recurso à *equity* – uma espécie de direito paralelo e complementar às regras corriqueiras dos costumes locais, dotadas de um caráter mais discricionário e impositivo, mas que se impunha de forma absolutamente extraordinária, nos pontos em que as tensões sociais não se dissipavam unicamente com o recurso ao “direito comum” <sup>250</sup>. Essas duas formas de manifestação da

---

<sup>248</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. pp. 38-40.

<sup>249</sup> “[...] no século XI o território inglês encontrava-se fragmentado entre diversos reinos sações e o direito, em consequência, era constituído por diversos costumes locais. Não havia uma forte unidade jurídica, nem econômica, nem política e nem social. Com a invasão normand em 1066, chamada de ‘conquista’, houve uma renovação política e jurídica na sociedade inglesa, a qual teria tudo para experimentar uma ruptura com o passado, só que não experimentou. Guilherme, o Conquistador [...] não teve como pretensão extirpar toda a cultura do território e impor a cultura normanda. Isso porque Guilherme chega, na verdade, como herdeiro do reino sação, e assim é recebido desde logo pelos senhores saxões remanescentes, à falta de outro líder forte que pudesse guiar o desenvolvimento do povo [...] À diferença do Continente, a Inglaterra não precisou utilizar o direito como instrumento de unificação do território. Em superação gradual do direito esparso em costumes locais, a instauração do forte regime normando criou uma estrutura unitária comandada por um efetivo poder central. [...] (MAMAN, Tobias Scheffer de. **Precedentes no direito brasileiro**: a tradição jurídica ocidental entre instrumentos, métodos e histórias. Dissertação de mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2014. pp. 106-107).

<sup>250</sup> “A intervenção do Chanceler nunca consistiu em formular regras novas de direito, que os juízes deveriam aplicar no futuro. O Chanceler nunca pretendeu modificar o direito, tal como fora explicitado e era aplicado pelos tribunais de *common law*. Bem pelo contrário, o Chanceler professa o seu respeito por este direito: A equidade respeita o direito (*equity follows the law*) é um dos axiomas proclamados pela Chancelaria. Contudo, respeitar o direito não implica que se deve negligenciar a lei moral; é em nome desta última que o Chanceler, sem ofender o direito, vai intervir. [...] A *common law* pode somente, no caso de inexecução dum contrato, outorgar perdas e danos à parte que se queixa dessa inexecução. [...] Pode acontecer que esta sanção seja, nessas circunstâncias, inadequada, e que tenha interesse, para um contratante, obter a própria prestação que lhe foi prometida. Nenhuma acção diante do tribunal da *common law* permite conseguir esse resultado. Indo à jurisdição do Chanceler, poder-se-á obter uma decisão de execução forçada (*decree of specific performance*). [...]” (DAVID, René. **Os grandes**

jurisdição, por sua vez, seriam unificadas apenas em 1873, com a primeira Lei de Organização Judiciária.

Assim, com o passar do tempo e ainda no período medieval, os Tribunais Reais de Westminster substituem as cortes locais de *common law*, na medida em que os mecanismos processuais para seu acionamento passam a ser mais amplamente utilizados, o que provocou um alargamento do alcance dos interesses da Coroa a tal ponto que nem sequer se fazia clara a cisão entre direito público e direito privado – um contraste inegável com relação aos sistemas da tradição romano-germânica<sup>251</sup>.

[...] os Tribunais de Westminster eram apenas jurisdições de exceção, competentes unicamente em casos excepcionais, para cada um dos quais existia um processo particular. Em princípio, a competência limitada dos Tribunais Reais, a necessidade de justificar o alargamento da competência, situando qualquer assunto novo nos quadros processuais existentes, constituíram um grande obstáculo à recepção dos quadros e conceitos do direito romano. Os Tribunais de Westminster foram levados, nestas condições, a elaborar um novo direito. Este novo direito, comum a toda a Inglaterra, é a *comune ley* ou *common law*. Ele tira muitos dos seus elementos de diversos costumes locais de Inglaterra, fazendo entre eles uma obra de síntese ou de seleção. [...] a *common law*, construída de decisão em decisão pela prática judiciária dos tribunais, é apresentada por eles como sendo essencialmente um produto da razão [...]; exprime o sentimento da justiça e da oportunidade política do século XIII, que é o grande século da sua elaboração. A es obra da razão assinalar-se-á mais tarde, como fundamento, um pretense *costume geral imemorial do Reino*, do qual os juízes reais seriam os oráculos<sup>252</sup>.

De todo modo, independente das minúcias envolvendo a forma de organização judiciária propriamente dita, o que se verifica é que a tradição jurídica do *common law* – fundamentalmente no direito inglês – pode ser essencialmente caracterizada pela atribuição às Cortes de um papel oracular de guardiãs dos costumes comum do povo – em um sentido

---

**sistemas do direito contemporâneo:** direito comparado. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 361).

<sup>251</sup> “A distinção mais elementar, ensinada ao estudante desde a sua chegada à escola, é, na família romano-germânica, a distinção do direito público e do direito privado. Esta distinção, pelo contrário, não é feita no direito inglês. Vimos, ao expor a história do direito inglês, a razão: todo o direito inglês se apresenta pelas suas origens como um direito público, a competência dos tribunais reais não foi justificada na História senão pelo interesse que a Coroa dava ao litígio. A distinção fundamental, que é ensinada ao estudante de direito inglês, é, pelo contrário, uma distinção que se ignora completamente nos direitos da família romano-germânica: é a distinção da *common law* e da *equity*. Vimos já, na história do direito inglês, a origem desta distinção; a *equity* é um conjunto de regras que foram, principalmente nos séculos XV e XVI, editadas e aplicadas pela jurisdição do Chanceler, para completar e eventualmente rever um sistema – o da *common law* –, então bastante insuficiente e defeituoso. [...]” (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo:** direito comparado. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 359).

<sup>252</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo:** direito comparado. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. pp. 343-344.

histórico profundo e bastante diverso da sabedoria jurídica que o Continente buscava no direito do caído Império Romano.

Pondo em outros termos, o juiz da *common law* – diferentemente do juiz, por exemplo, do absolutismo francês<sup>253</sup> – estava intimamente conectado com as razões comuns do povo inglês. A Coroa era não apenas limitada pelas cortes do *common law*, como mesmo quando expandido os limites do seu poder (*equity*), a preservação do direito comum apenas lhe foi repassada (*equity follows the law*) – o que não produziu uma tensão destrutiva entre os dois polos de autoridade, um cenário que também se manteve com a transferência quase total da soberania para o Parlamento, após a Revolução Gloriosa<sup>254</sup>. Nesse terreno de (i) preservação da autoridade do costume e da tradição e (ii) a confiança nas Cortes para essa tarefa de preservação, é que se consolidou a teoria clássica do *common law*.

Em termos contingenciais e tendo compreensão dos rumos que a história efetivamente tomou, é possível afirmar, portanto, que a tradição do *common law* naturalmente tenderia à formação, mais cedo ou mais tarde, de uma doutrina dos precedentes vinculantes (*stare decisis*). Consoante se expôs, as cortes de *common law* funcionavam como “bocas do costume”, um costume que não era propriamente escrito, o que acabou dando berço à formação de uma abordagem *caso-a-caso* de administração da justiça – *o que o direito comum nos exige nessas circunstâncias?*

Historicamente, o precedente no direito inglês aparece vinculado ao modo de formação *caso a caso* que presidiu a formação da tradição do *common law*. Os juízes medievais ingleses desde cedo invocavam em suas decisões, sendo que Bracton já referida que “if any new and unwonted circumstances (...) shall arise, then if anything analagous has happened before, let the case be adjudged in like manner (sit amen similia everint per simile iudicentur), since is a good opportunity for proceeding from like to like (a similibus ad similia)”. A invocação do precedente pelos juízes, porém, dava-se com o intuito de simples

<sup>253</sup> “Enquanto a experiência inglesa fundava-se na ideia de que os juízes constituíam *oráculos do Direito*, cujas decisões consubstanciavam-se em verdadeiras *provas vivas* da existência do *common law*, a experiência francesa oriunda da Revolução concebia os juízes como *seres inanimados*, que exerciam um poder em realidade inexistente [...]” (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 20).

<sup>254</sup> É curioso notar o seguinte aspecto histórico: a Revolução Gloriosa e o estabelecimento da supremacia do Parlamento não tiveram qualquer casamento ideológico com algum tipo de libertação do “povo” das amarras da autoridade das Cortes – que, na realidade, sempre estiveram ao lado do Parlamento –, tampouco com relação à Coroa – em termos de ruptura. Em verdade, o que se observava era, em parte, uma tentativa de fortalecimento do controle exercido pelo Reino inglês sobre as suas colônias. Nesse sentido, o princípio da supremacia do Parlamento não apenas significou uma preservação da autoridade do *common law*, na ilha britânica – onde o direito comum permaneceria exercendo autoridade sobre o direito legislado, inclusive uma autoridade corretiva –, como, no seu principal “reino ultramarino”, as colônias Americanas, representou um propulsor do *judicial review*, como resposta, em grande medida, a esse fortalecimento da influência britânica na tentativa de imposição da hegemonia do direito inglês (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. pp. 33-37).

ilustração ou explicação do significado do Direito aplicado ao caso. [...] O precedente com função ilustrativa, portanto, encontrava-se na origem do *case law*. O direito inglês forma-se a partir do caso e os precedentes o ilustram, servindo para explicar o Direito nas decisões judiciais, assumindo logo em seguida o papel de fonte auxiliar para o ensino jurídico [...]<sup>255</sup>.

Todavia, esse uso prático dos casos pretéritos como forma de ilustração não resvalou, magicamente, no que modernamente concebeu-se como *stare decisis*. Uma jornada intelectual profunda e demorada atravessou esse processo<sup>256</sup>, podendo seus pontos nodulares serem fixados no limiar entre dois grandes paradigmas e seus representantes: Sir Edward Coke – complementado em suas colocações pelos desenvolvimentos posteriores de Jonh Selden e Sir Matthew Hale – e Thomas Hobbes – complementado pelo aporte metodológico analítico de Jeremy Bentham e John Austin. O primeiro, como representante de uma doutrina clássica do *common law*, e o segundo, como seu desafiante inicial<sup>257</sup>.

Na esteira do que se expôs acima, viu-se que as Cortes exerciam o papel de “profetas” do direito comum; um profeta, por sua vez, não revela a sua própria vontade, senão a vontade que lhe foi revelada por uma autoridade superior. No caso do direito comum inglês, essa autoridade estava na própria tradição. Desta maneira, Sir Edward Coke apresentará, em meados do século XVII, a seguinte tese: o *common law* é um produto da razão natural dos costumes,

<sup>255</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 20-22.

<sup>256</sup> Um processo que teve seu passo afrouxado muito em virtude da forma como se dava o procedimento judicial inglês – baseado na oralidade e pouco interessado na entrega de decisões bem articuladas em suas razões que pudessem ser efetivamente tidas como fundamento de decisões posteriores –, assim como pelo caráter paulatino da construção de uma cultura de *reports* de casos decididos pelas Cortes: “In the middle ages, first of all, the formulary system, which required that pleadings preceded the trial and were conducted within a framework defined by the writs, had militated against visible judicial deliberation and the reporting of reasoned opinions. It was not only the arrangement of trial proceedings that made reasoned judgments unlikely; there was also the generally risk-averse manner in which litigation was conducted. Pleadings were advanced orally and often tentatively: a plea would most likely be withdrawn if counsel sensed from the reaction of a court or opposing party that continuing with it would meet with no success. ‘Litigation’, Baker observes, ‘was not conceived of as a means of refining the law. Nor were counsel concerned with the improvement of jurisprudence’. [...] The altered form of the trial had changed the tide, nevertheless, so that by 1600 the idea of the single reasoned decision as a distinct source of law, though by no means yet fully accepted, was clearly emerging. [...] Although the shift to post-verdict arguments sowed the seeds of *stare decisis*, it would be at least another 200 years before the doctrine came into bloom. Why should the process have taken so long? The haphazard growth of law reporting could not have helped. The printing of the Year Books and the emergence of named reports in the sixteenth century might have led lawyers to pay more attention to individual cases as sources of law. But it would be very easy to overemphasize this point. The purpose of the Year Books had been to provide lawyers and law students not with precedents but with lessons in the intricacies of pleading. [...]” (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. pp. 54-55).

<sup>257</sup> “O contraste entre Sir Coke, Davies (que, de um lado representavam o *common law*), e Hobbes (do outro, personificando um desafio ao *common law*), torna-se, assim, muito visível. Em Davies, o *common law*, ainda que fruto da autoridade, era derivado da sabedoria dos tempos; em *Sir Coke*, era expressão natural da razão através da *artificial reasoning*, exercida pelos juízes. Em Hobbes, direito é a vontade do soberano: a *right reason*, ou *razão reta*, é a razão do soberano; a lei será o comando do soberano. *Lex* não se condunde com *jus* [...]” (MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm. 2021. p. 62)

revelado e aperfeiçoado pela razão artífice das Cortes<sup>258</sup>. Assim, não há uma separação entre aquilo que é bom e aquilo que é o direito comum, sendo esse, uma expressão de uma verdade natural que deve tão somente ser declarada pelas Cortes – as quais não criam, portanto, o direito, mas, no limite, o aperfeiçoam.

Nas palavras de A.W.B. Simpson, não haveria, no sistema anglo-saxão, qualquer possibilidade de uma distinção muito clara entre dizer que determinada solução para um problema estava de acordo com o direito, e dizer que tal solução era a solução justa, racional. A lei era a razão. Isso não significa dizer que o *common law* era aceito e validado pela razão – seus princípios latentes *expressavam* a razão. Tampouco significa que o *common law* resumir-se-á à razão – porque os *common lawyers* (i.e., juízes, juristas, advogados) *davam forma* a essa razão comum, a partir de um tipo de raciocínio específico, típico e particular do direito<sup>259</sup>.

Dessa maneira, a mente do juiz representava um verdadeiro laboratório de aperfeiçoamento da razão natural que reluzia do seio da tradição costumeira<sup>260</sup>, no qual o produto extraído do experimento não é um novo direito – tampouco uma norma jurídica a ser seguida *pro futuro* –, mas o mesmo direito de tempos imemoriais que sempre foi<sup>261</sup>, trazido à data presente com apoio nos aportes da experiência prática e imersiva do *common lawyer*, quem apresentava uma resolução prática sem pretensão de consubstanciar uma resposta coerente com uma ordem jurídica amplamente considerada<sup>262</sup>.

---

<sup>258</sup> “De acordo com a teoria clássica do *common law*, esse raciocínio subjacente ao direito comum inglês era uma espécie de aperfeiçoamento artificial da razão. ‘Nenhum homem’, dizia Sir Coke, ‘deve ser mais sábio que o direito, que é a razão aperfeiçoada’. [...] O *common law*, portanto, expressava essa razão natural que lhe servia de base a partir de um tipo artificial de raciocínio, que, por si mesmo, aperfeiçoava a razão fundante [...] Para [Coke], a única forma através da qual seria possível honrar plenamente o princípio fundamental disposto em *lex facit regem* [o direito faz o rei] seria contrapor ao raciocínio dito natural do Rei, que tentava decidir casos extrajudicialmente, a *artificial reasoning* do *common law*: a razão do *rule of law*, que se daria, exatamente, através do exercício dessa espécie distinta de razão, disciplinada nas Cortes [...]” (MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm. 2021. p. 45-46)

<sup>259</sup> MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm. 2021. p. 45

<sup>260</sup> “Esse aperfeiçoamento da razão dizia respeito, concomitantemente, ao processo e ao produto: à atividade dos *common lawyers*, e o conhecimento que nela era expressado e adquirido. Coke atribuía ao direito a razão, e a tarefa do profissional consistia em revelar a sabedoria nele contida. Assim, o direito inglês passava uma forma racional: na mente do juiz [...]” (MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm. 2021. p. 47)

<sup>261</sup> “[...] Ainda na lição de Blackstone, acaso se percebesse posteriormente que determinada solução já adotada para decisão de certo caso ‘*was unjust, was unreasonable*’, o correto seria julgar que o precedente ‘*was not law*’. Nesse caso, os juízes que o pronunciaram anteriormente incorreram em ‘*mistake the law*’. Isso quer dizer que a solução anterior não era direito, como o que encarnava simplesmente uma solução equivocada. Com o novo caso, acha-se a sua verdadeira e correta solução, que sempre existiu, não tendo sido apenas anteriormente encontrada. [...]” (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 25).

<sup>262</sup> “Esse raciocínio ‘artificial’, alicerce do *common law* segundo as concepções dominantes à época, teria seis características típicas; seis dimensões que, além de caracterizá-lo, explicariam por que essa espécie distinta de razão do direito seria um aperfeiçoamento da razão ‘natural’. A *artificial reasoning* era (i) *pragmática* (focada na

É sob esse alicerce inicial que as decisões pretéritas passam a ocupar um importante papel ilustrativo e até mesmo persuasivo<sup>263</sup> na prática *forense* do período clássico do *common law*. Afinal, um sistema de ideias assim arquitetado não tem como consequência lógica a atribuição de uma atividade legiferante às Cortes de Justiça, mas tão somente o reconhecimento da sua primazia nesse processo coletivo, constante e contextualizado de revelação do direito comum. Todavia, a formulação da *artificial reasoning*, propugnada por Sir Coke não se consolidaria como resposta definitiva para a questão no século XVII.

Também nesse período, John Selden e Sir Matthew Hale pousariam uma tese própria – que se uniria à tese inicial de Coke na substância do que se pode denominar de teoria clássica do *common law*. Para esses homens, o direito não é essa entidade imutável que se deriva de uma tradição imemorial de costumes (Sir Coke), mas algo um pouco mais simples e singelo: regras positivas.

Contrariando a ideia *cokeana* de que o *common law* não reunia, em si, regras e costumes que podiam ser descritos (já que a origem dos costumes – porque fundados na justiça natural e comum aos homens, e repetidos quase que integralmente através dos tempos – fugiria ao alcance da memória), Selden entendia que o direito era um conjunto de regras positivas, cujas fontes – seja o próprio costume ou um Ato do Parlamento – eram identificáveis. A lei era produto da razão, mas da autoridade; e, ainda que antigos, os costumes não eram nem imutáveis, nem tinham origens de impossível identificação. Em Sir Coke, havia um apelo à razão; em Selden, um apelo ao contrato<sup>264</sup>.

Ainda assim, da Era Coke à Era Selden-Hale, se manteve uma ideia fundamental: o direito comum permanece sendo uma fonte de autoridade cimeira. Para Coke, essa autoridade era tão sólida e imemorial, que não poderia ser modificada de forma alguma por quem quer que fosse; já Selden-Hale trouxeram uma flexibilização a essa compreensão, aderindo elementos de mutabilidade, cuja realização permaneceria no bojo de atribuições dos tribunais (e demais

---

resolução de problemas práticos) e constituía (ii) uma *missão pública* (que conferia considerações voltadas à justiça a esse aspecto pragmático); era também (iii) *contextual* (no sentido de que o juiz do *common law* somente adquiriria sua capacidade especial de raciocínio e julgamento a partir da experiência, com anos de imersão na particularidade do direito comum); e (iv) *não-sistematizada* (no sentido de que uma coerência local, seguindo a lógica pragmática, era mais importante que perspectivas teóricas sobre o corpo do sistema como um todo); (v) *discursiva* (isto é, construída oralmente; e, por isso, nas palavras de Sir Coke, a ‘argumentação discursiva’ era expressão da razão); e, por fim, era uma razão (vi) comum, compartilhada (superando, assim, enquanto prática compartilhada, a razão ‘natural’ – por sua vez, passível de ser exercida individualmente [...])” (MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm. 2021. pp. 46-47).

<sup>263</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 24-26.

<sup>264</sup> P. 50.

partes envolvidas na prática institucional) como leitores privilegiados da verdade revelada (ainda que positivamente) na história do direito comum<sup>265</sup>.

Nesse período clássico da doutrina do *common law*, portanto, havia uma ideia nuclear de que a atividade judicante não detinha um papel criativo do direito propriamente tido, o que inviabilizava, no plano das ideias, a consolidação de uma “tese da vinculação” (*stare decisis*). Em verdade, o que se percebe é que essa não consolidação estava muito fortemente conectada a uma falta de primazia da ideia de que o direito é produto de uma vontade soberana concreta (do Rei, do Parlamento ou mesmo das Cortes) e não de uma tradição comum e imemorial.

É com Thomas Hobbes que se verificará, no contexto do *common law*, um giro copernicano em direção ao direito como produto da autoridade – o que contribuirá, em larga medida, com o próprio fortalecimento da autoridade vinculante dos precedentes. Com Hobbes, aquilo que “deve-ser” no plano institucional – leia-se, no plano da “lei civil” – é, em suma, uma questão de “quem disse” e não de “quais razões foram levadas em conta para se dizer”.

E o direito – na passagem que segue, chamado por Hobbes de “lei civil” –, nesse contexto, é posto pela autoridade soberana; é produto daquilo que impõe o Leviatã. Constitui-se, pois, “para todo súdito, pelas regras que o Estado a ele impõe, oralmente ou por escrito, ou por qualquer outro sinal suficiente da sua vontade, empregando tais regras para diferenciar o que é certo do que é errado”. Daí decorre que o que torna uma proposição boa ou má, justa ou injusta, certa ou errada, não é a razão, nem a sabedoria ou a consciência, mas sua fonte – notadamente, o soberano. E se é o soberano quem determina, segue-se logicamente que a validade do direito independe da valoração moral dos súditos acerca do comando que este lhes estabelece [...] Hobbes rejeitava, com afinco, a noção de *artificial reason*, perpetrada no imaginário da teoria clássica do *common law* por Sir Coke [...]<sup>266</sup>.

Nesse sentido, a partir das ideias de Hobbes, são lançados os alicerces das trincheiras que serviriam de murada para a crítica da teoria declaratória dos precedentes, tal como do berço de uma tese de vinculação forte (em detrimento da percepção primitiva de ilustração e persuasão). Considerando-se que o direito é um produto da autoridade – esse sendo, em grande medida, um contributo teórico de Hobbes –, e que a prática revela que as Cortes têm um papel

<sup>265</sup> “[...] Selden, e, na sequência, Sir Hale, foram os responsáveis por, cada um à sua maneira, integrar as concepções de direito natural, positivismo e historicismo. Seus pressupostos, assim, reuniam (i) elementos de cunho mais jusnaturalista, voltados a princípios morais – estes, atrelados à razão e à consciência; (ii) elementos tradicionalmente ligados ao que hoje chamamos de positivismo, através de uma noção de que as regras são postas (e reforçadas) pela autoridade soberana; e, finalmente, (iii) elementos historicamente ligados ao historicismo [...] manifestados na Inglaterra no pioneirismo de Sir Coke, ao relacionar a validade moral e política do direito a seu caráter histórico [...]” (MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm. 2021. p. 55)

<sup>266</sup> MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm. 2021. pp. 60-61



fundamental na concretização desses comandos da autoridade, não há como se negar – sob o manto de uma tese puramente declaratória da atividade jurisdicional – o papel criativo da decisão judicial.

Outrossim, se as decisões judiciais criam direito, devem também ser tidas como regras jurídicas reivindicadoras de autoridade<sup>267</sup>. Duas figuras emergiram alicerçadas nessa premissa lançada a partir de Hobbes: John Austin – com a sua concepção imperativista do direito<sup>268</sup> – e Jeremy Bentham – fundamentalmente a partir das suas críticas tecidas contra o direito feito pelos juízes (*dog law*)<sup>269</sup>.

---

<sup>267</sup> “Para minar a teoria declaratória, seria possível dizer que o juiz é obrigado a respeitar o direito, e não a declaração judicial do que é o direito. Em outras palavras, se o precedente não é direito, mas sim a declaração de um juiz acerca do direito, não haveria como impor aos demais juízes o respeito ao precedente. [...]” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. p. 25); “[...] como é evidente, ou o precedente é norma jurídica – e, portanto, tem força vinculante – e vale independentemente de suas boas razões, ou é um simples exemplo, que obriga apenas nos limites em que a experiência anterior persuade o seu destinatário. É por essa razão que a doutrina chega à ácida conclusão de que a doutrina do precedente persuasivo se resume ao fim e ao cabo à oferta de uma escolha totalmente livre ao juiz [...] O precedente persuasivo resolve-se na abertura de um amplo juízo de conveniência ao juiz [...]” (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 24-26).

<sup>268</sup> “A teoria dos comandos constitui o fundamento da teoria austiniana das leis positivas ou regras jurídicas. Estas últimas, de fato, não são outra coisa senão uma espécie do gênero comandos. Em que consiste, todavia, a diferença específica das leis positivas em relação aos comandos? Segundo Austin, consiste nisto: as regras jurídicas são comandos gerais de um superior político [...] Tal como Bentham, [...] Austin defende que o soberano produz regras jurídicas (*positive laws*) ou de modo direto, ou indiretamente, através de autoridades políticas subordinadas, para isto, expressa ou tacitamente investidas de poderes nomotéticos – legisladores locais, juízes, vice-reis, governadores, intendentos, paxás, prefeiros vizires, voivodas etc. [...] Austin considera, também, [...] que para que uma norma imperativa tenha valor de regra jurídica em determinada sociedade política independente, [...] não é necessário que ela tenha sido efetivamente produzida pelo soberano, ou por seus delegados, mas é suficiente que o soberano a tenha expressa ou tacitamente dotado de sua ‘sanção’ [...] Na tipologia austiniana das regras jurídicas há, enfim, três espécies de leis imperativas dissimuladas, as saber: 1. As leis atributivas de direitos subjetivos; 2. As normas consuetudinárias; 3. As normas jurisprudenciais. [...] As normas consuetudinárias, além de sua origem espontânea e evolucionista no comportamento dos cidadãos, adquirem o *status* de regras jurídicas imperativas apenas por meio de seu uso judicial. Com isto, Austin pretendia rebater a teoria tradicional do costume, segundo a qual: Os costumes seriam normas jurídicas [...] antes do uso judicial [...] O uso judicial teria caráter puramente declarativo [...] Finalmente, as normas jurisprudenciais [...] longe de ser a iteração de normas preexistentes, válidas desde tempos imemoriais, como gostaria a denominada teoria declarativa do *common law*, são, pelo contrário, leis imperativas produzidas pelos juízes e autorizadas pela tácita vontade do próprio soberano. (CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen**. Tradução de Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 217, 227-228 e 247-248)

<sup>269</sup> “Jeremy Waldron resume em uma brevíssima passagem, de forma magistral, tanto a concepção do que seria o *s* quanto a concepção do que seria o *ought* de Bentham acerca do direito – isto é, o que Bentham (i) considerava que o direito efetivamente era e (ii) aquilo que ele deveria ser [...] Waldron diz que, para Jeremy Bentham, o direito não era natural, tampouco era em si fruto de um contrato social *per se*, mas era compreendido tão somente em termos de determinados comandos, sustentados por sanções, de um soberano identificado. E já que era nada mais que fruto de produção humana, como qualquer outra ação, também o direito devia, uma vez identificado como tal, ter seus méritos avaliados de acordo com sua tendência a promover a felicidade da maioria. [...] Disso, é apenas uma decorrência lógica a pretensão de Bentham de reformar o direito inglês: se (i) o direito é o comando do soberano, e (ii) o *common law* é *judge-made* (i.e. direito judiciário, feito por juízes), segue-se que o *common law* não é direito de facto. [...] o *common law* [...] era um direito *ex post facto*, isto é, com força retroativa. [...] O direito legítimo, autêntico, era, e devia ser, uma questão de ‘padrões públicos, publicamente declarados, autorizados, acessíveis’. O *common law*, portanto, falhava enquanto direito. [...]” (MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm. 2021. pp. 90-97); A respeito das críticas de Bentham ao *common law*, dentre as quais também havia considerações a respeito do seu caráter “elitista” obscuro, não deixa de ser curioso e digno de nota a possibilidade de serem encontrados paralelos

Em que pese não possamos ser categóricos em afirmar que é com o positivismo jurídico clássico desses dois autores que a doutrina do *stare decisis* foi finalmente justificada<sup>270</sup> – inclusive porque até hoje não houve uma defesa definitiva dessa doutrina<sup>271</sup> –, Austin e Bentham levantaram questões que podem ser tidas como fundamentais para a atribuição de um caráter vinculante aos precedentes judiciais no contexto do *common law* – não como ideólogos, mas pelo espectro mais geral de suas teses e o impacto dessas na “mentalidade” geral do jurista da *common law*<sup>272</sup>.

Resumidamente, Austin aprofundou analiticamente a noção de que o direito não é senão produto de uma “ordem seguida de uma ameaça de sanção” que é dada por uma autoridade habitualmente considerada como máxima em termos de limitação jurídica do poder exercido. Assim, o direito comum, atrelado aos costumes, seria direito porque utilizado por essa autoridade soberana para a emissão de seus comandos – não haveria, portanto, um “direito natural” imanente na tradição. Austin, portanto, minou o que antes consubstanciava a teoria declaratória do *common law*.

Bentham, por sua vez, seguiria o mesmo caminho. Aderindo à uma compreensão similar do que é o direito – i.e., comandos de uma autoridade jurídica máxima –, o autor colocará em xeque a própria qualidade do direito inglês como, efetivamente, direito. Isso porque a prática

---

em crítica similar, feita por Carnelluti, à hiperinflação do direito legislado, no contexto do civil law: “O mais grave está no fato de que, ao avolumarem-se, não mais conseguem preencher sua função. É importante lembrar que essa função consiste basicamente em dar aos homens a certeza do direito, isto é, em lhes declarar o que devem e o que não devem fazer e as consequências de seus atos. Para alcançar esse objetivo, é necessário que as leis possam, antes de tudo, serem conhecidas. Mas o que pode fazer um cidadão, hoje, para conhecer as leis do seu país? Não se trata mais somente do homem da rua; hoje, até mesmo os juristas, não estão em condições de conhecer mais do que uma pequena parte delas. O ordenamento jurídico, cujo maior mérito deveria ser a simplicidade, transformouse, para nossa desgraça, em um complicado labirinto, no qual, até os que deveriam ser os guias, perdem-se [...]” (CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. 4. ed. Campinas: Russel Editores, 2010. p. 47).

<sup>270</sup> “This means, then, that the doctrine of precedent must have emerged because something happened. But what did happen? Some jurists argue that it is with the advent of classical positivist jurisprudence that *stare decisis* becomes established within the common law tradition. One of the arguments of the previous chapter was that classical positivism lacked the conceptual apparatus to explain how a precedent might be considered binding on future decision-makers. If this argument is correct, it would be odd to uphold positivism as the reason for the emergence of the doctrine of binding precedent. Odd, but not necessarily implausible: for a philosophy does not have to accommodate a particular way of thinking in order to contribute to its development. But even if we heed this proviso, the question remains whether there genuinely is a link between the growth of precedent and the onset of classical positivism” (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 37).

<sup>271</sup> WALDRON, Jeremy. **Stare decisis and the rule of law: a layered approach**. Michigan Law Review. Michigan, n. 1, v. 111, 2012.

<sup>272</sup> MACCORMICK, Neil. Can *stare decisis* be abolished? **Juridical Review: The Law Journal of the Scottish Universities**. Edimburgo: Thomson, 1966, p. 197-213; LOBBAN, Michael. **The Common Law and English Jurisprudence: 1760-1850**. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1991, p. 288; CROSS, Rupert. **Precedent in english law**. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 13. Para uma interpretação completa das limitações da influência do positivismo clássico de Bentham e Austin – principalmente do primeiro – na formação da doutrina moderna do *stare decisis*, ver: STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. **Desmistificando o positivismo de Jeremy Bentham e suas relações com o stare decisis**. **Revista brasileira de direito processual** (impresso), v. 99, p. 221-242, 2017.

forense revelava que as relações jurídicas eram reguladas fundamentalmente pelas Cortes de Justiça. Essas, contudo, não seguiam padrões normativos claros, bem delimitados e fixados *a priori*, mas valiam-se do alicerce da teoria declaratória para proferir decisões “obscuras” aos olhos do povo – que restaria em uma situação de desorientação e insegurança. O que pensam as Cortes

A partir das contribuições e, principalmente, críticas desses autores – alicerçados no paradigma colocado por Hobbes – é possível identificar uma visão geral das ideias que propulsionaram o desenvolvimento da(s) doutrina(s) do *stare decisis* e da formulação da noção de “precedente vinculante”. Neil Duxbury apresentará, nesse sentido, 4 razões principais que legitimam a colocação do positivismo clássico<sup>273</sup> de Bentham, Austin e Hobbes em tal posição: (i) a abordagem analítica desses autores contribuiu para que os *common lawyers* vissem o conjunto de decisões das Cortes como regras jurídicas efetivamente<sup>274</sup>; (ii) a recusa frontal aos paradigmas da teoria declaratória; (iii) a formulação teórica mais profunda e direta de que o soberano do *common law* ordena de fato que as decisões das Cortes sejam consideradas como regras jurídicas; e, enfim, (iv) os juízes não apenas detém autoridade delegada para emissão de comandos em nome do soberano, mas uma autoridade para “racionalização” desses comandos – i.e., as Cortes não apenas sedimentam regras diretas, mas o fazem por meio da articulação de uma fundamentação, em nome daquilo que o próprio soberano teria articulado se estivesse decidindo o caso<sup>275</sup>.

É, portanto, a partir de uma relação dialética entre a tradição do *common law* e o aporte filosófico-analítico do positivismo clássico – mais os desafios que esse apresentou, do que propriamente uma fundamentação direta –, que não demoraria para que a própria organização da forma de administração da justiça na Inglaterra desse passos largos em direção ao aprofundamento, em termos institucionais, do papel dos precedentes como regras jurídicas propriamente ditas.

Deste modo, medidas concretas ocorreram em duas principais frentes: (i) os *law reports* com a formação de coletâneas de decisões judiciais foram aperfeiçoados, até que se desse forma

---

<sup>273</sup> Para aprofundamentos outros a respeito dos meandros metodológicos do positivismo jurídico, em especial com enfoque no empirismo de David Hume, ver: DIETRICH, William Galle. **Positivismo jurídico**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Dissertação de mestrado – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Faculdade de Direito, São Leopoldo, 2018.

<sup>274</sup> “Ao mesmo tempo em que se denunciava a ausência de efetiva segurança jurídica por força da inexistência de normas jurídicas previamente cognoscíveis e efetivas, sentia-se, igualmente, a necessidade de os *law reports*, tornarem-se fontes de consulta mais ‘precisas’ e ‘científicas’ [...]” (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 28).

<sup>275</sup> DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. pp. 37-48.

a um sistema confiável e preciso de consulta; e (ii) o próprio Parlamento, por meio de reformas de organização judiciária, unificou e hierarquizou mais claramente os Tribunais, em um processo que se inicia em 1873-1875, com a unificação das jurisdições de *common law* e *equity*, e encontra seu ápice hodiernamente, com a criação da *Supreme Court of the United Kingdom* em 2005<sup>276</sup>.

Desta maneira, surge a questão, afinal, uma vez consolidando-se a ideia de que as decisões judiciais proferidas hoje vincularão as decisões judiciais proferidas amanhã, de que forma e em que medida isso se dará? Aqui, é preciso admitir, não há solo firme nem mesmo no *common law*. A primeira questão é de mais fácil solução: as decisões pretéritas podem vincular em um sentido vertical ou horizontal; uma autoridade superior pode vincular autoridades inferiores ou vincular a si mesma.

Os precedentes com força obrigatória naturalmente incidem sobre os tribunais e juízes que lhes são inferiores. Alude-se, neste sentido, à eficácia vertical dos precedentes. Porém, também se fala da vinculação da própria Corte aos seus precedentes, ou seja, da chamada eficácia horizontal dos precedentes. No *common law*, a lógica da eficácia horizontal dos precedentes, isto é, do autorrespeito, sempre esteve presentes na *House of Lords* e na Suprema Corte dos Estados Unidos. A diferença é que, nos Estados Unidos, a Suprema Corte sempre teve o poder de revogar os seus precedentes diante de circunstâncias especiais, o que não foi possível à *House of Lords* até 1966<sup>277</sup>.

Por outro lado, “em que medida” um determinado precedente pode ser considerado como “vinculante” e “por quais razões” isso deve se dar, são questões de ordem mais profunda e, conseqüentemente, de difícil delimitação no seio do que se compreende, na tradição jurídica do *common law*, como *stare decisis*. Antes de tudo, dois conceitos se mostram relevantes para fins de esclarecimento das dimensões da vinculação a uma decisão pretérita: *ratio decidendi* e *obter dicta*.

O precedente — isto é, uma decisão a ser considerada no julgamento de casos futuros semelhantes —, seja no *common law*, seja em sua (tentativa de) apropriação brasileira, bem como as possíveis respostas a todas essas questões suscitadas, envolve os conceitos de *obter dicta* e *ratio decidendi* (COLLIER, 1988; DUXBURY, 2008, p. 67). Em linhas gerais, *obter dicta* são aqueles argumentos utilizados pelos juízes, ou mesmo comentários *en passant*, que são “prescindível[eis] para o deslinde da controvérsia”. Não há muitos problemas até aí. A *ratio decidendi*, por sua vez, é o que “constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto” (CRUZ E TUCCI,

<sup>276</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 28-29.

<sup>277</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. pp. 90-91.

2004, pp. 175, 177; DUXBURY, 2008, p. 67). Evidentemente, a *ratio decidendi* inaugura um problema complexo; tanto é que a questão da *identificação da ratio decidendi* é algo que a doutrina do *common law* já debateu muito (e ainda debate)<sup>278</sup>.

Definir quais as proposições jurídicas lançadas no bojo de uma decisão judicial pretérita são, de fato, vinculantes, é o problema central para a definição da medida da vinculação de um precedente. Aliás – como se mostrará adiante – definir a extensão das dimensões de vinculação a um precedente é um ponto de nevrálgica tensão entre a tese precedentalista brasileira e a Crítica Hermenêutica do Direito, desenvolvida pelo Professor Lenio Luiz Streck. De todo modo, neste momento, exporemos um panorama bastante geral dos debates no contexto do *common law*.

Nessa linha, Lenio Luiz Streck, Igor Raatz e Gilberto Morbach<sup>279</sup> nos apresentam uma exposição geral completa das diferentes teses envoltas a delimitação, no contexto do *common law*, da *ratio decidendi* de um precedente judicial. Consoante salientam esses autores, Melvin Eisenberg<sup>280</sup> apresenta três possíveis teses: (i) uma abordagem minimalista, consistente na noção de que a delimitação da *ratio* de uma determinada decisão envolve o esforço de reduzir o raciocínio da autoridade judicante à sua célula básica; tudo que não for absolutamente indispensável para tal raciocínio deve ser extirpado, até que reste uma regra básica; (ii) uma abordagem consequencialista, que identifica a *ratio* a partir da consideração do impacto concreto da decisão pretérita na realidade fática da demanda enfrentada no passado; e, por fim, (iii) uma abordagem declaratória, essencialmente caracterizada delimitação da maneira como o julgador enriqueceu o sentido das normas jurídicas envolvidas na controvérsia e como tal processo de enriquecimento resultou na solução dessa.

Ainda, Streck, Raatz e Morbach<sup>281</sup>, também apresentam a tese formulada por Goodhart<sup>282</sup>, quem “*considera a ratio decidendi como sendo os fatos materiais e a decisão judicial que se baseou em tais fatos*”, e também a formulação levantada por Rupert Cross<sup>283</sup>,

<sup>278</sup> STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação na identificação da *ratio decidendi*: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil?. *Revista Jurídica- Unicuritiba*, v. 01, p. 317-341, 2019. p. 320.

<sup>279</sup> STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação na identificação da *ratio decidendi*: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil?. *Revista Jurídica- Unicuritiba*, v. 01, p. 317-341, 2019. p. 321-322.

<sup>280</sup> EISENBERG, Melvin Aron. *La Natura del Common Law*. Foggia: Università degli studi di Foggia, 2010.

<sup>281</sup> STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação na identificação da *ratio decidendi*: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil?. *Revista Jurídica- Unicuritiba*, v. 01, p. 317-341, 2019. p. 322-323.

<sup>282</sup> GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. In: *The Yale Law Journal*, vol. 40, n. 2, dez. 1930, pp. 161-183.

<sup>283</sup> CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 13.

para o qual duas normas jurídicas comporiam a *ratio* de um precedente: primeiro, a norma tida como sendo de autoridade obrigatória já previamente ao raciocínio perpetrado pelo julgador; segundo, uma norma “produto”, encontrada no raciocínio realizado pelo próprio julgador diante do caso. Consoante facilmente se percebe, não há como assumir a existência de uma única resposta teórica, no contexto do *common law* para a questão atinente à verificação da *ratio decidendi* de um precedente.

Todavia, no contexto da tradição jurídica do *common law* não tem, na dificuldade de identificação propriamente dita da *ratio decidendi* de um precedente judicial, seu único ponto controverso. Ronald Dworkin, por exemplo, indica, nessa tradição, dois pontos de gravitação teórica a respeito da natureza da vinculatividade dos precedentes judiciais, uma estrita e outra atenuada. Sumariamente, tem-se que, segundo a primeira, uma decisão pretérita de autoridade reconhecida, deve ser seguida, apesar das suas razões – i.e., ainda que o juiz do presente entenda que o juiz do passado se equivocou; já de acordo com a segunda, o juiz do presente tem uma liberdade maior para “derrubar” a decisão proferida pelo juiz do passado em um caso análogo, desde que identifique um erro de direito que legitime o afastamento da autoridade presumida do precedente<sup>284</sup>. Ainda, para além desses dois núcleos teóricos indicados por Dworkin, é possível ir mais fundo, estabelecendo-se ao menos “três interpretações distintas acerca de como o precedente deve ser entendido”, principalmente no que tange ao expediente de distinção (*distinguishing*) – cada uma com suas peculiaridades.

A primeira interpretação define o precedente como sendo uma regra efetivamente positiva (*rule stating model*), segundo a qual a atividade judicante que fixa um precedente nada mais representa do que uma atividade análoga a do próprio Legislador, com um único diferencial associado ao grau de vagueza da regra fixada<sup>285</sup>. Em resumo, o ponto defendido por essa corrente é, no plano abstrato<sup>286</sup>, razoavelmente simples de ser compreendido; em um debate

<sup>284</sup> DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pp. 30-32.

<sup>285</sup> “The real difference between precedent and statute lies in the fact that in the case of statutes legal systems have elaborate conventions of interpretation to assist in the process of deriving the law from a legislative text, whereas in the case of precedents they do not. But this simply shows that the law derived from precedents may be vaguer and more indeterminate than that derived from (many) statutes; it does not establish that precedents do not create legal rules. [...]” (LAMOND, Grant. Precedent and analogy in legal reasoning. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring 2016 ed. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2011. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>).

<sup>286</sup> Diz-se “no plano abstrato”, porquanto a prática parece ser um tanto mais complexa, como, por exemplo, o certo apartamento que o rule-stating model parece impor entre a regra do precedente e o material fático da lide, o que oferece desafios em termos de *distinguishing*: “A third way which purports to deal with the problem of distinguishing on the rule model is to argue that the ‘rule’ for which the decision is binding is not the precedent court’s ruling, but something narrower—the ‘material facts’ that were ‘necessary’ for the result of the case. (See Goodhart 1930, 1959; and see also Burton 1995, 25–58, 60–5 on ‘case-specific facts’ and Eisenberg 1988, 51–4 on ‘minimalist’ and ‘result-centred’ techniques.) This approach makes use of the fact that decisions do not provide canonical formulations of the ratio to argue that the ratio is not to be identified with the court’s stated ruling on the

processual, as partes estabelecem uma ligação entre pedido e fundamentos, de modo que o tribunal concederá o pedido com base em um fundamento (ou conjunto de fundamentos) normativos específico (erguido ou não pela parte). Assim, a conexão entre o desejo da parte de receber um determinado resultado, e o fundamento escolhido pelo julgador, fixa uma regra silogística: quando “a”, “b” deve ser<sup>287</sup>.

A segunda interpretação busca delimitar a natureza do precedente ao que se denomina de “*princípios subjacentes à decisão*”<sup>288</sup>. Assumindo que as Cortes não teriam propriamente o poder de fixar “regras positivas”, essa segunda abordagem considera que todo precedente não é senão o produto de uma reflexão operada pelo julgador no sentido de “justificar” o resultado fixado em sua decisão. Esse resultado oferecido pela decisão do passado, por sua vez, “deve ser” seguido enquanto precedente, não apenas mediante a identificação do conjunto de normas que foi utilizada para decidir e sua subsequente aplicação silogística realizada no precedente (*rule stating model*), mas também por meio da rerepresentação – olhando para o problema concreto enfrentado no presente – da forma como o conjunto de regras e princípios, analisado pela decisão do passado, foi apresentado como fator de justificação do resultado oferecido por essa decisão (pelo precedente)<sup>289</sup>.

---

issue. The effect of such an approach is to narrow what is regarded as binding in the case to those facts which were crucial to the actual outcome, rather than the stated ruling applied to those facts. [...]” (LAMOND, Grant. Precedent and analogy in legal reasoning. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring 2016 ed. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2011. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>).

<sup>287</sup> “Suponhamos que determinada Corte se veja diante de um caso em que o autor postula pelo resultado (a) trazendo as razões (a1), (a2) e (a3). O réu, por sua vez, postula pelo resultado (b), alegando (b1), (b2) e (b3). Ao decidir em favor do resultado (a) e dispor que as razões (a1) e (a3) foram as razões determinantes para a solução do caso, a Corte estará dizendo que sempre que (a1) e (a3) ocorrerem no plano prático, o resultado da disputa deve ser (a). Ou seja: em outras palavras, ao decidir uma disputa particular, a Corte estará criando uma regra através da qual se resolve aquele tipo de disputa (LAMOND, 2011). [...]” (STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação na identificação da ratio decidendi: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil?. **Revista Jurídica- Unicuritiba**, v. 01, p. 317-341, 2019).

<sup>288</sup> “[...] É nesse sentido, portanto, que a aplicação do precedente (que, sob essa perspectiva, é nada mais que uma decisão entendida como regra no caso específico que tiver solucionado) e sua interpretação se dá através da melhor justificação dos princípios subjacentes à decisão em questão. Segundo Dworkin (2001, p. 238), no common law — onde “nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica” — “o argumento gira”, justamente, “em torno de quais regras ou princípios [...] ‘subjazem’ a decisões de outros juízes no passado”. O juiz responsável pela aplicação do precedente deve verificar por que os princípios por trás dos casos precedentes exigem também uma decisão em certa direção nos casos subsequentes (DWORKIN, 2001, p. 172) [...]” (STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação na identificação da ratio decidendi: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil?. **Revista Jurídica- Unicuritiba**, v. 01, p. 317-341, 2019).

<sup>289</sup> “This approach has three principal attractions. The first is that it explains the lengthy expositions of the reasoning for the result found in many decisions. It is the reasons that contain the gist of the decision, and so it is to this question that most attention is directed by the courts in justifying their decisions. Secondly, this accounts for the fact that courts do not bother (and indeed lack the power) to lay down a precise formulation of their rationes. The ratio does not lay down a rule which must be followed by later courts, but is simply a convenient short-hand way of referring to the overall effect of the principles justifying the result in the case (Perry 1987, 235, 239). Thirdly, and most significantly, this approach provides a natural explanation for the practice of distinguishing. A later case is distinguishable where the justification for the result in the precedent does not apply to the different

Por fim, a terceira abordagem foca a natureza vinculante do precedente não em regras estabelecidas por esse, mas também não em uma abordagem aberta de identificação dos padrões principiológicos que justificaram a resposta oferecida no passado, mas em um balanço concreto entre regra e situações concretas particulares identificadas no precedente, segundo padrões de analogia (*model of particular analogy*). No processo de decisão que fixa o precedente, o julgador naturalmente estabelece uma relação causal entre fatores factuais preponderantes e o resultado jurídico tido por devido na decisão<sup>290</sup>. Deste modo, quando o presente oferece um caso no qual é possível verificar (por analogia) um conjunto de fatores similares àqueles enfrentados no precedente, a autoridade do precedente decorreria da singela compreensão de que esses fatores já foram reconhecidos no passado como ensejadores do resultado jurídico fixado no precedente<sup>291</sup> – uma compreensão que decorria da própria ideia de que o *common law* seria um sistema de administração da justiça *caso-a-caso* (*treat like cases alike*)<sup>292</sup>.

Tecidas tais considerações a respeito do instituto dos precedentes, encaminhamo-nos para o encerramento dessa etapa do estudo salientando que o marco distintivo do *common law* em comparação com o *civil law* é fundamentalmente a entrega de respostas diversas, segundo

---

facts of that case, even if it might seem to fall within the ratio of the decision. [...]” (LAMOND, Grant. Precedent and analogy in legal reasoning. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring 2016 ed. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2011. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>).

<sup>290</sup> “The precedent court took a range of facts into account in reaching its decision. Those facts—facts such as the breach of trust, the trustee having power to transfer the property, the recipient being a volunteer, and the good faith of the recipient—ground reasons for reaching some particular legal conclusion. On this approach, what the ratio provides is a statement of the factors which the court regarded as providing the reasons that were crucial for reaching its result. So the ratio represents the view of the court that those facts spoke in favour of the outcome, and that they were not defeated by any combination of the other factors present in the case. [...]” (LAMOND, Grant. Precedent and analogy in legal reasoning. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring 2016 ed. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2011. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>).

<sup>291</sup> “Isso quer dizer que a corte posterior, ao deparar-se com um caso cujos fatos encontram-se no escopo da ratio em questão, devem considerar o precedente, mas de forma a considerar se as diferenças de um caso a outro justificam que estes sejam decididos de forma distinta. [...]” (STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação na identificação da ratio decidendi: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil?. **Revista Jurídica- Unicuritiba**, v. 01, p. 317-341, 2019).

<sup>292</sup> Em crítica a essa abordagem – cujo principal vício é gerar uma certa “chancela” aos erros do passado – afirma Schauer: “[...] Despite the necessity of locating some criterion of similarity (and, conversely, of dissimilarity) in order to fill in this fundamental emptiness of the “treat like cases alike” maxim, the maxim has far too often served as one of the principal justifications for a regime of precedent, a regime in which decision-makers have an obligation to follow previous “like” decisions even if and when they find those decisions mistaken. But although there may be rare instances in which the question presented to a current court is genuinely identical to the question presented to the same court on some previous occasion, those instances are sufficiently rare as to make the “treat like cases alike” maxim an unsatisfactory basis for a norm or regime of precedential constraint. Rather, such a norm or regime is important when, in the interests of stability, predictability, decision-maker constraint, or, perhaps most importantly, systemic integrity or internal coherence, the norm (presumptively) [...]” SCHAUER, Frederick. On treating unlike cases alike. **Constitutional Commentary – University of Minnesota Law School**, Minnesota, v. 33, n. 427, 2018. Disponível em: <https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/200602/6%20-%20Schauer.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2023.



um mesmo “espírito do tempo”, para questões bastante similares: como o direito deve se relacionar com a tradição histórica; onde buscá-la? Responderá um *common lawyer* do período clássico (ou medieval): no conjunto de regras e práticas que compõe o direito comum, revelado pelas cortes como intérpretes prioritários dessa tradição imemorial. Em outra frente e adentrando na modernidade, essa percepção sucumbirá em grande medida pela vagarosa transferência da autoridade da tradição para a figura do soberano, o que faria dos juízes, delegados de uma autoridade “positiva”. Aberto o caminho para o fortalecimento da autoridade das Cortes, suas decisões veriam sua vinculatividade fortalecida, o que resvalaria no florescimento de uma tese mais forte de precedentes, agora, vinculantes, e não mais meramente ilustrativos ou persuasivos.

Nessa linha, o que se observa na trajetória desse nascimento e desenvolvimento da dita doutrina do *stare decisis*, é justamente uma gradual transformação a respeito da força vinculante das decisões do passado. No período medieval, essas decisões eram lidas como guias interpretativos que unicamente apontavam para o que comumente se dizia ser o direito<sup>293</sup>, mas que não fixavam regras positivas, tampouco detinham princípios subjacentes, também não representavam conclusões de autoridade ante determinado conjunto de elementos factuais. Essa falta de um elemento de verdadeira autoridade das decisões do passado (dos precedentes) não foi suprida senão mediante uma profunda e demorada alteração da própria compreensão a respeito da natureza da fonte de autoridade das decisões políticas do passado – e não apenas dos precedentes –, nisso tendo tido um papel relevante o positivismo clássico, e não propriamente algum tipo de “virtude particular” de um sistema de administração de justiça baseado em um “princípio forte” que comandasse “tratar casos iguais de maneira igual”<sup>294</sup>.

Deste modo, se num primeiro momento a tradição do *civil law* recorreu aos acadêmicos e ao direito romano; a tradição do *common law* recorreu aos juízes e à tradição histórica comum

---

<sup>293</sup> “[...] Indeed although, in the medieval courts, precedents were sometimes treated as evidence of what the law was commonly held to be, the occasional judge or serjeant would pointedly remark that precedents must not be mistaken for law. [...]” (DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 33).

<sup>294</sup> “[...] Even if medieval lawyers and litigants believed that courts were unlikely to be adept at, say, ensuring that like cases are treated alike, this would not have stopped them from wanting like cases to be treated alike. Aristotle considered the impulse to dispense such treatment a basic element of justice. There is certainly some evidence that this impulse informed common-law thinking long before the emergence of *stare decisis*. The author of Bracton explicitly acknowledged the principle that like cases should be adjudged alike, and in the Year books we find not only the same but also judges occasionally taking the trouble to say why particular cases were not alike. The crucial and intriguing point for our purposes is that the common law could accommodate this impulse without a strong doctrine of precedent. There is a difficulty, in other words, in arguing that the doctrine emerged because it upholds particular virtues; for if those virtues were appreciated before the doctrine existed, the question remains as to why the doctrine should have emerged when it did. [...]” (DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 37).

do povo; já em um segundo momento, a primeira aderiu aos códigos, ao passo em que a segunda, aos precedentes. Evidentemente, a “realidade” não é tão simples quanto qualquer possível reconstrução do seu sentido, mas, ainda assim, colocada em tais termos, pensa-se ter apresentado um retrato razoavelmente adequado das tradições analisadas.

### 2.3. Precedentes no Brasil e as críticas da CHD

Voltando o olhar para o ordenamento jurídico brasileiro, é preciso fazer uma ressalva inicial que é aceita por parte respeitável da doutrina “precedentalista” brasileira, i.e., àquela que não apenas descreve, mas igualmente “advoga” em favor da arquitetura institucional de um “sistema de precedentes”: a questão envolta ao tema dos precedentes judiciais no Brasil não deve ser lida, necessariamente, como uma questão afeta ao Código de Processo Civil de 2015.

É importante perceber que o Código, ao introduzir o conceito de precedentes e ressignificar os conceitos de jurisprudência e de súmulas, rigorosamente não está tratando de matéria atinente exclusivamente ao direito processual civil. Na verdade, está cuidando de conceitos ligados à teoria geral do direito, especificamente concernentes à teoria da norma – que por essa razão são transeitoriais, servindo a todo o ordenamento jurídico brasileiro. Vale dizer, os arts. 489, §1º, V e VI, 926 e 927, do CPC, são normas gerais que devem guiar a interpretação e aplicação do direito no Brasil como um todo. É por essa razão que esses conceitos impõem uma reconstrução da nossa ordem jurídica no plano das fontes e devem ser analiticamente trabalhados<sup>295</sup>.

Parece-nos precisa a afirmação lançada por Daniel Mitidiero. Compreender como precedentes vinculam e/ou devem vincular o juiz inserido no contexto do ordenamento jurídico brasileiro é uma questão que avança para além da vontade política expressada pelo Legislador com o CPC/15, e adentra no domínio de questões como “*afinal, o que é o direito e qual a natureza da atividade interpretativa exercida por um juiz?*”. Indo além e já demonstrando a tensão que há entre a “tese precedentalista brasileira” e a Crítica Hermenêutica do Direito, é possível afirmar que

A defesa do precedentalismo (permiti-me, respeitosamente, assim chamar a tese) é, na verdade, uma teoria normativa da política à procura de uma boa teoria do Direito. Rearranjos institucionais — bem como ponderações sobre o que funciona melhor ou traz melhores resultados — *são coisas de teoria*

---

<sup>295</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. pp. 124-125.

*política*. O papel de uma adequada teoria do Direito é apontar para os limites dos rearranjos<sup>296</sup>.

De todo modo, ainda que não se possa perder de vista a complexidade e profundidade das controvérsias atinentes ao instituto dos precedentes judiciais em nosso ordenamento jurídico – algo que será resgatado novamente adiante – parece também correta a abordagem que principia do CPC para estabelecer o panorama geral dos debates envoltos ao tema dos precedentes no Brasil.

Nesse sentido, não raras as vezes, a proposição central que sustenta a defesa de um “sistema de precedentes brasileiro” é dita como estando baseada, fundamentalmente, no seguinte pressuposto: todo e qualquer sistema jurídico<sup>297</sup> – independentemente da tradição na qual inserido – sofre com um mesmo conjunto de preocupações envoltas no estabelecimento de um sistema de administração de justiça confiável sob o ponto de vista da segurança jurídica, cuja busca por respostas tem levado, contemporaneamente, a uma certa aproximação entre as tradições do *civil law* e do *common law*<sup>298</sup>. Assim, se por um lado é possível apontar para um

---

<sup>296</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica** – o sentido da vinculação no novo cpc/2015. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 34.

<sup>297</sup> Evidentemente, uma afirmação de tal natureza tem antes papel ilustrativo das ideais que circundam a “tese precedentalista” brasileira, do que propriamente uma intenção teórica mais profunda de “descrição” do fenômeno jurídico. Seria, assim, por demais negligente do ponto de vista intelectual afirmar que não há qualquer tipo de debate possível com relação a verificação de finalidades e problemas práticos intrínsecos ao direito – e, portanto, a “todo e qualquer sistema jurídico”. Todo sistema de regras a que se chama de direito tem por elemento constitutivo de sua natureza a função de guiar, de uma forma razoavelmente segura, o curso de ação de uma comunidade política ampla de indivíduos, i.e., a ideia de “segurança” no curso de ação – leia-se, segurança jurídica – é uma ideia intrínseca ao fenômeno jurídico? Diante de uma questão tal, não é possível dizer que há apenas uma resposta possível. Vejamos, por exemplo, as considerações feitas por Leslie Green a respeito da obra de H.L.A. Hart: “Law is not just a system of rules; it is a system that serves various purposes. Thomas Aquinas thought law also has an overall purpose for it is, he claimed, ‘and ordinance of reason made for the common good’. Modern suggestions along these lines include the idea that law is made for guiding conduct, or for coordinating activity for the common good, or for doing justice, or for licensing coercion. These claims should be understood, nota as suggestions, about possible ideals for law, but about constitutive aims of law. The basic idea is that a system of social control that did not have these aims would not be a legal system, just as an institution that did not aim at the pursuit of knowledge would not be a university [...] Hart argument in Chapter IX assumes that human survival is morally good, and that a normative system that did not aim at it would not be a legal system. It also holds that, for a legal system to exist, it must actually deliver the goods, if not to everyone all of the time, then to some people much of the time. Generally speaking, however, a thing with a constitutive aim gets quite a lot of latitude before we disqualify it as a member of the relevant kind. A dishwasher that is defective or broken is still a dishwasher, provided that, if modified or repaired, it would have some capacity to wash dishes. The same holds for legal system. Unified sets of laws that are very defective at doing what laws are supposed to do can nonetheless count as a legal system. This follows from the fact that to aim at something does not require succeeding at it. In his last reflections on this problem, Hart seems no longer to think that law need even aim at survival. He joins Max Weber and Hans Kelsen, who deny that law has an interesting constitutive aim of any kind. [...]” (GREEN, Leslie. Introduction. In: H.L.A., Hart. **The concept of law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. XXXIV-XXXV). Em todo caso, o presente estudo parte de um pressuposto razoavelmente sólido – e, nesse aspecto, compartilhado com aqueles que desenvolvem e defendem a tese da adoção de um “sistema de precedentes” no Brasil – qual seja, o de que segurança jurídica importa, compõe os fundamentos institucionais do direito e deve, portanto, ser perseguida.

<sup>298</sup> “Nada obstante, e ainda que a grande maioria dos países adote alguma das fórmulas mencionadas anteriormente [...] é importante que se observe que uma diferenciação absoluta entre os dois modelos tem sido cada vez mais

recrudescimento do papel dos estatutos legais escritos, no contexto do *common law*, há também a possibilidade de notar um aprofundamento do papel normativo das decisões judiciais, na paisagem do *civil law*.

Essa assertiva – leia-se, a proposição da verificação de uma aproximação entre ambas as tradições exploradas alhures – é, ao nosso ver, verdadeira apenas em parte. Isso por duas razões principais. Em primeiro lugar, não nos parece que tenha sido, em algum momento da história, absoluta a separação entre as “ilhas” das duas tradições referidas; essas, por sua vez, sempre foram em alguma medida “próximas”, de maneira que falar em uma “aproximação” possa ser equivocadamente interpretado como uma mútua importação de institutos – como se, para a Inglaterra, onde quase-sempre esteve presente o princípio da supremacia do Parlamento<sup>299</sup>, estivessem sendo transportados em contêineres códigos civis e de processo civil; ou no Brasil, onde a jurisprudência sempre teve um papel central no expediente de legitimação da fundamentação aderida pelo juiz particular<sup>300</sup>, estivesse-se recebendo lotes de carregamento de *law reports*<sup>301</sup>.

---

rara, a partir de uma tendência crescente de mescla (ou aproximação) dos dois em determinadas jurisdições. De forma mais específica, enquanto, nos países de Common law, tem se verificado um aumento da atividade legislativa; de outro, nas jurisdições afetas à tradição do Civil Law, tem ocorrido verdadeira e crescente valorização da jurisprudência [...]” (MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas judiciais vinculantes do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 10, n. 38 – Abr/Jun, 2013, p. 102); “Nos dias atuais, todavia, verifica-se cada vez mais um movimento de aproximação e interpenetração dos modelos, sendo cada vez mais raro identificar um sistema romano-germânico puro, ou um sistema do *common law* que não contenha influência legislativa. Justamente por isso que Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron afirmam que ‘vivemos um movimento invertido dos países do common law. Se lá se busca cada vez mais técnicas para flexibilizar a alta estabilidade do uso dos precedentes (*stare decisis*), nós, do civil law, especialmente no Brasil, procuramos cada vez mais pensar em premissas para estabilizar nossa jurisprudência, diante da completa instabilidade e da falta de uma teoria de precedentes adequada às nossas peculiaridades’ [...]” (FIORAVANTTI, Marcos Serra Neto. **A arbitragem e os precedentes judiciais**: observância, respeito ou vinculação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 13).

<sup>299</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. pp. 33-37.

<sup>300</sup> SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do Direito processual civil brasileiro**: Colônia e Império. Salvador: UFBA, Faculdade de Direito, 2014, p. 87-88 e 129.

<sup>301</sup> Essas seriam descrições alegóricas mais precisas de um fenômeno que ocorre, em maior escala, no âmbito do direito contratual – principalmente dos contratos comerciais. Nessa linha, não raras as vezes cláusulas e contratos típicos do contexto dos sistemas jurídicos do *common law*, acabam sendo verdadeiramente importados para o contexto do ordenamento jurídico pátrio, num fluxo constante – e benéfico – de aperfeiçoamento da busca, no direito, de soluções mais eficientes para os dilemas do cotidiano forense. É o caso, por exemplo, da cláusula de declarações e garantias, no âmbito dos contratos de M&A (GREZZANA, Giacomo Luiz Maria Oliveira. **A Cláusula de Declarações e Garantias em Alienação de Participação Societária**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2019); das cláusulas de take-or-pay, em contratos do setor energético (MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. A (não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias a obrigação de “take-or-pay”. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 20, n. 98, pp. 189-225, 2019); ou, por exemplo, das cláusulas de washout, em contratos de compra e venda futura de commodities (MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. A cláusula de wash-out nos contratos de compra e venda de commodities a preço fixo. In: VALVERDE TERRA, Aline de Miranda; DA CRUZ GUEDES, Gisela Sampaio. (Coord.). **Inexecução das Obrigações: Pressupostos, evolução e remédios**. Vol. II. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 785-818). Essa vinda para o contexto do direito brasileiro de tipos contratuais como esses – e tantos outros mais – não é senão expressão daquilo

A importação de institutos jurídicos de outras tradições é um fato comum na *práxis* jurídica, notadamente num contexto de globalização das relações sociais. Contudo, quando se fala em precedentes judiciais e estatutos legais, o que está em jogo parece ser algo além de uma importação de institutos, e que avança para a seara da própria compreensão a respeito das fontes de direito propriamente ditas, num âmbito que tanto civil law como common law nunca foram capazes de chegar em uma resposta final ou absoluta a ponto de que pudesse-se falar na “importação” de doutrinas de uma, para outra tradição. Assim, afirma Guilherme Rizzo Amaral:

It is a mistake to conclude that common law and civil law systems are respectively and entirely based on judge-made law or statutory law. In fact, there are similarities between both traditions that are often overlooked. In civil law, even when a judge does not make express reference to previous cases – which seldom occurs these days – he will almost invariably be “acknowledging the body of legal doctrines built up around the bare word of the code by previous cases”. As Shapiro notes, “While he does not necessarily cite the cases, other judges and lawyers know that he is not inventing new doctrines from scratch with just the bare words of the code to aid him. From the way he announces and applies the doctrines, they will be able to tell just which leading cases from the past he is following”. Common law systems, in turn, conceive a joint operation of legislation and case-law, in which “precedent and legislation are ultimate as distinct from derivative sources of law, neither owes its validity to the other or to any other legal source, but precedent is of course subrogate to legislation in the sense that legislation can abrogate it” [...] <sup>302</sup>.

Para além disso, em especial no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, Lenio Luiz Streck já pontuava, em idos de 1998, como a comunidade jurídica pátria reconhecia abertamente o papel relevante que a jurisprudência ocupava na prática institucional do direito pátrio. Afinal, já em meados dos anos 1960, o Supremo Tribunal Federal já possuía no seu

---

que Manoel Gustavo Neubarth Trindade caracteriza como a – na nossa percepção, acertada – leitura do direito contratual como instrumento de combate aos custos de transação e falhas de mercado, a partir do paradigma da Análise Econômica do Direito (TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. **Análise Econômica do Direito dos Contratos: uma nova abordagem do direito contratual como redutor das falhas de mercado**. Londrina: Thoth, 2021). Apesar das críticas que a CHD tenha já francamente posicionado contra certos pressupostos e leituras da AED, seria negligente negar o potencial contributivo de leituras como essa a que se referiu na busca por soluções concretas para o cotidiano forense, quando mais de uma área setorial do direito tão dinâmica e conexas ao racional econômico como o direito contratual. No entanto, não nos parece que a mesma racionalidade – de importação de institutos – possa ser usada de forma definitiva para a leitura de categorias como *stare decisis* e supremacia da legislação pelo princípio de separação dos Poderes. Ao nosso ver, há um risco sempre presente de que, no caso dessas categorias, a importação da gramática envolta a uma ou outra categoria, por tradições institucionais distintas, contribua muito mais para um obscurecimento das questões cimeiras e centrais – v.g. grau de indeterminabilidade da interpretação judicial e como confrontá-los –, do que para seu efetivo esclarecimento, tendo em vista dizerem respeito a âmbitos mais “profundos” da reflexão jurídica (v.g. teoria do direito e teoria da decisão judicial).

<sup>302</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration**: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice. 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. p. 27.

acervo de “técnicas de administração da justiça” o instituto das “Súmulas da Jurisprudência Dominante”. Pondo em outros termos, a relevância da jurisprudência nunca foi negada por quem quer que seja, tampouco pela Crítica Hermenêutica do Direito. Leia-se:

Viu-se que a jurisprudência resulta do Direito estabelecido pelas decisões uniformes dos órgãos judiciários. Atua, por conseguinte, como norma aplicável a todos os casos análogos. Pode-se dizer, então, que a jurisprudência é fonte por duas razões: uma, porque influencia na produção de normas individuais; outra, porque participa da produção do fenômeno normativo, apesar de sua maleabilidade. Diante do Direito brasileiro, tem nossa justiça alguma competência normativa, no sentido de estabelecer normas gerais e permanentes? Montoro [...] responde à questão dizendo que é evidente que nossos magistrados não têm, a exemplo dos juízes romanos, o poder de baixar “editos”, fixando, ao serem empossados, as regras a serem observadas nos assuntos de sua competência. Porém, por mandamento constitucional, o Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais têm poderes para editar normas sobre determinados assuntos, como “o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária” e outras matérias, consoante autorização contida no artigo 91, I, a. Isso constitui, não há dúvida, uma atribuição normativa. No tocante à jurisprudência, é incontestável, continua Montoro [...] que “de fato, eles atuam como norma aplicável aos demais casos, enquanto não houver nova lei ou modificação na jurisprudência. O modo de interpretar e aplicar a norma jurídica sempre lhe afeta a extensão e o alcance, reconhece Vicente Raó, de tal sorte que, embora subsidiariamente, a jurisprudência não deixa de participar no fenômeno de produção do Direito normativo” [...] O reconhecimento da validade e importância normativa da jurisprudência pode ser demonstrado pela criação da “Súmula da Jurisprudência Predominante”, do Supremo Tribunal Federal, que vigora desde 1964 [...]. A súmula tem, de fato, importantes efeitos processuais no acolhimento de determinados recursos, especificados nos regimentos internos das cortes superiores. Dito de outro modo: é impossível negar à jurisprudência o valor de verdadeira fonte jurídica. E o Supremo Tribunal Federal não nega esse fenômeno, ao admitir que “a invariável sequência dos julgamentos torna-se como que o suplemento da própria legislação”<sup>303</sup>.

Por outro lado – e eis a segunda razão para a assertiva da existência de uma “aproximação” entre *civil law* e *common law*, no seio do direito brasileiro, ser, ao nosso ver, uma “meia verdade” –, ainda que essa separação estanque não tenha existido, fato é que desde a promulgação da reforma do Poder Judiciário, com a Emenda Constitucional n.º 45, com a constitucionalização do instituto das “súmulas vinculantes” no âmbito do Supremo Tribunal Federal<sup>304</sup>; até a entrada em vigor do CPC/15, principalmente com o que estabelece o seu art.

<sup>303</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. pp. 84-87.

<sup>304</sup> “Art. 2º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A: ‘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

927<sup>305</sup>, um certo mal-estar restou instaurado, e o “espectro” dos ditos “precedentes judiciais vinculantes” passou a rondar o ordenamento jurídico brasileiro com uma onipresença marcante nos debates envoltos ao tema da “teoria da decisão judicial”.

É bem verdade que o art. 927 do CPC de 2015 propõe a obrigatoriedade de observância de uma série de mecanismos, materializados nos enunciados de súmulas, nas teses dos Tribunais Superiores. Também é verdade que, em um de seus parágrafos, o artigo inaugura a figura dos precedentes. Qual foi a conclusão de parcela da doutrina brasileira? A de que (i) o CPC/2015 aproxima o Brasil e, portanto, seu sistema de civil law, do common law; e que (ii) os provimentos elencados no art. 927 são considerados, a priori, e, “de forma simplificada”, como precedentes”. A conclusão disso, para parte da doutrina, aponta à noção de precedentes vinculantes no Brasil, compreendidos como “entendimentos que firma orientações gerais obrigatórias para o futuro” (conferir MELLO, BARROSO, 2016). É o que se depreende do RE 655.265/DF [...] de relatoria do Min. Luiz Fux, com redação do Min. Edson Fachin, que “introduz” o *stare decisis*. Em referência expressa, direta, a Daniel Mitidiero (2018, p. 95) – que é quem, ao lado de Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart, e do próprio Min. Barroso, personifica a doutrina precedentalista no Brasil –, o acórdão dispõe que nosso sistema teria adotado a regra do *stare decisi*, que “densifica a segurança jurídica e promove a

---

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. [...]” (BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em: 22 nov. 2022).

<sup>305</sup> “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. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores” (BRASIL. **Lei n.º 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 22 nov. 2022).

liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação”<sup>306</sup>.

Nesses termos, parece-nos que a afirmação da aproximação entre ambas as tradições, no bojo do ordenamento jurídico brasileiro é verdadeira, se reportada a forma como parcela respeitável da doutrina e mesmo dos posicionamentos das Cortes Superiores, tem enxergado a “vontade” do Legislador – e mesmo do Poder Constituinte –, que emana da dita reforma do Poder Judiciário e do CPC/15. Todavia, é a própria doutrina precedentalista que faz a ressalva de que os parâmetros legislativos de incorporação da noção de “precedentes vinculantes” – ou de noções que a essa orbitam, tais como súmulas e teses – carecem de uma “reconstrução dogmática”. Com a palavra, Daniel Mitidiero:

Em determinado momento, como um método de trabalho destinado a facilitar a tarefa de controle então exercida pelo Supremo Tribunal Federal, súmulas foram incorporadas ao direito brasileiro, cujo parentesco mais próximo pode ser apontado com os assentos portugueses e com as máximas italianadas. Em ambos os casos a influência sentida provém da tradição romano-canônica. Em certa altura, no entanto, mesmo depois da transformação dos conceitos de jurisprudência e de súmulas, a doutrina brasileira começou a propor a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios – vinculantes – no direito brasileiro. A partir daí, o direito brasileiro começou a recair igualmente sob a área de influência do Common Law, na medida em que procurou naquela tradição os elementos capazes de colaborar nessa adaptação. Jurisprudência, súmulas e precedentes, portanto, revelam dois caminhos distintos trilhados pelo direito brasileiro à procura de uma solução para o problema da vinculação ao direito. Embora oriundos de diferentes tradições, o Código de Processo Civil buscou entrelaçá-los visando a prestação da tutela dos direitos – contingência que impõe a sua adequada leitura e reconstrução dogmática<sup>307</sup>.

Nessa linha, a reconstrução proposta por Mitidiero a respeito da “experiência jurídica brasileira” envolvendo o tema da observância das decisões pretéritas, pode ser estabelecida em “três grandes momentos”: “i) o da busca pela uniformidade do direito mediante técnicas repressivas; ii) o da busca pela uniformidade do direito mediante técnicas repressivas e preventivas; e iii) o da busca pela unidade do direito mediante técnicas preventivas repressivas”<sup>308</sup>. Para o autor, cada um desses momentos teria na sua base uma concepção específica da forma como deve se dar a interpretação do direito. Em suma, o caminhar proposto é bastante similar ao que já se expôs à exaustão quando do enfrentamento da delimitação do

<sup>306</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. pp. 349-350.

<sup>307</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. pp. 99-100.

<sup>308</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. pp. 100-105.



sentido das tradições do civil law e common law: o juiz passou de um oráculo de um direito preexistente para atuar numa relação de cooperação normativa com o Legislador – em uma posição não mais passiva, mas criativa. Vejamos:

Durante o período de vigência do Código de 1939, ao longo do qual a doutrina dominante assumia uma perspectiva cognitivista da atividade interpretativa e de exatidão do seu resultado, a uniformidade do direito era buscada basicamente por técnicas repressivas, notadamente pelos recursos destinados ao controle dos erros e acertos cometidos pelos órgãos jurisdicionais no julgamento das causas [...] Em 1963, mediante emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, criaram-se as súmulas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Essas súmulas foram concebidas originariamente como enunciados gerais e abstratos que visavam a informar rapidamente os Ministros do próprio Supremo Tribunal Federal a respeito de qual a orientação da Corte sobre determinada questão [...] Em comum, os recursos e as súmulas contam com o traço repressivo: visam a compor divergências ou a controlar a equivocada aplicação do direito [...] O Código de 1973, cuja vigência testemunharia uma paulatina transformação na teoria da interpretação judicial do direito, não só manteve técnicas repressivas para a uniformidade do direito, mas também instituiu técnicas preventivas para tanto [...] incorporando [...] o recurso especial e o recurso de uniformização de jurisprudência, cuja função estava em viabilizar um “pronunciamento prévio” a respeito da interpretação de uma determinada questão [...] Ainda no período de sua vigência, o Código de 1973 assistiu à instituição de súmulas vinculantes pela Emenda Constitucional 45, de 2004 [...]. Com isso, as súmulas [...] passaram a ter uma função de determinação do conteúdo das decisões judiciais [...]. Em outras palavras, assim como ocorreu com a jurisprudência, também as súmulas adquiriram uma feição preventiva – evitar julgamentos desconformes à jurisprudência assentada. [...] Semelhante incorporação constitui um reflexo da evolução da teoria da interpretação: ao se admitir que o intérprete extrairia uma das soluções possíveis da norma visando a uma decisão justa, reconheceu-se que decidir não era apenas um ato lógico, mas também um ato que implica valoração axiológica. [...] O Código de 2015 aparece em um outro quadro teórico. [...] o que se sobressai da sua leitura é o dever de as Cortes Supremas outorgarem unidade ao direito a fim de que a ordem jurídica possa ser segura e capaz de prover liberdade e igualdade de todos perante o direito (art. 926), sendo instrumento para tanto o precedente (art. 927). Avulta da sua leitura ainda o dever de as Cortes de Justiça uniformizarem a interpretação de questões relevantes (art. 947) e repetidas (arts. 976 a 987), sendo instrumento para tanto a jurisprudência. Em ambos os casos, precedente e jurisprudência poderão ser objeto de súmulas (art. 926, §§ 1º e 2º). [...] A proeminência de técnicas preventivas em detrimento de repressivas para outorgar unidade ao direito no Código de 2015 decorre da percepção de que a interpretação do direito não é simples declaração de uma norma preexistente ou mesmo extração do seu conteúdo normativo. [...] se a norma é resultado da interpretação, dada a [...] indeterminação do direito, então é imprescindível que a jurisdição colabore com a legislação a fim de que o significado do direito

seja densificado, precisado e devidamente comunicado aos seus destinatários [...] <sup>309</sup>.

Eis, nos termos acima, o que poderíamos considerar como o extrato do pressupostos descritivo básico que sustenta a doutrina precedentalista. Importa notar que a descrição apresentada por Mitidiero é, ao nosso ver, em grande medida acertada, considerada como uma descrição dos eventos que se sucederam no Brasil – e, em verdade, na compreensão do fenômeno jurídico dentro da história das ideias no Ocidente como um todo (tanto na tradição romano-germânica, como também na tradição do direito comum). Note-se, ademais, que essa divisão sistemática da evolução do entendimento a respeito da interpretação judicial já estava pressuposta nas reflexões críticas tecidas por Lenio Luiz Streck quando da sua análise primeira sobre a atribuição de efeitos vinculantes às súmulas do Supremo Tribunal Federal, trazendo sustento nas afirmações de Miguel Reale. Veja-se:

Reale [...] acentua que já está superada a dúvida sobre se a jurisprudência é ou não “fonte de Direito”, desde que se passou a uma compreensão mais ampla e abrangente de “ordenamento jurídico”. A partir de estudos decisivos de Kelsen, o conceito de norma jurídica emancipou-se da estrita concepção legalista própria do século passado, sob a influência da escola da exegese. Assim é que se passou a conceber o Direito objetivo como sendo formado por um complexo de normas legais, consuetudinárias, jurisprudenciais e negociais, não faltando quem admite até (e também) a existência de “normas doutrinárias” [...] <sup>310</sup>.

Consoante remetem as considerações de Reale, salientadas por Lenio Luiz Streck, a superação de um modelo de interpretação puramente declaratório – o qual anteriormente demonstrou-se ter sido amplamente criticado pelo positivismo analítico de Austin e Bentham – já tinha sua superação como pressupostos das reflexões do positivismo normativista de Hans Kelsen – em sua compreensão da interpretação judicial como sendo um ato de vontade tal qual a Lei positiva é um ato de vontade do Legislador, ambos atribuindo sentidos objetivos à determinados atos humanos <sup>311</sup> –, do mesmo modo como também estava presente nas reflexões de H.L.A. Hart – com suas proposições a respeito da dita “textura aberta” das regras jurídicas, independentemente se regras baseadas em precedentes ou em textos legais com a utilização de

<sup>309</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. P. 100-105.

<sup>310</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 85.

<sup>311</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. pp. 387-395.

uma linguagem generalizante<sup>312</sup>. Diante disso, qual é, então a dimensão normativa da teoria dos precedentes brasileira que, aqui, está-se buscando explorar a partir da leitura da posição de Daniel Mitidiero?

Em sua obra, Mitidiero nos apresenta necessárias “viradas” ou “reformas” para que o ordenamento jurídico brasileiro possa “importar” – talvez, lendo tal posicionamento sob sua melhor luz, fosse mais adequado falar em “antropofagizar” – adequadamente algo como uma cultura de observância de precedentes vinculantes análoga àquela experienciada no contexto da tradição do *common law*. De um lado, far-se-á necessária, na visão do autor, uma “reconstrução do sistema judiciário”, de modo a que a responsabilidade funcional das Cortes de Justiça (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais) seja delimitada em termos diversos da responsabilidade funcional das Cortes Superiores. Resumidamente, partindo do pressuposto acima delimitado de que a interpretação judicial opera em um campo de indeterminação dos sentidos normativos, defende-se que o Código de Processo Civil teria fixado duas “dimensões da tutela dos direitos”, mas as Cortes de Justiça e as Cortes Superiores teriam, na tarefa conjunta de perseguir tais dimensões, funções distintas. Veja-se:

Uma das disposições centrais do Código de Processo Civil é sem dúvida alguma o art. 926. Ao lado do art. 6º, esse dispositivo encarna duas dimensões da tutela dos direitos: viabilizar um tempo razoável a prolação de uma decisão de mérito justa e efetiva (dimensão particular da tutela dos direitos) e promover a unidade do direito mediante uma ordem jurídica segura, livre e igualitária (dimensão geral da tutela dos direitos). Se adequadamente lidos, ambos os dispositivos fornecem uma precisa chave de leitura para o novo processo civil brasileiro. Refere o art. 926, *caput*, do CPC, que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Ainda, que “editarão enunciados de súmulas correspondentes a sua jurisprudência dominante (art. 926, §1º) e que ao editá-los “devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (art. 926, §2º). A princípio, seria lícito imaginar que à luz do art. 926, CPC, todos os “tribunais” que compõem o Poder Judiciário brasileiro têm a mesma função diante da ordem jurídica. Essa suposição está equivocada [...] A solução que

---

<sup>312</sup> HART, H.L.A.. **The concept of law**: with and introduction by Leslie Green. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 124-136. Vale frisar em relevo, como dito, que o diagnóstico da “textura aberta” das regras jurídicas de Hart trouxe enfrentamento expresso tanto do instituto dos precedentes quanto da noção de estatutos legais generalizantes. Para esse autor, tanto uma quanto outra abordagem normativa carregam em si as “chagas” da indeterminabilidade. Assim, de pronto, com suporte na análise descritiva de Hart, poderíamos desde já destacar que o recurso a precedentes como um mecanismo de “melhor delimitação” do sentido normativo das regras jurídicas não é senão – ao nosso ver e com absoluto respeito às posições em sentido contrário – uma perspectiva que não soluciona o problema que busca precisamente solucionar. Como adiante será explorado a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, a empreitada coletiva da interpretação judicial é essencialmente interpretativa – súmulas, precedentes, jurisprudência, teses, a Lei, todas essas “molduras” para regras jurídicas (e princípios), serão sempre objeto de interpretação – o que não deve ser lido como um convite ao “ceticismo” hermenêutica, mas um convite à visualização da tarefa de juízes (e, defende-se, árbitros) como uma tarefa que apenas pode ser devidamente compreendida segundo a compreensão da responsabilidade política do intérprete, defrontado com as exigências do direito e de sua autonomia.

melhor atende à necessidade de economia processual e tempestividade da tutela jurisdicional, no entanto, é a que partilha a tutela dos direitos em dois níveis judiciários distintos, correspondentes às duas dimensões da tutela dos direitos. O ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes. Assim, uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de uma cisão entre cortes para decisão justa e cortes para a formação de precedentes – ou, dito mais sinteticamente, entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes [...] Para controlar retrospectivamente as decisões tomadas pelos juízes de primeiro grau, as Cortes de Justiça precisam interpretar textos e elementos não textuais da ordem jurídica. Dada a dupla indeterminação do direito, esses julgamentos inevitavelmente produzem um rico manancial de possíveis soluções a respeito do adequado significado que esses dispositivos devem ter à luz do contexto dos casos concretos em que inseridos. Ao fazê-lo, essas Cortes de Justiça causam uma inevitável dispersão a respeito do significado da interpretação do direito. Trata-se de dispersão que tende a durar enquanto inexistente orientação definitiva sobre a questão emanada da Corte de Precedentes encarregada de dar a última palavra sobre o significado do direito constitucional ou do direito federal ou orientação uniforme da própria Corte de Justiça tomada a partir da forma própria<sup>313</sup>.

Assim, separadas em termos funcionais as atividades das Cortes de Justiça e das ditas “Cortes de Vértice”, seria entregue àquelas o papel de efetivamente enfrentar casos concretos variados e buscar a “resposta justa”, segundo as várias possíveis interpretações do direito aplicável, para esses casos variados – uniformizando a rotina de solução desses casos a elas endereçados –, mas não necessariamente interpretando: casos nos quais haja uma resposta dada por um precedente de uma Corte Superior, esse deve ser silogisticamente “aplicado”<sup>314</sup>. Por outro lado, para as Cortes Superiores, os casos concretos seriam basicamente pretextos; oportunidades para a unificação interpretativa do sentido do direito. No seio das Cortes de Justiça, a indeterminação do direito criaria um certo “estado de natureza” interpretativo, no qual não haveria a possibilidade de vitória de uma “resposta correta”; para solucionar esse caos de sentidos, entraria a autoridade definitiva das Cortes Superiores.

Todavia, sedimentar uma separação funcional de ofícios entre as Cortes não seria suficiente; é preciso, de igual modo, a vitória de uma nova compreensão da respeito do papel da regra do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro, adentrando-se no domínio da própria teoria da norma jurídica e das fontes do direito propriamente ditas. Nesse sentido, duas

<sup>313</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. P. 100-105.

<sup>314</sup> “[...] os juízes e tribunais interpretam para decidir, mas não existem para interpretar; a função de atribuição de sentido ao direito ou de interpretação é reservada às Cortes Supremas. No momento em que os juízes e tribunais interpretam para resolver os casos, colaboram para o acúmulo e a discussão de razões em torno do significado do texto legal, mas, depois da decisão interpretativa elaborada para atribuir sentido ao direito, estão obrigados perante o precedente [...]”. (MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio Cruz. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 105).

questões são colocadas por Mitidiero, “a primeira está em saber se esses dispositivos [art. 926 e 927] instituem a regra do *stare decisis* entre nós; a segunda, em saber se o legislador equiparou os conceitos de precedentes e jurisprudência, com o que todas as razões que emanam das decisões mencionadas no art. 927 do CPC, poderiam ser qualificadas como precedentes”<sup>315</sup>. Para a primeira questão, verifica-se a proposição de que a inserção de uma cultura institucional pautada na ideia de observância de precedentes vinculantes, no ordenamento jurídico brasileiro, não seria produto da vontade positiva do legislador, i.e., das regras do CPC, mas da própria virada de compreensão sobre o papel da interpretação judicial:

A regra do *stare decisis* – em suas duas dimensões, horizontal e vertical – decorre da compreensão do papel adscritivo da interpretação e da necessidade daí oriunda em densificar a segurança jurídica a partir não só da atuação de um *judge inânime* ou de um juiz *oracle of the law*, mas levando-se em consideração a conjunção do trabalho do legislador, da doutrina e do juiz. A regra do *stare decisis* constitui a referência da segurança jurídica em um direito caracterizado pela sua dupla indeterminação. Essa é a razão pela qual as Cortes Supremas devem outorgar unidade à ordem jurídica e mantê-la estável, estando os seus juízes obrigados a seguirem os próprio precedentes (*stare decisis* horizontal), estando todas as Cortes Justiça e todos os juízes de primeiro grau obrigados a observar – isto é, aplicar – os precedentes das Cortes Supremas e a jurisprudência vinculante das próprias cortes a que vinculados (*stare decisis* vertical) [...] Nessa perspectiva, os arts. 926 e 927 do CPC, apenas tornam mais visível a adoção da regra do *stare decisis* entre nós: o deslocamento de uma perspectiva cognitivista [...] para uma perspectiva adscritivista da interpretação [...] exige a alteração do referencial da segurança jurídica: não mais apenas a estática declaração da lei ou dos precedentes, mas a dinâmica reconstrução da relação entre a lei, a doutrina e os precedentes a partir de parâmetros racionais de justificação [...]”<sup>316</sup>.

Outrossim, no que tange à segunda questão, a proposta teórica de Mitidiero traçará uma distinção absolutamente relevante para que se compreenda, na sequência, o objeto da crítica feita pela CHD à teoria dos precedentes vinculante no Brasil. Nas palavras do autor, os precedentes “não são equivalentes às decisões judiciais”, são, na verdade, “razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais”, e “a autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta”, uma autoridade que não decorre de alguma regra legal positiva, mas daquilo que o autor compreende como sendo a “força institucional da jurisdição como função básica do Estado”;

<sup>315</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. pp. 110-113.

<sup>316</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. pp. 110-113.

como garantidora de valores políticos de liberdade e igualdade<sup>317</sup>, num paradigma da teoria da interpretação “em uma perspectiva lógico-argumentativa”<sup>318</sup>. Vejamos:

Ser fiel ao precedente significa respeitar as razões necessárias e suficientes empregadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para solução de determinada questão de um caso. Tendo como matéria-prima a decisão, o precedente trabalha essencialmente sobre os fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado e que determinaram a prolação da decisão da maneira como foi prolatada. [...] Os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios – isto é, vinculantes. Do contrário, poderiam ser confundidos com simples exemplos. Isso quer dizer que existe no direito brasileiro um forte efeito vinculante dos precedentes (“strong-binding-force”). Embora o Código tenha introduzido legislativamente o conceito de precedente entre nós, a autoridade do precedente obviamente dele não decorre. Na verdade, a autoridade do precedente decorre do fato desse encarnar o significado que adscrito ao direito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Vale dizer: a autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta. A compreensão da teoria da interpretação em uma perspectiva lógico-argumentativa retira o foco exclusivamente da lei e coloca-o também no precedente, de modo que a liberdade e a igualdade a partir daí devem ser pensadas também diante do produto da interpretação [...] Dessa forma, o precedente, sendo fruto da reconstrução do sentido da legislação, passa a ser o derradeiro garante da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica no Estado Constitucional. Nessa linha, o precedente judicial constitui fonte primária do Direito [...] A força vinculante do precedente judicial não depende, portanto, de uma manifestação específica do direito positivo. É consequência de uma determinada concepção a respeito do

---

<sup>317</sup> Em texto lavrado a partir da obra “A ética dos precedentes”, de Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, L. G.. **A Ética dos Precedentes**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014) para conferência IAPL Seoul Conference 2014 – Constitution and Proceedings, coordenada pelo Professor Oscar Chase (Universidade de Nova Iorque – NYU), Mitidiero e Marinoni sintetizam o aspecto “ideológico” por detrás do estabelecimento de um “sistema de precedentes vinculantes”, afirmando que entre a inobservância dos precedentes judiciais das Cortes Superiores e o patrimonialismo brasileiro, haveria algo como um elo associativo relevante: “a argumentação dotada de racionalidade não supre outra espécie de racionalidade, que é aquela que diz respeito à aplicação do direito pelo Poder Judiciário. O sistema judicial tem, internamente, órgãos incumbidos de eliminar as dúvidas interpretativas, exatamente por ser incoerente e irracional aplicar “vários direitos” diante dos casos conflituos. Cabe ao Supremo Tribunal Federal diante do recurso extraordinário e ao Superior Tribunal de Justiça diante do recurso especial definir respectivamente o sentido do direito constitucional e do direito federal infraconstitucional, expressando uma norma dotada de autonomia em face da lei, que, assim, incorpora-se à ordem jurídica. Ora, um sistema judicial que, apesar da intervenção da sua Corte Suprema, admite interpretações diferentes, é completamente incapaz de gerir a sua função de distribuir “justiça” nos casos concretos. Esse sistema não viabiliza a coerência da ordem jurídica, a igualdade perante o direito, a liberdade e a previsibilidade, além de não incorporar um método capaz de fazer com que o direito se desenvolva racionalmente de maneira paulatina pelo enfrentamento de novos casos que denotem novas soluções jurídicas. O desrespeito aos precedentes das Cortes Supremas é porta aberta para a distribuição desigual e aleatória da “justiça”, com todas as suas perversas consequências. [...]” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Cultura religiosa, previsibilidade e unidade do direito pelo precedente*. CHASE, Oscar (coord.). **IAPL Seoul Conference 2014 – Constitution and Proceedings** - Civil Procedure and Religion, Seoul, 2014).

<sup>318</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. pp. 117-118.

que é o Direito e do valor que deve ser reconhecido à interpretação. [...] Isso quer dizer que a recusa à aplicação<sup>319</sup>.

Enfim, vê-se que precedentes judiciais são, para a doutrina precedentalista, fontes primárias de direito, cuja autoridade decorre fundamentalmente do papel exercido pelas Cortes Superiores como atribuidoras últimas do sentido a ser aderido ao direito brasileiro; deixar de observar um precedente é deixar de observar o próprio direito, dessa maneira. Isso significa que sumulas, IRDR's e outros tipos de “teses” judiciais são precedentes? Com Mitidiero, poderíamos afirmar que não. Para esse autor, “*súmulas, os temas e as teses [...] não constituem precedentes*”:

A propósito, assim como as súmulas, os temas e as teses também não constituem precedentes. Os temas constituem modo de indexação de questões que se encontram sob a apreciação das Cortes Supremas, ao passo que as teses são as suas respostas. Embora as teses busquem igualmente retratar um precedente, também não são vinculantes: o que vincula é o precedente que se encontra na sua origem. A tese é a interpretação dada pela Corte Suprema ao precedente – o que não dispensa, porém, a avaliação da sua congruência com os fatos e as razões que procura retratar. O que vincula, portanto, não é a tese, mas o precedente de que deriva<sup>320</sup>.

Tendo as considerações de Mitidiero em mente, seria, então, equivocado afirmar que a doutrina precedentalista brasileira equipara “teses” a precedentes vinculantes; seria essa afirmação uma interpretação equivocada da doutrina precedentalista brasileira? Não nos parece que seja esse o caso. É possível verificar que há uma “confusão” dentro do próprio âmbito da doutrina precedentalista entre o que essa propõe como “Cortes de Precedentes” e o que seriam “Cortes de Teses” – principalmente dentro da defesa feita pelo Ministro Luís Roberto Barroso, alocado no seio do Supremo Tribunal Federal, tendo suas considerações, portanto, um “peso especial”. Veja-se:

O Novo Código de Processo Civil acolheu categorias muito semelhantes àquelas do direito estrangeiro, já descritas acima. Determinou, em primeiro lugar, que o teor vinculante do precedente, a ser observado pelas demais instâncias, corresponderá à tese jurídica afirmada pela corte ao decidir. O conceito de tese jurídica adotado pelo novo Código parece guardar correspondência com o conceito de *ratio decidendi*, já aludido. A tese jurídica constitui uma descrição da interpretação constitucional produzida pela Corte como uma premissa necessária à decisão. Não se confunde com os próprios fundamentos da decisão, embora estes sejam importantes para determinar-lhe

<sup>319</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. pp. 117-121.

<sup>320</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. pp. 129-131.

o teor e o alcance. Tanto é assim que o CPC/2015 implicitamente diferencia os dois conceitos – tese e fundamentos – prevendo, por exemplo, que a aplicação da tese vinculante pressupõe a demonstração de que os motivos que determinaram a sua afirmação estão presentes igualmente no novo caso. O novo Código estabelece, ainda, que o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro de julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas deve conter, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos a ela relacionados, de forma a permitir “a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente”. Tese e fundamentos determinantes são, assim, conceitos distintos para o novo Código<sup>321</sup>.

Pondo tais considerações sob uma perspectiva crítica, poderíamos, sem correr qualquer risco de deslealdade intelectual, indagar: afinal, se precedentes não são as teses jurídicas a eles adjacentes, mas, ao mesmo tempo, são “o teor vinculante dos precedentes”, o que, no fim do dia, vinculará – o precedente ou a tese<sup>322</sup>? É precisamente nessa “zona de penumbra” que se verifica no raio de argumentação da doutrina dos precedentes vinculantes brasileira, que a CHD aportará suas contribuições. O que se percebe, no limite, é que súmulas e teses, ainda que dogmaticamente não sejam consideradas precedentes de forma absolutamente taxativa, não raras as vezes esses institutos obnubilam o sentido da vinculação a um precedente, principalmente num plano “prático”<sup>323</sup>; o que deveria representar um ganho de previsibilidade

---

<sup>321</sup> BARROSO, L. R.; MELLO, P. P. C. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito Brasileiro. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 1, p. 316-353, 2018.

<sup>322</sup> É de suma importância salientar: as críticas da CHD à tese dos precedentes vinculantes, não pode ser tida como uma crítica ingênua – tampouco desleal –, no sentido de representar a afirmação de que os defensores de tal tese proponham categoricamente que, por exemplo, súmulas, teses, ou temas repetitivos são precedentes; demonstrou-se que uma crítica dessa natureza representaria a desconsideração de concessões expressas feitas pelos seus defensores – v.g. Daniel Mitidiero. Ainda assim, seria, por outro lado, desleal afirmar que é de toda falsa a afirmação de que boa parte da doutrina precedentalista amalgama a ideia de precedentes com as teses/temas/precedentes que – a priori – enunciaram as suas razões determinantes. O ponto, em verdade, é que o estado de coisas sobre o tema permite afirmar que não há nem sequer um “consenso dogmático” efetivo a respeito do significado da proposição de que um juiz de primeira instância ou uma Corte de Justiça “está vinculado a uma súmula de uma Corte Superior” – inclusive porque o CPC, por exemplo, quando refere-se ao instituto das súmulas, não menciona uma observância dos precedentes a essas adjacentes – tal como propala, em leitura crítica, a própria doutrina precedentalista –, mas, justamente, dos “enunciados de súmula vinculante” (art. 927, II, CPC/15).

<sup>323</sup> Em nossa perspectiva, caso recente e paradigmático no que tange à dificuldade de uma relação verdadeiramente construtiva entre teses e precedentes, é o julgamento do REsp n.º 1.820.963/SP, envolvendo o Tema Repetitivo 677, do Superior Tribunal de Justiça. Nesse caso, atinente aos efeitos da realização do depósito de garantia do juízo no que diz respeito à mora do devedor, na fase de cumprimento de sentença/execução. Em meados de 2014, o Superior Tribunal fixou a tese de que “na fase de execução, o depósito judicial do montante (integral ou parcial) da condenação extingue a obrigação do devedor, nos limites da quantia depositada”; recentemente, no entanto, a tese foi modificada para “na fase de execução, o depósito efetuado a título de garantia do juízo ou decorrente de penhora de ativos financeiros não isenta o devedor do pagamento dos consectários da sua mora, conforme previstos no título executivo, devendo-se, quando da efetiva entrega do dinheiro ao credor, deduzir do montante final devido o saldo da conta judicial”. Deixando-se de adentrar com profundidade no debate, o simples contraste entre ambas as teses mostra que não se está diante de um “reparo” numa tese anterior que representava inadequadamente o precedente que a fundava – em que pese tenha sido justamente esse o fundamento para a modificação do teor do tema –, mas essencialmente em uma alteração de entendimento a partir da própria tese – o tema, e não o precedente, passou a ocupar o centro do debate interpretativo. Isso porque, ainda que teses não sejam consideradas como precedentes, quando se fala em segurança jurídica e previsibilidade, fato é que os agentes econômicos atentar-se-



e segurança, prejudica a formação de uma compreensão do direito como um fenômeno interpretativo marcado por um empreendimento hermenêutico substantivo e coletivo. Assim, adentremos agora nas considerações da CHD a respeito desse contexto. Antes, todavia, um pressuposto compreensivo deve ser posto.

Como restou esclarecido a partir das considerações tecidas até aqui neste capítulo, entre “common law”, “civil law”, “sistema de precedentes brasileiro”, “teoria da interpretação judicial”, e todas as questões envoltas a aproximação dessas tradições e o tema dos precedentes – o que são, como e por quê devem ser tidos como vinculantes –, há um espectro que paira no ambiente: os reflexos de uma concepção positivista de direito centrada na ideia de autoridade do direito como produto da autoridade de quem o estabelece – seja ela o Legislador ou as Cortes Superiores.

O que ocorre é que uma concepção positivista do fenômeno jurídico tem uma “perversão” – no sentido de uma consequência não necessariamente desejada ou defendida por aquele que elabora uma tal concepção analiticamente; fundamentalmente porque muitos dos seus defensores partem de uma cisão entre abordagens metodológicas descritivas e prescritivas – qual seja, o realismo jurídico<sup>324</sup> no momento da aplicação/interpretação do direito “na prática”. Existe – desconsiderando complexidades metodológicas envolvidas – uma aproximação entre a descrição do direito como fruto de um comando da autoridade (*auctoritas, non veritas facit legem*) e a ideia de que basta uma certeza formal de quem comanda e o que comanda, no plano

---

ão às teses como se regras jurídicas fossem. Em outras palavras, o curso de ação dos jurisdicionados acabará, invariavelmente, sendo regulado pela tese e não pelo precedente a ela adjacente; a própria existência de um instituto como “sumulas vinculantes” resvala, na prática e na perspectiva do cidadão, numa ocultação do “precedente genuíno” (DIAS, Giovanna.; SILVA, Frederico Pessoa da. Sobre o Tema 677 do STJ e o problema dos precedentes no Brasil. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 01 - 05, 17 dez. 2022; ver também: STRECK, Lenio Luiz. Equívocos sobre a "cultura de precedentes" à brasileira: novo round. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 dez 2022). Casos como o referido convidam à reflexão – até mesmo em um plano empírico: no Brasil, seguem-se precedentes ou teses?

<sup>324</sup> “As melhores críticas ao livro Cortes Superiores e Cortes Supremas, SP: RT, 2013, de Mitidiero, são feitas por Georges Abboud, *in verbis*: ‘É louvável a iniciativa do autor em dedicar a obra exclusivamente para explorar a função das Cortes Superiores. Ocorre que, com a devida vênia, a obra contém equívocos de nomenclatura, filosóficos e hermenêuticos que nos impedem de concordar com as conclusões apresentadas pelo autor. Basicamente, o autor incorre nos dois principais equívocos que têm sustentado as recentes reformas legislativas: (i) a obra está pautada num resgate de um realismo jurídico primitivo, como se o direito pudesse ser restrito aquilo que decidem os Tribunais Superiores, no caso do Brasil, STF e STJ; (II) o foco do problema do Judiciário é todo deslocado para as Cortes Superiores e sua padronização decisória, sem se preocupar com uma teoria da decisão judicial que anteceda o recrudescimento dos poderes dos Tribunais Superiores. A tese foca-se em apenas um dos vértices o superior, ignora a questão do ativismo e da discricionariedade, questões cujo desenlace é fundamental para se trabalhar com reformas legislativas ou propostas doutrinárias que contribuam para aumentar o poder dos Tribunais Superiores’. (Processo Constitucional Brasileiro, SP: RT, 2016, n. 5.4., p. 537) [...]” (STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica** – o sentido da vinculação no novo cpc/2015. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 122).

prescritivo, para que o direito seja, não apenas descrito, mas fiel a sua “finalidade”<sup>325</sup>. Eis uma questão que deve ser mantida no horizonte de análise.

Avançando, a CHD enfrenta o tema dos precedentes assumindo certos pressupostos, dos quais muitos são até mesmo compartilhados com a doutrina precedentalista e seus defensores. Dentre tais pressupostos, aqueles que podem ser tidos como centrais dizem respeito, fundamentalmente, ao fato de que (i) os tipos decisórios estabelecidos pelo CPC não são precedentes, tampouco sendo adequado considerar que “temas” e “teses” possam ser tidas como sendo representações últimas do sentido normativo de um precedente; (ii) um precedente judicial equivale a um “texto”, da mesma forma como o é uma “regra legal”, no sentido de que a norma jurídica será desde-sempre (independentemente da posição hierárquica do interprete no organograma do Poder Judiciário) um produto da sua interpretação; e, principalmente, (iii) não há mais espaço, segundo a teoria do direito contemporânea, para grandes contestações a respeito da superação da visão – representada pelo positivismo clássico – “declaratória” – ou, na gramática da doutrina precedentalista brasileira, “cognitivista”<sup>326</sup> – da atividade

---

<sup>325</sup> É precisamente por força dessa aproximação que não é por acaso a ligação estabelecida por Pierluigi Chiassoni entre Thomas Hobbes e Oliver Wendel Holmes Jr.: “Segundo Hobbes, a vigência de uma regra sancionadora constituiria unicamente o signo, o índice, do perigo preponderante de sofrer um mal, em outras palavras, um mero fato ao qual levar em consideração no próprio agir: ‘Agora, naquelas leis, que são leis puras e simples, o comando (*commandment*) está dirigido a cada homem; nas leis penais, pelo contrário, o comando está dirigido ao magistrado, que é o único culpável de sua violação, mesmo quando as penas que tenham sido prescritas não sejam inflingidas; e aos outros não compete nada mais, senão ter consciência do perigo’. A posição de Hobbes teve eco, 250 anos mais tarde, nas palavras formuladas pelo eminente jurista estadunidense Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935), em um celeberrimo ensaio, *The path of the law* (1897), que será considerado, no curso do século XX, como o protomanifesto do realismo jurídico americano. Holmes escreve: ‘Quando estudamos o direito não estudamos nada misterioso, mas uma bem conhecida profissão (...). A razão pela qual é uma profissão, do por quê o povo está disposto a pagar os advogados que o defendem ou aconselham, consiste no fato de que, em sociedades como as nossas, o controle (*command*) da força pública está confiado, em certos casos, aos juízes e, se for necessário, se fará recurso ao inteiro poder do estado para dar execução a seus pronunciamentos e decretos. O povo quer saber em que circunstâncias, e até que ponto, ele corre o risco de encontrar-se com qualquer coisa mais forte que ele, e em consequência a atividade que consiste em descobrir quando tal perigo deve ser temido torna-se economicamente aproveitável’ [...]” (CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Tradução de Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Contracorrente, 2017. pp. 222-223).

<sup>326</sup> Para possíveis críticas a respeito da utilização do termo “cognitivista” para referir-se a uma postura puramente declaratória da compreensão atinente à interpretação jurídica, ver: FERREIRA NETO, Arthur. *Metaética e a fundamentação do direito*. Porto Alegre: Elegância Juris, 2015.

hermenêutica exercida pelo juiz (e, por consectário, do árbitro<sup>327</sup>). A respeito desse terceiro ponto, vejamos<sup>328</sup>:

Por último, uma questão teórica fundamental: penso que hoje em dia – com o avanço da Teoria do Direito – já podemos estar de acordo que o positivismo clássico (o que Mitidiero, por exemplo, chama de formalismo de matriz cognitivista) está superado. E o que não necessitamos é fazer esforços e gastar preciosas energias para superar algo que Kelsen já havia suplantado. Sim, pode parecer estranho, mas Kelsen é um positivista pós-exegético. Portanto, creio que podemos estar de acordo, a partir de Hart – esse pelo lado do positivismo (inclusivo) – e por Muller – este pelo lado do pós-positivismo – que já não há qualquer novidade em falar da (e na) superação do formalismo (ou exegetismo) ou equiparação texto-norma (nem preciso falar dos demais autores pós-hartianos, vivos e mortos). Se nos colocarmos de acordo com isso, ficará mais fácil falarmos em precedentes, teses, texto, norma, teoria da interpretação e conceitos afins (de uma teoria normativa, ou mesmo de teoria política). Por fim, o cerne desta questão é: o que fazer neste ambiente de indeterminação gerado pelo pós-exegetismo? Tentando dar conta deste estado de coisas estão argumentativistas, interpretativistas, hermeneutas, positivistas e de vários matizes, analíticos, dentre outros. A pergunta que surge é: seriam os precedentes suficientes para contornar esta realidade ou seria mesmo um retorno – ou a concessão fatalista – a um positivismo fático (jurisprudencialista)<sup>329</sup>.

<sup>327</sup> O juiz não exerce uma atividade unicamente declaratória; tal afirmação não diz respeito ao juiz em termos funcionais, mas ao exercício da atividade jurisdicional em plano absolutamente mais profundo do que qualquer caracterização funcional da atividade judicante, um plano que adentra, como já tanto dito e redito, na zona de domínio das teorias do direito e da hermenêutica jurídica. Por essa razão é que não nos parece haver razão para que a atividade do árbitro, no exercício da jurisdição, deva ser vista como uma atividade de verniz puramente declaratório. A esse respeito, ver considerações de Cândido Rangel de Dinamarca, atinentes à íntima conexão entre a natureza jurisdicional do instituto da arbitragem e a vinculação do árbitro aos provimentos vinculantes do STF, previstos pela própria Constituição Federal: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 212-213.

<sup>328</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica** – o sentido da vinculação no novo cpc/2015.

2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. pp.

<sup>329</sup> “A partir da Crítica Hermenêutica do Direito, é possível dizer que o realismo jurídico, seja o escandinavo ou norte-americano, está inserido no paradigma juspositivista, sendo adequada a alcunha de ‘positivismo fático’ feita por Luis Alberto Warat. Esta denominação está relacionada com a ênfase na expressão concreta do Direito, empírica, em contraposição a posturas mais formalistas e abstratas. Reconheço, nesse sentido, que o realismo jurídico surge em resposta ao eventual formalismo subjacente às concepções de um positivismo primevo; entretanto, suas objeções foram assimiladas por versões positivistas posteriores (na medida em que não se tem uma preocupação normativa com a decisão judicial). Além do mais, seu arcaísmo filosófico não rompeu com a tradição positivista, e foi, talvez, por isso que se deu esta incorporação. Desse modo, é bastante possível dizer que o realismo jurídico é uma expressão do positivismo jurídico, tomado em sentido lato. Tudo isso é corroborado pela assertiva do jusfilósofo Manuel Rodrigues Puerto (2011, p. 30), que é enfático em equiparar o realismo ao positivismo jurídico: se o Direito é somente o produto da vontade, com independência do seu conteúdo, a situação teórica é a mesma que a do positivismo de base legal: a diferença é que o Judiciário assume o lugar do legislador. [...]” (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. pp. 281-282). Ainda, ver também considerações de Pierluigi Chiassoni, sobre a relação entre o positivismo normativista de Hans Kelsen e o realismo jurídico: CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Tradução de Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Contracorrente, 2017. pp. 513 e segs.

Como é possível perceber, as questões levantadas pela CHD ante as propostas teóricas da doutrina precedentalista brasileira dizem respeito, não aos pressupostos assumidos por tal doutrina (v.g. superação do formalismo, não equiparação entre texto-norma etc.), mas (i) na forma de compreender tais pressupostos e, por conseqüência, (ii) na resposta entregue à pergunta levantada ao final do trecho acima homenageado<sup>330</sup>.

Retomando os apontamentos anteriormente levantados, é preciso salientar que Mitidiero, Marinoni e Arenhart afirmam categoricamente que “*os juízes e tribunais interpretam para decidir, mas não existem para interpretar; a função de atribuição de sentido ao direito ou de interpretação é reservada às Cortes Supremas*”<sup>331</sup>. Essa proposição, por sua vez, carrega em si o substrato da tensão da corrente doutrinária por esses autores representada e a CHD: para Lenio Luiz Streck, a doutrina precedentalista equivoca-se ao cindir o ato de interpretação do ato de aplicação do direito<sup>332</sup>, porquanto o ato de aplicação de um precedente é, também, um ato interpretativo<sup>333</sup>, na medida em que a *ratio* de determinada decisão judicial – ou mesmo as súmulas, temas e teses previstas pelo CPC – são “textos”, assim como a Lei, razão pela qual

---

<sup>330</sup> Para fins de ilustração: trata-se mais de um embate entre propostas de tratamento, do que entre resultados de diagnósticos.

<sup>331</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio Cruz. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 105.

<sup>332</sup> “Contra a tradição de separar/cindir os momentos interpretativos em *subtilitas intelligendi*, *subtilitas explicandi* e *subtilitas applicandi* (primeiro conheço, depois interpreto e só depois aplico), Hans-Georg Gadamer (2012) faz uma autêntica reviravolta na hermenêutica. Segundo o mestre alemão, é equivocado cindir o ato interpretativo, porque nós sempre estamos aplicando. É neste ponto que reside o maior contributo de Gadamer à hermenêutica jurídica. É impossível reproduzir sentidos. E é por isso que não se pode mais falar em *Auslegung* – extrair sentido –, e, sim, em *Sinnggebung* – atribuir sentido. O processo hermenêutico é sempre produtivo (afinal, nunca nos banhamos na mesma água do rio). A *applicatio* tem direta relação com a pré-compreensão (*Vorverständnis*). Há sempre um sentido antecipado. Não há grau zero de sentido. Assim, pode-se dizer que nem o texto é tudo e nem o texto é um nada. Por exemplo: nem a lei escrita é tudo; mas não se pode dizer que este texto (lei escrita) não tem valor ou importância para o intérprete. E, importante, textos, aqui, devem ser entendidos como eventos. Gadamer não deve ser entendido como um filólogo. A hermenêutica é universal. Todos os objetos, atos etc. são textos. E sempre são interpretados. Mas isso nunca ocorre no vácuo: quem quer compreender um texto deve deixar que o texto lhe diga algo. *Applicatio* quer dizer que desde sempre já estou operando com esse conjunto de elementos e categorias que me levam à compreensão. Mesmo quando raciocino com exemplos abstratos, estou aplicando” (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 21).

<sup>333</sup> “Portanto, lá como cá, inexistente aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros. Sob essa perspectiva que deve guiar a aplicação dos artigos 916 e 927 do CPC. Nem tudo que estiver contido numa decisão vinculante (seja uma súmula, um acórdão jurisprudencial ou um precedente) é efetivamente vinculante, da mesma forma que o fato de estar previamente delimitado aquilo que é vinculante (por exemplo uma SV) nunca será dispensável a interpretação do julgador para precisar seu sentido perante o caso concreto. Mesmo a SV é passível de exame de seu ‘DNA’. [...] Em termos simples, ao autor e ao réu deve ser garantida a possibilidade de externarem as razões acerca de que forma deverá ser aplicada determinada súmula vinculante ou acórdão paradigma, por exemplo, no bojo da lide por eles instaurada. [...] Se todas as matérias de ordem pública, para serem aplicadas demandam prévia possibilidade de as partes se manifestarem, com maior razão, deve ser facultado às partes se pronunciarem sobre qual a correta forma de incidência do preceito vinculante em face de sua lide [...]” (ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. **O npc e os precedentes: afinal do que estamos falando?** In: JR., Fredie Didier *et al.* **Grandes temas do novo CPC – Precedentes**. 2. ed. 3. v. Salvador: JusPodivm, 2016. pp. 178-179).

falar em não equiparação entre texto e norma, implica afirmar que não há equiparação entre precedente e norma.

Nesse sentido, considerar como viável – a partir do paradigma de “cisão entre texto e norma”<sup>334</sup> – uma cisão funcional entre Cortes de Justiça e Cortes Superiores (Cortes de Precedentes) não é, para a CHD, uma resposta correta a partir da adequada compreensão dos paradigmas assumidos pela própria doutrina precedentalista. Em verdade, o que se verifica é a tentativa de criação de uma “Leviatã” hermenêutico a partir do instituto dos precedentes<sup>335</sup> – antes, com os exegetistas, a autoridade estava colocada na Lei escrita, i.e., nos comandos do soberano; após a superação do juiz-boca-da-lei, recorre-se, no Brasil, a um juiz-boca-dos-precedentes – como se os precedentes não carregassem em si a mesma “abertura textual” que a Lei carrega, ainda mais considerando-se a recorrente assimilação do papel da decisão que produz o precedente, com a tese jurídica a ela adjacente, fixada pela Corte Superior, a qual assume contornos concretos análogos a própria regra legal escrita prospectivamente<sup>336</sup>.

Em outras palavras, para a CHD, apesar de a doutrina precedentalista assumir expressamente o paradigma da não equiparação entre texto e norma, ao cindir a atividade jurisdicional em interpretação e aplicação – a primeira, às Cortes Superiores; e a segunda, às Cortes de Justiça –, seus defensores acabam por equiparar o precedente à norma. Ocorre que, seja a decisão proferida pela Corte, as suas “razões determinantes”, as teses e súmulas que as enunciam, todos esses institutos representam textos (eventos, na gramática da hermenêutica filosófica e da filosofia hermenêutica) tanto quanto o comando do Legislador, daí porque buscar

---

<sup>334</sup> “Foi Friedrich Müller [...], considerado o “pai do pós-positivismo”, quem cunhou a máxima de que “[...] a norma é sempre o sentido atribuído ao texto (jurídico).” Mais do que isso, desenvolve uma ampla teoria para superar o positivismo que equipara(va) texto e norma, mostrando que o texto não subsiste sem a atribuição de sentido que se faz apenas na concretude. A prescrição juspositiva seria mero abalizador na estruturação da norma. A lei (texto normativo) em si não contém as normas jurídicas, que são frutos de um complexo processo de concretização. Para Müller, a norma é construída apenas no caso concreto, como resultado de uma atividade prática, na qual os elementos linguísticos do Direito (os textos de normas), adquirem sentido a partir de sua conjugação com os elementos de fato” (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 419).

<sup>335</sup> “[...] de nada adianta fugir das pequenas discricionariedades da jurisprudência lotérica apostando num grande Leviatã hermenêutico [...]” (STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica** – o sentido da vinculação no novo cpc/2015. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 10).

<sup>336</sup> “Hodiernamente, apostar em decisões dos Tribunais com efeito vinculante consiste em realizar a mesma forma de aposta ingênua que foi feita na Revolução Francesa. Contudo, no passado, acreditava-se que a lei conteria a infinidade de solução de casos. Atualmente, essa mística tem sido depositada nas decisões dos tribunais superiores, a aposta é de que o STJ e o STF poderia criar superdecisões que, por si só, trariam a solução pronta (norma) para deslindar uma multiplicidade de casos. O que outrora era creditado à lei, agora a crença deposita nas decisões dos Tribunais Superiores. O antigo juiz boca-fria-da-lei é substituído por um juiz-boca-fria-da-súmula ou ainda juiz-boafria-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores. Qualquer um desses juízes incorre em equívocos hermenêuticos e partilha a concepção de que é possível decidir os casos previamente em abstrato. [...]” (ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro”. In: JR., Fredie Didier *et al.* **Grandes temas do novo CPC** – Precedentes. 2. ed. 3. v. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 403).

socorro contra um suposto “estado de natureza hermenêutico” numa espécie de “formalismo precedentalista” não é a melhor abordagem, aos olhos da CHD<sup>337</sup>.

Para além disso, a tese de divisão funcional ainda coloca outra questão: o problema de que precedentes não nascem, mas tornam-se fontes de direito dotadas de autoridade<sup>338</sup>. A autoridade do precedente judicial deve ser vista numa relação dialógica entre o julgador que proferiu a decisão e o julgador subsequente, que se depara diante de um novo caso, *a priori*, análogo àquele resolvido pelo julgador anterior. Defrontando-se com esse novo desafio, o decisor desafiado é que deverá dizer se a decisão prévia deve ou não ser tida por vinculante; nesse processo, evidentemente que a posição hierárquica do órgão que proferiu a decisão previa pode e deve ser considerada, mas isso não encerra o ônus e dever do julgador posterior de verdadeiramente apresentar a decisão prévia como digna (formal e substancialmente) de ser tida por vinculante.

Assim, um precedente não detém uma autoridade posta, mas uma autoridade que advém do processo reconstutivo<sup>339</sup> exercido pelo próprio juiz subsequente; esse é quem identifica, na decisão prévia proferida em um caso análogo, uma autoridade a ser observada, não unicamente pela qualidade de suas razões – isso é verdade –, mas tampouco apenas pela posição hierárquica da Corte-do-precedente<sup>340</sup>. Pondo em outros termos, para a CHD, um precedente legítimo (ou genuíno) não se anuncia enquanto tal, mas se deixa revelar.

---

<sup>337</sup> “[...] A ruptura com o estado de natureza hermenêutico não se dará por uma delegação em favor de uma instância última, isto é, um ‘abrir mão do poder de atribuir sentidos em favor de uma espécie de Leviatã hermenêutico’, como faz parecer a súmula vinculante e outros mecanismos vinculatórios [...]” (ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 66).

<sup>338</sup> “O que é, simplesmente, essencial – para além das considerações sobre o instituto do *stare decisis*, especialmente no Brasil, já subjacentes às minhas críticas – é insistir uma vez mais em um ponto tão óbvio quanto ignorado pelos precedentistas: um precedente não nasce precedente. Nem por conteúdo, nem por autoridade, nem por Corte ‘de Vértice’ [...]” (STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica – o sentido da vinculação no novo cpc/2015**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 114).

<sup>339</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica – o sentido da vinculação no novo cpc/2015**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. pp. 115-16.

<sup>340</sup> “Em função da compreensão hermenêutica do tema, o precedente deve ser vislumbrado em dois níveis de análise: em um primeiro momento, o precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá dele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares. O mecanismo da decisão por precedentes é natural e funcionalmente de caráter hermenêutico em razão de dois aspectos principais. O primeiro é porque a decisão por precedents não se articula com textos pré-definidos, vale salientar: o precedente, e mais especificamente com a *ratio decidendi*, não pode ser capturado e limitado por um texto, súmula etc., sob risco de deixar de ser *ratio decidendi*. O Segundo aspect é que a necessária individualização do caso a ser decidido por um precedente não abarca previamente uma questão fática, o que torna necessária a demonstração da singularidade de cada caso, para que se evidencie a possibilidade ou não de submetê-lo à solução por precedentes. [...] Em outros termos, não existe uma previa e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros, pelo contrário, a própria regra jurídica (precedente) é fruto de intenso debate e atividade interpretativa, e, após ser localizada, passa-se a verificar se na circunstância do caso concreto que ela virá solucionar é possível utilizá-la sem que ocorram graves distorções, porque se elas ficarem caracterizadas, ela, isto é, o precedente, deverá ser afastada Em termos simples, o precedente genuíno no *common law* nunca nasce desde-sempre precedente. [...]” (ABBOUD, Georges. Do

É por essas razões que a já referida “confusão” dogmática entre a efetiva relação entre as teses produzidas pelas Cortes de Precedentes e os precedentes propriamente ditos também é aspecto enfrentado diretamente pela CHD. A partir dessa, a ideia de que súmulas e teses – independentemente se consideradas ou não como genuínos e legítimos precedentes vinculantes – representariam uma (boa) resposta em favor da segurança na “aplicação” do direito, nada mais é do que uma espécie de retorno às cartografias pré-modernas de assujeitamento da realidade segundo “ideologias” de completude dos comandos normativos do direito. Leia-se:

[...] a pretensão de isomorfia é ilusória. Impossível. Ora, quando um conjunto de pessoas propõe algo, por meio de um enunciado ou um precedente, propõem nada senão uma tentativa de se chegar em um conjunto de palavras capaz de abarcar o mundo e conferir-lhe um sentido último — o ponto, e, portanto, a inevitável contradição, é que isso é feito sem que se saiba, contudo, de que mundo se trata. Em analogia a Gadamer (2002, p. 405), lembremos que não se pode dizer algo sobre o mundo antes que se deixe que o mundo diga algo. Um sujeito propõe. De que lugar? Qual é a fundamentação (no caso, do enunciado ou do precedente)? Uma outra palavra ou um conjunto de palavras. Uma analítica que se autofunda [...] Sem se darem conta, os adeptos das “Cortes de Precedentes” no Brasil querem uma volta às cartografias pré-explicativas do mundo [...] Os precedentes e os enunciados representam um retorno ao sujeito que objetifica a realidade que, por sua vez, deseja retornar ao assujeitamento das cartografias que pretendem conter a completude do mundo em si. A mixagem de paradigmas superados das metafísicas em seu sentido ontoteológico moderna e clássica opera mais uma vez.

Por fim, a crítica elaborada por Lenio Streck ainda levanta outro ponto central, em um âmbito institucional<sup>341</sup> segundo o próprio princípio da separação dos poderes – a partir de uma posição “legictrista ortodoxa”<sup>342</sup>. Nesse âmbito da crítica, há uma ataque direto ao realismo

---

genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro”. In: JR., Fredie Didier *et al.* **Grandes temas do novo CPC – Precedentes**. 2. ed. 3. v. Salvador: JusPodivm, 2016. pp. 403-404).

<sup>341</sup> Aliás, é a aproximação da “aparência normativa” da Lei e súmulas/teses/temas – enunciados jurídicos gerais, abstratos e vinculantes – que torna possível a formulação de uma crítica sob o prisma da separação dos Poderes. A esse respeito, vale menção ao estudo de equiparação de tais institutos com a figura dos assentos do direito Português, tido, no velho mundo, como inconstitucionais. Ver aqui: SANTOS, Igor Raatz; STRECK, Lenio Luiz; MORBACH, Gilberto. Da genealogia dos mecanismos vinculantes brasileiros: dos assentos portugueses às “teses” dos tribunais superiores. **Revista Eletrônica de Direito da Universidade Federal da Santa Maria**, Florianópolis, v. 14, n. 1, abr. 2019, pp. 1-31. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/37204/pdf>. Acesso em 4 mar. 2023.

<sup>342</sup> Uma postura, diga-se, que parte do pressuposto de que não há qualquer razão para crer que a resposta para a insegurança jurídica possa ser encontrada na tentativa de aproximação entre tradições jurídicas (*common law* e *civil law*); seja um código civil ou um *law report*, ambos, no fim do dia, deverão ser interpretados e o receio quanto a uma ausência de unicidade de sentidos *a prioristicamente*, não deve – para a CHD – necessariamente levar-nos à aceitação de uma doutrina formalista dos precedentes judiciais. Provas variadas poderiam ser apresentadas nesse sentido, como, por exemplo, a assunção por Hart (autor inserido na tradição do *common law*) de que toda regra jurídica (derivada de um estatuto legal ou um precedente judicial) apresenta um “núcleo duro” e uma “zona de penumbra” – isto é, haverá casos de “fácil” e “difícil” aplicação do direito –, ou, ainda, até mesmo uma abordagem darwinista evolucionista, a partir da qual claramente a tradição romano-germânica, porque muito mais difusa entre

jurídico – ao menos como uma consequência da tese precedentalista. O que a CHD afirmará, é que a Lei e Constituição, em suma, verdadeiramente importam, e simplesmente apostar em uma autoridade hermenêutica absoluta das Corte Superiores desloca ilegitimamente o centro de gravitação da atividade interpretativa do julgador, do direito segundo parâmetros de integridade e coerência, para a decisão judicial – não só retirando-lhe a autonomia que lhe é própria, inclusive pela circunstância da adoção, no Brasil, de um regime radical de controle de constitucionalidade; mas, fundamentalmente, fragilizando o aspecto democrático de que o direito é justamente um empreendimento coletivo no qual as ditas “assembleias político-deliberativas” ocupam um papel central<sup>343</sup>. Vale anotar que essa dimensão da crítica da CHD já se fazia presente nos estudos mais primevos de Lenio Streck sobre o tema, quando ainda efervescia o estabelecimento da eficácia vinculante às súmulas, assim como não se trata de questão novidadeira no seio dos sistemas jurídicos inseridos na tradição romano-germânica – v.g., debate atinente à constitucionalidade dos assentos no direito português<sup>344</sup>.

## 2.4. Conclusões parciais

Entre civil law e common law, há um fio condutor que pode ser denunciado – um caminho compartilhado entre duas “noções” de direito: no princípio, a razão humana era tida como um instrumento de revelação daquilo que deve ser, i.e., o direito era produto de uma

---

nações, levaria vantagem (ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. pp. 91-95).

<sup>343</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica** – o sentido da vinculação no novo cpc/2015. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 80; nesse elemento crítico, a CHD concorda com parte das proposições do que comumente denominasse como “positivismo normativista”: WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Ney York: Oxford University Press, 1999; WALDRON; Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003; RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. Oxford: Clarendon Press, 1988; TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo e pós-positivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

<sup>344</sup> “De registrar que os assentos – fonte paradigmática das súmulas brasileiras -, eram, na verdade, admite Menezes Cordeiro [...], ‘um ‘instituto perturbadoramente problemático’: traduziam-se numa proposição geral e abstrata – uma norma jurídica – dimanada pelo Supremo Tribunal de Justiça e isso a propósito da resolução de um caso concreto. É certo que o assento se movia no âmbito do Direito pré-vigente, limitando-se a optar por uma de duas – em várias – soluções já antes propugnadas por decisões jurisdicionais. Não obstante, o paralelo legislativo era evidente. E assim, há muito subjazia a dúvida dos poderes legislativos do Supremo, num desvio claro à repartição constitucional dos poderes’ [...] para os defensores do efeito vinculante, vale lembrar o dizer de Castanheira Neves, que, na sua (prolongada e sem fronteiras) luta contra a força obrigatória dos assentos, lembrava uma coisa muito simples, ou seja, a de que contemporaneamente, fora do *common law*, só o Supremo Tribunal de Justiça português, através dos assentos e os supremos dos Estados Socialistas, através de directivas, dispunham do poder de impor decisões (prescrições) jurídicas geralmente vinculantes. Destarte, acrescento, como os Estados Socialistas (Europa Oriental) não mais existem, e os artigos 2º do CC e 763 a 770 do CPC português foram revogados, parece que só o Brasil continua insistindo na tese da força obrigatória [das súmulas dos Tribunais Superiores e decisões definitivas de mérito do STF], muito embora a sua filiação ao sistema romano-germânico [...]” (STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. pp. 270-274).



profecia revelada, razão pela qual o papel oracular das Cortes, no common law, pode ser associado, em alguma medida, com o mesmo papel oracular que era dado, no Continente, em um primeiro momento às catedrais acadêmicas – no estudo do direito romano – e aos juízes – nos termos da ideologia mecanicista de aplicação das regras dos códigos legais.

Eis que, escapando das amarras da necessária contextualização histórica das ideias e retornando ao contexto dogmático concreto do direito brasileiro, o que se percebe é que o formalismo essencialista pré-moderno foi apenas substituído por um formalismo convencionalista, que emana da doutrina precedentalista brasileira. Assume-se como pressuposto que o juiz não simplesmente declara um direito pré-existente, tendo a atividade jurisdicional também um papel criativo e de necessário compromisso com ideais substantivos de segurança jurídica e estabilidade decisória, mas, em resposta, opta-se por uma “simplificação deliberada da interpretação”<sup>345</sup> a partir da ideia de que as Cortes Superiores seriam responsáveis pela fixação do sentido último – dentre várias opções possíveis de sentido para o texto normativo – do direito, e, por isso, suas decisões devem ser tidas como “vinculantes” – como “precedentes vinculantes” – em nome dos ideais de liberdade e segurança jurídica.

A CHD, por sua vez, entra em campo tentando demonstrar que esse recurso ao formalismo pode ser compreendido como um retorno ao positivismo (clássico) – e sua perversão “empírica”, o realismo jurídico –, centrado na ideia de que o direito é apenas um produto do comando da autoridade – o Parlamento, mas, em última instância, as Cortes de Vértice. Com esse retorno – denuncia a CHD – parece que algo de importante (substantivamente) se perde. Esse algo, por sua vez, será adiante apresentado e diz respeito àquilo que esse estudo considerará como sendo “O ‘sentido da vinculação’ a um precedente judicial, a partir do paradigma do Estado de Direito e do dever de garantia a uma ‘resposta constitucionalmente adequada’” (Cap. 3.2.).

---

<sup>345</sup> Sobre o contraste, no plano institucional, das várias propostas hodiernas de modelos de interpretação judicial – dentre as quais o formalismo propugnado, por exemplo, por Adrian Vermule; o “interpretativismo” de Ronald Dworkin e o “minimalismo” de Cass Sustein –, ver: LOPES, Ziel Ferreira. **Onde habita o juiz Hércules?** Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais. 2020. Tese de doutorado – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Faculdade de Direito, São Leopoldo, 2020. p. 202.

### **3. UM ARGUMENTO: A NATUREZA DA VINCULAÇÃO DO ÁRBITRO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS À LUZ DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO**

Adentramos, agora, na terceira e última etapa do estudo, na qual nos valeremos das considerações lançadas anteriormente para buscar construir uma tentativa de resposta para a pergunta central desta investigação, qual seja, “estão os árbitros vinculados aos precedentes judiciais das Cortes Superiores?”. Nesse trilhar, avançaremos em três passos: em primeiro lugar, apresentaremos um panorama geral dos argumentos suscitados pela doutrina especializada em favor (ou não) da vinculação dos tribunais arbitrais aos precedentes judiciais; em segundo lugar, realizando um certo recuo argumentativo, tentaremos apresentar uma proposta de compreensão acerca do “sentido da vinculação” a um precedente judicial, à luz da CHD; e, por fim, exporemos um esboço (pouco definitivo) do que se cogita como sendo o posicionamento da CHD a respeito do destino a ser entregue a uma sentença arbitral que deixa de seguir um precedente judicial digno do título “vinculante”.

Prefacialmente, o que importa assinalar é que, ao longo desta reflexão, buscou-se deixar bastante claro – implícita e explicitamente – que a questão colocada não pode ser resolvida sem a necessária aceitação de que os desafios envolvendo a relação do árbitro com precedentes judiciais não são tão distintos daqueles envoltos à relação do juiz do Estado com esse instituto. Invariavelmente, a prática nos revela que ambas as figuras – juiz e árbitro – prestam algum grau de respeito ao que foi dito no passado acerca dos significados da prática institucional a que chamamos direito. No entanto, seja com relação ao árbitro ou com relação ao juiz estatal, não há um grau absoluto de clareza com relação a qual a melhor compreensão da relação desses com os precedentes, disso derivando-se uma importante conclusão: antes de responder à pergunta sobre a vinculação a um precedente judicial, é preciso assumir uma posição a respeito da própria natureza da relação entre atividade jurisdicional (amplamente considerada) com relação às decisões políticas pretéritas – independentemente da forma específica dessas.

#### **3.1 A tese da vinculação no debate interno à doutrina arbitralista**

Prima facie, é possível afirmar que o tema “vinculação do árbitro aos precedentes judiciais” é novo e velho ao mesmo tempo. Isso por dois principais fatos normativos: de um lado, a Emenda Constitucional n.º 45, que alçou à estatura de norma constitucional o instituto

das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal<sup>346</sup>; de doutro, o advento mais recente do CPC/15, e suas regras fortalecedoras de um (pretense) sistema de precedentes à brasileira<sup>347</sup>. Assim, inúmeros estudos foram lavrados no entorno desses dois importantes marcos normativos, tanto em favor, como contra uma noção “forte” de vinculação do árbitro aos precedentes judiciais.

Analisando o teor do art. 103-A da Constituição Federal, por exemplo, Julia Dinamarco, há pouco menos de duas décadas atrás, defendeu em trabalho específico sobre o tema que o respeito às sumulas vinculantes previstas pela referida norma constitucional estaria restrito aos alvos expressamente referidos por essa, dentre os quais “*não se incluem os particulares, tampouco os árbitros*”, rejeitando a proposição de que a reforma entregue pela Emenda mencionada tivesse elevado os precedentes judiciais à posição de fontes do direito brasileiro<sup>348</sup>.

---

<sup>346</sup> Art. 2º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A: "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." (BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em: 22 nov. 2022)

<sup>347</sup> “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. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores” (BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 22 nov. 2022).

<sup>348</sup> DINAMARCO, Julia. O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente. In: LEMES, Selma Ferreira et al (org.). **Arbitragem**: estudos em Homenagem a Guido Fernando da Silva Soares in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. n. 7, p. 69-71; Aínda, “[...] a vinculação que

Eduardo Parente, no mesmo período, já defendia, no enfrentamento do debate, que “*a súmula vinculante obriga ao juiz, mas não ao árbitro*”<sup>349</sup>.

Por outro lado, ainda antes da entrada em vigor do CPC/15 e em sentido contrário aos referidos autores, Cândido Rangel Dinamarco posicionou-se no sentido de que “[*a*] *autonomia da arbitragem é também limitada, agora, por imposição constitucional, pela adstrição dos árbitros a decidir com observância das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal*”<sup>350</sup>. No mesmo sentido e período, i.e., antes de qualquer desenvolvimento mais profundo de uma doutrina precedentalista brasileira dogmaticamente sólida a partir das “inovações” do CPC/15, Fábio de Vasconcellos Menna também defendeu que a natureza jurisdicional da arbitragem entrega ao árbitro, no seu ofício, a responsabilidade de observar as súmulas vinculantes<sup>351</sup>.

Como se percebe, não há nada de verdadeiramente novo em afirmar que o árbitro está (ou não) vinculado aos precedentes judiciais – ou melhor dizendo, aos padrões normativos estabelecidos pelos tribunais do Estado por suas decisões e enunciados via teses abstratas, para que não se confunda, à luz das lições doutrinárias referidas, “precedentes” com “súmulas” e institutos dessa natureza, na esteira dos apontamentos anteriormente feitos neste estudo. Ocorre, todavia, que também é verdadeira a afirmação de que o debate retomou seu fôlego a partir da entrada em vigor do diploma processual de 2015, especialmente a partir de ensaio publicado por José Rogério Cruz e Tucci<sup>352</sup>, no ano de 2016, como anota Marcos Serra Netto Fioravanti:

---

conferiu o legislador constitucional está relacionada às regras e ao rito procedimentais aplicáveis estritamente à esfera judicial [...]” (MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas judiciais vinculantes do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 10, n. 38. Abr./Jun 2013, p. 127).

<sup>349</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo arbitral e sistema**. 2009. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2009. p. 286. Vale pontuar que a tese em questão foi orientada por Carlos Alberto Carmona, quem também teceu posicionamento a respeito do tema, no sentido de que “[não] há qualquer dever de ser coerente com o ordenamento jurídico ou com o entendimento que os Tribunais Estaduais dão a determinada norma jurídica [...]” (CARMONA, Carlos Alberto; FILHO, José Augusto Bittencourt Machado. Arbitragem: jurisdição, missão e justiça in *Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais*. ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; NETO, Marcello Lavenère Machado (coord.). **Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 225).

<sup>350</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 212.

<sup>351</sup> “A natureza jurisdicional da arbitragem impõe ao árbitro o dever de atuar de acordo com os princípios fundamentais de nosso ordenamento, assim como respeitar matéria de ordem pública e, até mesmo, súmulas vinculantes [...]” (MENNA, Fabio Vasconcellos. **Limites da arbitragem**. Dissertação de Mestrado – PUC/SP, São Paulo, 2010. p. 58).

<sup>352</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. O árbitro e a observância do precedente judicial. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 2016, pp. 1-3. As mesmas ideias colocadas neste ensaio seriam reeditadas e publicadas novamente em 2019, com maior vagar e volume de considerações: “Todavia, depois de meditar sobre a questão, continuo entendendo que, tal como o juiz togado, o árbitro não tem liberdade para recusar a aplicação dos precedentes judiciais no âmbito da arbitragem de direito. Para afastar a incidência de determinada construção pretoriana ao construir a sentença arbitral, exatamente por ser de direito e não julgamento por equidade, em sua tarefa de subsunção, o tribunal arbitral tem o ônus da justificação para afastar a aplicação do precedente judicial, seja por não se amoldar bem à situação vertente, seja pela sua manifesta obsolescência. Se não o fizer, a sentença

[...] Cruz e Tucci, em artigo publicado na revista eletrônica Consultor Jurídico, ao defender a necessária observância do precedente judicial pelo árbitro, trouxe elementos que alvoroçaram a comunidade arbitral e renderam muitos debates. Afirmou Cruz e Tucci que: “[...] 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 descreditar o juízo arbitral”. A opinião acima rendeu muita discussão. André Vasconcellos Roque e Fernando da Fonseca Gajardoni, em artigo publicado logo após a opinião acima citada, concordaram com algumas afirmações de Cruz e Tucci, mas, a partir de determinado ponto, trilharam caminho oposto. Concordaram quanto ao fato de que a aplicação do direito não se esgota na interpretação do texto legal, devendo o árbitro observar os precedentes existentes sobre a questão submetida à sua apreciação. [...] Divergiram, [...] todavia, ao trataram do cabimento, defendido por Cruz e Tucci, da ação anulatória contra a sentença arbitral que não segue o precedente judicial [...] A discordância reside basicamente quanto à opinião [...] no sentido de que a sentença arbitral que desrespeita precedente judicial carece da devida fundamentação [...]”<sup>353</sup>.

Deste modo, ainda que seja, em alguma medida, rotineira a afirmação de que há uma certa dominância do posicionamento que afasta a vinculação do árbitro aos precedentes proferidos pelos tribunais do Estado<sup>354</sup>, não nos parece que esse seja de fato o caso, também sendo razoável, ao nosso ver, afirmar que o debate é verdadeiramente acirrado, havendo teses sólidas favoráveis e contrárias a essa vinculação – inclusive porque mentes sofisticadíssimas da comunidades jurídica brasileira posicionam-se, quanto ao tema, em lados opostos. Afinal, quando há gigantes na defesa de teses opostas, a tarefa de saber no ombro de qual repousar para ver mais longe é, ao menos, desafiadora.

Antes de avançarmos, no entanto, é necessária uma objetiva digressão, no que tange à diferenciação entre precedentes judiciais (considerados de forma ampla) e provimentos do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade – provimentos, por natureza, dotados de força eficaz que excede a própria compreensão do que seja eficácia *erga omnes* do provimento jurisdicional<sup>355</sup>.

A esse respeito, o que importa salientar é que quando se fala em vinculação do árbitro ao precedente judicial neste estudo, se está tratando fundamentalmente do papel

---

arbitral irrompe viciada, passível portanto de ser atacada pela ação declaratória de nulidade, com fundamento no inc. IV do aludido art. 32, porque certamente ‘proferida fora dos limites da convenção de arbitragem [...]’ (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Questões polêmicas do processo arbitral**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 48).

<sup>353</sup> FIORAVANTTI, Marcos Serra Neto. **A arbitragem e os precedentes judiciais**: observância, respeito ou vinculação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. pp. 88-90.

<sup>354</sup> SESTER, Peter Christian. **Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p.49.

<sup>355</sup> ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. pp. 590-591; Ver igualmente: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 213-214.

“interpretativo” desse precedente<sup>356</sup> na atividade de agregação/atribuição de sentido ao conjunto de fragmentos normativos que compõem o ordenamento jurídico. Contudo, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, possuem eficácia bastante diversa. Nas palavras de Georges Abboud:

[...] é praticamente incontestável que, seja em virtude de efeito vinculante ou do erga omnes, o julgamento procedente de uma ação direta de inconstitucionalidade promove a nadição da lei (texto normativo) julgada inconstitucional pelo STF. [...] A declaração de inconstitucionalidade da lei, em sede abstrata, promove a retirada da lei do mundo jurídico, trata-se de decisão judicial que tem o condão de atingir o plano legislativo. Daí falar-se em vinculação dos particulares a essa decisão de inconstitucionalidade, na medida em que eles ficam impossibilitados de celebrarem contratos ou ainda utilizarem a lei declarada inconstitucional como fundamento normativo de suas pretensões jurídicas. Ou seja, se o STF declarar por meio de ação direta de inconstitucionalidade que a lei “X” é inconstitucional, os particulares estarão vinculados por essa decisão, posto que ficarão impedidos de utilizarem a lei “X” como fundamento de sua ação, bem como de celebrar qualquer contrato com base nessa mesma lei<sup>357</sup>.

Na linha das considerações de Abboud, é importante – principalmente para fins de delimitação do escopo metodológico desse estudo – estabelecer um foco direcionado do debate para um âmbito alheio a tais provimentos (legislação negativa via controle de constitucionalidade), i.e., defender (ou não) uma vinculação do árbitro aos “precedentes” que não representem (v.g. decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade) a remoção de um determinado estatuto legal da ordem jurídica em si, ou mesmo que representem uma “remoção indireta” (v.g. expediente de interpretação conforme a Constituição); um estatuto que, por essa razão, nem sequer poderia ser aplicado validamente por um árbitro, sob pena até mesmo de ofensa à ordem pública<sup>358</sup>. Feita tal ressalva, note-se que organizar o debate é possível e necessário, tendo Guilherme Rizzo Amaral oferecido uma proposta de organização bastante precisa e completa, da qual nos valeremos na sequência.

A(s) tese(s) que reforçam o posicionamento contrário a uma vinculação “forte” – ou seja, não meramente persuasiva – do árbitro aos precedentes judiciais são apresentadas, por

<sup>356</sup> ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. pp. 185 e segs.

<sup>357</sup> ABOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs. Arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. **Revista de Processo** – RT, v. 214, p. 271, dez./2012, São Paulo. pp. 5-6.

<sup>358</sup> SALOMÃO, Luis Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. **Migalhas**, 20 de outubro de 2020. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/10/54104e121b07df\\_arquivo-artigo.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/10/54104e121b07df_arquivo-artigo.pdf). Acesso em: 26 abr. 2023. Em sentido contrário: MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na Arbitragem**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 139.

Rizzo Amaral<sup>359</sup>, na forma de quatro principais abordagens: (i) uma abordagem realista; (ii) uma abordagem sistêmica; (iii) uma abordagem utilitária; e, por fim, (iv) uma abordagem literalista. Analisaremos, brevemente, o extrato de cada uma dessas perspectivas e seus argumentos nucleares.

O argumento realista está diretamente associado a um elemento conceitual outrora explorado nos primeiros passos deste estudo, qual seja, a irrecorribilidade da sentença arbitral e a taxatividade do rol de hipóteses de anulação desse provimento<sup>360</sup>; taxatividade a qual, vale lembrar, chancelada pela jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça<sup>361</sup> – ainda que passível de oposição doutrinária<sup>362</sup>. Esse argumento, por sua vez, não demanda grandes esforços para uma adequada compreensão, se isoladamente considerado: a Lei não estabelece como hipótese de anulação da sentença arbitral a inobservância de um precedente judicial, logo, não há vinculação.

Todavia, vale desde já pontuar que tal articulação parece obnubilar o debate, estabelecendo uma controversa assimilação entre a existência de uma norma – que determine com clareza semântica a vinculação do árbitro aos precedentes judiciais – com a necessária

---

<sup>359</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration**: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice. 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. pp. 47 e segs.

<sup>360</sup> RANZOLIN, Ricardo. **Controle judicial da arbitragem**. Rio de Janeiro: GZ Editora. p. 178.

<sup>361</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 1.636.102/SP**. Terceira Turma. Recorrente: TEC incorporações e empreendimentos imobiliários S.A. e outros. Recorrido: Patri sete empreendimentos imobiliários Ltda. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 1 de agosto de 2017. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201600576297&dt\\_publicacao=01/08/2017](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600576297&dt_publicacao=01/08/2017). Acesso em: 4 mar. 2023.

<sup>362</sup> RICCI, Edoardo Flávio. **Lei de arbitragem brasileira**: oito anos de reflexão – questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 71; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 242-243.

correlação dessa a uma sanção<sup>363</sup> - consubstanciada na possibilidade de recurso e/ou de busca pela anulação do provimento<sup>364</sup>.

A segunda abordagem, por sua vez, possui um brilho próprio mais notável, na medida em que parte de uma construção teórica profunda a partir do aparato conceitual da “teoria dos sistemas” de Niklas Luhmann<sup>365</sup>, conforme alhures antecipou-se neste estudo. Retomando-se, assim, considerações já trazidas nos capítulos antecedentes, segundo esse posicionamento “sistêmico”<sup>366</sup>, a arbitragem é adequadamente compreendida quando levada em conta a sua

---

<sup>363</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice.** 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. p. 48. Rizzo Amaral, por sua vez, bem salienta a correlação desta abordagem com o “conceito de direito” defendido pelo positivismo normativista de Hans Kelsen, para quem: “[...] A afirmação: um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta é idêntica à afirmação: uma norma jurídica prescreve aquela conduta determinada de um indivíduo; e uma ordem jurídica prescreve uma determinada conduta ligando à conduta oposta um ato coercitivo como sanção. [...]” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 129). Todavia, também como bem pontua Rizzo Amaral, essa posição precisa, necessariamente, responder à seguinte questão: se a ausência de recurso desvencilha o julgador da existência de padrões normativos prévios, as Cortes Superiores – cujas decisões não comportam recurso – não estão obrigadas a seguir o ordenamento jurídico e os padrões normativos prévios desse? Não nos soa razoável responder “sim” a tal questionamento, o que parece indicar uma fragilidade notável da abordagem realista – a qual necessariamente, por coerência, teria de abraçar a mencionada resposta; o que explica a própria nomenclatura utilizada pelo autor para referir-se a essa abordagem específica (AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice.** 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. p. 48)

<sup>364</sup> “[...] Parece que muitos partem das consequências para se chegar à conclusão sobre a obrigatoriedade (ou não) dos árbitros respeitarem os precedentes. Essas questões são extremamente importantes do ponto de vista prático e certamente devem ser estudadas e averiguadas pela doutrina. No entanto, a nosso ver afigura-se equivocado trazer a análise das consequências, dos remédios, para se tentar chegar à causa, à cura. Quer-se aqui partir dos sintomas, e esse é o raciocínio que cientificamente se busca [...]” (FIORAVANTTI, Marcos Serra Neto. **A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 91).

<sup>365</sup> Para aprofundamentos: ROCHA, Leonel Severo; MARTINI, Sandra Regina. **Teoria e Prática dos Sistemas Sociais e Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2016; ROCHA, Leonel Severo; CLAN, Jean; SCHWARTZ, Germano. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado/Editora, 2004; ROCHA, Leonel Severo; Schwartz, Germano; PRIBAN, J.. **Sociologia Sistêmico-Autopoietica das Constituições.** Porto Alegre - RS: Livraria do Advogado, 2015.

<sup>366</sup> Este estudo não tem o objetivo de exaurir a análise de nenhuma dessas abordagens, mas tão somente expor o seu conteúdo mínimo e, eventualmente, contrastá-las com uma abordagem alternativa. Principalmente no que diz respeito ao argumento sistêmico, deve-se reconhecer que a densidade da teoria sistêmica utilizada como aporte teórico para a defesa da proposição “a arbitragem é um subsistema autônomo e, por isso, a interpretação jurisdicional do árbitro está desvencilhada da interpretação jurisdicional do juiz do Estado” não nos permite negar a coerência interna dessa afirmação. No entanto, isso não nos impede de levantar o seguinte: um pressuposto da teoria sistêmica é o sistema como um “espaço” de troca comunicativa de significados. Ocorre que tribunais arbitrais (i) são instituições temporárias, de modo que não há uma ligação institucional interna entre tribunais arbitrais – o agente privado que adentra em um procedimento arbitral não espera do tribunal-presente qualquer tipo de “filiação comunicativa” com tribunais-passados, o que parece fragilizar a própria natureza autopoietica do subsistema arbitral; e (ii) a lógica binária utilizada no seio do processo arbitral, quanto à solução “material” a disputa é justamente a lógica binária do direito material eleito pelas partes – salvo, é claro, no caso de arbitragens por equidade (ao menos em tese). Condensando tais elementos, não nos parece que seja errôneo afirmar que a arbitragem (doméstica) *não* contém em si os elementos para que se possa afirmar a sua natureza enquanto “subsistema autônomo”, ao menos não com relação ao direito material. Isso porque, em sendo o subsistema um mecanismo de redução de complexidade para viabilização da troca de significados, para que a proposição de que a “arbitragem, por ser um subsistema autônomo, está livre daquilo que o Poder Judiciário compreende como sendo o direito eleito pelas partes” fosse verdadeira, seria necessário, no mínimo, uma coerência comunicativa *interna-corporis*. Ora, se o agente privado que adentra numa arbitragem não tem parâmetros externos para guiar o seu “agir comunicativo”, para além daquilo que o árbitro pensa ser o direito aplicável à controvérsia, é possível dizer



natureza enquanto um subsistema social, derivado da complexidade interna do sistema do direito, especificamente do seu subsistema processual<sup>367</sup>. Para a sociologia sistêmica de Niklas Luhmann, a sociedade é um sistema de trocas de significado por meio da comunicação<sup>368</sup>; considerando-se a complexidade dessas trocas, o sistema social se “especializa” em subsistemas dotados de signos e funcionalidade própria<sup>369</sup>. As decisões tomadas dentro do ambiente comunicativo do subsistema são, por sua vez, pautadas numa lógica binária – compõe/não compõe a prática comunicativa inserida dentro do subsistema e do âmbito da sua funcionalidade (lícito/válido-ilícito/inválido, no caso do sistema do direito)<sup>370</sup>.

---

que esse pretense subsistema cumpre minimamente com a funcionalidade de um subsistema – no sentido proposto pela teoria sistêmica –, no que tange ao direito material? Tendo esse questionamento em mente, oportunas são as considerações trazidas por Rizzo Amaral: “Its curious, though, that most authors who stand for such theory also claim that the arbitrator exercises jurisdictional power (either pure jurisdictional power or equivalent jurisdictional power). To admit that the same power – which is the power to state the rule of law – could be exercised in different ways would be to conceive a schizophrenic power, which would be absolutely detrimental to predictability and legal certainty. Needless to say, this would induce schizophrenic conduct in citizens and risk takers in general. [...]” (AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice**. 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. p. 51). O argumento em questão é bastante intuitivo e dialoga com precisão (igualmente intuitiva) com a reflexão primitiva ora erguida: tendo as partes a insegurança (comunicativa) de que o sentido atribuído ao direito – por meio de decisões jurisdicionais públicas – pelo Poder Judiciário não será, necessariamente, seguido pelos tribunais arbitrais, a autonomia comunicativa do subsistema arbitral deixa de cumprir o papel central de um sistema social, qual seja, garantir um ambiente de troca de significados seguro e previsível segundo seus próprios pressupostos, precisamente porque, ao passo em que a arbitragem tem, enquanto método adequado de resolução de disputas, paradigmas procedimentais que lhe são próprios – e, nesse aspecto, há uma dimensão “sistêmica” do instituto (v.g. inaplicabilidade das regras procedimentais estabelecidas pelo CPC) – não há – com perdão pelo reducionismo – um Código Civil arbitral, mas apenas a Lei n.º 10.406/02 – promulgada pelo Parlamento, sancionada pelo Executivo e interpretada, diariamente, há mais de duas décadas, pelo Poder Judiciário. A respeito dos desafios para consolidação de uma “cultura” de precedentes arbitrais: LEITE, Antonio Pinto. Papel das instituições de arbitragem na construção da jurisprudência arbitral: a procura das melhores práticas. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 41, v. 11, pp. 107-123, trimestral, jan./ fev./mar. 2014.

<sup>367</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo arbitral e sistema**. 2009. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2009. pp. 39-40.

<sup>368</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. As constituições em Niklas Luhmann: pressupostos sociológico-sistêmicos para observar o constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (org.). **Atualidade da constituição** – o constitucionalismo em Luhmann, Febraro, Teubner e Vesting. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. p. 24.

<sup>369</sup> “A diferenciação funcional da sociedade não é uma questão de decisão política fundamental, mas sim um processo evolutivo complicado, no qual distinções diretivas fundamentais se cristalizam gradualmente e instituições especializadas se formam de acordo com sua lógica própria. Nesse processo, os sistemas funcionais determinam eles mesmos sua própria identidade, por meio de elaborada semântica da autoatribuição de sentido, da reflexão, da autonomia. [...]” (TEUBNER, Gunther. **Fragments constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 70).

<sup>370</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. As constituições em Niklas Luhmann: pressupostos sociológico-sistêmicos para observar o constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (org.). **Atualidade da constituição** – o constitucionalismo em Luhmann, Febraro, Teubner e Vesting. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. p. 25.

Nesse sentido, a função básica de todo sistema social é a redução de complexidade<sup>371</sup> dessa troca de significados por meio do estabelecimento da referida lógica binária direcionada à especificidade da funcionalidade de cada subsistema. Como mecanismo de garantia de um ambiente hermético de significados – condição para a execução da tarefa de simplificação –, o subsistema assume natureza autorreferencial – ou autopoietica<sup>372</sup> –, fixando um fechamento operacional<sup>373</sup>, o que significa que a atividade comunicativa verificada dentro do subsistema opera segundo padrões e pressupostos próprios, criados e aperfeiçoados no interior do próprio sistema e sem influência direta dos padrões e pressupostos de outros sistemas.

No entanto, a condição de possibilidade para esse fechamento é a sua abertura cognitiva<sup>374</sup> com relação ao meio externo e/ou outros sistemas sociais, que se dá pela via dos denominados acoplamentos estruturais – espaços de abertura que possibilitam o sistema específico interiorizar irritações oferecidas pelo meio externo para “evoluir” a sua capacidade de resposta às contingências comunicativas internas, sem perder a sua própria autonomia<sup>375</sup>.

A arbitragem seria, deste modo, um subsistema fechado operacionalmente e aberto cognitivamente; fechado, por três principais circunstâncias: (i) inaplicabilidade das regras procedimentais do processo judicial ao processo arbitral; (ii) a soberania do árbitro na aplicação do direito – consubstanciada naquilo que a abordagem realista informa, i.e., irrecorribilidade e taxatividade das hipótese de anulação da sentença arbitral – e seu desgarramento da estrutura hierárquica do Poder Judiciário; e (iii) a limitação da jurisdição do árbitro aos limites específicos de direitos e deveres das partes que o investiram em seus poderes, de maneira que não haveria por parte daquele qualquer dever para com a preservação da coerência e integridade do ordenamento jurídico<sup>376</sup>. Nas palavras de Rômulo Mariani:

A arbitragem se encontra inserida em outro sistema, com seus princípios e regras próprias, notadamente uma legislação específica que bem reconheceu sua autonomia (Lei de Arbitragem). O Código de Processo Civil, por sua vez, foi formulado e encontra aplicação num ambiente muito próprio, que segue

<sup>371</sup> MOURA, Ariel Augusto Lira. **Direito, organizações e meios de comunicação**: entre a rede de nomes de domínios (ICANN) e as redes sociais (Facebook). Dissertação de mestrado – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2023. p. 18.

<sup>372</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo social**: constituição na globalização. Curitiba: Appris, 2018, p. 34.

<sup>373</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na Arbitragem**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 77-78.

<sup>374</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo arbitral e sistema**. 2009. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2009. pp. 12-14.

<sup>375</sup> TONET, Fernando. **Reconfigurações do constitucionalismo**: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 116.

<sup>376</sup> CARMONA, Carlos Alberto; FILHO, José Augusto Bittencourt Machado. Arbitragem: jurisdição, missão e justiça in Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; NETO, Marcello Lavenère Machado (coord.). **Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 225.

sua lógica, como é a própria forma com que os Tribunais (estatais) se organizam nesse sistema, permitindo recursos a diferentes instâncias e a fixação de entendimentos que, dada a própria lógica do processo estatal (extremamente hierarquizado, por exemplo), acabam por privilegiar os entendimentos fixados pelas instâncias hierarquicamente superiores. [...] Prosseguindo, [...] são os árbitros [...] soberanos na análise e aplicação do Direito ao mérito do litígio. Isso determina que eventual intervenção estatal não pode tocar ao mérito da controvérsia [...] aquilo que se espera da arbitragem em termos de segurança e eficácia, estaria em muito maculada caso se estabelecesse alguma submissão do árbitro ao juiz estatal no que tange à aplicação do Direito [...] ou se essas hipóteses de submissão (isto é: revisão) fossem em algum grau abrangentes [...] Apontar que o árbitro é soberano na aplicação do Direito também significa constatar que ele não está vinculado à visão do Judiciário estatal [...] sobre a expressão em concreto desse Direito [...] Quando as partes buscam a arbitragem e por sua vontade constituem um Tribunal Arbitral específico para a solução de seu caso, nada permite concluir que haveria um dever de segurança jurídica, igualdade ou coerência/integridade na mesma forma como praticado no sistema estatal. [...] Em que pese se possa tratar dessa perspectiva da isonomia constitucionalmente prevista [...] e também exigir a aplicação do Direito se dê de forma íntegra/coerente, tem-se que seu Âmbito de atuação na forma como defendido pela doutrina processual civil estatal se encontra restrito aos litigantes que fazem uso dos mecanismos de resolução de conflitos nesse ambiente (estatal) [...] <sup>377</sup>.

Consoante observa-se, o fechamento operacional da arbitragem resultaria, segundo essa abordagem sistêmica, em uma verdadeira autonomia do tribunal arbitral com relação àquilo que o Estado (Poder Judiciário) compreende ser o direito que esse (Estado) tornou positivo<sup>378</sup>; uma autonomia decorrente da própria opção das partes em submeterem-se à arbitragem<sup>379</sup>. A influência dos precedentes, por conseguinte, estaria inserida no escopo da abertura cognitiva do sistema, na forma de um poder de (mera) persuasão, associado à preservação do direito do árbitro de errar quanto à aplicação do direito como decorrência da sua soberania no juízo de mérito da disputa. Retornando às lições de Rômulo Mariani:

O sistema processual arbitral garante ao árbitro autonomia e, via de regra, livra-o de ser obrigado a seguir decisões judiciais pretéritas. Mas isso não significa que as partes, geralmente transitando entre um e outro sistema de resolução de conflitos, não possam legitimamente construir seus casos com base em decisões judiciais pretéritas se na visão delas essas decisões bem aplicam o Direito. E nesse contexto o que se espera dos árbitros “são esforços no sentido de buscar a aplicação correta do direito à luz das expectativas das

<sup>377</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na Arbitragem**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 86-90.

<sup>378</sup> AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 206.

<sup>379</sup> “By selecting arbitration, parties would renounce all the rules and mechanisms provided by judicial courts [...]” (AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice**. 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. p. 51).

partes, ou seja, reduzir o espaço de incertezas e surpresas” algo que pode legitimar a busca e análise das decisões judiciais acerca da matéria enfrentada. Afinal, muitas vezes o Direito aplicado (pelo árbitro e pelo juiz) é o mesmo. E também determina que o árbitro não possa ignorar decisões judiciais trazidas pelas partes a propósito do Direito discutido, mesmo que para fundamentadamente afastar a aplicação de tais entendimentos (judiciais) [...] Tem-se que o árbitro ainda não estará vinculado a essas decisões. A ele será dado o “direito de errar” (ao menos à luz do entendimento judicial)<sup>380</sup>.

Esse seria, assim, o substrato da abordagem sistêmica – a qual, dentre aquelas que defendem uma autonomia do árbitro com relação aos precedentes judiciais – pode ser considerada a mais sólida, inclusive porque acaba representando o alicerce de todas as demais abordagens. O maior desafio a esse posicionamento – e que será abordado no último tópico deste estudo – é colocado por Rizzo Amaral por meio da denúncia do apagar dos limites, pela abordagem analisada, entre a arbitragem de direito e a arbitragem por equidade<sup>381</sup>.

Avançando, resta apresentar a terceira e quarta abordagem, quais sejam, a utilitária e a literalista. A tese utilitária propugna que há, por detrás do reconhecimento da desvinculação do árbitro aos precedentes judiciais, uma razão pragmática associada aos objetivos das partes que escolhem a arbitragem, as quais buscariam, nessa escolha, um consciente e amplo afastamento da jurisdição estatal<sup>382</sup> – o que abarcaria as decisões proferidas por essa. Sob essa perspectiva, a natureza *trade-related* das disputas costumeiramente submetidas à arbitragem teria como reflexo uma preferência pelo juízo do árbitro sobre a disputa, dado que a sua nomeação se deu

---

<sup>380</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na Arbitragem**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 98-100.

<sup>381</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice**. 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. p. 54.

<sup>382</sup> A arbitragem seria, assim, uma “opção de saída” com relação à jurisdição estatal: MACHADO, Rafael Bicca. **A arbitragem como opção de saída para a resolução de conflitos empresariais**. Dissertação de Mestrado – Pontifício Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Passim.

justamente pela sua *expertise*<sup>383</sup> no que tange às especificidades técnicas – fundamentalmente no que diz respeito às dinâmicas de mercado – da relação estabelecida entre as partes<sup>384</sup>.

Vale pontuar diretamente, que um argumento poderosíssimo contra a tese utilitária é justamente o fato de que as partes são absolutamente livres para estabelecerem o quadro das regras materiais aplicáveis à resolução da disputa, podendo, inclusive, estabelecerem conjuntos diversos de regras (leia-se, normas de diferentes ordenamentos jurídicos) para a regulação de aspectos específicos da relação jurídica entre elas existente (doutrina da *dépeçage*)<sup>385</sup>. Esse direito das partes – guardado pela própria LAB – limita-se “apenas” pelos contornos da ordem pública, como visto nos capítulos antecedentes. Assim, se é verdadeira a afirmação utilitária de que as partes que buscam a arbitragem informam implicitamente com essa escolha um desejo de afastamento dos precedentes judiciais, também é verdadeira a afirmação de que – se esse é

---

<sup>383</sup> Com base em dados empíricos coletados por Castelar Pinheiro (IPEA), no ano de 2002, Rafael Bicca Machado chega, por exemplo, à conclusão de que a “distância entre o que um empresário entende como um uma interpretação e/ou aplicação correta de um contrato, e o que um juiz entende por isso parece ser amazônica”, ao passo em que, com o fator “escolha do árbitro”, poder-se-ia propugnar por uma “similitude de pensamento entre os árbitros e os empresários” (MACHADO, Rafael Bicca. **A arbitragem como opção de saída para a resolução de conflitos empresariais**. Dissertação de Mestrado – Pontifício Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. p. 57). A conclusão de Rafael Bicca parece encontrar harmonia com lições clássicas de Cesare Vivante – dignas de meditação nas palavras de Alfredo Rocco: “Não se aventurem nunca a qualquer investigação jurídica se não conhecem a fundo a estrutura técnica e a função econômica do instituto que é objecto dos vossos estudos. Recolham nas bolsas, nos bancos, nas agências, nas sociedades comerciais, nas secretarias judiciais (cancellerie giudiciarie), o material necessário para compreender aquela estrutura e aquelas funções. E uma deslealdade científica, é uma falta de probidade falar dum instituto com o fim de lhe determinar a disciplina jurídica, sem o conhecer na sua íntima realidade [...]” (ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**. Tradução de Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva, 1934. p. 81).

<sup>384</sup> Rizzo Amaral enfrentará essa abordagem com duas provocações: (i) a expertise técnica extrajurídica do árbitro não se confunde com a expertise técnica do árbitro no que diz respeito a questões abrangentes de direito inseridas no escopo normativo de precedentes judiciais; e (ii) a abordagem pragmática carece de substrato empírico, tendo em vista a inexistência de qualquer suporte dessa natureza para a afirmação de que as partes que buscam a arbitragem efetivamente procuram uma “interpretação do direito” particularíssima, distante da compreensão atribuída pelas Cortes estatais a esses “broad legal issues” enfrentados na forma de precedentes. Antes pelo contrário, os principais dados disponíveis revelam, de um lado, que a opção pela arbitragem centra-se na ideia de celeridade da resolução da disputa, ao passo em que a falta de uma “jurisprudência arbitral” é tida como um fator desfavorável ao prestígio do instituto da arbitragem – o que pode muito bem ser interpretado em favor de um posicionamento mais sólido no sentido de que o árbitro tem, sim, a responsabilidade política de seguir o entendimento das Cortes Superiores acerca desses temas amplos de direito (AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice**. 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. p. 58). Ademais, como pontua Márcio Bellocchi, a fragmentação do direito brasileiro em “direito brasileiro segundo os tribunais do Estado” e “direito brasileiro segundo os tribunais arbitrais” afronta o paradigma da universalidade do direito, ponderação que alinha-se às considerações de Rizzo no sentido de que, sob uma perspectiva pragmática, a tese da desvinculação pode facilmente ser colocada em desfavor dos interesses utilitários dos agentes econômicos que geralmente se valem desse método adequado de resolução de disputas (BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 165). Em sentido contrário: MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na Arbitragem**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 90.

<sup>385</sup> “O despedaçamento do contrato, ou na nomenclatura francesa, o *morcellement* ou *dépeçage*, implica em admitir a incidência de mais de uma lei a um único contrato. Em outras palavras, em vez de uma única lei regular a relação jurídica como um todo, partes dela podem ser submetidas a outros direitos.” (MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito econômico internacional - tendências e perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 280).

de fato o caso – o problema é facilmente resolvido com a simples manifestação de vontade expressa das partes nesse sentido<sup>386</sup>, ainda que neste cenário nos seja um tanto quanto difícil aceitar que a arbitragem continuaria sendo de direito, nos parecendo mais adequado assumir que afastar os precedentes judiciais expressamente aproximaria o cenário a uma “arbitragem de direito, com possibilidade de recurso à equidade”, na linha da diferenciação entre “julgamento com equidade” e “julgamento por equidade”<sup>387</sup>.

Por fim, no que diz respeito à tese literalista, sua defesa diz respeito – como o a própria alcunha oferecida por Rizzo Amaral nos indica – ao teor expresso das regras legais (em especial o art. 103-A da Constituição Federal)<sup>388</sup>. A partir dessa abordagem, dever-se-ia restringir o escopo da eficácia vinculante dos provimentos jurisdicionais típicos (v.g. súmulas vinculantes) ao organograma hierárquico do Poder Judiciário<sup>389</sup>. Trata-se, como Rizzo<sup>390</sup> alerta, de uma abordagem que retorna ao berço do formalismo – abordado nos capítulos anteriores quando analisado o tema dos precedentes vinculantes no seio da doutrina precedentalista brasileira.

Essa abordagem, por sua vez, também estaria presente no argumento que foca no teor expresso das disposições não raras as vezes inseridas em cláusulas compromissórias e termos de arbitragem, nas quais presente a inscrição de que a arbitragem de direito deve levar em consideração a “legislação brasileira” – e não propriamente o “direito brasileiro”<sup>391</sup>.

<sup>386</sup> BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 164

<sup>387</sup> “No julgamento com equidade o julgador não está autorizado a se afastar do direito positivo, porém dele mesmo extrai o poder de julgar equitativamente (vide, por exemplo, art. 928, parágrafo único, Código Civil). No julgamento por equidade, o julgador está autorizado a se afastar do direito positivo para decidir com base no seu senso de justiça” (AMARAL, Guilherme Rizzo. Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 outubro de 2017. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral-vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais#\\_ftn4](https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral-vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais#_ftn4). Acesso em: 6 mai. 2023.

<sup>388</sup> MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas judiciais vinculantes do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 10, n. 38. Abr./Jun 2013, p. 127.

<sup>389</sup> DINAMARCO, Julia. O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente. In: LEMES, Selma Ferreira et al (org.). **Arbitragem: estudos em Homenagem a Guido Fernando da Silva Soares in memoriam**. São Paulo: Atlas, 2007. n. 7, p. 69-71; MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas judiciais vinculantes do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 10, n. 38. Abr./Jun 2013, p. 127.

<sup>390</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice**. 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018.

<sup>391</sup> Isoladamente, a abordagem focada na utilização exclusiva da categoria “lei” ou “legislação” no teor da convenção de arbitragem não nos parece que se sustente minimamente, tendo em vista que “[o] ordenamento jurídico evidentemente não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 129). A natureza auto evidente dessa verdade torna impositivo dar razão a Rizzo Amaral, quando afirma que “[...] regardless of whether the parties chose the applicable law or, in Portuguese, the lei aplicável, such choice must logically be understood as the choice of law in the wide sense of the English word unless the parties specify a narrower choice [...]” (AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice**. 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. p. 65). Afinal, “o direito é a pauta de conduta que decorre da compreensão concatenada de uma

Condensando as quatro abordagens referidas, tem-se uma visão geral do conjunto de argumentos que defendem a ausência de uma vinculação do árbitro aos precedentes judiciais e a defesa de que a influência desses precedentes na convicção do tribunal arbitral é uma influência persuasiva apenas – esse (o árbitro) teria uma responsabilidade puramente moral de levar em consideração as decisões proferidas pelas Cortes do Estado.

Com isso, os defensores dessas abordagens tecem críticas à possibilidade de que uma sentença arbitral que desconsidera o entendimento de um precedente venha a ser invalidada pelo Poder Judiciário – via, principalmente, ação anulatória<sup>392</sup>, mas também no que diz respeito a outros meios, como a reclamação<sup>393</sup> e a impugnação em sede de cumprimento de sentença<sup>394</sup>. Partindo, agora, para o polo oposto da disputa, cumpre apresentar brevemente o pilar que sustenta aqueles que defendem a presença de uma vinculação – não meramente persuasiva – dos árbitros aos precedentes proferidos pelas Cortes do Estado – especialmente aqueles advindos das Cortes Superiores.

Note-se, nesse trilhar, que a utilização do termo “pilar” no singular não é por acaso; a defesa de uma vinculação do árbitro aos precedentes judiciais repousa num fundamento

---

série de elementos, de forma integrada, a saber: (i) a lei escrita; (ii) a lei interpretada pelos Tribunais; (iii) a lei compreendida pela doutrina; (iv) os precedentes e as súmulas vinculantes; (v) os princípios jurídicos. Enfim, o direito é o resultado da engrenagem de todos esses elementos. Eles estão unidos de forma indissociável. Uns não vivem sem os outros [...]” (BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 130).

<sup>392</sup> Rômulo Mariani realiza análise pormenorizada dos principais argumentos favoráveis à anulação da sentença arbitral que deixa de seguir um precedente (v.g. violação manifesta do direito eleito pelas partes e violação à ordem pública), concluindo que a única hipótese possível de anulação calcada em tal fundamento seria quando o tribunal arbitral incorresse em absoluta omissão com relação ao precedente eventualmente erguido pelas partes, e desde que a parte interessada ativamente provoque o tribunal, após proferida a sentença, mediante pedido de esclarecimentos (MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na Arbitragem**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.134-135).

<sup>393</sup> Dois principais obstáculos são colocados por aqueles que defendem a impossibilidade de utilização da reclamação contra sentença arbitral que deixa de seguir um precedente judicial advindo das Cortes Superiores: a uma, a não inserção do árbitro na estrutura hierárquica do Poder Judiciário; a duas, a coisa julgada arbitral concretiza-se quase de imediato, de maneira que a utilização desse mecanismo como meio de combate encontraria óbice na já referida Súmula n.º 734, STF. A esse respeito, ver análise ampla de DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 216-217. Ainda, contra a utilização da reclamação por defender a ausência de vinculação do árbitro aos precedentes, ver MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na Arbitragem**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Outrossim, em favor da utilização desse instrumento: AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice**. 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. pp. 143 e segs.

<sup>394</sup> Em defesa da impossibilidade de se soerguer alegação de inobservância de precedente judicial como matéria de impugnação do cumprimento de sentença arbitral, argumenta-se que eventual nulidade maculadora da sentença exequenda, com base na indigitada alegação, representaria não somente um indevido ataque à soberania do árbitro com relação ao mérito, mas erro técnico, porquanto as matérias estabelecidas pelo art. 525 do CPC dizem respeito à eficácia da sentença (MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na Arbitragem**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 166).

principal: (i.a.) precedentes são fontes de direito<sup>395</sup>; assim, (i.b.) ao optarem pela arbitragem de direito<sup>396</sup>, as partes impõem aos árbitros a responsabilidade pela observância da integralidade das fontes do ordenamento jurídico por elas eleito de forma irrestrita<sup>397</sup>, inclusive porque eles (os árbitros) são considerados pelo ordenamento jurídico brasileiro como juízes de fato e de direito, investidos de poderes jurisdicionais<sup>398</sup> de modo a lhes ser entregues tantos poderes, quanto lhes couberem responsabilidades de igual estatura<sup>399</sup>. De todo modo, ainda que o pilar seja apenas um (precedentes judiciais como fontes de direito que constroem, por força da vontade das partes<sup>400</sup>, o poder do árbitro), não seria adequado afirmar que há uma homogeneidade de posicionamentos ou que a defesa da vinculação do árbitro aos precedentes não venha com ressalvas.

Prova dessa ausência de homogeneidade é que, mesmo entre aqueles que defendem a vinculação do tribunal arbitral aos precedentes judiciais, não raras as vezes são feitas ressalvas com relação a “quais” precedentes são vinculantes<sup>401</sup>, havendo quem defenda, por exemplo, que essa análise deva levar em consideração a tipologia normativa da Constituição e do CPC<sup>402</sup>, separando a natureza da relação do árbitro com a decisão, a depender se trata-se de um tipo decisório específico da legislação processual (v.g. IRDR’s), ou se um tipo decisório com fundamento constitucional (v.g. súmulas vinculantes)<sup>403</sup>.

<sup>395</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. pp. 117-121;

<sup>396</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. Arbitragem e precedentes. In: LEVY, Daniel; SETOGUI, Guilherme Pereira (Coord.) **Curso de arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pp. 285-288).

<sup>397</sup> CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond. **Precedentes judiciais na arbitragem**: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia erga omnes na arbitragem regida pelo direito brasileiro. 2021. 164 f. Dissertação – mestrado em direito processual. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021. p. 83.

<sup>398</sup> “[...] Foge da lógica admitir que árbitros e juízes, que exercem as mesmas funções, desempenham o mesmo papel, não devam observar o mesmo arcabouço jurídico, as mesmas fontes do direito. Afinal, se a jurisdição do árbitro é proveniente da vontade, e se todos concordam que essa vontade deve ser respeitada, deliberadamente deixar de seguir precedentes é intencionalmente contrariar a vontade que investiu o árbitro de jurisdição. [...]” (ALMEIDA, Maria Eduarda; MACÊDO, Lucas Buriel. Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral? **Revista de Processo**, v. 305/2020, pp. 377-399, jul. 2020, São Paulo. p. 382).

<sup>399</sup> Nos dizeres de Cruz e Tucci, parafraseando Carnelutti, “o árbitro, tal qual o juiz estatal, pode muito, mas não pode tudo” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Questões polêmicas do processo arbitral**: subsídios para o advogado do contencioso arbitral. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 51 e segs.).

<sup>400</sup> E não propriamente uma imposição legal ou uma questão de submissão do árbitro à estrutura hierárquica do poder judiciário, o que, inclusive, torna pouco esclarecedora, para o enfrentamento do tema, a cisão entre eficácia horizontal e vertical dos precedentes (AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration**: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice. 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. pp. 68-69).

<sup>401</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration**: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice. 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. p. 71 e segs.

<sup>402</sup> SALOMÃO, Luis Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. **Migalhas**, 20 de outubro de 2020. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/10/54104e121b07df\\_arquivo-artigo.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/10/54104e121b07df_arquivo-artigo.pdf). Acesso em: 26 abr. 2023.

<sup>403</sup> FIORAVANTTI, Marcos Serra Neto. **A arbitragem e os precedentes judiciais**: observância, respeito ou vinculação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. pp. 120-121. Ainda: “No caso de a convenção de arbitragem



Por outra perspectiva, dentre as reflexões daqueles que defendem uma vinculação – não estritamente persuasiva – do árbitro aos precedentes, há também desenvolvimentos no sentido de ser necessário avaliar se o precedente – independentemente se enunciado por um tipo decisório com fundamento direto em regra constitucional ou regra infraconstitucional – foi proferido por “quem” teria a última palavra sobre o “debate jurídico” endereçado pelas partes do procedimento arbitral, assim como se o foco da interpretação levada a cabo no seio do precedente envolveu ato normativo de ordem estadual ou federal<sup>404</sup>.

Nessa linha, não é tarefa das mais árduas atingir, por conta própria, uma das principais conclusões a que chegam aqueles que seguem o posicionamento neste momento amplamente considerado: se o precedente é fonte do direito eleito pelas partes<sup>405</sup>, e o árbitro está a esse vinculado pela vontade expressamente manifestada por essas, a sentença arbitral que de alguma forma desrespeita ou desconsidera um precedente vinculante é proferida fora dos limites da convenção de arbitragem (art. 32, IV, LAB)<sup>406</sup>. Outrossim, também é defendida por esse posicionamento a tese de que simplesmente ignorar um precedente vinculante levantado pelas partes resvalaria em desrespeito, pelo árbitro, do seu dever de fundamentação, o que atrairia a

---

silenciar com relação à incidência ou não dos provimentos judiciais vinculantes, entendemos que será presumida a vinculação do árbitro apenas às súmulas vinculantes e repercussão geral pela sua posição constitucional expressa (art. 103-A, CF), uma vez que a mera vinculação conferida por legislação infraconstitucional (art. 927, CPC) não nos parece suficiente para limitar a vontade negocial das partes e, tampouco, para que se possa falar em presunção também com relação a tais provimentos [...]” (ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1197).

<sup>404</sup> “O critério de definição da natureza normativa do precedente não é a ausência ou não de previsão constitucional da eficácia erga omnes das decisões. Está longe de ser. Não há como classificar apenas alguns precedentes obrigatórios como fonte do direito. Ou todos são, ou todos não são. O argumento que justifica a vinculação do árbitro a apenas algumas hipóteses contidas no art. 927 do CPC (LGL\2015\1656) é outro. [...] Guilherme Rizzo Amaral quando afirma que, se o árbitro é a única e a última instância do conflito a ele submetido, este apenas será vinculado aos precedentes de cortes que têm a última palavra sobre a temática. Dessa forma, o árbitro não se vincularia a precedentes de tribunais locais, salvo quando estes fossem a última instância para análise da questão, como nos casos de direito municipal. Assim, as orientações do pleno ou corte especial dos tribunais locais não vinculariam os árbitros, tampouco os acórdãos prolatados em incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas instaurados em tribunais locais. Há, contudo, que se adicionar outra perspectiva à temática. Mais do que analisar quem dá a última palavra sobre o tema, é necessário analisar o âmbito de vigência da norma jurídica gerada pelo precedente vinculante. [...] Uma lei estadual, por exemplo, tem seu âmbito de eficácia restrito ao estado. Uma lei municipal, ao município. Se uma controvérsia, portanto, envolver a legislação estadual de Pernambuco, não há qualquer razão para aplicação daquela norma em uma controvérsia que envolva o estado de São Paulo. Isso porque, logicamente, aquela norma de Pernambuco tem âmbito de eficácia restrito àquele estado [...]” (ALMEIDA, Maria Eduarda; MACÊDO, Lucas Buriel. Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral? **Revista de Processo**, v. 305/2020, pp. 377-399, jul. 2020, São Paulo. p. 383).

<sup>405</sup> Vale salientar – caso ainda não tenha ficado claro – que o embate entre os dois núcleos antagônicos entorno dos quais orbitam as teses favoráveis e desfavoráveis a uma vinculação “forte” do árbitro aos precedentes judiciais não tem como cerne saber precisamente o que é um precedente vinculante – ainda que isso seja um aspecto relevante dos debates: a divergência central parte já do pressuposto “temos um precedente vinculante a frente”. Ambos os posicionamentos erguem seus monumentos argumentativos partindo do pressuposto de que o árbitro identificou o precedente; a questão que estabelece a divergência é “o que deve/pode o árbitro fazer nesse cenário”.

<sup>406</sup> FIORAVANTTI, Marcos Serra Neto. **A arbitragem e os precedentes judiciais**: observância, respeito ou vinculação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. pp. 134-135.

possibilidade de anulação da sentença arbitral pela quebra de tal dever (art. 32, III, LAB)<sup>407</sup>. A esse respeito, afirma Márcio Bellocchi<sup>408</sup>, construindo argumento a partir de considerações mais amplas sobre a inobservância do direito escolhido pelos litigantes feitas por Pedro Henrique dos Santos Lucon, Rodrigo Barioni, Elias Marques de Medeiros Neto<sup>409</sup> e Francisco Cahali<sup>410</sup>:

Se as partes livremente pactuaram, na convenção arbitral, que o direito brasileiro seria aplicável para o julgamento da controvérsia e, se os árbitros deixaram de fundamentar sua decisão em precedente obrigatório – existente e aplicável ao caso (deixando de aplicar o *distinguishing*) –, a sentença arbitral, a nosso ver, foi proferida “fora dos limites da convenção de arbitragem”, acarretando, portanto, sua nulidade.

Retornaremos, na última etapa do estudo, à questão envolvendo a dúvida sobre o que seria possível opor contra uma sentença arbitral que deixa de seguir o entendimento fixado no seio de um precedente vinculante. De todo modo, nesta altura, acredita-se que tenha sido apresentado uma análise razoavelmente abrangente do debate interno à doutrina arbitralista a respeito do tema da vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais. Por ora, o que dever ser antecipado é que este estudo tende a filiar-se ao segundo núcleo de argumentos apresentados, i.e., àqueles que defendem que o árbitro deve, sim, curvar-se perante precedentes judiciais vinculantes – inclusive no que tange aos possíveis “remédios” contra sentenças arbitrais que deixam de seguir e/ou ignoram precedentes judiciais.

Assim, como transição para a próxima reflexão, é fundamental consignar que, segundo os pressupostos deste estudo, tem-se que o sentido da vinculação a um precedente não está associada a alguma regra positiva (seja ela constitucional ou infraconstitucional), mas ao sentido mesmo do papel da jurisdição diante do direito lido enquanto “conceito interpretativo”, a partir do paradigma estabelecido pelo “império do direito” (Estado de Direito – *rule of law*), como será, adiante, explorado. Com isso, parece-nos adequado – à luz da CHD – afirmar que a

---

<sup>407</sup> “[...] caso quaisquer provimentos vinculantes sejam trazidos pelas partes, o árbitro estará obrigado a enfrentá-los, expondo os motivos de sua incidência ou não ao caso em julgamento, sob pena de padecer a sentença de vício de fundamentação [...]” (ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1197).

<sup>408</sup> BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 176.

<sup>409</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BARIONI, Rodrigo; MEDEIROS, Elias Marques de. A causa de pedir das ações anulatórias de sentença arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 12, n. 46, jul./set. 2015. p. 268.

<sup>410</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010**. 6. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 394. No que diz respeito a Francisco Cahali, contudo, vale consignar ter esse autor se posicionado publicamente, em Congresso organizado pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), no ano de 2017, de forma contrária a utilização de ação anulatória para combate contra a sentença arbitral que deixa de aplicar um precedente vinculante, nos termos apresentados por Bellocchi (AMARAL, Guilherme Rizzo. Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, out. 2017).

vinculação do árbitro ao precedente judicial não envolve qualquer arquitetura de precedentes vinculantes estruturada com institutos como súmulas, temas repetitivos etc.<sup>411</sup>. Não se defende, aqui, a ideia de teses gerais e abstratas, criadas jurisprudencialmente para o futuro.

Nesse sentido – e eis o que será na sequência abordado, mas que também foi enfrentado no capítulo 2 deste estudo – acreditamos que a vinculação do árbitro ao precedente judicial dever ser lida de uma forma ao mesmo tempo mais profunda e abrangente, por meio do desenvolvimento de uma reflexão sobre o papel do árbitro diante das decisões políticas pretéritas que compõem o ordenamento jurídico eleito pelas partes, dentre as quais encontra-se o precedente judicial. A partir dessa abordagem, acreditamos que se esvazia em alguma medida a relevância de perguntas como “está o árbitro adstrito às súmulas vinculantes” ou “está o árbitro vinculado apenas às decisões proferidas pelas Cortes Superiores”, por exemplo. A questão sobre “qual o sentido da vinculação a um precedente judicial” – seja um árbitro ou um juiz que se defronte perante tal “fato normativo” – é mais profunda, e envolve mais do que critérios de hierarquia entre os entes jurisdicionais ou se a decisão representa um “tipo decisório” fixado como de necessária “observância” pela Lei.

### **3.2. O ‘sentido da vinculação’ a um precedente judicial, a partir do paradigma do Estado de Direito e do dever de garantia a uma “resposta constitucionalmente adequada”**

Estabelecida uma perspectiva geral dos principais posicionamentos da – por assim dizer – visão interna à doutrina arbitralista a respeito do tema dos precedentes, o que se observa é dois grandes núcleos de posicionamentos. De um lado, há aqueles que partem da noção da arbitragem como um “subsistema” ou “microsistema” autônomo ao Poder Judiciário, para a defesa de uma autonomia interpretativa, de maneira que as demais abordagens (literalista ou utilitária, por exemplo), não são senão ramificações dessa interpretação sistêmica. Para esses autores, a autonomia do árbitro (vale dizer, a sua dita soberania no exame do mérito da disputa) estabelece um “poder de discordar” dos tribunais estatuais a respeito do que se deve compreender por “direito brasileiro”. De outro, há aqueles que partem do próprio instituto dos precedentes judiciais como fontes de direito, para defender uma limitação a essa autonomia do árbitro, propugnando que esse está vinculado à integralidade das fontes do direito eleito pelas partes contratantes para regulação da contenda, o que implica numa impossibilidade de que a

---

<sup>411</sup> “[O] ponto nodal do tema não é de direito processual”, nas palavras de Camilo Zufelato, citado por CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond. **Precedentes judiciais na arbitragem**: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia erga omnes na arbitragem regida pelo direito brasileiro. 2021. 164 f. Dissertação – mestrado em direito processual. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021. p. 20.

autonomia da arbitragem resvale na cisão quase ontológica de “dois direitos brasileiros”; um, segundo os tribunais estatuais, e outro, no que tange à interpretação realizada por um tribunal arbitral.

No entorno desses dois núcleos, posicionamentos bastante variados foram desenvolvidos, sendo negligente afirmar a existência de um ficto embate entre posições homogêneas. De todo modo, alinhamo-nos com posicionamento trazido por Thiago Marinho Nunes, em ensaio curto, mas sólido, a respeito do tema: todo o debate parece centrar-se em uma dicotomia semântica entre as palavras “vincular” e “observar”<sup>412</sup>. Todavia, parece-nos que a colocação do debate em tais termos – se o árbitro está vinculado ou se apenas deve observar os precedentes judiciais –, oculta o que é, aos olhos da CHD, central para a compreensão da posição da atividade jurisdicional (seja ela exercida por um juiz ou por um árbitro) diante do desafio da interpretação do direito. Mais do que isso, cremos na necessidade de se estabelecer algumas considerações sobre, parafraseando Streck, *o sentido da vinculação*.

De saída, é forçoso dizer que o domínio da arbitragem é, ao nosso ver, um *locus* hermenêutico absolutamente privilegiado para o debate a respeito da força vinculante dos precedentes judiciais no contexto brasileiro. Isso por uma razão que pode parecer, numa leitura apressada, incoerente: não há absolutamente nenhuma regra legal expressa que determine (ou desautorize) a vinculação do árbitro às decisões proferidas pelas Cortes do Estado – principalmente quando se considera a inaplicabilidade das regras procedimentais do Código de Processo Civil à arbitragem, premissa com a qual não se discorda *a priori* no presente estudo. Aliás, vale dizer que nem mesmo seria uma proposição precisa a de que há uma regra legal que estabelece a “vinculação” do juiz aos precedentes judiciais, porquanto o CPC utilize claramente a locução “observar” (art. 927, CPC/15) – o que reforça a proposição anteriormente trazida a respeito do debate semântico envolvendo ambos os termos.

Um crítico poderia levantar a seguinte questão – e de fato esse é, como visto, um argumento levantado por parcela daqueles que defendem uma desvinculação do árbitro aos “precedentes judiciais”: “*bom, se não há Lei obrigando o árbitro a seguir precedentes judiciais, então o árbitro está livre para não o fazer, correto?*”. A resposta, a partir da CHD, não nos parece que seja “*sim*”<sup>413</sup>. E isso está relacionado a questões sobre o significado mesmo de uma

---

<sup>412</sup> NUNES, Thiago Marinho. *Árbitro e precedentes judiciais: vinculação ou observância?* **Migalhas**, São Paulo, pp. 1-6, 26 jan. 2021.

<sup>413</sup> Nesse ponto a CHD concordaria com os próprios precedentistas, que apenas partem das inovações do CPC, mas, consoante se expôs a partir da palavras de Mitidiero, não derivam a natureza vinculante dos precedentes de uma vontade positiva do Legislador, mas de questões imanentes e profundas envolvendo a compreensão de quais são as fontes do direito, o que representa uma norma jurídica e, fundamentalmente, o que uma teoria da interpretação judicial – abrangente – propõe como superação de um modelo distante de percepções puramente

cultura de precedentes e sobre o que significa, propriamente, respeitar o alcance normativo do direito como um corpo jurídico. O direito não é um amontoado de normas, mas pretende ser, como diz Waldron, um “*corpus juris*”<sup>414</sup>.

A ausência de uma regra legal é por nós, em verdade, vista como um convite absolutamente atrativo para o retorno às questões primeiras – um convite que afasta-nos da dicotomia semântica alhures apontada –, a respeito do significado do direito como conceito interpretativo<sup>415</sup> e, fundamentalmente, do sentido adequado da vinculação aos precedentes

---

declaratórias da atividade jurisdicional. Nessa linha, vale menção às palavras de Thomas Bustamante: “[ainda] que não exista uma regra de direito positivo estabelecendo o dever de observar precedentes judiciais, haverá ao menos uma regra moral fortemente internalizada pelos aplicadores do direito positivo recomendando a atenção ao precedente judicial. Nesse sentido, todas as teorias da argumentação jurídica e as teorias normativas da decisão judicial são inequívocas ao estabelecer o dever de tomar em conta o precedente judicial. Esse dever pode tomar forma de diferentes maneiras ou ser expresso em diferentes linguagens, mas ele invariavelmente está presente. Pode tomar a forma, por exemplo, de um ‘princípio de inércia’, que exige do falante o dever de fundamentar as suas decisões que se afastem de uma convenção ou uma regra tida como válida ou existente em uma prática jurídica, ou de uma exigência moral mais ambiciosa, de inspiração kantiana, como o princípio da ‘universalizabilidade’ no âmbito da racionalidade prática [...]” (BUSTAMANTE, Thomas. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial. In: JR., Fredie Didier *et al.* **Grandes temas do novo CPC – Precedentes**. 2. ed. 3. v. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 276).

<sup>414</sup> WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **Georgia Law Review**, vol. 43, n. 01, 2008, pp. 01-61.

<sup>415</sup> Quando afirmamos a natureza do “conceito de direito” como sendo um conceito interpretativo, é fundamental deixar claro o que há por detrás de uma tal afirmação – tendo em vista não ser, em nada, vã, tampouco detendo significado singelo como “uma prática institucional que se realiza a partir de processos interpretativos”. Retornando à obra daquele que com maior primor defendeu tal noção a respeito do conceito de direito, temos, nos argumentos de Ronald Dworkin, a seguinte ideia central: o direito, considerado como um dado-da-vida-em-sociedade, representa, no âmbito mais genérico de reflexão possível a seu respeito, o guia e a represa do exercício da força pelo Estado; toda e qualquer teoria que busque investigar a pergunta “o que é o Direito?” parte, invariavelmente, desse ponto. Mais do que isso: a forma como o direito se manifesta é marcada por uma dinâmica clara que envolve a validação desse exercício da coerção oficial, a partir de decisões políticas pretéritas (estatutos, Leis, decisões judiciais etc.) que assumem, por conseguinte, “forma jurídica”. Afirmar, portanto, a natureza interpretativa do conceito de direito significa, deste modo, que todo aquele que se insere dentro dessa prática institucional – v.g. juízes ou, no caso deste estudo, árbitros – a que chamamos de direito, assume (expressa ou implicitamente nos seus “raciocínios jurídicos”) uma resposta (mais ou menos) sólida para isso que denominaremos como sendo “o problema da coerção oficial”: “De modo geral, nossa discussão sobre o direito assume – é o que sugiro – que o escopo mais abstrato e fundamental da aplicação do direito consiste em guiar e restringir o poder do governo da maneira apresentada a seguir. O direito insiste em que a força não deve ser usada ou refreada, não importa quão útil seria isso para os fins em vista, a menos que permitida ou exigida pelos direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores, relativas aos momentos em que se justifica o uso da força pública [...]” (DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pp. 117-118). A “tática” argumentativa de Dworkin é trazer o debate da teoria do direito para a arena das “substâncias”: uma concepção de direito necessariamente precisa, para que represente uma descrição – uma *interpretação* – fiel dessa prática institucional chamada “direito”, articular respostas para o problema da coerção, desenvolvendo argumentos para explicar como decisões políticas pretéritas legitimam o uso da força pelo Estado. Com isso, Dworkin devolve o debate para um campo não hermético (num sentido epistemológico) de reflexão, apagando as linhas divisórias entre o que se considerariam como sendo análises descritivas (ou “semânticas”) e o que se assumiria como sendo análises prescritivas acerca da pergunta “o que é o Direito?”, i.e., derruba a barreira entre as subquestões “o que é o direito?” e “o que deve ser o direito?”. Nesse sentido, Dworkin defenderá que a “melhor interpretação” do conceito de direito alberga-se na noção de “direito como integridade” (DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003), cujo principal aspecto é o invocar da ideia de que aquele imbuído nos trajes da jurisdição tem a “responsabilidade política” de – sempre – buscar “descobrir o direito”, a partir da reconstrução do seu “romance institucional”, fardo que lhe joga na posição de garantir o direito do jurisdicionado a uma resposta juridicamente correta; uma resposta constitucionalmente adequada, nas palavras de Lenio Streck (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias

judiciais, segundo uma noção profunda de Estado de Direito<sup>416</sup>, e não propriamente num dever de observância dos precedentes pela sua “autoridade”, ou, melhor, pela autoridade de quem o estabeleceu.

É justamente quando a “vontade expressa do soberano” falha em entregar uma resposta inequívoca à primeira vista<sup>417</sup>, que, antes do que desespero epistemológico, a CHD enxerga a oportunidade de buscar compreender o efetivo sentido do papel do juiz ante a autoridade que o direito e suas razões reivindicam; não haveria, ao nosso ver, fundamento para que a situação do árbitro fosse vista de forma diversa<sup>418</sup>. Outrossim, não é por outra razão que uma das críticas tecidas pela CHD à tese precedentalista diz respeito a uma inadequada compreensão acerca das próprias regras legais que a princípio representariam uma inserção antropofágica da doutrina do *stare decisis* no direito brasileiro<sup>419</sup>.

Nesses termos, questões de várias naturezas, formas e dimensões, podem ser levantadas como “resposta fundacionalista” para a pergunta “*por que um juiz (ou, árbitro) deve seguir um precedente judicial, enxergando-o como vetor vinculativo do processo de interpretação jurídica (não apenas judicial)?*”<sup>420</sup>. Na esteira do contraste realizado entre representantes da tese do sistema de precedentes brasileiro e da tese da CHD, o que se tentou esclarecer é que esse embate nada mais representa do que contraste entre uma resposta formalista, que simplifica intencionalmente a interpretação jurídica a um convencionalismo orientado para autoridade

---

discursivas. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 369 e segs.). Por essa razão é que, ao assumirmos que o direito é um conceito interpretativo, ou seja, cujo sentido está necessariamente vinculado ao resolução interpretativa do problema da coerção, defenderemos, ao longo desse subcapítulo, que a resposta para a pergunta “estão os árbitros vinculados aos precedentes judiciais?” envolve, necessariamente, esse problema, em particular quando assumimos como pressuposto o paradigma do *rule of law* – por força do qual nos parece impositiva a ideia de que direito consubstancia-se (ontologicamente) na derrota do império das vontades particulares.

<sup>416</sup> OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. **Estado de Direito, Precedente e Arbitragem**: a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais como pressuposto da unidade e da coerência do Direito. 2022. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

<sup>417</sup> A esse respeito, vale menção ao debate envolvendo a cisão entre “easy” e “hard cases”, e “discrecionalidade forte” e “fraca”, levantado por Dworkin em face das teses positivistas de H.L.A. Hart (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 202). Ainda: STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 54-87, abr. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2451/1584>. Acesso em: 24 maio 2023. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i1.2451>. Acesso em: 24 maio 2023.

<sup>418</sup> ABOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs. Arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. **Revista de Processo – RT**, v. 214, p. 271, dez./2012, São Paulo. pp. 278 e segs.

<sup>419</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. pp. 349-356.

<sup>420</sup> “Our jurisprudence is cluttered with a haphazard variety of considerations adduced to justify stare decisis. They include the importance of stability, respect for established expectations, decisional efficiency, the orderly development of the law, Burkean deference to ancestral wisdom, formal or comparative justice, fairness, community, integrity, the moral importance of treating like cases alike, and the political desirability of disciplining our judges and reducing any opportunity for judicial activism.<sup>4</sup> The justification of stare decisis is a field to which many contributions have been made, but to which little system has been brought. [...]” (WALDRON, Jeremy. **Stare decisis and the rule of law**: a layered approach. Michigan Law Review. Michigan, n. 1, v. 111, 2012. p. 3).

hierárquica das Cortes Superiores, buscando embasamento “ideológico” em princípios jurídico-político amplos de “previsibilidade”, “igualdade” e “segurança jurídica; e uma resposta hermenêutica e interpretativa, para a mesma pergunta acima colocada.

Todavia, um leitor atento perceberá que há um certo “vácuo” deixado no ponto em que postas lado a lado, a tese precedentalista brasileira e as críticas da CHD: demonstrou-se por que essa entende ser equivocada a compreensão da referida tese, mas não se colocou nada no lugar; se precedentes não derivam sua autoridade de uma cisão funcional entre o papel das Cortes Superiores e das Cortes de Justiça, se súmulas, teses e temas, não resolvem o problema da indeterminação do direito, afinal, qual o “sentido da vinculação” às decisões pretéritas, para a CHD? A identificação de tal vazio não estaria equivocada, precisamente porque esse “sentido da vinculação” será, agora, explicitado.

Inicialmente, a posição que subjaz nas raízes deste estudo, a respeito da natureza e sentido da vinculação a um precedente judicial, rejeita, como pressuposto de pré-compreensão, posicionamentos que apresentem o direito como simples produto da vontade de poder de uma autoridade<sup>421</sup> – seja ela o Rei, o Parlamento, o Poder Judiciário ou, do mesmo modo, o Tribunal Arbitral. Nesse sentido, se faz necessária uma digressão mais sólida.

O direito é fruto de uma vontade positiva – isso não se negaria por óbvio, afinal, instituições formais que “produzem” o direito e o “aplicam” são um dado inquestionável da realidade. Em um breve aparte, note-se que é precisamente essa dimensão “estrutural” ou “formal” que nos permitiria afirmar que, em certo sentido, mesmo regimes ferozmente totalitários como o regime nazista tinham direito – havia uma estrutura consolidada de instituições formais, inclusive, a própria Constituição de Weimar nunca foi revogada e substituída por uma nova Constituição revolucionária, tampouco foi “suspensa” a totalidade da ordem constitucional vigente para o estabelecimento de um estado de exceção absoluto<sup>422</sup>. Ainda assim, isso não nos parece ser a captura completa da complexidade do fenômeno jurídico, porquanto há um aspecto desse que parece escapar a uma cadeia essencialmente formal de autoridades, sendo possível identificar, por parte do direito, a reivindicação também de uma autoridade substantiva; o ordenamento jurídico não convida apenas a uma aceitação da

---

<sup>421</sup> Isso porque o uso oficial e legítimo da força exige mais do que a simples identificação da figura da autoridade: “a atividade coativa do Estado – realizada sob o signo do direito – exige uma resposta a um conjunto coerente de princípios [...]” (ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs. Arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. **Revista de Processo** – RT, v. 214, p. 271, dez./2012, São Paulo. pp. 278 e segs).

<sup>422</sup> O que se observa, em verdade, é justamente o atravessamento de um espectro de exceção no interior da própria institucionalidade, por meio de atos normativos positivos com relação aos quais, em termos formais, não enfrentaríamos grandes dificuldades para denominar como sendo “direito”: FERRAZ, João Grinspum. **Ordem e revolução na república de weimar**. Dissertação de mestrado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. pp. 75 e segs.

autoridade, mas também nos convida a aceitação de uma dimensão bastante intrínseca da nossa humanidade, que é a capacidade de assumirmos responsabilidade moral pelas nossas escolhas<sup>423</sup>.

Nesse sentido, ao nosso ver, as regras e princípios que se inserem nessa prática institucional a que denominamos de direito preponderam sobre razões normativas de outra espécie (v.g. de verniz religioso, costumeiro, econômico etc.) não só porque foram submetidas a um determinado processo de “positivação”, envolvendo a manifestação de vontade de fontes autorizadas para dizerem o que deve ou não ser, mas também porque essas fontes o fizeram por meio de uma articulação de razões e aderindo a uma postura que reconhece (ainda que inconsciente ou tacitamente) o dever de apresentar tais regras e princípios como “merecedores” – no que tange ao seu conteúdo – de observância<sup>424</sup>.

Aceitar que os padrões normativos que compõem o direito são (ou devem ser) preponderantes aos olhos daqueles que os recebem como sendo de necessária observância, pura e simplesmente, pelo fato-da-autoridade que os proferiu e os inseriu na “vida cotidiana”, é negar um importante desenvolvimento – não só acadêmico, mas político – da compreensão que se tem sobre o viver inserido em uma comunidade política particular.

O trilhar da história permitiu que atingíssemos, com a noção de Estado de Direito (*rule of law*), a ideia de que viver em sociedade e sob uma ordem jurídica particular significa – ou ao menos pode significar em termos ideais – não estar sujeito à vontade de alguém ou mesmo de um grupo de pessoas<sup>425</sup> (v.g. de uma facção partidária totalitária ou de uma burocracia estamental patrimonialista), mas a um *ethos* jurídico compartilhado intersubjetivamente<sup>426</sup>. Por

<sup>423</sup> Ver, nesse sentido, o debate Hart-Fuller. HART, H.L.A. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, vol. 71, n. 04, fev. 1958, pp. 593-629; FULLER, Lon L. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, vol. 71, n. 04, fev. 1958, pp. 630-672.

<sup>424</sup> Nesse sentido, as considerações de Raz sobre a autoridade do direito e, principalmente, a ideia de autoridade legítima. RAZ, Joseph. Legitimate Authority. In **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. Oxford: Clarendon Press, 1979. RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Clarendon Press, 1986, pp. 53.

<sup>425</sup> “[...] as perspectivas políticas distintas que apoiam o Estado de Direito têm em comum uma aversão ao uso arbitrário do poder; essa é uma outra explicação sobre por que o Estado de Direito é defendido por democratas, liberais igualitários, neoliberais e ativistas de direitos humanos. Apesar de suas diferenças, eles são todos a favor de conter a arbitrariedade. Em uma sociedade aberta e pluralista, que ofereça espaço para ideais concorrentes acerca do bem público, a noção de Estado de Direito se torna uma proteção comum contra o poder arbitrário. [...]” (VIEIRA, Oscar Vilhena. Estado de Direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. CAMPILONGO, Celso Fernandes; FREIRE, André Luiz; GONZAGA, Alvaro de Azevedo (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/78/edicao-1/estado-de-direito>. Acesso em 18 abr. 2023).

<sup>426</sup> “[a CHD] sabe que todo intérprete está tomado por sua situação hermenêutica e que é a partir dela que ele projeta sentidos. Portanto, essa primeira constatação faz com que tenhamos uma consequência para o direito: é impossível para o intérprete saltar sua situação hermenêutica e regredir ao tempo da feitura do texto. Aliás, isso representaria – além de uma parca ilusão – um significativo prejuízo, já que a distância temporal é o elemento que possibilita ao intérprete compreender o texto que o interpela. [...] Por outro lado, os significados que nos chegam



detrás dessa ideia está precisamente o reconhecimento de que as regras e princípios jurídicos derivam sua legitimidade política – não da sua fonte de autoridade, mas – da natureza “generalizável” das razões normativas expressadas por esses padrões<sup>427</sup>. É nesse sentido que se pode afirmar que o “império do direito” representa a superação do “império da vontade”<sup>428</sup>; a deposição desse por força da própria revelação de que não há absolutamente nada que possa ser levantado para colocar um indivíduo humano acima do outro – ainda que um ocupe (e o outro não) uma “posição de autoridade”. Essa dita superação está – em um grau considerável segundo os pressupostos assumidos neste estudo – intrinsecamente conectada com o próprio “conceito de direito”<sup>429</sup>, a partir da noção de legalidade<sup>430</sup>.

Quando o conflito surge no seio de uma sociedade que se entende submetida ao paradigma do Estado de Direito, aquele que vence e aquele que perde, i.e., aquele em favor do qual o Estado colocará à disposição todo o seu aparato de uso legítimo da força e aquele contra quem esse aparato será movido, não é (e não deve ser) uma questão de “quem decide”<sup>431</sup>, especialmente<sup>432</sup> – defenderá Cass Sunstein – quando o debate envolve justamente direitos de

---

por conta de nossa situação hermenêutica e as possibilidades compreensivas emanadas da distância temporal, não são qualidades ‘subjettivas’ do intérprete, mas, sim, algo que ele compartilha com todos, intersubjetivamente, que a hermenêutica chama de tradição. A compreensão, portanto, nunca é um projeto isolado – realizado por um *solus ipse* -, mas é sempre um projeto compartilhado. Nunca se compreende sozinho; sempre se compreende com o Outro, ainda que esse Outro não seja visível, fisicamente. [...]” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Local 7650 de 11997 (Kindle)).

<sup>427</sup> WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **Georgia Law Review**, vol. 43, n. 01, 2008; Nas palavras de Miguel Galvão Teles, “that wick cannot be generalized cannot be fair” (TELES, Miguel Galvão. Arbitragem comercial internacional *ex aequo et bono* e determinação de lei de mérito. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 5, n. 9, pp. 81-104, out./dez. 2008).

<sup>428</sup> “My action can hardly be regarded as subject to the will of another person if I use his rules for my own purposes as I might use my knowledge of a law of nature, and if that person does not know of my existence or of the particular circumstances in which the rules will apply to me or of the effects they will have on my plans. [...]” (HAYEK, F.A. **The Constitution of Liberty**. Chicago: University of Chicago Press, 1960. p. 152).

<sup>429</sup> WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **Georgia Law Review**, vol. 43, n. 01, 2008, pp. 01-61.

<sup>430</sup> “On this account, a system of governance doesn’t count as law unless it exhibits the characteristic forms and processes that we associate with legality. Otherwise we lose our sense of the institutional distinctiveness of law as a way of ruling a society. [...]” (WALDRON, Jeremy. The rule of law. ZALTA, Edward N (org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Palo Alto: Stanford University Press, 2020. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/?ref=refind#RuleLawConcLaw>. Acesso em 18 abr. 2023).

<sup>431</sup> “Uma interpretação ruim é, no limite, uma interpretação sem sentido. Por exemplo, que sentido pode existir na fundamentação de uma decisão que afirma que o julgamento final da demanda – provimento/improvemento do pedido – foi resultado não de um processo de explicitação da compreensão do direito e da sua história institucional, mas, sim, produto da consciência de um único funcionário público: o magistrado? Esse tipo de argumento não faz sentido nenhum se considerarmos que vivemos sob a égide de um regime democrático que tem na primazia da legalidade sua pedra fundamental (legalidade entendida num sentido amplo, de legalidade constitucional, evidentemente). [...]” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Local 7622 de 11997 (Kindle)).

<sup>432</sup> Mantendo-se no horizonte próximo que, em se tratando de “arbitragem”, a patrimonialidade e disponibilidade do direito guerreado entre as partes é traço distintivo do instituto.

ordem privada<sup>433</sup>. Desse modo, a figura do sucumbente não é identificada pela vontade, mas pela capacidade e dever da autoridade de apresentar como o conjunto de regras e princípios jurídicos aplicáveis ao caso, interpretados sob a sua melhor luz, autorizam a concluir em determinado sentido, daí porque se entende que o direito é sempre uma interpretação inacabada, na medida em que a sua realização se dá sempre num processo de “renovação eucarística”<sup>434</sup> da legitimidade política das razões normativas que o constituem<sup>435</sup>.

Há, por conseguinte, uma imposição clara que o direito realiza das suas próprias exigências, contra a vontade do intérprete de aderir a razões que não são propriamente jurídicas – ou que, ainda que o sejam, consubstanciam-se em espécie de “predileção” técnica<sup>436</sup> –, de maneira a impor uma caminhada em direção aquilo que comumente se denomina como “a resposta correta”<sup>437</sup> – ou resposta constitucionalmente adequada<sup>438</sup>. Essa caminhada que o direito (Estado de Direito) oferece ao intérprete não é uma jornada cujo valor jaz na chegada (ou seja, no conteúdo propriamente dito da decisão final da autoridade), mas, sim, na postura do caminhante (na forma como a autoridade encarará o seu ofício)<sup>439</sup>.

---

<sup>433</sup> “[...] [T]he degree to which the society is bound by law, is committed to processes that allow property rights to be secure under legal rules that will be applied predictably and not subject to the whims of particular individuals, matters. The commitment to such processes is the essence of the rule of law. [...]” (CASS, Sunstein. **The Elgar Companion to the Economics of Property Right**. Oxford: Edward Elgar Publication. p. 131).

<sup>434</sup> Um processo de justificação da decisão política pretérita pautado na atitude hermenêutica de expor essa decisão pretérita à luz da prática jurídica em geral (PINHEIRO, Guilherme César. **A vinculação decisória no estado democrático de direito** – por uma compreensão constitucionalmente adequada da aplicação de precedentes, súmulas e decisões vinculantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016. p. 67 e segs.).

<sup>435</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Local 7679 de 11997 (Kindle)).

<sup>436</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Questões polêmicas do processo arbitral**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 53.

<sup>437</sup> DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>438</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. pp. 385 e segs.

<sup>439</sup> Aqui é importante salientar: a negativa feita ante posturas *estritamente formalistas* a respeito do tema da observância dos precedentes judiciais, nos termos anteriormente delineados e a partir dos pressupostos desse estudo, não impõe uma tentativa de defesa de uma noção *estritamente substantiva* de *rule of law*, mas um posicionamento que trilha uma via aberta entre ambos os polos: “Even if the principles of the Rule of Law are purely formal in their application, we don’t just value them for formalistic reasons. Most fundamentally, people value the Rule of Law because it takes some of the edge off the power that is necessarily exercised over them in a political community. In various ways, being ruled through law, means that power is less arbitrary, more predictable, more impersonal, less peremptory, less coercive even. It establishes what Fuller (1964: 39–40) called a bond of reciprocity—a mutuality of constraint—between the ruler and the ruled, and in that sense it mitigates the asymmetry that political power otherwise involves. [...]” (WALDRON, Jeremy. The rule of law. ZALTA, Edward N (org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Palo Alto: Stanford University Press, 2020. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/?ref=refind#RuleLawConclLaw>. Acesso em 18 abr. 2023). Ver também: VIEIRA, Oscar Vilhena. Estado de Direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. CAMPILONGO, Celso Fernandes; FREIRE, André Luiz; GONZAGA, Alvaro de Azevedo (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbeta/78/edicao-1/estado-de-direito>. Acesso em 18 abr. 2023

Com isso se quer afirmar que a defesa de uma resposta correta em termos substantivos é antes uma questão de “postura interpretativa” do que propriamente de “conteúdo da decisão”<sup>440</sup> – o que não pode ser confundido com a desimportância do conteúdo, antes pelo contrário; é preciso que a autoridade responsável pela tomada de decisão reconheça na sua posição um dever de reverência perante a “tradição jurídica” que lhe antecede, resgatando seus “comandos” tendo em vista, evidentemente, os desafios que o presente lhe impõe, mas também o fato de que a sua decisão comporá o material de textos normativos que serão, futuramente, cotejados por outras autoridades, o que tem por consequência a própria elevação da responsabilidade política do julgador no tocante à qualidade do conteúdo da sua fundamentação<sup>441</sup>.

Para que assim se faça, é preciso decidir a partir de um lugar de rejeição da caracterização da atividade decisória como uma atividade de “escolha” de uma resposta dentre várias outras possíveis (eis que, se várias são possíveis e a supremacia de um dos caminhos sobre os outros se dá pela vontade do intérprete, e não pelo mérito desse caminho, de que importaria apresentar as decisões tomadas no passado como as melhores leituras possíveis?)<sup>442</sup>. Nesse cenário, onde a tomada de decisão pela autoridade jurisdicional é vista como um expediente de “escolha”, a função da jurisdição é colocada numa posição de pura criação,

<sup>440</sup> Dworkin, por sua vez, deixa isso bastante claro em advertência feita com relação ao trabalho do dito “juiz Hércules”, um juiz alegórico que assume a responsabilidade de exercer seu ofício aderindo ao paradigma do direito como integridade, i.e., que assume que o seu ofício envolve, diante de uma causa particular, a tarefa de renovar a legitimidade institucional das decisões políticas do passado. Compreender que uma determinada decisão é pobre “enquanto [interpretação] construtiva da prática jurídica” não significa rejeitar o ideal da “resposta correta” ou da “resposta constitucionalmente adequada”, mas, antes, aceitá-lo. A esse respeito: DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 287.

<sup>441</sup> “Um sistema de precedentes, assim, envolve a responsabilidade especial que acompanha o poder de comprometer o futuro antes de chegarmos lá [...]” (SCHAUER, Frederick. Precedente. In: JR., Fredie Didier *et al.* **Grandes temas do novo CPC – Precedentes**. 2. ed. 3. v. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 51).

<sup>442</sup> “Em um modelo hermenêutico [CHD] ou integrativo [Dworkin], sentença e acórdãos são atos de decisão e não de escolha. São atos de poder em nome do Estado [...] um ato de responsabilidade política [...]. Por isso mesmo é que a decisão judicial não é uma mera opção por uma ou mais teses [...] essa diferença não se apresenta em um nível valorativo (ou seja, não se trata de afirmar que a decisão é melhor ou pior que a escolha), mas, sim estrutural. Respostas de escolha são respostas parciais; respostas de decisão são respostas totais, nas quais entre em jogo a existência inteira [...]” (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. pp. 387-388). Ainda, vale destacar que a diferença estrutural entre “escolher” e “decidir” é justamente o que afasta a CHD de uma posição “exegética” ou “silogística”; negar os influxos da vontade (*solipsismo*) na interpretação judicial, pelo confronto com a ideia de que a atividade jurisdicional é um processo de escolha, não impede a CHD de propugnar que essa atividade também representa um processo de “apropriação” dos sentidos que são entregues pelos textos (v.g. precedentes ou leis): “No plano da hermenêutica, a integridade equivale ao respeito à tradição (autêntica/legítima), circunstância que, no Direito, Assume especial especificidade: se queremos dizer algo sobre u texto (que nunca é algo em abstrato, um mero conceito, uma pauta geral ou qualquer enunciado linguístico), temos de deixar que este nos diga algo (pense na jurisprudência, na doutrina, enfim, no modo de explicitação [...] das diversas manifestações do Direito). E esse texto estará dependente de um fundamento de validade, que é a Constituição, fruto de um ‘contrato’ pelo qual, para usar as palavras de Ost, fizemos promessas a nós mesmos [...]” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 382).

esvaziando-se qualquer possibilidade de que as decisões políticas do passado – leis ou precedentes – sejam tidas como de natureza “vinculativa”, afinal, nada pode segurar uma escolha, além da vontade de quem a faz.

A assunção dessa posição, ademais, deve se dar independentemente da viabilidade epistemológica de se afirmar com certeza a existência de apenas um caminho hermenêuticamente possível – essa prova não cabe à teoria da decisão jurídica, mas aos domínios talvez mais profundos de uma teoria moral abrangente. Assim, é fundamental que a autoridade dê um verdadeiro salto de fé em direção ao postulado<sup>443</sup> de que há, sim, apenas uma resposta, para que cumpra, então, sua função tal como o paradigma do Estado de Direito exige.

É pondo essa digressão no horizonte de análise, que se pode ter um vislumbre mais preciso do porquê a CHD nega que a questão sobre a vinculação aos precedentes judiciais, inclusive com relação ao árbitro, possa ser resolvida com o recurso à autoridade funcional das Cortes Superiores. Ainda que a essas tenha sido entregue – pela própria Constituição – a autoridade interpretativa de zelar pela “integração” do sentido do direito e mesmo que sua autoridade hierárquica seja, de fato, absoluta – superada apenas pelo Parlamento e mesmo de forma temporária, tendo em vista, por exemplo, a inevitabilidade do controle de constitucionalidade –, todos os seus atos nessa direção, uma vez inseridos na cadeia normativa que compõe a “tradição jurídica” do direito pátrio, devem ser colhidos pelo intérprete subsequente (juiz ou árbitro) como razões normativas de necessária “reapresentação”, naquilo que alhures referiu-se como processo de “renovação eucarística” da legitimidade política das decisões políticas do passado.

Em outros termos, a “fixação última” do sentido do direito é uma impossibilidade – que varia apenas em grau, mas nunca em essência –, quando aceito um paradigma que rejeita o império da vontade sobre os homens<sup>444</sup>, porque faz parte do arcabouço de responsabilidades do

---

<sup>443</sup> O uso do termo “postulado” não é escolha estética e/ou puramente discursiva, mas carrega em si um posicionamento argumentativo: um postulado ou axioma é uma verdade assumida *a priori*, mas que, pela sua auto evidência, passa a ser considerada como “indemonstrável” (GERÔNIMO, J. R. **Geometria plana e espacial**: um estudo axiomático. 2. ed. Maringá: Eduem, 2010. p. 11). Trata-se, vale anotar, de uma categoria muito presente no método científico da matemática (em especial em estudos envolvendo a geometria), e que, no entanto, ilustra ao nosso ver com precisão o que se quer defender neste momento: haver “de fato” uma resposta correta em termos jurídicos não importa; o que importa é decidir como se “de fato” houvesse e isso é uma verdade que é dada ao assumirmos que vivemos sobre o império do direito e não sobre o império da vontade de poder.

<sup>444</sup> Aliás, vale pontuar que um sistema de administração da justiça pautado preponderantemente no paradigma do *rule of law* é caracterizado por Waldron precisamente nesses termos, i.e., como um sistema marcado pela “abertura constante do debate” e não numa ideia fixa de “previsibilidade absoluta”: “I said that the cluster of considerations concerned with predictability occupies a prominent place both in justifications of stare decisis and in various conceptions of rule of law. But I doubt that they are the final word on the justification of stare decisis [...] For one thing, we know that the rule-of-law tradition does not treat predictability as the be-all and end-all. On the contrary, for various good reasons, it supports procedures and allows modes of argumentation that make the law much more unsettled and controversial than it would be were predictability and overriding value. What’s more,

intérprete imbuído em poderes jurisdicionais (juiz, tribunal do Estado ou árbitro) “reabrir construtivamente” o caso voltando os olhos para os desafios do presente e do futuro<sup>445</sup>.

Nessa linha, o que se tem é uma consequência, na verdade, drástica para o debate a respeito dos precedentes vinculantes: pouco importa se se considera que o juiz está “vinculado” ou se é apenas “persuadido” pelo precedente do passado, pois que há um “compromisso” de expor ao jurisdicionado o que foi dito antes (por legisladores, juízes e tribunais) como um conjunto de razões que merecem observância, razão pela qual a noção hierárquica tradicional de fontes de direito chega a se esvaziar<sup>446</sup>, podendo eventualmente retomar seu brilho em casos nos quais verifica-se algum aparente (e simples) conflito lógico entre regras de diferentes matizes hierárquicas. Diferentemente das crianças para com seus pais, um cidadão – sobremaneira se esse “cidadão” for um agente de mercado sofisticado acompanhado de um corpo técnico-jurídico sólido –, que reconhece no paradigma do *rule of law* uma qualidade do contexto institucional no qual inserido, não se satisfaz apenas com a afirmação de que “assim deve ser porque assim foi dito pelas autoridades”<sup>447</sup>.

O precedente, portanto, vincula e, ao mesmo tempo, detém carga persuasiva; vincula, porque uma vez compondo a história institucional do direito não pode ser ignorado ou inobservado por simples “preferência”; e persuade, porque, em termos substantivos, dever ser lido como o resultado pretérito disso que se está apresentando como o dever de decidir como se houvesse apenas uma resposta correta, i.e., deve ser recebido como o resultado da satisfação, pelo juiz-do-passado, do postulado da resposta correta<sup>448</sup>. Assumindo-se que a autoridade do

---

we know that argument about precedent is one of these unsettling modes of argument. People worry, argue and bicker about the meaning of precedent, long after any predictability that the precedent might have sponsored has evaporated [...] If we really wanted predictability in law, we would be better off studying the political profile of our judges in the legal realist manner rather than looking at precedents. [...]” (WALDRON, Jeremy. **Stare decisis and the rule of law: a layered approach**. Michigan Law Review. Michigan, n. 1, v. 111, 2012. pp. 12-13).

<sup>445</sup> “Melhor dizendo: não há grau zero na atribuição de sentido. O intérprete deve estar atento à tradição (e à sua autoridade), compreender os seus pré-juízos como pré-juízos, promovendo uma reconstrução do direito, perscrutando de que modo um caso similar vinha sendo decidido até então, confrontando a jurisprudência com as práticas sociais que, em cada quadra do tempo, surgem estabelecendo novos sentidos às coisas e que provocam um choque de paradigmas [...]” (STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Local 1895 de 3594 (Kindle)).

<sup>446</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>447</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica** – o sentido da vinculação no novo cpc/2015. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 10.

<sup>448</sup> Com essa afirmação, quer-se defender – e isso será melhor na sequência – que, uma vez podendo a decisão proferida no passado (independentemente da estatura hierárquica da Corte que a proferiu) ser apresentada como uma “boa decisão” (uma resposta adequada de determinado domínio da prática institucional denominada direito) e não havendo outra decisão de mesma estatura hierárquica ou superior, que apresente-se como uma resposta igualmente adequada para a situação enfrentada no presente, o árbitro não tem a “faculdade” de começar um enredo do zero e, analisando o conjunto de fragmentos normativos do ordenamento que já foram enfrentados pela decisão do passado, apresentar uma nova leitura que, na sua visão, é “tão boa quanto”. Por isso, tendemos a nos posicionarmos em sentido diverso ao defendido por Rizzo Amaral nesse aspecto, quem fixa como principal

direito não está na vontade de quem o pôs, mas no potencial dessa autoridade de articular o conjunto de padrões normativos que o constituem como merecedores do recebimento de legitimidade política, e assumindo que essa visão da interpretação/aplicação do direito é a correta, a conclusão natural é que as decisões do passado devem ser tidas como sendo produto do trabalho de outras autoridades que tomaram decisões baseadas nesses princípios de ação.

Identificar, portanto, um “precedente vinculante” passa a ser a atividade de releitura das decisões do passado de tal forma que essas possam (ou não) serem apresentadas como “boas reconstruções” do sentido histórico-institucional da prática jurídica<sup>449</sup> – uma conduta diretamente associada com o próprio dever de fundamentação, inclusive no que diz respeito ao papel do árbitro<sup>450</sup>. Diante do caso enfrentado no presente, o julgador, defrontando-se com uma decisão que foi proferida no passado diante de uma situação concreta análoga, deve partir do pressuposto de que essa decisão prévia foi proferida por uma autoridade comprometida, em

---

parâmetro de identificação do precedente vinculante (para o árbitro) se esse precedente foi proferido pela instância jurisdicional que, segundo a expectativa das partes, seria aquela com a “autoridade final” para resolver a disputa interpretativa, inclusive porque, segundo os pressupostos e paradigmas adotados pela CHD, uma resposta final e definitiva é uma impossibilidade ontológica. Esse cenário não se altera em havendo uma multiplicidade de precedentes a priori aplicáveis: todos vinculam e são persuasivos ao mesmo tempo, na precisa medida em que o árbitro não terá a liberdade de criar uma resposta que não uma das que já se encontram na arena interpretativa; sua função é justamente decidir qual é, efetivamente, preponderante. Sobre o argumento de Rizzo Amaral, ver: AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice.** 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. pp. 71 e segs. De todo modo, vale consignar desde já que defender a vinculação do árbitro ao precedente não implica, ao nosso ver, que todo “erro interpretativo” do árbitro na tarefa de seguir o precedente seja combatível – há, no que tange à arbitragem, razões de ordem política maiores envolvendo a necessidade de preservação do instituto que devem ser, sim, levadas em conta.

<sup>449</sup> “O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram [...] em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’, bem como o cinismo do novo ‘realismo’ [...]” (DWORKIN, Ronald. **Império do direito.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 274).

<sup>450</sup> “[...] a concepção do direito como integridade exige do árbitro e de todos juízes e tribunais que a decisão para a lide leve em conta toda a principiologia e a cadeia de precedentes do sistema jurídico, essa exigência é necessária para se assegurar o preenchimento da obrigatoriedade de fundamentar as decisões judiciais contida no art. 93, IX, da CF/1988 (LGL 1988\3). [...] No caso de necessidade de rompimento com essa cadeia de significados, igualmente recrudescer a obrigatoriedade de motivar, e a remissão ao contexto conjuntural dos princípios se faz de maneira ainda mais delicada. [...]” (ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional vs. Arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro.* **Revista de Processo – RT**, v. 214, p. 271, dez./2012, São Paulo. p. 279).

termos substantivos<sup>451</sup>, com as exigências do *rule of law*<sup>452</sup> – esse “considerar o passado” é algo inescapável, porque todos os fragmentos normativos que já compõe o direito (seja a lei ou uma decisão judicial) são, *a priori*, vinculantes, na precisa medida em que deles não se pode escapar por simples predileção por outra resposta (por mais sólida que essa resposta alternativa possa ser), afinal, caso essa escapatória fosse possível, retornaríamos ao que anteriormente se referiu como um contexto institucional de “império da vontade”.

Essa abordagem que vê na posição da jurisdição a responsabilidade (política) de reunificar interpretativamente os fragmentos normativos do direito – no caso do árbitro, do direito escolhido pelas partes para regulação da contenda – e reapresentá-los aos jurisdicionados expondo-lhes a legitimidade política das decisões do passado não é – e jamais pretenderia ser – um argumento inovador. Em verdade, o que aqui se apresenta não é senão e em larga medida, uma exposição argumentativa associada àquela desenvolvida por Dworkin, com seu argumento alegórico do “romance em cadeia” – e que é antropofagicamente incorporado pela CHD.

Dworkin traça um paralelo entre a função do juiz e a de um romancista que se compromete com a tarefa de escrever um capítulo de um único romance já iniciado por outros artífices que vieram antes. Aquele colocado em tal posição não tem a faculdade – salvo se seu desejo seja fazer um péssimo trabalho –, de desconsiderar tudo aquilo que foi escrito nas folhas precedentes (v.g. as motivações de personagens já desenvolvidas, fazendo com que essas tomem decisões que, segundo as premissas já assumidas, jamais seriam tomadas; ou seguir com a narrativa desconsiderando totalmente tramas fundamentais pré-colocadas). É preciso que o novo capítulo tenha uma coerência – em uma dimensão de adequação<sup>453</sup> – com o que foi dito antes, para que a estória seja lida como uma “boa estória”.

---

<sup>451</sup> Essa construção pretende-se bastante distinta e, em verdade, contrasta com aquilo que Rômulo Greff Mariani apresenta, apoiado em Chad Flanders e Claire L’heureux-Dube, no que diz respeito à observância, pelo ator jurisdicional local, de padrões decisórios advindos de jurisdições externas (“cross-pollination”) (MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na Arbitragem**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 95). A responsabilidade do juiz/árbitro do presente de levar em conta a decisão do juiz/árbitro do passado, todos inseridos no contexto de uma mesma tradição jurídica compartilhada intersubjetivamente, não decorre do fato-dado de que essa decisão do passado foi proferida por um agente jurisdicional. A noção aqui apresentada tenta ir mais fundo ao defender que o peso atribuído à decisão do passado transborda a simples autoridade de quem decidiu, envolvendo um juízo substantivo sobre a forma como o julgador do passado encarou o seu ofício, i.e., assume o fato de que todo ator jurisdicional que decide no presente emite um juízo concreto, sobre o caso enfrentado, mas também abstrato, sobre o significado da prática que chamamos direito (DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003).

<sup>452</sup> WALDRON, Jeremy. **Stare decisis and the rule of law: a layered approach**. Michigan Law Review. Michigan, n. 1, v. 111, 2012.

<sup>453</sup> “[...] a interpretação que adotar deve influir ao longo de todo o texto; deve possuir um poder explicativo geral, e será mal sucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto [...]” (DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 277).

Por outro lado, o novo “redator” não pode apenas e simplesmente redizer o que já foi dito. Em assim sendo feito, a narrativa não seguiria adiante jamais ou redundaria em um circularismo estéril, razão pela qual o capítulo elaborado no presente é também fruto de uma “crítica literária”<sup>454</sup>: para dizer o que irá ocorrer nos próximos passos do enredo e para que esse possa ser aceito como um “bom enredo”, o romancista direcionará a estória dentro daquilo que – em termos críticos – representa uma adequada sequência do que já foi estabelecido – o que legitima, por exemplo, o exercício das “táticas hermenêuticas” de *distinguishing* e *overruling*<sup>455</sup>.

Todavia – e eis, talvez o ponto central da tese da integridade desenvolvida por Dworkin –, a beleza de um romance em cadeia está justamente no fato de que quem o lê – no caso deste estudo, das partes que confiam ao árbitro a tarefa de decidir sobre a contenda que as envolve a partir do direito por elas eleito – sabe que se trata da obra de muitas mãos, mas que pode ser perfeitamente lida e considerada como o produto do trabalho de apenas duas, i.e., de apenas um autor. Ora, se uma obra literária escrita por várias mãos fosse claramente percebida como fruto de um empreendimento coletivo, contudo, incoerente e “não íntegro”, o resultado obtido desse empreendimento seria nada mais, nada menos, do que uma “coletânea de contos”<sup>456</sup> – algo que a tese do romance e cadeia rejeita.

Nesses termos, considerar adequado o paralelo tracejado entre a figura do juiz com a de um romancista colocado no cenário apresentado, significa justamente concluir pela necessidade de afastamento de posicionamentos que busquem na diferenciação entre “carga vinculante” e “carga persuasiva” uma resposta para o problema dos precedentes judiciais<sup>457</sup>. Concluir que precedentes vinculam – num sentido quase mecanizado – ou que eles apenas exercem força persuasiva – como se o intérprete do presente tivesse amplíssima margem de liberdade para

---

<sup>454</sup> “[...] Assim, como os autores envolvidos no romance em cadeia — e trazendo a analogia para a esfera jurídica —, os juízes são, igualmente, “autores e críticos” (DWORKIN, 1986, p. 229): decidindo os casos concretos, específicos, que a eles são apresentados, juízes contribuem para com a tradição que interpretam, adicionando a ela novos elementos; os juízes subsequentes, portanto, vão encontrar uma tradição que se renova ao mesmo tempo em que guarda coerência de princípio com o passado. [...]” (STRECK, L. L., & MORBACH JÚNIOR, G. Interpretação, integridade, império da lei: o direito como romance em cadeia. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, 20(3), 2019, 47–66. p. 54).

<sup>455</sup> WALDRON, Jeremy. **Stare decisis and the rule of law**: a layered approach. Michigan Law Review. Michigan, n. 1, v. 111, 2012.

<sup>456</sup> WALDRON, Jeremy. The Rise and Decline of Integrity. **Balzan Conference**: Dworkin’s Late Work, Nova York, New York University School of Law, ago. 2019. Disponível em: <https://www.law.nyu.edu/centers/lawphilosophy/balzan>. Acesso em: 25 abr. 2023.

<sup>457</sup> “O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas [...]” (DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 271).



deixar de seguir a decisão tomada no passado – é ignorar que existe um “meio-termo”, o qual não pode ser encontrado sem a rejeição dessa abordagem semântica<sup>458</sup>.

Desta maneira, tendo em vista as considerações de Dworkin a respeito da alegoria do romance em cadeia, nos parece adequado afirmar que reconhecer a natureza vinculante de um precedente deixa de ser uma questão de quem o proferiu – fator que não perde totalmente sua relevância, principalmente quando se considera que a decisão proferida por uma Corte Superior é produto de um longo e vagaroso processo de consolidação coletiva do contraditório no tempo (dentro e fora do processo judicial individualmente considerado), diferentemente da decisão proferida, por exemplo, por um juiz singular<sup>459</sup> –, e passa a ser uma questão de responder adequadamente à seguinte pergunta: *lida sob a melhor luz possível, essa decisão proferida anteriormente pode razoavelmente ser apresentada, no presente, como uma leitura correta enquanto reconstrução do sentido normativo da tradição jurídica; um leitura que*

---

<sup>458</sup> Importa reconhecer que há um desafio à utilização do argumento do romance em cadeia para a análise da atividade do árbitro, qual seja, o fato de que sua jurisdição nasce, se desenvolve e morre com o enfrentamento do caso particular a ele submetido; o capítulo por ele escrito, portanto, não será lido (ao menos não necessariamente) pelos intérpretes do futuro. Todavia, nos socorremos junto à seguinte consideração lançada por Waldron: “even if Jp [juiz do pasado] knew that the case in front of her was the last case her court would ever decide, she should still identify and formulate as law the general norm that, as she figures, dictates the decision in this case. [...]” (WALDRON, Jeremy. **Stare decisis and the rule of law: a layered approach**. Michigan Law Review. Michigan, n. 1, v. 111, 2012. p. 20). O que Waldron argumenta, é que o *rule of law* demanda do agente jurisdicional que esse decida “como se” a sua decisão fosse integrar o conjunto de razões normativas gerais que compõem o direito, o que nos parece, ainda que indiretamente, representar reflexão aplicável à posição do árbitro.

<sup>459</sup> Aqui, vale uma nota um pouco mais detalhada. Juraci Mourão Lopes Filho desenvolve primorosas considerações a respeito de dois núcleos de “determinação da força hermenêutica do precedente”, i.e., elementos que devem e são levados em consideração na busca de resposta para a principal pergunta que surge diante de uma decisão judicial tomada no passado, qual seja, “*é essa decisão um precedente vinculante?*”. Esses núcleos seriam de ordem “formal” e “materiais” – esses, por sua vez, subdivididos em “elementos materiais de fundamentação” e “elementos materiais de coerência”. A partir dessa tipologia, um aspecto amplo e um particular devem ser salientados: em primeiro lugar, no que diz respeito a proposição mais abrangente, é preciso reconhecer que responder à pergunta a respeito da natureza vinculante de uma determinada decisão judicial do passado não é tarefa realizável por meio do recurso a um elemento específico ou fundacional. O processo de identificar um precedente vinculante é atravessado pelo levantamento de variadas questões (formais e materiais). Nesse processo – endereçando, agora, o aspecto particular –, o nível hierárquico da corte emissora, assim como questões formais outras, como, por exemplo, a circunstância de a decisão proferida ter sido unânime (ou não), pode e deve ser devidamente cotejado – sendo inviável a fixação da natureza vinculante de um precedente sem uma reflexão mínima a esse respeito. A proposição a partir da qual este estudo parte é, em verdade, a de que a posição hierárquica da Corte importa, mas não é tudo. Nas palavras de Juraci Mourão: “Ao longo de todo esse trabalho, criticou-se o uso do precedente, de súmulas e mesmo jurisprudência, levando em conta apenas o critério autoritário do nível hierárquico da corte emissora do julgado. Certamente, repita-se, assentar qualquer teoria única ou principalmente em uma deferência hierárquica consiste em consagrar um positivismo judicial de cúpula, incompatível com o constitucionalismo contemporâneo. Não se pode negar, todavia, que esse elemento possui grande relevância. [...] Não se pode ignorar, também, a função constitucional outorgada aos tribunais superiores de uniformização da jurisprudência. É mesmo função política relevante em um Estado federado em que o povo, independentemente da unidade federativa em que se encontre, receba tratamento similar em face da legislação federal e constitucional. Esse reconhecimento da importância da hierarquia não implica qualquer espécie de contradição com a proposta da ordem jurídica coerente em rede, pois esta não significa que, inexoravelmente, todas as partes integrantes sejam dispostas em um só plano horizontal. [...]” (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes Judiciais no Constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 400-402).

*verdadeiramente pretende ser uma tentativa de pacificação profunda da contenda hermenêutica que, até então, encontrava-se inserida em um espaço de incertezas?*

Em sendo afirmativa a resposta, a atribuição de uma autoridade “vinculante” à tal provimento pretérito revela-se necessária, porque discordar representaria uma recaída em direção aos domínios da vontade do intérprete desafiado pelas circunstâncias contingenciais do presente – o que, no que diz respeito à arbitragem de direito, corresponderia a um esvaziamento daquilo que a difere com relação a uma arbitragem por equidade. Contudo, se o intérprete que assumiu o compromisso que ora foi delineado for incapaz de expor, substantivamente, a decisão do passado como uma “boa leitura” – uma leitura, portanto, dotada de autoridade histórica e não meramente contingencial –, tem-se, então, uma prova da carência de preponderância da razão normativa que emanava, *axiomaticamente*, dessa decisão pretérita<sup>460-461</sup>.

Para tanto, se faz preciso uma dose de desprendimento, por parte do intérprete<sup>462</sup>, daquilo que ele próprio pensa que teria sido a “resposta mais correta” com relação àquela que de fato foi entregue pela autoridade hermenêutica antecedente. Por isso, a noção de que o direito tem a nos oferecer uma única resposta correta não se confunde com o intérprete preferir como correta uma ou outra resposta. É ao assumir que aquele que o antecedeu cumpriu adequadamente a sua função, segundo os parâmetros impostos pelo Estado de Direito, que o novo desafiado deve

---

<sup>460</sup> Pondo em outros termos, para que um precedente possa ser tido como vinculante é necessário que esse possa efetivamente ser apresentado como uma leitura que adequadamente justifica o domínio específico da prática institucional a que chamamos direito e que foi, no seio desse precedente, analisado. Isso porque “o juiz responsável que adota o direito como integridade como sua concepção interpretativa — juiz que, na metáfora exemplificativa de Dworkin [...], leva o nome de *Hércules* — deve, portanto, ‘testar sua interpretação acerca de qualquer parte da grande rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade perguntando se ela é capaz de fazer parte de uma teoria coerente que justifique essa rede como um todo’ [...]. Aquele que aceita o ideal interpretativo da integridade deve, então, decidir casos difíceis de modo a tentar encontrar a melhor interpretação construtiva da estrutura política e da prática jurídica da comunidade *a partir de e em meio a* um todo coerente de princípios de moralidade política [...]; deve fazer dessa estrutura e dessa prática, como vimos, o melhor que elas podem ser. [...]” (STRECK, L. L., & MORBACH JÚNIOR, G. Interpretação, integridade, império da lei: o direito como romance em cadeia. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, 20(3), 2019, 47–66. p. 55). Quando a decisão pretérita candidata a ocupar o posto de “precedente vinculante” falha miseravelmente na tarefa de ela própria adequar-se ao paradigma da integridade, sua caracterização como precedente dessa natureza é inviável. Na gramática da alegoria do romance em cadeia, esse precedente “inadequado”, i.e., que não apresenta elementos mínimos para ser apresentado como uma “boa leitura” da história institucional percorrida até o presente, pode e deve ser tido como uma “linhas e tropos acidentais” (DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 277).

<sup>461</sup> “Decisões judiciais pretéritas, assim, exercem uma força gravitacional *por meio e em razão* da integridade: no direito, o genuíno respeito à tradição e à histórica institucional exige não uma adesão cega e mecanicizada àquilo que foi anteriormente decidido; exige, fundamentalmente, uma abordagem do precedente à luz dos melhores argumentos de princípio que o sustentam, mostrando que o direito trata os cidadãos de forma justa e equânime naquilo que o fenômeno jurídico tem de mais fundamental. [...]” (STRECK, L. L.; MORBACH JÚNIOR, G. Interpretação, integridade, império da lei: o direito como romance em cadeia. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, 20(3), 2019, 47–66. pp. 58-59).

<sup>462</sup> “Como bem diz Gadamer, a compreensão alcança suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as que se inicia não são arbitrarias [...]” (STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Local 1895 de 3594 (Kindle))

abdicar das suas convicções pessoais e tentar (repise-se) eucaristicamente renovar o entendimento que já se mostrou vencedor<sup>463</sup>.

Nesse processo de renovação de sentidos, quatro principais respostas nos parecem possíveis: (i) é viável que o interprete encontre na decisão prévia uma decisão que simplesmente não apresenta o mínimo de elementos de articulação necessários para a realização desse expediente hermenêutico renovatório<sup>464</sup> – cenário no qual a natureza vinculante da decisão prévia seria afastada de imediato; (ii) em a decisão apresentando esses elementos – e sua vinculatividade podendo ser reconhecida a prioristicamente, o interprete pode concluir que a decisão proferida no passado – ainda que outrora tenha sido adequadamente articulada pela autoridade antecedente –, não se mostra razoavelmente suficiente para uma legítima reapresentação diante dos novos desafios impostos pelo presente (algo como o que a doutrina do *common law* irá denominar de *overruling*); ou (iii) pode-se reconhecer que os desafios enfrentados no caso-presente apresentam peculiaridades que afastam a própria prevalência do contato entre as similitudes fáticas (no esteio do que se chama corriqueiramente de *distinguishing*) em relação à situação concreta endereçada no presente; e, por fim, (iv) em sendo viável a renovação do sentido normativo da decisão prévia e não sendo hipóteses outras, o interprete subsequente deverá seguir apenas um caminho – manter a coerência e integridade com o que o passado revela como razão normativa prevalente<sup>465</sup>, ainda que dela possa discordar em termos de conteúdo<sup>466</sup>.

Diante dessas posições, o ponto central é a desnecessidade de recurso a um leviatã hermenêutico para a defesa do posicionamento de que o decisor não pode sucumbir às suas

---

<sup>463</sup> Isso significa necessariamente trazê-lo à luz “como parte de uma estrutura maior de princípios jurídicos abstratos” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O direito como integridade e os precedentes judiciais. In: OMMATI, José Emilio Medauar (coord.) **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016. p. 206).

<sup>464</sup> Um exemplo ilustrativo seria o caso de uma decisão proferida por um juiz singular – e não por uma Corte de Justiça – precisamente pela natureza preponderantemente contingente das suas pretensões. Ou, ainda, uma decisão que é, ela própria, uma reapresentação da legitimidade política de decisões pretéritas, desprovida, portanto, da “intenção normativa de pacificação” de um debate interpretativo até então em aberto.

<sup>465</sup> Sobre esses aspectos do precedente em relação à doutrina e à tradição clássica do *common law*, ver DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Ver também GOLDSTEIN, L. (ed.) **Precedent in Law**. Oxford: Clarendon Press, 1987.

<sup>466</sup> “[...] Affirmatively then, what is the subsequent judge's responsibility? Js's responsibility is to treat Rp as a genuine legal norm to which the court that he belongs to has already committed itself. He is to act as though it was a general norm with a positive legal presence, and not just a notional presence in the world. It is there now, because of what Jp did, as part of the repertoire of legal resources available for dealing with the cases that come before him. And since the case now before him is similar to the case that Jp addressed using Rp, then Rp should be used by him as a basis for dealing with that case. That is what is required of him now by the rule of law. If Js and other subsequent judges behave in this way, then the court to which they all belong will be (and will be seen as) an institution that decides cases on a general basis, rather than just as an institutional environment in which individuals make particularized case-by-case determinations. [...]” (WALDRON, Jeremy. **Stare decisis and the rule of law: a layered approach**. Michigan Law Review. Michigan, n. 1, v. 111, 2012. p. 23).

leituras pessoalíssimas do significado normativo do direito e deve preservar uma consolidação segura do sentido normativo do direito; se se aceita o compromisso perante o passado, presente e futuro da trajetória institucional e orgânica do ordenamento jurídico, o julgador não pode deixar de seguir o que foi sedimentado como regra (ou princípio) antes (seja pelo Legislador, ou por uma Corte de Justiça que, deparando-se diante da dita “zona de penumbra”<sup>467</sup>, encarou o desafio de entregar uma resposta onde antes parecia não haver), simplesmente pondo em contraste uma nova interpretação segundo seus juízos “técnicos”, pois assim fazer diante de uma decisão prévia que pode ser – bem entendida – resgatada interpretativamente como uma boa decisão, seria assumir que a autoridade do passado simplesmente fez uma escolha dentre várias possíveis. Mais que isso: ao assim fazer, a autoridade do presente age como se a decisão que lhe cabe também fosse uma questão de escolha – proferindo (ou pressupondo) um juízo mais profundo sobre a natureza da sua função enquanto autoridade sujeita aos ditames do *rule of law*<sup>468</sup>, arrogando para si e para a sua “vontade” um poder que afronta, segundo o referido paradigma, o que se considera por “autonomia do direito”<sup>469</sup>.

### **3.3. A possibilidade de reconhecimento da quebra do dever de fundamentação e de adstrição ao direito eleito pelas partes, na desconsideração consciente de um precedente judicial (“conscious disregard of binding precedent”)**

Chega-se no derradeiro ponto deste estudo, onde exploraremos questão que – como visto acima – não raras às vezes é colocada pela dogmática especialista no centro do debate a respeito da vinculação do árbitro aos precedentes judiciais: a ausência (ou presença) de remédios contra uma alegada inobservância de um precedente reputado vinculante. Inicialmente, no entanto, é preciso reforçar algo que se espera já ter restado claro das considerações outrora levantadas. Para a CHD a atividade interpretativa levada a cabo pela jurisdição é um trabalho nunca finalizado; precedentes tidos por vinculantes (tal como a própria Lei) serão/deverão sempre ser foco de interpretação. Por isso, não nos aparece como sendo adequado conformar a compreensão a respeito da natureza do processo interpretativo de um precedente judicial a partir

---

<sup>467</sup> HART, H.L.A.. **The concept of law**: with and introduction by Leslie Green. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>468</sup> WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. **Michigan Law Review**. Michigan, n. 1, v. 111, 2012.

<sup>469</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. pp. 25 e segs.; STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica** – o sentido da vinculação no novo cpc/2015. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

da consequência jurídica (procedimental) da sua inobservância, na medida em que o dever da Jurisdição de servir de instrumento para a exposição ao jurisdicionado da legitimidade política das decisões do passado não some apenas porque o descumprimento desse dever não recebe uma resposta procedimental específica.

Pondo em termos alegóricos, a ausência de um remédio não é suficiente para que se negue a existência de uma doença<sup>470</sup>, sendo, ao nosso ver, também correto afirmar que a inexistência de um mecanismo de combate a uma sentença arbitral que deixa de prestar reverência a um precedente judicial não significa que esse comportamento não revele um desrespeito, por parte do árbitro, dos seus deveres fundamentais como agente dotado de poderes jurisdicionais. Para ilustrar uma vez mais o ponto, reforce-se que afirmar, a partir da circunstância de que não há um mecanismo específico de insurgência à disposição, que o julgador é absolutamente livre para decidir da forma como lhe apetecer, implicaria aceitar que de fato o direito é o que as Cortes Superiores dizem que é – afinal, das suas decisões não cabe recurso<sup>471</sup>.

Ademais, essa ausência de recurso não impede o dever de censura contra erros interpretativos levados à cabo por essas Cortes – a esse dever epistêmico, Lenio Streck atribui a alcunha de “constrangimento epistemológico”<sup>472</sup>. Em outras palavras, ainda que não haja remédio, é possível e necessário afirmar que o direito não foi servido por determinada decisão jurisdicional, e posicionamento contrário não seria senão uma declaração aberta de rendição a afirmação de que, no fim, o direito é o que a sentença (judicial ou arbitral) afirma que é.

---

<sup>470</sup> FIORAVANTTI, Marcos Serra Neto. **A arbitragem e os precedentes judiciais**: observância, respeito ou vinculação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 91

<sup>471</sup> “[...] If the absence of a mechanism to control one’s duty to decide in accordance with precedents results in the lack of binding effect of precedents, then it should also be claimed that supreme courts are not bound by the Constitution, by statutory law or by *stare decisis* for the simple fact that there is no appeal against their decisions either. [...]” (AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration**: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice. 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. p. 49). O dever e possibilidade de afirmar que o direito não foi servido, ainda que por meio de uma decisão irrecorrível, é ilustrado por Lenio Streck com argumento alegórico referido como “fator Julia Roberts”: “No filme O Dossiê Pelicano [...] há uma cena na qual o professor de Direito Constitucional de Harvard relata para seus alunos que no estado da Geórgia fora aprovada uma lei alçando a sodomia à categoria de crime (pena de 1 a 20 anos) e que a *US Supreme Court*, instada a decidir acerca da inconstitucionalidade da lei em vista da violação à privacidade dos cidadãos, decidiu, por 5x4, que “não é inconstitucional que o estado classifique determinadas condutas — entre elas, a sodomia — como criminosas” (*case Bowers v. Hardwick*, 30/06/1986). “Este é o precedente”, anuncia o professor no filme, passando já ao próximo assunto. Neste exato momento, uma aluna, interpretada por Julia Roberts, interpela o mestre para dizer “*The Supreme Court is wrong*” (a Suprema Corte está errada). Eis o “fator Julia Roberts”: dizer/sustentar que o Tribunal Maior (ou qualquer outro tribunal) cometeu um equívoco. [...]” (STRECK, Lenio Luiz. O fator Julia Roberts ou quando o Supremo Tribunal erra. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 out. 2012).

<sup>472</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. pp. 81 e segs.

Nesse sentido, retomaremos, agora, considerações colocadas anteriormente a respeito dos posicionamentos dogmáticos que defendem a possibilidade de ataque à sentença arbitral que deixa de seguir um precedente vinculante. Assim, tem-se serem três os principais veículos procedimentais para esse enfrentamento: (i) ação anulatória; (ii) reclamação; e (iii) impugnação ao cumprimento de sentença<sup>473</sup>.

Inicialmente, no que diz respeito ao primeiro desses instrumentos (art. 33, LAB), informou-se alhures que dois são os fundamentos correntemente lançados pela doutrina para a defesa da possibilidade de anulação da sentença arbitral no contexto apresentado, quais sejam, os seguintes<sup>474</sup>: (i) desrespeito aos limites da convenção de arbitragem (art. 32, IV, LAB); (ii) quebra do dever de fundamentação (art. 32, III; art. 26, II, LAB).

Para compreender a diferença entre ambos os fundamentos, basta reconhecer que, uma vez sendo erguido determinado precedente vinculante por uma das partes, o árbitro tem duas opções gerais que levarão ao estabelecimento de uma dissonância hermenêutica com relação ao precedente estabelecido: (i) deixar de seguir o entendimento da Corte do Estado – o que não se confunde com eventual utilização das “técnicas” de distinção e superação; ou (ii) simplesmente omitir-se quanto ao exame do precedente e seus fundamentos.

Essas possibilidades são, como pode-se inferir, simétricas aos fundamentos indicados; caso o árbitro deixe de “aplicar” o entendimento fixado pelo precedente, a tese em defesa da anulação da sua decisão caminhará em direção à demonstração de que a decisão do árbitro foi proferida em desacordo com o direito eleito pelas partes<sup>475</sup>; por outro lado, se o precedente deixou de ser seguido por força do silêncio do árbitro quanto ao necessário (mínimo) enfrentamento dos seus fundamentos, estar-se-ia perante uma sentença arbitral carente, em algum grau, de fundamentação<sup>476</sup>.

A carência de fundamentação não apresenta grandes desafios quanto à sua aceitação e, consoante apresentado anteriormente, mesmo entre aqueles que defendem uma ausência de

---

<sup>473</sup> ALMEIDA, Maria Eduarda; MACÊDO, Lucas Buriel. Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral? **Revista de Processo**, v. 305/2020, pp. 377-399, jul. 2020, São Paulo. p. 384).

<sup>474</sup> ALMEIDA, Maria Eduarda; MACÊDO, Lucas Buriel. Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral? **Revista de Processo**, v. 305/2020, pp. 377-399, jul. 2020, São Paulo. p. 385.

<sup>475</sup> “Se a convenção de arbitragem prevê a aplicabilidade do direito brasileiro, e neste, como vimo, inserem-se os precedentes vinculantes, como afastar a sua aplicabilidade no processo arbitral?” (BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 165).

<sup>476</sup> “[...] o tribunal arbitral, assim como ocorre na esfera do processo judicial, tem o ônus de justificar que a súmula ou precedente invocado pela parte não tem incidência na hipótese concreta. Caso contrário, a sentença arbitral é passível de controle pelo Poder Judiciário, devendo ser considerada formalmente viciada, por ausência de fundamentação. [...]” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Questões polêmicas do processo arbitral: subsídios para o advogado do contencioso arbitral**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 45).

vinculação do árbitro aos precedentes judiciais, essa possibilidade de anulação da sentença arbitral por, em suma, omissão<sup>477</sup> quanto à tese trazida pela parte e calcada em um precedente vinculante, é, em certa medida, aceita com franqueza<sup>478</sup>. Por outro lado, maiores tensões surgem com relação à tese de inobservância do direito eleito pelas partes, porquanto o fundamento legal trazido em defesa de tal posicionamento demanda o enfrentamento direto da mencionada posição majoritária a respeito da taxatividade das hipóteses de desconstituição da sentença arbitral.

Nesse sentido, é fundamental ter clareza que a posição doutrinária<sup>479</sup> e jurisprudencial<sup>480</sup> majoritária aponta para essa taxatividade do rol de hipóteses de anulação da sentença arbitral –

<sup>477</sup> Aqui, importa consignar que por se tratar de vício omissivo resultante em descumprimento do dever de fundamentação, nos parece imprescindível que a parte o denuncie na primeira oportunidade, i.e., mediante a formulação do requerimento de esclarecimentos (art. 30, LAB). Esse mesmo raciocínio também parece ser aplicável ao caso de inobservância direta do precedente vinculante. Caso não o faça, parece-nos adequado privilegiar a estabilidade da sentença arbitral proferida, uma vez sendo demonstrável a inércia do interessado.

<sup>478</sup> A controvérsia surgirá, na verdade, com relação ao desenvolvimento desse fundamento a partir da regra prevista pelo art. 489 do CPC, tendo em vista a já tanto afirmada inaplicabilidade direta das regras desse diploma legal. Veja-se: “Para Cruz e Tucci seria cabível a ação de invalidade da sentença que desrespeita o precedente judicial por deficiência de fundamentação, por aplicação do artigo 489, §1º, VI, do Código de Processo Civil. Ousamos divergir em parte dessa opinião, pois o raciocínio não deve se escorar no Código de Processo Civil, inaplicável à arbitragem. [...]” (FIORAVANTTI, Marcos Serra Neto. **A arbitragem e os precedentes judiciais**: observância, respeito ou vinculação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 134).

<sup>479</sup> De pronto, importa destacar que mesmo dentro do posicionamento majoritário pela taxatividade, ressalvas não deixem de ser colocadas: “Haverá, porém, casos verdadeiramente excepcionais, em que será necessário reconhecer a sobrevivência da via declaratória ou desconstitutiva para atacar o laudo. O exemplo mais evidente de tal situação repousaria na hipótese de não ser arbitrável um determinado litígio: proferido o laudo, não vem proposta a demanda de anulação, o que tornaria a sentença arbitral inatacável, gerando situação de perplexidade (pense-se em uma questão de estado dirimi- da pela via arbitral). [...]” (CARMONA, Carlos A. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. Ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. p. 399).

<sup>480</sup> No mesmo sentido da nota imediatamente anterior, a jurisprudência do STJ e de Cortes Estaduais como o TJSP já reconheceram, em outras oportunidades, que a natureza sistêmica do instituto da arbitragem não pode ser lida de modo a representar o estabelecimento de um ambiente de derrogação da “ordem pública”, o que poderia autorizar a extensão do sentido semântico do rol previsto pelo art. 32: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC n.º 151.130/SP**. Conflito de Competência. [...] 1.No atual estágio legislativo, não restam dúvidas acerca da possibilidade da adoção da arbitragem pela Administração Pública, direta e indireta, bem como da arbitrabilidade nas relações societárias, a teor das alterações promovidas pelas Leis nº 13.129/2015 e 10.303/2001. 2. A referida exegese, contudo, não autoriza a utilização e a extensão do procedimento arbitral à União na condição de acionista controladora da Petrobrás, seja em razão da ausência de lei autorizativa ou estatutária (arbitrabilidade subjetiva), seja em razão do conteúdo do pleito indenizatório que subjaz o presente conflito de competência na hipótese, o qual transcende o objeto indicado na cláusula compromissória em análise (arbitrabilidade objetiva). [...]. Segunda Seção. Suscitante: American international group inc retirement plan e outros. Suscitado: Camara de arbitragem do mercado e outros. Relator Ministro João Otávio de Noronha. 11 de fevereiro de 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201700431738&dt\\_publicacao=11/02/2020](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700431738&dt_publicacao=11/02/2020). Acesso em: 31 abril. 2023; ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **AC n.º 1094661-81.2019.8.26.0100**. Apelação Cível. [...] Abstenção de voto de coárbitro. “Non liquet”. Vulneração do princípio de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição). Presente hipótese para a qual a lei prescreve declaração de nulidade da sentença arbitral (art. 32, VIII, c/c § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem). “(...) a Lei de Arbitragem, no inciso VIII de seu artigo 32, prevê a nulidade da sentença arbitral se não houverem sido respeitados os princípios 'do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento' (art. 21, § 2º). Esses princípios constituem verdadeiras garantias constitucionais, devendo ser interpretados ampliativamente e de maneira a abranger, de igual modo, aqueles constitucionais, não expressamente [...]. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelante: S17 Participações Eireli e outros. Apelada: Bandeirantes Eletrônica Ltda. e outros. Relator Desembargador Cesar Ciampolini. 25 de maio de 2023.

sobre isso já foram tecidas anteriormente considerações, despiciendo retomá-las. No entanto, pensamos ser adequada a defesa de visão antagônica (ainda que minoritária)<sup>481</sup>, com a qual os pilares da CHD tendem a se alinhar.

Fala-se, aqui, na já mencionada tese desenvolvida por Edoardo Ricci, para quem a propugnada taxatividade das hipóteses de anulação da sentença arbitral não pode ser considerada como uma verdade inderrogável a priori, devendo ser mantida margem razoável de manobra para a tutela de preceitos constitucionais fundamentais atrelados ao instituto da arbitragem, dentre os quais insere-se não apenas o direito do jurisdicionado de ver seu curso de ação dobrado somente por decisões adequadamente fundamentadas, mas também a própria noção de que o fundamento da legitimidade da arbitragem é justamente a vontade das partes, a qual expressa tanto na escolha pela arbitragem, como igualmente na escolha das regras materiais a serem seguidas pelo árbitro. Nessa linha, afirmará Ricci que

[...] como garantia fundamental [atrelada ao disposto pelo art. 5º, inc. XXXV, da CF/88], a impugnação judicial da sentença arbitral deve ter determinada disciplina [...]. Isso leva à necessidade de analisar as hipóteses do art. 32 da Lei de Arbitragem, sob esta ótica de suficiência como motivos da ação de decretação de nulidade da sentença arbitral. [Assim, a primeira proposição], que em nossa opinião se apresenta é a seguinte: dado que a admissibilidade da arbitragem fundamenta-se, sob o aspecto legal, no princípio da vontade das partes [...], é imprescindível que a vontade expressada seja respeitada no seu conteúdo essencial<sup>482</sup>.

Partindo desse raciocínio, Ricci argumentará em favor da extensão – por meio de “interpretação integrativa” – do sentido da previsão expressa de impugnação da sentença arbitral por desrespeito à convenção de arbitragem, para abranger hipótese em que o tribunal arbitral tenha deixado de decidir segundo “a arbitragem específica” escolhida pelas partes (de direito ou de equidade, por exemplo), bem como para hipóteses outras, como, por exemplo, para caso em que a sentença arbitral seja proferida tomando por base prova obtida por meio ilícito<sup>483</sup>. Ao lado de Ricci<sup>484</sup>, portanto, podemos assumir que posturas interpretativas

<sup>481</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 242-243.

<sup>482</sup> RICCI, Edoardo Flávio. **Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão – questões polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 73

<sup>483</sup> RICCI, Edoardo Flávio. **Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão – questões polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 77.

<sup>484</sup> Por lealdade intelectual nos é impreterível salientar que Edoardo Ricci, no curso de sua argumentação, deixa expressa opinião no sentido de que o árbitro, caso deixe de respeitar a necessária aplicação de normas jurídicas materiais inderrogáveis pela vontade das partes, profere sentença passível de ataque por meio da ação anulatória. No entanto, na sequência, Ricci afirma que: “[...] Não prevendo ação judicial por violação da lei material, a Lei 9;307/96 demonstra confiança nos árbitros, seguindo o exemplo de outros direitos, o que é louvável. Caso as partes não tenham confiança na sabedoria jurídica dos árbitros, existe a possibilidade da opção pelo processo judicial. A



excessivamente restritivas do art. 32 da LAB podem ser confrontadas com fôlego – ainda que as trincheiras de posições como a de Ricci sejam menos apertadas do que aquelas nas quais repousam os defensores da tese majoritária, esses, por sua vez, flagrantemente em maior número.

Outrossim, vale consignar que a atribuição de uma natureza taxativa às hipóteses previstas pelo art. 32 não nos aparenta ser uma verdade absolutamente necessária segundo a jurisprudência do próprio STJ, se essa for considerada de forma íntegra e coerente. Note-se, nesse sentido, o posicionamento recente dessa Corte Superior no que diz respeito à “taxatividade mitigada” do rol do art. 1.015 do CPC, quanto à interposição de recurso de Agravo de Instrumento; posicionamento que inclusive veio a resvalar na formulação de mais de uma tese jurídica em sede de IRDR<sup>485</sup>.

Quando da fixação desse entendimento a respeito do mencionado dispositivo legal, a Ministra Relatora Nancy Andrichi – cuja pena foi em suma a responsável pelo desenvolvimento do argumento pela mitigação da natureza taxativa das hipóteses legais de cabimento de agravo de instrumento – consignou expressamente em seu voto que a taxatividade decorrente de interpretação restritiva do indigitado rol (art. 1015, CPC) seria “*incapaz de tutelar adequadamente todas as questões em que pronunciamentos judiciais poderão causar sérios prejuízos e que, por isso, deverão ser imediatamente reexaminadas pelo 2º grau de jurisdição*”.

Desta maneira, é justamente assumindo a possibilidade de que a literalidade das hipóteses de anulação da sentença arbitral previstas pela LAB não é suficiente para abarcar a realidade como um todo – principalmente se considerada a natureza especial desse remédio, caracterizado por Ricci como verdadeira “garantia constitucional” responsável por tornar

---

aplicação da lei não disponível, entretanto, não pode ser a mesma disciplina que a aplicação da lei disponível. Requer, ao contrário, maior prudência e mais amplo controle. Assim, a previsão dos poderes dos árbitros exige, por razão de garantia, também a previsão do controle judicial: o que pode ser efetivado por força da interpretação integrativa do art. 32 da Lei da Arbitragem e do conceito de impugnação suficiente como garantia. [...]” (RICCI, Edoardo Flávio. **Lei de arbitragem brasileira**: oito anos de reflexão – questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 85). Tendo esse posicionamento em vista e principalmente a dificuldade de se aferir quando uma norma é disponível ou não, nos parece que assumir com certeza que o referido autor concordaria ser coerente com a sua tese a realização de uma interpretação integrativa do art. 32 para fins de anulação de uma sentença arbitral que deixa de seguir um precedente reputado vinculante seja arriscado. Ainda assim, há ao menos uma “coerência aparente” que pode ser razoavelmente apontada.

<sup>485</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 1.704.520/MT**. Corte Especial. Recorrente: Quim Comércio de Vestuário Infantil Ltda – ME e outros. Recorrido: Shirase Franquias e Representações Ltda. Relatora Ministra Nancy Andrichi, 19 de dezembro de 2018. Tema Repetitivo n.º 988. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201702719246&dt\\_publicacao=19/12/2018](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702719246&dt_publicacao=19/12/2018). Acesso em: 26 abr. 2023; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 1.717.213/MT**. Segunda Seção. Recorrente: H Print Reprografia e Automação de Escritório Ltda. Recorrido: Caixa Econômica Federal. Relatora Ministra Nancy Andrichi, 10 de dezembro 2020. Tema Repetitivo n.º 1022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201800001556&dt\\_publicacao=10/12/2020](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800001556&dt_publicacao=10/12/2020). Acesso em: 26 abr. 2023.

compatível o instituto da arbitragem com as demais garantias e direitos dessa natureza, em especial o disposto pelo 5º, inc. XXXV, da CF/88<sup>486</sup> – que a doutrina minoritária – ao lado da qual este estudo tende a se posicionar –, defenderá a possibilidade de anulação da sentença arbitral que deixa de seguir um precedente judicial tido como vinculante com fundamento no já referido art. 32, IV, por meio do que se poderia denominar de interpretação integrativa, ao efeito de concluir que a sentença proferida contra um precedente vinculante representa esgarçamento dos limites da convenção de arbitragem. Isso pela razão de que submeter-se à jurisdição do árbitro é uma manifestação tão relevante da autonomia privada das partes, quanto também o é a necessária adstrição do árbitro ao direito escolhido por essas<sup>487</sup>, razão pela qual deixar de aplicar uma regra material optada pelos contendores aproxima o que deveria ser uma arbitragem de direito – segundo a vontade das partes – a uma arbitragem por equidade<sup>488</sup>.

Avançando para a análise dos dois outros instrumentos candidatos ao combate de uma sentença arbitral que deixa de seguir um precedente reconhecidamente vinculante, tem-se o meio da impugnação ao cumprimento de sentença arbitral<sup>489</sup>. No centro da defesa de utilização desse mecanismo, posiciona-se o estabelecido pelo art. 33, §3º, da LAB, o qual prevê que a “*decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial*”.

Deste modo, o que se percebe é que mesmo tratando-se de um veículo procedimental diverso com relação à ação do art. 33 propriamente dita, fato é que o requerimento de desconstituição da sentença arbitral em sede de impugnação a cumprimento de sentença, por inobservância de um precedente vinculante, (i) tem por fundamento os mesmos alicerces

---

<sup>486</sup> RICCI, Edoardo Flávio. **Lei de arbitragem brasileira**: oito anos de reflexão – questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 71.

<sup>487</sup> Esse tema foi trabalhado nos primeiros capítulos deste estudo, quando abordada a relação entre arbitragem e a autonomia privada. De todo modo, reforce-se que é também expressão da autonomia privada das partes a auto-sujeição manifestada por essas com relação às regras de direito material eleitas, o que não afasta a autonomia procedimental que reina no seio do processo arbitral: “There is nothing wrong with devising arbitration as a diferente method of dispute resolution, with its own set of rules and principles. The statement that Codes of Civil Procedure have no application in arbitration should not come as a shock. That, however, bears no influence on the arbitrator’s duty to abide by the applicable law chosen by the parties when decidgin on the merits of a case [...]” (AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration**: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice. 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. p. 56).

<sup>488</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration**: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice. 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. p. 55.

<sup>489</sup> CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond. **Precedentes judiciais na arbitragem**: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia erga omnes na arbitragem regida pelo direito brasileiro. 2021. 164 f. Dissertação – mestrado em direito processual. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021. pp. 103-14

anteriormente referidos a respeito da ação anulatória (art. 32, LAB), tal como (ii) esse requerimento deverá ocorrer dentro do prazo decadencial de 90 dias (art. 33, §1º, LAB).

A reclamação, por sua vez, parece apresentar desafios mais específicos – conforme já salientado anteriormente; ainda assim, há a possibilidade de defesa da sua utilização, quando o precedente desrespeitado tiver sua fonte na autoridade das Cortes Superiores, principalmente se a decisão inobservada tiver suas razões preponderantes enunciadas por súmula vinculante<sup>490</sup>. A esse respeito, rememore-se serem dois os argumentos colocados contra a possibilidade da utilização desse remédio específico: (i) ausência de submissão hierárquica do árbitro ao organograma do Poder Judiciário; e (ii) a peculiaridade da quase-instantaneidade da formação da coisa julgada arbitral.

Quanto ao primeiro obstáculo, pensamos estar ele diretamente associado à *communis opinio doctorum* de que o fundamento da autoridade de um precedente está ligado umbilicalmente à autoridade hierárquica da Corte que o proferiu e, contra esse pressuposto, longas e talvez prolixas linhas já foram escritas ao longo deste estudo. Ainda assim, pensamos ser convincente o argumento favorável à utilização da reclamação que traça paralelo com a possibilidade de uso desse instrumento contra decisões administrativas<sup>491</sup>, sendo claro que a Administração também não se submete hierarquicamente ao Poder Judiciário – em verdade, em termos de pura autoridade, não há como hierarquizar esses Poderes<sup>492</sup>.

---

<sup>490</sup> “[...] Em razão da eminência constitucional adquirida por esses recursos, a Carta Maior instituiu um instrumento apto a noticiar aos tribunais superiores qualquer dissintonia entre seus julgados e a sua respectiva execução nos tribunais inferiores. Trata-se da “reclamação”<sup>1</sup>, prevista nos arts. 102, I, “f”, e 105, I, “f”, da CF/88 e que visa a denunciar atos ou decisões que atentam contra a competência e a autoridade das Cortes Superiores. [...] Seu objetivo é questionar decisão judicial ou ato administrativo, no afã de preservar a competência de autoridade judicial superior, garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; ou, ainda, garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência, como preceitua o art. 988, do CPC [...] Seu objetivo é questionar decisão judicial ou ato administrativo, no afã de preservar a competência de autoridade judicial superior, garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; ou, ainda, garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência, como preceitua o art. 988, do CPC [...]” (FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. p. 1055).

<sup>491</sup> Em que pese negue, em suas conclusões, a possibilidade de uso da reclamação ante a sentença arbitral que deixa de seguir precedentes vinculantes, afirma Cenachi: “A reclamação é ação e é cabível não apenas contra atos (decisões) de autoridade integrantes do Poder Judiciário, mas também contra atos de autoridades administrativas, de modo que não afastamos, com base neste fundamento, a possibilidade de o árbitro se sujeitar a esse mecanismo de controle, uma vez que também exerce um poder sujeito aos limites e pressupostos constitucionais. [...]” (CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond. **Precedentes judiciais na arbitragem**: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia erga omnes na arbitragem regida pelo direito brasileiro. 2021. 164 f. Dissertação – mestrado em direito processual. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021. p. 146).

<sup>492</sup> Dogmaticamente, essa ausência de submissão hierárquica da Administração com relação ao Judiciário manifesta-se na própria autonomia do ente administrativo no que diz respeito ao mérito do ato discricionário e na natureza limitada da atuação da Jurisdição – mesmo com relação aos atos vinculados –, que não tem poderes para efetiva revisão da atuação do administrador, mas tão somente para exame de aspectos de validade do ato (v.g.

Além disso, a própria força gravitacional da autoridade das Cortes Superiores como entes responsáveis pela atribuição derradeira (mas nunca definitiva) de sentido às “regras do jogo” nos parece ser argumento que prescinde dessa vinculação hierárquica formal<sup>493</sup>, dada a natureza jurisdicional dos poderes do árbitro, o que deve se somar ao fato de que um dos principais objetivos desse remédio é “*garantir a autoridade das decisões*” e não apenas “*preservar [ou garantir] a competência [hierárquica]*” da Corte que proferiu o precedente<sup>494</sup>.

Ademais, no que tange ao problema da coisa julgada arbitral<sup>495</sup>, parece-nos ser esse um empecilho que pode ser superado estrategicamente – não representando uma barreira absolutamente definitiva à utilização do instrumento – por duas razões principais: (i) caso a parte apresente ao tribunal arbitral um precedente vinculante que ocupe papel central nos debates, de modo que acolhe-lo ou não, possa determinar o destino do resultado da disputa, nada impede (ao menos *a priori*) a parte de questionar antecipadamente o tribunal a respeito da sua percepção quanto à natureza da sua relação ante a autoridade do precedente e, caso o tribunal reconheça não estar submetido a essa autoridade, alertando de forma antecipada que poderá vir a “desrespeitá-la”, nos parece possível a utilização de reclamação preventiva<sup>496</sup>; e (ii) entendemos ser viável a sua utilização no interregno do prazo de apresentação de pedido de esclarecimento (art. 30, LAB), antes, portanto, da estabilização definitiva da coisa julgada arbitral. Explica-se.

---

desvio de poder). (PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. p. 252).

<sup>493</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 216.

<sup>494</sup> 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; [...] (BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 22 nov. 2022)

<sup>495</sup> “[...] a reclamação não é cabível para impugnar decisão transitada em julgado [...]. Como a sentença arbitral se torna definitiva quando da prolação (art. 29 da LAB) – o que se equipara ao trânsito em julgado da sentença judicial – não vemos como sustentar o cabimento da reclamação nesse cenário. [...]” (CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond. **Precedentes judiciais na arbitragem**: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia erga omnes na arbitragem regida pelo direito brasileiro. 2021. 164 f. Dissertação – mestrado em direito processual. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021. p. 146).

<sup>496</sup> Impõe reconhecer, todavia, que essa possibilidade parece estar especialmente atrelada aos precedentes envolvendo matérias constitucionais, da alçada do STF, em especial as súmulas vinculantes por esse editadas (ABBOUD, Georges. Precisamos rejeitar arbitragens supremas. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2022-fev-01/georges-abboud-precisamos-rejeitar-arbitragens-supremas#\\_ftn8](https://www.conjur.com.br/2022-fev-01/georges-abboud-precisamos-rejeitar-arbitragens-supremas#_ftn8). Acesso em: 3 mai. 2023). Ainda assim, também é necessário admitir a existência de entendimento do próprio STF que rejeita em larga medida a utilização preventiva desse mecanismo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl n.º 3982**. [...] não cabe reclamação contra ato futuro indeterminado [...]. Reclamante: Departamento de edificações, rodovias e transportes do Estado do Espírito Santo – DERTES. Reclamado: Juiz do Trabalho de Vitória. Relator Ministro Joaquim Barbosa, 19 de novembro de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=500906>. Acesso em: 3 mai. 2023.

Considerando-se que (ii.a) a apresentação de reclamação deve seguir pedido de reconsideração, mas assumindo-se que (ii.b) esse requisito de admissibilidade se justifica na possibilidade de aplicação de sanção funcional ao magistrado<sup>497</sup>, podendo ser dispensado ante (ii.c) a ausência de dependência funcional do árbitro, o que também se reforça mediante a possibilidade de relativização da instantaneidade da estabilização do provimento tendo em vista o próprio prazo decadencial para apresentação da ação anulatória<sup>498</sup>, parece razoável reconhecer que o oferecimento de reclamação pode, a um só tempo, servir de mecanismo de busca por esclarecimentos e de respectiva impugnação da decisão – apresentando-se, portanto, de forma concomitante, o pedido de esclarecimentos e a reclamação.

Analisadas as especificidades dos instrumentos de impugnação disponíveis, antes de avançar um pouco mais, é preciso esclarecer aspecto relativo ao tema da reclamação, mas que também se aplica, com menos intensidade, às demais vias de impugnação: a utilização prática desse remédio parece-nos estar de fato limitada aos tipos decisórios do art. 927 do CPC, porquanto é notória a tradição jurisprudencial do STJ que busca fixar brecha apertadíssima para a utilização de reclamação<sup>499</sup>, cuja natureza não recursal é preponderante<sup>500</sup>.

Essa ressalva, como afirmado, aplica-se a todo e qualquer meio de impugnação: sendo verdadeira a afirmação de que o árbitro possui soberania com relação ao juízo reflexivo meritório, defender a possibilidade de combate da sua sentença pela inobservância de toda e

---

<sup>497</sup> FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. p. 1053.

<sup>498</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 218. Em sentido contrário a essa possibilidade de consideração do referido prazo decadencial como parâmetro temporal para a utilização de reclamação: ALMEIDA, Maria Eduarda; MACÊDO, Lucas Buriel. Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral? **Revista de Processo**, v. 305/2020, pp. 377-399, jul. 2020, São Paulo.

<sup>499</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Rcl n.º 36476**. [...] 2. Em sua redação original, o art. 988, IV, do CPC/2015 previa o cabimento de reclamação para garantir a observância de precedente proferido em julgamento de "casos repetitivos", os quais, conforme o disposto no art. 928 do Código, abrangem o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os recursos especial e extraordinário repetitivos. 3. Todavia, ainda no período de vacatio legis do CPC/15, o art. 988, IV, foi modificado pela Lei 13.256/2016: a anterior previsão de reclamação para garantir a observância de precedente oriundo de "casos repetitivos" foi excluída, passando a constar, nas hipóteses de cabimento, apenas o precedente oriundo de IRDR, que é espécie daquele. 4. Houve, portanto, a supressão do cabimento da reclamação para a observância de acórdão proferido em recursos especial e extraordinário repetitivos, em que pese a mesma Lei 13.256/2016, paradoxalmente, tenha acrescentado um pressuposto de admissibilidade - consistente no esgotamento das instâncias ordinárias - à hipótese que acabara de excluir. [...] Reclamante: Adilson Riva e outros. Reclamado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Relatora Ministra Nancy Andrighi, 6 de março de 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201802337088&dt\\_publicacao=06/03/2020](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802337088&dt_publicacao=06/03/2020). Acesso em: 3 mai. 2023. Ainda assim, essa análise contingente caso-a-caso de quais provimentos inserem-se, quando desrespeitados, no escopo estrito da reclamação deve, ao nosso ver, partir do pressuposto de que esse instrumento tem por razão-de-ser oportunizar o questionamento de “qualquer ato de poder que se enquadre numa das hipóteses dos incisos do art. 988 do CPC/2015” (JÚNIOR, Humberto T. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. p. 860).

<sup>500</sup> “[...] Enfim, proclama o STF que ocorre inadequação do “emprego da reclamação como sucedâneo de ação rescisória, de recursos ou de ações judiciais em geral”. [...]” (JÚNIOR, Humberto T. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. p. 863).

qualquer decisão judicial proferida pelos tribunais do Estado seria negligência com relação aos paradigmas que conformam o instituto, de modo a ser forçoso reconhecer que, na identificação desse vício de desrespeito ao direito eleito pelas partes, a tipologia da Constituição e do CPC, no que tange aos provimentos jurisdicionais vinculantes (v.g. aqueles enunciados em súmulas, temas repetitivos, repercussão geral etc.), invariavelmente acabará sendo utilizada como parâmetro de correção – senão de forma absoluta – ao menos preponderantemente.

Reconhecer essa verdade – inclusive por necessidade de alinhar estas reflexões com legítima preocupação de preservar o instituto da arbitragem –, não significa negar os pressupostos assumidos neste estudo, a partir dos quais se compreende que um precedente vinculante não pode ser reconhecido senão segundo o que se defendeu no capítulo anterior, não sendo adequado, ao nosso ver, a equiparação entre institutos como súmulas, ao que se deve compreender como um “precedente genuíno”<sup>501</sup>. Admitir que a tipologia do CPC e da Constituição podem ser tidas como parâmetros legítimos de enfrentamento de uma sentença arbitral proferida contra um precedente vinculante é, em verdade, tão somente reconhecer que o ideal propugnado pela CHD pode esbarrar em contingências práticas – não propriamente jurídicas – associadas à busca de preservação da arbitragem.

De todo modo, se por um lado entendemos que a falta de um remédio específico não necessita resultar na concordância de que o árbitro é tão somente persuadido pelos precedentes judiciais, também entendemos ser o caso de que, mais importante do que saber qual seria o instrumento processual adequado para o enfrentamento da sentença arbitral que deixa de acatar um precedente, é delimitar de fato qual o “comportamento” do árbitro que deve ser tido como sendo um “desrespeito impugnável” do seu dever de vassalagem perante o direito eleito pelas partes<sup>502</sup>.

Nessa linha, o que o árbitro deve fazer – necessariamente – perante as regras e princípios do direito eleito pelas partes, colocando-se nessas categorias os precedentes judiciais que são articulados pelos contendores como se vinculantes fossem? Pondo em outros termos, se as partes de uma disputa apresentam uma determinada decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Supremo Tribunal Federal ou por uma Corte de Justiça, a qual, lida sob sua melhor luz, pode ser considerada como uma resposta construtiva, do passado, para a resolução

---

<sup>501</sup> ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro”. In: JR., Fredie Didier *et al.* **Grandes temas do novo CPC – Precedentes**. 2. ed. 3. v. Salvador: JusPodivm, 2016.

<sup>502</sup> Aqui, cumpre salientar novamente que o silêncio do árbitro diante da tese da parte fundada em um precedente e ser esse comportamento uma potente causa de nulidade do seu provimento, não é propriamente uma questão controvertida com vigor, razão pela qual focar-se-á, nesse momento derradeiro, na proposição de que o árbitro fere a convenção de arbitragem ao deixar de seguir precedente judicial vinculante, porquanto deixa de decidir com base no direito escolhido pelas partes.

de um caso cuja regulação normativa era, até então, nebulosa do ponto de vista hermenêutico, e que se fez presente no seio do procedimento arbitral, o que a autonomia do direito impõe ao árbitro nesse cenário? Mais: e se elas não o fazem, i.e., não indicam ao árbitro qualquer precedente específico, tem ele o dever retocável de seguir um precedente “oculto”?

No ponto, repise-se novamente que árbitro e juiz carregam em suas bagagens um dever básico de dar efetividade ao contraditório exercido pelas partes, não podendo decidir como se demandante e demandado fossem apenas atores em um palco de sombras – aliás, como se eles próprios, os árbitros e juízes, também o fossem –, assumindo (ainda que implicitamente) que os fundamentos trazidos em defesa de suas posições não merecessem consideração e pudessem ser ignorados solenemente por aquele responsável por dar a resposta (definitiva ou não) para a controvérsia enfrentada<sup>503</sup>.

Outrossim, importa consignar que, quando se insere no ambiente arbitral, o jurisdicionado justamente escapa das mazelas típicas do sistema público de administração da justiça (v.g. abarrotamento do sistema público de resolução de conflitos), adentrando em um espaço sob medida (*taylor-made*)<sup>504</sup> de administração da justiça, que aconselha uma postura de – no mínimo – cordialidade hermenêutica, não havendo qualquer razão pragmática que razoavelmente pudesse ser levantada para que não seja entregue às partes uma alta e profunda consideração de suas teses e argumentos<sup>505</sup>.

---

<sup>503</sup> “O conceito de contraditório constitucionalmente adequado é o contraditório substancial. Superou-se a visão do contraditório formal, concretizado apenas com a bilateralidade de audiência, e passou-se a considerar o contraditório substancial, concretizado através do direito de influência das partes. [...]” (ALMEIDA, Maria Eduarda; MACÊDO, Lucas Buriel. Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral? **Revista de Processo**, v. 305/2020, pp. 377-399, jul. 2020, São Paulo. p. 384). Destaque-se, nesse sentido, que a defesa de uma eficácia “meramente persuasiva” dos precedentes com relação ao ofício do árbitro parece incorrer, em verdade, naquilo que Dworkin enfrenta com seu argumento dos desacordos teóricos, no combate da noção de que o direito possa ser bem compreendido enquanto conceito criterial. A esse respeito, não cumpre análise detalhado do mencionado argumento, o que importa é dizer justamente que as partes não apresentam seu caso e, igualmente, os árbitros não os recebem, assumindo como pressuposto que identificar o direito aplicável seja uma questão, pura e simplesmente, de identificar as regras positivas (estatutos ou precedentes) que em alguma medida regulam a contenda; nessa relação angular (partes e árbitro/juiz/tribunal), para além de uma identificação “empírica” do direito aplicável (qual precedente razoavelmente aplica-se à controvérsia), há também um embate interpretativo “sobre o significado e o alcance de seus fundamentos [i.e. das razões estabelecidas pelas regras positivas identificadas empiricamente] enquanto fundamentos jurídicos” (MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm. 2021. p. 167 e segs.). É precisamente isso que se tentou apresentar no capítulo imediatamente antecedente.

<sup>504</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 173.

<sup>505</sup> Essa consideração assume luz especial quando considera-se que um dos principais argumentos colocados contra a figura do juiz Hércules, apresentada por Dworkin na tentativa de ilustrar a atividade da interpretação jurídica como um processo construtivo de reapresentação e renovação da legitimidade política das decisões do passado, nos termos apresentados no capítulo anterior, é justamente o argumento de que a realidade concreta do sistema público de administração da justiça inviabiliza que o julgador assumira esse compromisso; seu dever maior de entregar uma “boa reconstrução da trajetória institucional do direito” acabaria atravancando o cumprimento do dever menor – mas de suma relevância – de entregar uma resposta em tempo razoável e pacificar, o quanto antes, a tensão social a ele endereçada. Nos soa, por conseguinte, adequado afirmar que talvez o juiz Hércules possa

Nesse trilhar, quanto à busca por um “remédio” para uma sentença arbitral que desconsidera um precedente judicial – notadamente um precedente proveniente de uma Corte Superior –, o ponto de partida deve ser colocado, consoante leciona Teresa Arruda Alvim Wambier, nos seguintes termos: “[*não*] se trata de considerar o árbitro vinculado (ou não) a precedentes, às súmulas vinculantes ou à jurisprudência pacificada sobre certa regra legislativa. [...] O ponto é saber o que é o direito de cada país: o direito de cada país é a lei, interpretada pelos tribunais, à luz da doutrina”<sup>506</sup>.

A proposição de Arruda Alvim carrega em si o substrato do que buscou-se defender anteriormente; seguir o entendimento normativo que emana de um precedente judicial tido como vinculante diz respeito à responsabilidade política do árbitro de aceitar uma verdade simples, mas poderosa: o barco da civilização já partiu do porto muito tempo antes de qualquer cidadão-do-presente sonhar em ter nascido. Em termos menos alegóricos, o árbitro, quando imbuído na tarefa de resolver o conflito com base no direito eleito pelas partes assume o dever de interpretar construtivamente uma tradição jurídica que lhe antecede – e que antecede, igualmente, os próprios litigantes, os quais também aderiram a essa tradição no momento em que declararam, expressamente, a vontade de sujeitarem-se a uma determinada ordem jurídica particular<sup>507</sup>; uma tradição que é composta por um emaranhado coerente de normas (parafraseando Wambier, leis, interpretadas por tribunais, constrangidos epistemologicamente pela doutrina).

A partir desses elementos, também esse estudo entende adequado que a sentença arbitral possa vir a ser impugnada de forma válida e legítima, caso o árbitro venha a simplesmente ignorar um precedente levantado por uma das partes, mas, para além disso, a tese que entendemos ser a mais sólida para a defesa dessa impugnação é a doutrina da desconsideração consciente de um precedente judicial (“*conscious disregard of binding precedent*”), apresentada por Rizzo Amaral, quem traça analítico paralelo entre essa e aquela mencionada nos primeiros capítulos deste estudo, denominada de manifesta desconsideração do direito (“*manifest disregard of law*”).

---

habitar com maior facilidade os assentos de tribunais arbitrais. A respeito desse contraste entre a posição de Dworkin e visões, por assim dizer, mais “conservadoras” e “minimalistas”, ver: LOPES, Ziel Ferreira. **Onde habita o juiz Hércules?** Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais. 2020. Tese de doutorado – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Faculdade de Direito, São Leopoldo, 2020.

<sup>506</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A discussão sobre a disponibilidade do controle judicial da sentença arbitral e seus limites. **Revista Brasileira de Arbitragem** – RBA, n. 50, abr/Jun 2016. São Paulo, pp. 7-32.

<sup>507</sup> “[...] here lies the missing link [...]: any attempt by the arbitrator to go beyond the choice of law made by the parties would be an unwarranted expedition, for the arbitrator would be exceeding his powers. And that is why, in a nut-shell, arbitrator are bound by precedents. [...]” (AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration**: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice. 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. p. 70).



Analisando detalhadamente a jurisprudência de Cortes inseridas nos sistemas jurídicos da tradição do *common law*, Rizzo demonstra que, nesses sistemas, existe um certo “fio condutor” que une essas Cortes no entorno da seguinte proposição: existem situações raras nas quais o tribunal arbitral, ainda que devidamente alertado<sup>508</sup> no seio do contraditório estabelecido entre as partes quanto à existência de uma determinada norma jurídica aplicável à controvérsia, simplesmente “*imposes his own policy choice rather than drawing from the existing body of law*”<sup>509</sup>.

Resumidamente – pois que já apresentada anteriormente –, a doutrina da manifesta desconsideração do direito nasce de uma proposição acessória (*obter dictum*), lançada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em um julgamento de 1953 (*Wilko v. Swan*)<sup>510</sup>, no sentido de haver uma diferença substancial, no que tange à análise da sentença arbitral, entre “erros de interpretação do direito” e “manifesta desconsideração do direito”<sup>511</sup>. Essa doutrina, por sua vez está sujeita à ampla controvérsia no próprio seio da tradição do *common law*, ao ponto de Greff Mariani afirmar categoricamente, a partir de outro julgamento da Suprema Corte Americana, *Hall Street v. Mattel*, que se trata de uma “*anomalia surgida da má interpretação de Wilko v. Swan, mas que felizmente nasceu ‘moribunda’*”<sup>512</sup>. Contudo, enfrentando a posição de Mariani, Danilo Orenge Conceição ressalta que mesmo após *Hall Street*, as Cortes americanas de segundo grau “*continuaram a entender que o manifest disregard of the law ainda poderia servir*

---

<sup>508</sup> Rizzo alerta, no ponto, a existência de densa controvérsia a respeito da incidência do princípio *iura novit curia* à arbitragem, ressaltando justamente que a doutrina da desconsideração consciente de um precedente (derivada da doutrina da manifesta desconsideração do direito) prescinde de uma resposta a essa controvérsia, justamente porque trata-se de um posicionamento que assume o reconhecimento, pelo árbitro, da presença de um precedente vinculante regulando da relação jurídica veiculada na demanda (AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedente? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice.** 2. ed. London: Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2018. p. 135).

<sup>509</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedente? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice.** 2. ed. London: Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2018. p. 111.

<sup>510</sup> “[...] the court expressly stated that ‘the power to vacate and award is limited’. In the court’s opinion, the arbitrator’s failure to apply the law ‘would need to be made clearly to appear’, and in the case at hand ‘the interpretation of the law by the arbitrators in contrast to manifest disregard are not subject, in the federal courts, to judicial review for error in interpretation’. It is evident that such statement y the court was an *obter dictum*. [...] The US Supreme Court has never actually reviewed and award based on he manifest disregard standard. Yet the dicta echoed for a long time. [...]” (AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedente? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice.** 2. ed. London: Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2018. p. 101).

<sup>511</sup> BORN, Gary. **International commercial arbitration: commentary and materials.** 2. ed. US: Kluwer Law International, 2001. p. 798.

<sup>512</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na Arbitragem.** Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 108-109.

*como elemento apto a ensejar a declaração de nulidade de uma sentença arbitral, mesmo que de uma forma muito mais restrita*<sup>513</sup>.

Partindo, portanto, da doutrina da desconsideração manifesta e defendendo que autorizar o árbitro a desconsiderar – com fundamento na sua autonomia e soberania interpretativa – um precedente vinculante aproximaria indevidamente a arbitragem de direito a uma arbitragem por equidade<sup>514</sup>, Rizzo defenderá<sup>515</sup> que a sentença proferida pelo tribunal arbitral poderá ser desafiada com fundamento na inobservância de um precedente judicial segundo os seguintes parâmetros hermenêuticos a serem observados pelas Cortes do Estado, confrontadas com o desafio de verificar a necessidade (ou não) de anulação de uma sentença arbitral com indigitado fundamento:

1. The court must verify that the question of law has been previously raised to the arbitrator in accordance with the applicable procedural rules. If it has not, challenge must be denied. 2. If the answer is affirmative, the court must then verify that the precedent is in fact binding on the arbitrator, since there can be precedents or judicial decisions of different nature (persuasive precedents, dicta from court decisions etc.). If the precedent is not binding, the challenge must be denied. 3. If the precedent is binding, the court must then proceed with the more complex analysis of how the arbitrator dealt with it in the award. 3.1. – If the arbitrator recognised the binding precedent yet distinguished it through an acceptable rationale, even if he erred in such distinction or if the court disagrees with the result, the challenge must be denied. 3.2. – If the arbitrator recognised the existence of the precedent, yet denied its binding effect (expressly or implicitly), the challenge must be accepted and the award must be set aside for conscious disregard of a binding precedent. 3.3. – If the arbitrator did not decide on or failed to express an opinion about the precedent, the challenge must be accepted and the award must be set aside for lack of motivation and for conscious disregard of a binding precedent. This standard should be applied to the three available mechanisms of review in Brazilian Law: the annulment suit, the denial of enforcement of domestic awards and the Reclamação.

---

<sup>513</sup> CONCEIÇÃO, Danilo Orega. **Os precedentes judiciais e sua relação com a arbitragem**. 2020. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 140.

<sup>514</sup> “[...] if arbitration in equity corresponds to the free exercise of jurisdictional function by arbitrators or state judges, limited almost exclusively by the due process clause, it is certain that arbitration in law presents other restraints. Such restraints are dictated precisely by the rule of law. [...] One cannot sustain that there should be the rule of law defined by the legislator and another defined by the courts, being the former applicable to arbitrators and the latter applicable to state judges. Hence, unless authorized by the parties to decide a case *ex aequo et bono*, the arbitrator cannot deviate from binding precedents or, at least, he cannot do so without applying the proper techniques, such as that of distinguishing [...]” (AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice**. 2. ed. London: Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2018. p. 91).

<sup>515</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice**. 2. ed. London: Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2018.

A tese é controversa, devemos admitir<sup>516</sup>. Todavia, concluímos pontuando que o argumento desenvolvido por Rizzo dialoga<sup>517</sup> com os pressupostos colocados pela CHD de há muito, no que diz respeito a todo o desenvolvimento proposto nos capítulos anteriores, em especial o capítulo 3.2. e tendo em mente aquilo que Lenio Streck estabelece como sendo a impossibilidade de a decisão jurisdicional ser proferida a partir de um dito “grau zero de sentidos”<sup>518</sup>, como se o julgador estivesse posicionado no início da história.

Assumindo a presença de um precedente vinculante dentro do ambiente interpretativo da disputa submetida ao árbitro, não pode esse escapar das demandas impostas pela autonomia do Direito a respeito da necessária observância de todos os elementos normativos que o compõem. Verdade é que saber quando se está diante de um precedente dessa natureza é um desafio tremendo – sendo possível estabelecer como premissa desde uma posição “idealista”, no sentido de que toda e qualquer decisão proferida por uma Corte do Estado pode ser, *a priori*, apresentada como detendo autoridade preponderante; como também uma posição mais “conservadora”, com apego às regras positivas que regulam o “sistema de precedentes” brasileiro.

Contudo, simplesmente assumir como ponto de partida que o árbitro não deve nada – em um sentido além da simples ideia de “persuasão” – àquilo que os tribunais do Estado dizem sobre o Direito, configura, no nosso entender, uma fuga desse desafio – e não o seu devido e necessário enfrentamento; necessário, pois que assumir o dever do árbitro de seguir o entendimento fixado por um precedente vinculante é condição de possibilidade para o estabelecimento dos próprios limites da interferência, pelo Poder Judiciário, em casos – ainda

---

<sup>516</sup> “Agora, mesmo que seja possível adotar, em alguma medida, a teoria do manifest disregard of the law, a sua aplicação com relação aos precedentes judiciais nos parece de difícil sustentação. Como vimos ao longo dessa dissertação, o sistema jurídico vigente é de civil law, de modo que a jurisprudência e os precedentes judiciais estão colocados em uma esfera de complementariedade em relação à aplicação da lei. Logo, caso um precedente seja desconsiderado ou mal aplicado pelo árbitro, teríamos, quando muito, a desconsideração de uma fonte complementar à interpretação da lei, o que jamais poderia ser considerado um erro grosseiro e intencional na aplicação da lei. [...] Nesse sentido, podemos concluir que se o árbitro apreciar um determinado precedente e dele divergir, justificando a sua posição, de forma correta ou incorreta, não estaríamos aqui diante de um erro manifesto a justificar a anulação da sentença arbitral [...]” (CONCEIÇÃO, Danilo Orenge. **Os precedentes judiciais e sua relação com a arbitragem**. 2020. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 141).

<sup>517</sup> No limite, há ao menos um diálogo possível, quando a tese defendida por Rizzo Amaral é lida sob àquilo que a CHD entende como sendo a sua melhor luz.

<sup>518</sup> “[...] não importa, para o direito, as opiniões pessoais do intérprete (juiz, promotor de justiça, ministro de tribunal). Não é de sua subjetividade que deve advir o sentido a ser atribuído à lei. Há uma (profunda) responsabilidade política nas decisões. Daí o acerto de Rodolfo Arango, ao dizer que os limites da atividade judicial não residem nas virtudes pessoais do juiz, mas, sim, na sujeição às regras do discurso prático geral e na concordância com os princípios e valores substantivos previstos no direito (questão que assume especial relevância nos ordenamentos que incorporam princípios substantivos ou materiais, transformando em obrigação jurídica a sua realização) [...]” (STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Local 1919 de 3594 (Kindle)).

que raros – envolvendo a tentativa de anulação de sentenças arbitrais com fundamento em inobservância desses precedentes, razão pela qual entender por essa vinculação entre árbitro e precedente é também (e acima de tudo) uma posição *in favor arbitralis*.

Em outros termos, nada impede – independentemente dos posicionamentos direcionados contra essa vinculação – que a realidade nos “presenteie” com ações anulatórias de sentenças arbitrais fundadas na inobservância do árbitro de um precedente judicial, e, quando assim se der, cremos que a parte interessada em manter hígida a sentença arbitral precisará de mais do que a afirmação – por mais sólida que essa seja: “*a arbitragem é subsistema processual autônomo e, por isso, nenhum precedente é verdadeiramente vinculante em face da autoridade árbitro*”; afirmar isso poderá não se revelar suficiente no futuro, e parâmetros como aqueles fixados por Rizzo Amaral servirão muito mais como barreiras à anulação da decisão proferida pelo tribunal arbitral, do que propriamente como fundamentos para tanto.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desafio deste estudo era, inicialmente, um só: enfrentar as angústias epistemológicas entregues pela pergunta “está o árbitro vinculado aos precedentes judiciais proferidas pelos tribunais do Estado?”. O que se viu é que um grande desafio é sempre composto por vários outros – daí por que é interessante recuperar o caminho percorrido ao longo deste trabalho. No curso do enfrentamento desse desafio – enfrentamento que espera-se ter sido minimamente satisfatório –, tentou-se estabelecer uma reflexão ampla, mas, ao mesmo tempo, traçando uma linha única de raciocínio, indo desde a análise de questões inseridas no núcleo histórico-dogmático do próprio instituto da arbitragem, passando por uma tentativa de reconstrução de sentidos a respeito dos precedentes vinculantes no seio das duas principais tradições jurídicas do ocidente (*civil e common law*), e, por fim, unindo ambas as análises, partiu-se para o desafio central propriamente dito.

Ao longo dessa caminhada, foram sendo estabelecidos variados posicionamentos – ora com relação ao instituto (arbitragem), atravessando a ideia (precedentes vinculantes) e atingindo, finalmente, a tentativa de oferecimento de um argumento (aderência e compatibilidade das teses propaladas pela CHD, com relação à doutrina da desconsideração consciente de um precedente vinculante). Assim, traçaremos agora, no fecho da reflexão, os pontos centrais de cada um dos “paradouros” do trajeto.

Em primeiro lugar, afirmou-se que o reconhecimento de que a arbitragem é expressão máxima da autonomia privada não precisa, necessariamente, nos levar à conclusão de que o

árbitro é livre para dizer qualquer coisa sobre o direito eleito para regular a relação havida entre as partes. Ao contrário, conforme tentou-se demonstrar na primeira etapa deste estudo, a melhor compreensão de liberdade e autonomia privada conduz o raciocínio exatamente à outra direção. A arbitragem, enquanto método adequado de resolução de disputas, tem como principal traço da sua autonomia “sistêmica” os moldes procedimentais de enfrentamento do conflito – daí por que se aceita a noção de que o CPC não se aplica, como regra, em procedimentos arbitrais –, notadamente porque, como método adequado alheio ao estatal, a arbitragem representa uma busca por meios mais eficientes de resolução de disputas principalmente sob o prisma da celeridade e flexibilidade procedimental. Aqui, vemos como esse é (também) um problema de teoria do direito; afinal, a discussão é sobre o que significa respeitar, observar *o direito*, o ordenamento propriamente, entendido não apenas como sistema fechado de regras autônomas entre si, mas como um *sistema* que almeja à integridade.

Veja-se: ao elegerem o direito material brasileiro, as partes – e, por consectário, o árbitro – vinculam-se expressamente a esse direito<sup>519</sup>; em verdade, se o jurisdicionado inserido em um processo judicial é tutelado pelo direito brasileiro por uma espécie de legitimidade política pressuposta – que é derroída quase-sempre apenas pela via da desobediência civil –, na arbitragem, essa legitimidade política do direito material é sobremaneira mais forte – e não o contrário –, precisamente porque decorre de uma manifestação de vontade expressa das partes, as quais, em não tendo estabelecido qualquer ressalva com relação à vinculação do tribunal arbitral aos precedentes judiciais, presume-se terem aderido à totalidade dos fragmentos normativos que compõe *corpus juris* ao qual se submeteram<sup>520</sup>.

Em outros termos, poder-se-ia afirmar analogicamente que a convenção de arbitragem, na qual as partes fixam as regras materiais perante as quais se curvarão, não é senão um “contrato social expreso”. Disso, portanto, deriva-se que é também expressão máxima da autonomia privada a circunstância de que não se pode admitir um escape dos limites impostos pelas regras e princípios (onde inserem-se os precedentes judiciais compreendidos nos termos

---

<sup>519</sup> “[...] ‘This choice is and should be binding on the arbitration tribunal. This is also confirmed in most arbitration rules.’ (Lew, Mistelis et al 2003). ‘Self-governance, a fundamental value supporting arbitration, is advanced by upholding the parties’ selection of law’ (Brunet, Speidel et al. 2006, 63-87. p. 79) [...]” (AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice.** 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. p. 69).

<sup>520</sup> “[...] In each of these situations, national and international laws are irrelevant; the arbitration agreement establishes both the tribunal’s authority to decide the dispute and any constraints on that authority. Accordingly, arbitrators should make determinations about how they ought to exercise their authority based only on the agreement of the parties. It follows that all questions relating to the exercise of arbitral authority should be answered by interpretation of the arbitration agreement. Thus, precedents should be followed to the extent that the parties intend them to be followed. [...]” (KARTON, Joshua. *The structure of international arbitration law and the exercise of arbitral authority.* **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, pp. 229-266, nov. 2015. p. 259).

apresentados do tópico imediatamente acima) que compõem o ordenamento jurídico ao qual as partes se submeteram<sup>521</sup>.

Em segundo lugar, o tema da vinculação a um precedente não deve, necessariamente, ser lido com um problema acerca da natureza vinculante dos tipos decisórios estabelecidos pelo CPC<sup>522</sup>, mas fundamentalmente como um problema que atravessa até o subsolo as duas principais tradições jurídicas do ocidente (*civil law* e *common law*), qual seja, o problema do estabelecimento dos contornos da atividade jurisdicional em um contexto de ideias no qual a norma jurídica é separada (ontologicamente) do texto jurídico (seja ele a Lei ou mesmo o teor de uma decisão judicial); um contexto no qual se assume que existe um campo de indeterminação da linguagem que deve ser encarado face a face e que o direito é produto de uma interpretação nunca acabada de forma definitiva; um romance no qual avolumam-se (e continuarão a se avolumar) capítulos e mais capítulos, fazendo parte dessa trajetória o material normativo que é composto pelas decisões proferidas no passado pelos tribunais do Estado.

A consequência da assunção dessas proposições é bastante relevante, consoante se expôs, quando se trata da consideração dos eventuais remédios a uma sentença arbitral que deixa de levar em consideração um precedente judicial: súmulas vinculantes e todos os tipos decisórios estabelecidos pelo CPC não são precedentes; o precedente nasce da reconstrução e renovação da legitimidade política da decisão proferida no passado, de modo que o problema não seria “deixar de seguir uma súmula” ou “deixar de seguir uma tese fixada em sede de IRDR”, mas, sim, deixar de seguir uma decisão que foi, pelas partes, apresentada como razão normativa preponderante – justamente porque foi, por elas, apresentada ao tribunal como tal.

Ainda assim, reforçar essa não equiparação entre os tipos decisórios previstos em Lei não significa que a impugnação da sentença arbitral deva se dar de forma irrestrita e à revelia das tipologias legais. Defender uma vinculação forte e ampla do árbitro a toda e qualquer

---

<sup>521</sup> “A questão central não é pois a da liberdade decisória do árbitro e da autonomia da arbitragem, ou de um suposto confronto entre o árbitro e Poder Judiciário, mas a do resguardo dos direitos e interesses dos sujeitos que se põem sob a jurisdição deste [...]” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 214).

<sup>522</sup> “Another issue that has to be addressed relates to the fact that the wording of the article 927 of the NCP is somewhat restrictive in recognizing the binding effects of precedent. As we have seen, said provision makes reference to decisions from the Supreme Court of Justice and from the Federal Supreme Court in repetitive appeals, but does not expressly recognize the binding effect for decisions from the same courts that are not subject to the repetitive proceeding. Even so, there is no plausible reason not to admit the possibility of precedent being extracted from such decisions. Controversial issues, whose stabilization is fundamental to judicial certainty, will not always be repetitive and therefore will not necessarily qualify for the repetitive appeal proceeding. And yet they will be as important as if they did and will be decided by the same court as if they did, there being no reason to deny them the same legitimacy and authority of the decisions listed in article 927 of the NCP. [...]” (AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice**. 2. ed. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018. p. 72).

decisão judicial que possa ser lida adequadamente como sendo um “precedente vinculante genuíno”<sup>523</sup>, significa, no nosso entendimento, um reforço da responsabilidade política do árbitro, ainda que, na prática e por razões não desprezíveis associadas aos paradigmas da arbitragem, a busca pela desconstituição da sentença arbitral por desrespeito a um precedente judicial possa levar em conta a referida tipologia, na tarefa do árbitro de definir se está (ou não) diante de um precedente verdadeiramente vinculante.

Aqui, novamente, vemos os contornos de teoria do direito ao longo da discussão. Afinal, quando as conclusões apontam à necessidade de um respeito por parte do juízo arbitral aos precedentes de um ordenamento, estamos já partindo do pressuposto teórico da integridade do sistema jurídico e, fundamentalmente, estamos discutindo *o que é um precedente*. Quando verificamos esse dever de observância, não se pretende defender aqui uma aderência cega, de matriz textualista, a uma noção gasta de comandos abstratos proferidos por uma corte superior (ou suprema); não se está presumindo aqui que precedentes são teses jurisprudenciais, gerais e abstratas, criadas para o futuro. O que se verifica, sim, é que a melhor interpretação sobre os precedentes judiciais é a de que as decisões judiciais *consolidadas e reconhecidas como precedentes por meio da atividade de reconstrução interpretativa dos tribunais subsequentes na identificação de uma ratio decidendi* — melhor entendida como formulação *dos princípios subjacentes à decisão* — devem ser consideradas — *forte e seriamente consideradas*, e não aplicadas cegamente ou reproduzidas mecanicamente — porque são parte do todo coerente que o sistema normativo pretende ser, dada sua natureza *jurídica*.

Nesse sentido, em terceiro lugar, a aderência à proposição de que seguir decisões judiciais do passado (precedentes vinculantes) não é uma questão (apenas) de quem os proferiu<sup>524</sup>, mas fundamentalmente de reconhecer como um dever do agente jurisdicional, imposto pelo paradigma do Estado de Direito (*rule of law*), resolver a controvérsia do presente a partir de um exercício hermenêutico de renovação da legitimidade das decisões políticas do passado, considerando-se essas como os fatores últimos de justificação do exercício, pelo Estado, da coerção oficial.

---

<sup>523</sup> Uma decisão na qual entram em comunhão tanto a estatura da Corte no organograma hierárquico do Poder Judiciário e a capacidade dessa decisão de ser apresentada como uma “boa apresentação” da legitimidade das decisões políticas do passado, oferecida diante de uma controvérsia jurídica até então sem qualquer resposta normativa específica (inserida, portanto, na dita *zona de penumbra*)

<sup>524</sup> “[...] a aplicação do precedente pelo árbitro não decorre de autoridade hierárquica ou interdependência funcional, já que o árbitro sequer integra o Judiciário. Por isso, conquanto se afirme que as decisões arbitrais devem observar os precedentes enquanto elementos do ordenamento jurídico, há relativo consenso a respeito da impossibilidade de desafiá-las mediante reclamação. [...]” (TEMER, Sofia. Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória. **Revista de Processo**, v. 278, abril. 2018. p. 2).

Assim sendo, deparando-se com um precedente judicial – principalmente se esse precedente vier reforçado pela autoridade formal do ente que o proferiu (v.g. Cortes Superiores) –, insere-se no arcabouço de responsabilidades do intérprete decidir o caso-presente levando-o, necessariamente, em conta. Nisso reside uma importante diferença entre “postura de quem decide” e “conteúdo da decisão”: assumir como verdadeira a presença desse dever – outrora referido como postulado de decidir como se houvesse uma resposta correta – significa justamente admitir a presença de um dever de conduta e não necessariamente de resultado (o que remete, implicitamente, à cisão entre as categorias de “*error in iudicando*” e “*error in procedendo*”)<sup>525</sup>.

Deste modo, foi tendo em vista todos esses – e outros mais – aspectos levantados ao longo deste estudo, que tentou-se estabelecer uma coerência entre a tese defendida por Guilherme Rizzo Amaral, quanto à possibilidade de “derrubada” da sentença arbitral com fundamento em alegação do “desrespeito consciente de um precedente judicial vinculante”. Todavia – e talvez o que será dito na sequência demonstre o êxito da presente reflexão, não como pretensa resposta, mas como fonte de novas angústias –, ao tentar responder à pergunta acima referida – “tem o árbitro um dever de seguir precedentes judiciais vinculantes?” –, ao fim dessa reflexão, pensamos que talvez a pergunta enfrentada não seja de fato o problema central de todo o debate; o principal, sob o nosso olhar, continua sendo o estabelecimento de uma resposta para a pergunta: “afinal, o que é um precedente vinculante?”. Essa discussão é anterior e, vimos como uma das conclusões deste trabalho, que ignorá-la, discutindo o alcance de uma eventual vinculação sem que se discuta o significado da força normativa e do significado mesmo *do próprio precedente*, significa um debate no qual cada uma das partes fala sozinha.

Por ora, nos resignaremos em defender que o árbitro – diante de todo o exposto – não está livre para afirmar: “por não estar vinculado a nenhuma decisão proferida pelas Cortes do Estado, deixo de seguir o entendimento que emana da decisão indicada pela parte, simplesmente por preferir outra resposta e segundo aquilo que eu, árbitro, penso que teria sido uma decisão melhor”. O princípio mesmo da legalidade, o ideal de *rule of law* e a melhor interpretação acerca do que significa um precedente judicial aponta, *minimamente*, à ideia de que os precedentes reconhecidos como tais, e não como uma noção gasta de comandos dependentes somente de

---

<sup>525</sup> “Todavia, como, em tais casos, o ônus da discordância é do tribunal arbitral, cabe a este delinear as razões objetivas que o fazem se afastar do precedente. Descumprindo esse imperativo, haverá certamente defeito formal do ato decisório (*error in procedendo*), passível de ser tratado por meio de ação anulatória. [...]” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Questões polêmicas do processo arbitral**: subsídios para o advogado do contencioso arbitral. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 51).



“quem decide”, devem ser considerados pelo árbitro que, em sua vinculação (expressa) *ao direito*, deve *fundamentar com base no direito* – e os precedentes, *desde que corretamente compreendidos*, fazem parte desse *corpus juris*.

Talvez, na prática, de fato estejamos diante de um “falso problema”<sup>526</sup>, porquanto a comunidade arbitral brasileira é com certeza premiada por árbitros e árbitras que carregam consigo um dever moral tão sólido de entregar “boas decisões”, mediante profundas incursões na tradição dos domínios específicos e variados do direito eleito pelas partes. Em todo caso, o espírito que moveu as considerações ora levantadas foi tão somente o desejo de contribuir para que a profecia de Luiz Fernando Martins Kuyven não se torne uma realidade patente, e a arbitragem no Brasil não venha a de fato assumir a forma de “*um gigante de pés de argila que não suportará seu próprio crescimento*”<sup>527</sup>.

---

<sup>526</sup> “[...] A questão da (in)existência de dever do árbitro de observar os precedentes judiciais, em certa medida, é um “falso problema”. Afinal, os árbitros têm estado atentos à experiência concreta do ordenamento positivo que lhes cabe aplicar - no que se incluem precedentes, decisões-quadros e orientações jurisprudenciais consolidadas no Poder Judiciário. [...]” (TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e precedentes: cinco premissas, cinco conclusões, um epílogo (e um vídeo). **Migalhas**, São Paulo, 24 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/286703/arbitragem-e-precedentes--cinco-premissas--cinco-conclusoes--um-epilogo--e-um-video>. Acesso em: 4 mai. 2023).

<sup>527</sup> KUYVEN, Luiz Fernando Martins. O necessário precedente arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, 36/295, jan. 2013.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro”. In: JR., Fredie Didier *et al.* Grandes temas do novo CPC – Precedentes. 2. ed. 3. v. Salvador: JusPodivm, 2016.
- ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs. Arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. Revista de Processo – RT, v. 214, p. 271, dez./2012, São Paulo.
- ABBOUD, Georges. Precisamos rejeitar arbitragens supremas. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2022-fev-01/georges-abboud-precisamos-rejeitar-arbitragens-supremas#\\_ftn8](https://www.conjur.com.br/2022-fev-01/georges-abboud-precisamos-rejeitar-arbitragens-supremas#_ftn8). Acesso em: 3 mai. 2023
- ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 3. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.
- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. O ncp e os precedentes: afinal do que estamos falando? In: JR., Fredie Didier *et al.* Grandes temas do novo CPC – Precedentes. 2. ed. 3. v. Salvador: JusPodivm, 2016
- ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- AGUIAR. Ruy Rosado de. Arbitragem, os precedentes e a ordem pública. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa, 30 anos: Superior Tribunal de Justiça. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019.
- ALBUQUERQUE, Felipe; TIBURCIO, Carmen. Convenção de nova york e a lei de arbitragem: algumas considerações sobre a lei aplicável ao consentimento das partes. In: CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. 20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2017.
- ALMEIDA, Maria Eduarda; MACÊDO, Lucas Buriel. Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral? Revista de Processo, v. 305/2020, pp. 377-399, jul. 2020, São Paulo

- ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Arbitragem comercial internacional e ordem pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedente? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice. 2. ed. London: Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2018.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, out. 2017
- AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem e administração pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012
- ANTECEDENTES: A justiça federal até 1946. In: Superior Tribunal de Justiça, institucional, história. Brasília [S.I. 2023]. Disponível em:  
<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/Antecedentes>. Acesso em: 3 abril. 2023
- ARAUJO, Yuri M. Arbitragem e Devido Processo Legal. Portugal: Grupo Almedina, 2021.
- BAHIA, Melo Franco; JR., Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O direito como integridade e os precedentes judiciais. In: OMMATI, José Emilio Medauar (coord.) Ronald Dworkin e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016.
- BARROSO, L. R.; MELLO, P. P. C. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito Brasileiro. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 1, p. 316-353, 2018.
- BELLOCCHI, Márcio. Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BELLOCCHI, Márcio. Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BELLOCCHI, Márcio. Precedentes vinculantes e a extensão da expressão "aplicação do direito brasileiro" na convenção de arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BERALDO, Leonardo de F. Curso de Arbitragem: Nos Termos da Lei N° 9.307/96. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014
- BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de arbitragem: nos termos da Lei n° 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014.

BERALDO, Leonardo de Faria. Os Precedentes na Arbitragem in Direito Internacional e Arbitragem - Estudos em Homenagem ao Prof. Cláudio Finkelstein (coord. CASADO FILHO, Napoleão, QUINTÃO, Luísa e SIMÃO, Camila). São Paulo: Quatier Latin, 2019.

BORN, Gary. International commercial arbitration: commentary and materials. 2. ed. US: Kluwer Law International, 2001. p. 798.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc16-65.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm). Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em: 22 nov. 2022

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 22 nov. 2022

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC n.º 111230/DF. Processo civil. arbitragem. natureza jurisdicional. conflito de competência frente a juízo estatal. possibilidade. medida cautelar de arrolamento. competência. juízo arbitral. Segunda Turma. Autor: C.E.B.S.A.. Suscitante: S.E. LTDA.. Suscitado: Tribunal arbitral do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil – Canadá. Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara Empresarial do Rio De Janeiro – RJ. Relatora Ministra Nancy Andri ghi, 8 de maio de 2013. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201000587366&dt\\_publicacao=03/04/2014](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000587366&dt_publicacao=03/04/2014). Acesso em: 4 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC n.º 151.130/SP. Conflito de Competência. [...] 1.No atual estágio legislativo, não restam dúvidas acerca da possibilidade da adoção da arbitragem pela Administração Pública, direta e indireta, bem como da arbitrabilidade nas relações societárias, a teor das alterações promovidas pelas Leis nº 13.129/2015 e 10.303/2001. 2. A referida exegese, contudo, não autoriza a utilização e a extensão do procedimento arbitral à União na condição de acionista controladora da Petrobrás, seja em razão da ausência de lei autorizativa ou estatutária (arbitrabilidade subjetiva), seja em razão do conteúdo do pleito indenizatório que subjaz o presente conflito de competência na hipótese, o qual transcende o objeto indicado na cláusula compromissória em análise (arbitrabilidade objetiva). [...]. Segunda Seção. Suscitante: American international group inc retirement plan e outros. Suscitado: Camara de arbitragem do mercado e outros. Relator Ministro João Otávio de Noronha. 11 de fevereiro de 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201700431738&dt\\_publicacao=11/02/2020](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700431738&dt_publicacao=11/02/2020). Acesso em: 31 abril. 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PET n.º 1. Medida cautelar em recurso especial (regimento do STF, art. 21-V c.c. o art. 304, do TFR, art. 33-VI, e ato regimental n.º 1 do STJ, art. 24, parágrafo único). Sua determinação pelo Relator, em caso de urgência, *ad referendum*. Homologação pela Turma. Terceira Turma. Requerente: Confecções Renebê Ltda.. Requerido: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator Ministro Nilson Naves, 29 de maio de 1989. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=198900070630](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=198900070630). Acesso em: 4 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl n.º 36476. [...] 2. Em sua redação original, o art. 988, IV, do CPC/2015 previa o cabimento de reclamação para garantir a observância de precedente proferido em julgamento de "casos repetitivos", os quais, conforme o disposto no art. 928 do Código, abrangem o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os

recursos especial e extraordinário repetitivos. 3. Todavia, ainda no período de *vacatio legis* do CPC/15, o art. 988, IV, foi modificado pela Lei 13.256/2016: a anterior previsão de reclamação para garantir a observância de precedente oriundo de "casos repetitivos" foi excluída, passando a constar, nas hipóteses de cabimento, apenas o precedente oriundo de IRDR, que é espécie daquele. 4. Houve, portanto, a supressão do cabimento da reclamação para a observância de acórdão proferido em recursos especial e extraordinário repetitivos, em que pese a mesma Lei 13.256/2016, paradoxalmente, tenha acrescentado um pressuposto de admissibilidade - consistente no esgotamento das instâncias ordinárias - à hipótese que acabara de excluir. [...] Reclamante: Adilson Riva e outros. Reclamado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Relatora Ministra Nancy Andrighi, 6 de março de 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201802337088&dt\\_publicacao=06/03/2020](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802337088&dt_publicacao=06/03/2020). Acesso em: 3 mai. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.959.435/RJ. Terceira Turma. Recorrente: Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social Refer e outros. Recorrido: SPE S&G Empreendimentos Imobiliarios Ltda. Relatora Ministra Nancy Andrighi, 1 de setembro de 2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202102897496&dt\\_publicacao=01/09/2022](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102897496&dt_publicacao=01/09/2022). Acesso em: 8 mai. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1. Recurso especial. Sociedade anônima. Autonomia das deliberações assembleares. As deliberações societárias são autônomas e soberanas, não sujeitas a atos praticados *ultra vires societatis*, isto é, atos não razoavelmente vinculados à sociedade. A preferência para o aumento do capital não pode ser levada além do seu raio de ação, para assim aplicar o privilégio legal e isso por força de simples acordo ou negócio feito entre acionistas. Negativa de vigência do art. 171, Lei 6404/76 [...]. Terceira Turma. Recorrente: Nello Morganti S/A Agropecuária e outros. Recorrido: Ivo Morganti - Espólio e outros. Relator Ministro Gueiros Leite, 22 de maio de 1989. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=198900077341](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=198900077341). Acesso em: 4 mar. 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.636.102/SP. Terceira Turma. Recorrente: TEC incorporações e empreendimentos imobiliários S.A. e outros. Recorrido: Patri sete empreendimentos imobiliarios ltda. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 1 de agosto de 2017. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201600576297&dt\\_publicacao=01/08/2017](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600576297&dt_publicacao=01/08/2017). Acesso em: 4 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.704.520/MT. Corte Especial. Recorrente: Quim Comércio de Vestuário Infantil Ltda – ME e outros. Recorrido: Shirase Franquias e Representações Ltda. Relatora Ministra Nancy Andrighi, 19 de dezembro de 2018. Tema Repetitivo n.º 988. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201702719246&dt\\_publicacao=19/12/2018](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702719246&dt_publicacao=19/12/2018). Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.717.213/MT. Segunda Seção. Recorrente: H Print Reprografia e Automação de Escritório Ltda. Recorrido: Caixa Econômica Federal. Relatora Ministra Nancy Andrighi, 10 de dezembro 2020. Tema Repetitivo n.º 1022.

Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201800001556&dt\\_publicacao=10/12/2020](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800001556&dt_publicacao=10/12/2020). Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.962.113/RJ. Terceira Turma. Recorrente Waiver Arts Logística de Precisão Ltda. Recorrido: Allianz Seguros S/A. Relatora Ministra Nancy Andrighi, 25 de março de 2022. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202101474601&dt\\_publicacao=25/03/2022](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101474601&dt_publicacao=25/03/2022). Acesso em: 4 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 704. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2003]. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2645#:~:text=%22N%C3%A3o%20viola%20as%20garantias%20do,704%20do%20Supremo%20Tribunal%20Federal>). Acesso em: 8 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl n.º 3982. [...] não cabe reclamação contra ato futuro indeterminado [...]. Reclamante: Departamento de edificações, rodovias e transportes do Estado do Espírito Santo – DERTES. Reclamado: Juiz do Trabalho de Vitória. Relator Ministro Joaquim Barbosa, 19 de novembro de 2007. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=500906>. Acesso em: 3 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 540995. Primeira Turma. Recorrente: Ministério Público Militar. Recorrido: Sílvio Artur Meira Starling. Relator Ministro Menezes Cordeiro, 19 de fevereiro de 2008. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=524513>. Acesso em: 8 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SE 5.206 AgR. 1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a



inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). Tribunal Pleno. Agravante: M B V Commercial and Export Managemen Establiment. Agravado: Evandro Catunda de Clodoaldo Pinto e outros. Relator Ministro Sepulveda Pertence, 30 de abril de 2004. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 4 mar. 2023.

BURKE, Edmund. Reflexões sobre a revolução na França. São Paulo: Vide Editorial, 2017.

BUSTAMANTE, Thomas. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial. In: JR., Fredie Didier *et al.* Grandes temas do novo CPC – Precedentes. 2. ed. 3. v. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAHALI, Francisco J.; RODOVALHO, Thiago; Alexandre. Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Editora Saraiva, 2016

CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

CÂMARA, Alexandre F. Manual de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

CANALE, Damiano. The many faces of the codification of law in modern continental Europe. In: CANALE, Damiano; GROSSI, Paolo; HOFMANN, Hasso. A treatise of legal philosophy and general jurisprudence: volume 9: a history of the philosophy of law in the civil law world: 1600-1900. Bologna: Springer, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARMONA, Carlos A. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009.

CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. 20 Anos da Lei de Arbitragem: Homenagem a Petrônio R. Muniz. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2017. p. xi.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. Revista dos Tribunais: revista de Processo: doutrinas essenciais. São Paulo, v. 58, pp. 33-40, abr./jul. 1990

CARMONA, Carlos Alberto; FILHO, José Augusto Bittencourt Machado. Arbitragem: jurisdição, missão e justiça in Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando;

- NETO, Marcello Lavenère Machado (coord.). Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- CARNELUTTI, Francesco. Como nasce o direito. 4. ed. Campinas: Russel Editores, 2010.
- CASS, Sunstein. The Elgar Companion to the Economics of Property Right. Oxford: Edward Elgar Publication, 2004.
- CASTANHEIRA NEVES, Antonio. O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CAVALLI, Cassio M. FGV - Empresa, Direito e Economia. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013
- CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond. Precedentes judiciais na arbitragem: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia erga omnes na arbitragem regida pelo direito brasileiro. 2021. 164 f. Dissertação – mestrado em direito processual. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021
- CHIASSONI, Pierluigi. O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen. Tradução de Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Contracorrente, 2017
- CONCEIÇÃO, Danilo Orenge. Os precedentes judiciais e sua relação com a arbitragem. 2020. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.
- CONSELHO nacional de justiça. Justiça em números 2022. Brasília: CNJ, 2022.
- COULANGES, Foustel. A cidade Antiga. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998
- CREMASCO, Suzana Santi; SILVA, Tiago Elder. O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n. 59, p. 367 a 404, jul./dez. 2011
- CROSS, Rupert. Precedent in english law. Oxford: Claredon Press, 1977
- CUEVA, Villas Bôas. A arbitragem na jurisprudência do STJ. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa, 30 anos: Superior Tribunal de Justiça. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019.
- CUNHA, Leonardo Carneiro. Art. 3º. In: FREIRE, Alexandre; STRECK, Lenio L.; NUNES, Dierle; et al. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2017
- CUNHA, Leonardo Carneiro. Art. 3º. In: FREIRE, Alexandre; STRECK, Lenio L.; NUNES, Dierle; et al. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

- DALBOSCO, Gustavo Dallazem. Autoridade do árbitro na arbitragem comercial. 2022. 216 páginas. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978
- DELGADO, José. Sistema de precedentes no npc. Reflexões sobre os artigos 926 e 927 do npc. A importância dos precedentes judiciais na aplicação do direito material e forma. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa, 30 anos: Superior Tribunal de Justiça. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019.
- DIAS, Giovanna.; SILVA, Frederico Pessoa da. Sobre o Tema 677 do STJ e o problema dos precedentes no Brasil. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, p. 01 - 05, 17 dez. 2022
- DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 2. v. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DIETRICH, William Galle. Positivismo jurídico: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Dissertação de mestrado – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Faculdade de Direito, São Leopoldo, 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINAMARCO, Julia. O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente. In: LEMES, Selma Ferreira et al (org.). Arbitragem: estudos em Homenagem a Guido Fernando da Silva Soares in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. n. 7.
- DINAMARCO, Julia. O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente. In: LEMES, Selma Ferreira et al (org.). Arbitragem: estudos em Homenagem a Guido Fernando da Silva Soares in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007.
- DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019.
- DUXBURY, Neil. Nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008
- DWORKIN, Ronald. Império do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- DWORKIN, Ronald. Império do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- EISENBERG, Melvin Aron. La Natura del Common Law. Foggia: Università degli studi di Foggia, 2010.
- ELIAS, Carlos. O árbitro. In: LEVY, Daniel; SETOGUI, Guilherme J. Pereira (Coord.). Curso de arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001
- ELIAS, Maria Ligia Ganacim Granado. Liberdade como não interferência, liberdade como não dominação, liberdade construtivista: uma leitura do debate contemporâneo sobre a liberdade. 2013, 149f. Tese de doutorado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH), Universidade de São Paulo, 2014.
- ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AC n.º 1094661-81.2019.8.26.0100. Apelação Cível. [...] Abstenção de voto de coárbitro. “Non liquet”. Vulneração do princípio de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição). Presente hipótese para a qual a lei prescreve declaração de nulidade da sentença arbitral (art. 32, VIII, c/c § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem). “(...) a Lei de Arbitragem, no inciso VIII de seu artigo 32, prevê a nulidade da sentença arbitral se não houverem sido respeitados os princípios 'do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento' (art. 21, § 2º). Esses princípios constituem verdadeiras garantias constitucionais, devendo ser interpretados ampliativamente e de maneira a abranger, de igual modo, aqueles constitucionais, não expressamente [...]. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelante: S17 Participações Eireli e outros. Apelada: Bandeirantes Eletrônica Ltda. e outros. Relator Desembargador Cesar Ciampolini. 25 de maio de 2023.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. 346 U.S. 427 (1953).
- FAUSTO, Boris. História do Brasil. 14. ed. atual e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2019
- FERRAZ, João Grinspum. Ordem e revolução na república de weimar. Dissertação de mestrado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009
- FERREIRA NETO, Arthur. Metaética e a fundamentação do direito. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.
- FICHTNER, José A.; MANNHEIMER, Sergio N.; MONTEIRO, André L. Teoria Geral da Arbitragem. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018.

- FILHO, Napoleão C. Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do third party funding. São Paulo: Editora Saraiva, 2017
- FIORAVANTTI, Marcos Serra Neto. A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018
- FULLER, Lon L. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. Harvard Law Review, vol. 71, n. 04, fev. 1958
- FURTADO, Celso. Formação econômica do Brasil. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- FURTADO, Leonardo Mäder. Iuria novit curia em arbitragem e as cortes europeias. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre, n. 36, v. 9, pp. 27-55, trimestral, out./nov./dez. 2012.
- FUX, Luiz. Arbitragem e segurança jurídica: a maturação de um meio adequado de solução das controvérsias. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa, 30 anos: Superior Tribunal de Justiça. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019.
- FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.
- GAILLARD, Emmanuel. Teoria jurídica da arbitragem internacional. São Paulo: Atlas, 2014.
- GAMA, Lauro. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no direito internacional privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9 da lei de introdução ao código civil a favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In: TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Coord.) O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dollinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GARCIA AMATO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In.: Niklas Luhmann: sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GERHARDT, Michael J.. The Power of Precedent. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- GERÔNIMO, J. R. Geometria plana e espacial: um estudo axiomático. 2. ed. Maringá: Eduem, 2010.
- GLISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986
- GOLDSTEIN, L. (ed.) Precedent in Law. Oxford: Clarendon Press, 1987.
- GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. In: The Yale Law Journal, vol. 40, n. 2, dez. 1930
- GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil - Vol. I, 5ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015.

- GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil - Vol. I, 5ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015
- GREEN, Leslie. Introduction. In: H.L.A., Hart. The concept of law. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. XXXIV-XXXV
- GREZZANA, Giacomo Luiz Maria Oliveira. A Cláusula de Declarações e Garantias em Alienação de Participação Societária. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2019
- GUBERT, Roberta Magalhães. Nova teoria das fontes: a diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica. Tese (Doutorado em Direito – Universidade do Vale do Rio dos Sinos), São Leopoldo, 2017.
- GUERRERO, Luis F. Teoria Geral dos Processos: os métodos de solução de conflitos e o processo civil. Portugal: Grupo Almedina (Portugal), 2022
- GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de arbitragem e processo arbitral. 4. São Paulo: Almedina, 2022.
- HART, H.L.A. Positivism and the Separation of Law and Morals. Harvard Law Review, vol. 71, n. 04, fev. 1958
- HART, H.L.A.. The concept of law: with and introduction by Leslie Green. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- HAYEK, F.A. The Constitution of Liberty. Chicago: University of Chicago Press, 1960
- HENRY, Marc. Do contrato do árbitro: o árbitro, um prestador de serviços. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre, n. 6, v. 2, pp. 65-74, trimestral, abr./maio/jun. 2005.
- HOBBS, Thomas. Leviatã. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- HORTA, André Frederico de Sena; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. Os precedentes judiciais, o art. 926 do cpc e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 263/2017, pp. 335 – 396, jan. 2017.
- IBBETSON, David. High Classical Law. In: BOWMAN, Alan K.; CAMERON, Averil; GARNSEY, Peter. The Cambridge ancient history: volume XII: the crisis of empire, A.D. 193-337. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007
- JUNIOR, Humberto T. Curso de Direito Processual Civil. 2. v. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.
- JUNIOR, Humberto T. Curso de Direito Processual Civil. 1. v. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

- JÚNIOR, Humberto T. Curso de Direito Processual Civil. v. 3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023
- JR., Joel Dias F. Arbitragem. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019.
- JR., Tercio Sampaio F. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019.
- JÚNIOR, Danilo Brum de Magalhães. Arbitragem e direito concorrencial: a arbitragem como método para a resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no direito brasileiro. Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Faculdade de Direito, São Leopoldo, 2018
- KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2013
- KARTON, Joshua. The structure of international arbitration law and the exercise of arbitral authority. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, v. 8, n. 2, pp. 229-266, nov. 2015
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; RIGOZZI, Antonio. *International Arbitration: law and practice in Switzerland*. Oxford University Press, 2015.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- KILCULLEN, John; ROBINSON, Jonathan. Medieval political philosophy. In: ZALTA, Edward N (org.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Palo Alto: Stanford University Press, 2019. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/medieval-political/#FathChur>. Acesso em: 4 abr. 2023
- KRAMER, Matthew. *H.L.A. Hart: the nature of law*. Medford: Polity, 2018.
- KUYVEN, Luiz Fernando Martins. O necessário precedente arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, 36/295, jan. 2013.
- LAMOND, Grant. Precedent and analogy in legal reasoning. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Spring 2016 ed. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2011. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>.
- LEITE, Antonio Pinto. Papel das instituições de arbitragem na construção da jurisprudência arbitral: a procura das melhores práticas. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, n. 41, v. 11, pp. 107-123, trimestral, jan./ fev./mar. 2014.
- LEITE, Evandro Gueiros. Arbitragem no Superior Tribunal de Justiça e sua internacionalização. *Publicações institucionais: doutrina: edição comemorativa de 20 anos*, 2009, Brasília, Superior Tribunal de Justiça, p. 188. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/dout20anos/article/view/3422/3546>. Acesso em: 3 abr. 2023.

- LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. São Paulo, Quartier Latin, 2007
- LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem: princípios jurídicos fundamentais: direito brasileiro e comparado. Revista dos Tribunais, v. 686, pp. 73-89, dez. 1992. p. 12. Disponível em: [http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo\\_juri20.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri20.pdf). Acessado em 4 abr. 2023.
- LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista; CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). 20 anos da lei de arbitragem : homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017.
- LEPORE, Jill. Estas verdades: a história da formação dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020
- LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013
- LOBBAN, Michael. The Common Law and English Jurisprudence:1760-1850. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1991.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes Judiciais no Constitucionalismo brasileiro contemporâneo. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020
- LOPES, Ziel Ferreira. Onde habita o juiz Hércules? Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais. 2020. Tese de doutorado – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Faculdade de Direito, São Leopoldo, 2020.
- LOPES, Ziel Ferreira. Onde habita o juiz Hércules? Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais. 2020. Tese de doutorado – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Faculdade de Direito, São Leopoldo, 2020.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BARIONI, Rodrigo; MEDEIROS, Elias Marques de. A causa de pedir das ações anulatórias de sentença arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 12, n. 46, jul./set. 2015.
- LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedade. Madrid: Iberoamericana, 2002
- MACCORMICK, Neil. Can stare decisis be abolished? Juridical Review: The Law Journal of the Scottish Universities. Edimburgo: Thomson, 1966.
- MACHADO, Rafael Bicca. A arbitragem como opção de saída para a resolução de conflitos empresariais. Dissertação de Mestrado – Pontifício Universidade Católica do



- MAGALHÃES, José Carlos de. Direito econômico internacional - tendências e perspectivas. Curitiba: Juruá, 2005.
- MAMAN, Tobias Scheffer de. Precedentes no direito brasileiro: a tradição jurídica ocidental entre instrumentos, métodos e histórias. Dissertação de mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2014.
- MARIANI, Rômulo Greff. Precedentes na Arbitragem. Belo Horizonte: Fórum, 2018
- MARINONI, L. G.. A Ética dos Precedentes. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014
- MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio Cruz. O novo processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015
- MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ como Corte de Precedentes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 6. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3. ed. 1. v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Cultura religiosa, previsibilidade e unidade do direito pelo precedente. CHASE, Oscar (coord.). IAPL Seoul Conference 2014 – Constitution and Proceedings - Civil Procedure and Religion, Seoul, 2014
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil: teoria do processo civil. 1. v. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas judiciais vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre, v. 10, n. 38 – Abr/Jun, 2013
- MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. A cláusula de wash-out nos contratos de compra e venda de commodities a preço fixo. In: VALVERDE TERRA, Aline de Miranda; DA CRUZ GUEDES, Gisela Sampaio. (Coord.). Inexecução das Obrigações: Pressupostos, evolução e remédios. Vol. II. Rio de Janeiro: Processo, 2021
- MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. A (não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias a obrigação de “take-or-pay”. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 20, n. 98
- MENNA, Fabio Vasconcellos. Limites da arbitragem. Dissertação de Mestrado – PUC/SP, São Paulo, 2010
- MERQUIOR, José Guilherme. O liberalismo: antigo e moderno. São Paulo: É Realizações Editora, 2014.

- MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Tradução de Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2018.
- MIRANDA, Jorge. Teoria do estado e da constituição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002
- MIRANDA, Pontes. Comentários ao código de processo civil. Tomo XV. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação: da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis Baron de Secondat. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. 2010. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2010.
- MORAIS, José Luiz Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. Ciência política e teoria do estado. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010
- MORBACH, Gilberto. Entre Positivismo e Interpretativismo, a Terceira Via de Waldron. 2. ed. Salvador/BA: Juspodivm, 2021.
- MORBACH, Gilberto; RAATZ, Igor; STRECK, Lenio Luiz. Da complexidade à simplificação na identificação da *ratio decidendi*: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil? Revista Jurídica Unicuritiba, v. 1., n. 54, pp. 317-341, mar. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3312>. Acesso em: 23 abr. 2023
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense. 2013
- MOTTA, Francisco José Borges. Levando o Direito a Sério. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 54-87, abr. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2451/1584>. Acesso em: 24 maio 2023. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i1.2451>. Acesso em: 24 maio 2023.
- MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a decisão jurídica. Salvador: JusPodivm, 2017.

- MOURA, Ariel Augusto Lira. Direito, organizações e meios de comunicação: entre a rede de nomes de domínios (ICANN) e as redes sociais (Facebook). Dissertação de mestrado – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2023.
- NASSER, Paulo Magalhães. Vinculações Arbitrais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- NEVES, António Castanheira. Questão-de Facto - Questão-de-Direito ou o problema metodológico da juricidade: (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967.
- NUNES, António José Avelãs. As voltas que o mundo dá: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011
- NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações da politização do Judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. Revista de Processo, n. 189, nov. 2010.
- NUNES, Thiago Marinho. Análise dos efeitos da prescrição extintiva na arbitragem interna e internacional com visão a partir do direito brasileiro. 2011. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2011.
- NUNES, Thiago Marinho. Árbitro e precedentes judiciais: vinculação ou observância? Migalhas, São Paulo, pp. 1-6, 26 jan. 2021.
- OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. Estado de Direito, Precedente e Arbitragem: a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais como pressuposto da unidade e da coerência do Direito. 2022. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.
- OPPÉTIT, Bruno. Justiça estatal e justiça arbitral. Tradução de Clávio Valença Filho e Bruno Lemos. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre, n. 25, v. 6, pp. 184-195, trimestral, jan./fev./mar. 2010.
- ORENGA, Danilo. Arbitragem e Precedentes Judiciais. Portugal: Grupo Almedina, 2023
- PALONI, Nelson Alexandre. Irrecorribilidade das sentenças arbitrais. Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem. São Paulo: RT, n. 10.
- PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. 2009. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2009.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.
- PINHEIRO, Guilherme César. A vinculação decisória no estado democrático de direito – por uma compreensão constitucionalmente adequada da aplicação de precedentes, súmulas e decisões vinculantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016.

- PINHO, Humberto Dalla Bernardina D. Manual de direito processual civil contemporâneo. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.
- PINTO, José Emílio Nunes. Arbitragem na recuperação de empresas confidencialidade na arbitragem. Revista de arbitragem e mediação. ano 2, n.7 (out/dez. 2005). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005
- PREBISCH, Raúl. Dinâmica do desenvolvimento latino-americano. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.
- RAMIRES, Maurício. Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010
- RANZOLIN, Ricardo. Controle judicial da arbitragem. Rio de Janeiro: GZ, 2011.
- RAZ, Joseph. Legitimate Authority. In The Authority of Law: Essays on Law and Morality. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- RAZ, Joseph. The morality of freedom. Oxford: Clarendon Press, 1988
- REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RECHSTEINER, Beat W. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.
- RICCI, Edoardo Flávio. Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão – questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ROCCO, Alfredo. Princípios de direito comercial. Tradução de Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva, 1934.
- ROCHA, Leonel Severo; CLAN, Jean; SCHWARTZ, Germano. Introdução à Teoria do Sistema Autopoético do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Editora, 2004
- ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. As constituições em Niklas Luhmann: pressupostos sociológico-sistêmicos para observar o constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (org.). Atualidade da constituição – o constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting. Porto Alegre: Editora Fi, 2020
- ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. Constitucionalismo social: constituição na globalização. Curitiba: Appris, 2018
- ROCHA, Leonel Severo; MARTINI, Sandra Regina. Teoria e Prática dos Sistemas Sociais e Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2016.
- ROCHA, Leonel Severo; Schwartz, Germano; PRIBAN, J.. Sociologia Sistêmico-Autopoiética das Constituições. Porto Alegre - RS: Livraria do Advogado, 2015.

ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante e a teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RUGGIERO, Guido. *História del liberalismo europeo*. Granada: Editorial Comares, 2005.

SALOMÃO, Luis Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. Migalhas, 20 de outubro de 2020. Disponível em:

[https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/10/54104e121b07df\\_arquivo-artigo.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/10/54104e121b07df_arquivo-artigo.pdf). Acesso em: 26 abr. 2023.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Prefácio. SESTER, Peter Christian. *Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

SANTANA, Renata Duarte de. Estudos comparativos dos tratados internacionais e protocolos ratificados pelo Brasil relativamente à arbitragem. In: *Aspectos práticos da arbitragem*. Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006

SANTOS, Igor Raatz; STRECK, Lenio Luiz; MORBACH, Gilberto. Da genealogia dos mecanismos vinculantes brasileiros: dos assentos portugueses às “teses” dos tribunais superiores. *Revista Eletrônica de Direito da Universidade Federal da Santa Maria, Florianópolis*, v. 14, n. 1, abr. 2019, pp. 1-31. Disponível em:

<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/37204/pdf>. Acesso em 4 mar. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n.º 1048961-82.2019.8.26.0100*. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelante: Luis Francisco Debellis Mascaretti e outros. Apelado: Vytra Diagnósticos Importação e Exportação Ltda. Relator Desembargador Azuma Nishi. 10 de março de 2021.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCHAUER, Frederick. On treating unlike cases alike. *Constitutional Commentary – University of Minnesota Law School, Minnesota*, v. 33, n. 427, 2018. Disponível em:

<https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/200602/6%20-%20Schauer.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2023.

SCHAUER, Frederick. Precedente. In: JR., Fredie Didier *et al.* *Grandes temas do novo CPC – Precedentes*. 2. ed. 3. v. Salvador: JusPodivm, 2016.

SESTER, Peter Christian. *Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

SILTALA, Raimo. *A Theory of Precedent From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

- SOARES, Fabiane Verçosa Azevedo. A aplicação errônea do direito brasileiro pelo árbitro: uma análise à luz do direito comparado. 2010. Tese de doutorado – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2010.
- SOUZA, Marcus Seixas. Os precedentes na história do Direito processual civil brasileiro: Colônia e Império. Salvador: UFBA, Faculdade de Direito, 2014
- STEIN, Ernildo. A caminho do paradigma hermenêutico: ensaios e conferências. 2. ed. rev. ampl. Ijuí: Editora Unijuí, 2017.
- STRECK, L. L., & MORBACH JÚNIOR, G. Interpretação, integridade, império da lei: o direito como romance em cadeia. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 20(3), 2019
- STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.
- STRECK, Lenio Luiz. Equívocos sobre a "cultura de precedentes" à brasileira: novo round. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 8 dez 2022
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. Lições de crítica hermenêutica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. O fator Julia Roberts ou quando o Supremo Tribunal erra. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 25 out. 2012
- STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 5. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes Judiciais e Hermenêutica – o sentido da vinculação no novo cpc/2015*. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista – ou de como o mundo (não) é um brechó'. *Revista de Processo*, v. 262, p. 379-411, 2016.
- STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação na identificação da ratio decidendi: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil?. *Revista Jurídica- Unicuritiba*, v. 01, p. 317-341, 2019. p. 320.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Desmistificando o positivismo de Jeremy Bentham e suas relações com o stare decisis. Revista brasileira de direito processual (impresso), v. 99, p. 221-242, 2017.

SURGE o STJ. In: Superior Tribunal de Justiça, institucional, história. Brasília [S.I. 2023]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/Surge-o-STJ>. Acesso em: 3 abril. 2023.

SZTAJN, Raquel. Teoria jurídica da empresa. 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2010.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. In: DIDIER JR., Fredie; MACEDO, Lucas Buril do; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Org.).

Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e precedentes: cinco premissas, cinco conclusões, um epílogo (e um vídeo). Migalhas, São Paulo, 24 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/286703/arbitragem-e-precedentes--cinco-premissas--cinco-conclusoes--um-epilogo--e-um-video>. Acesso em: 4 mai. 2023

TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In. TARUFFO, Michele et al. La misión de los tribunales supremos. Madrid: Marcial Pons, 2016.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. Revista Eletrônica de Direito Civil. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul-dez, 2014. Disponível em <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>. Acesso em 21 nov. 2022.

TELES, Miguel Galvão. Arbitragem comercial internacional *ex aequo et bono* e determinação de lei de mérito. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 5, n. 9, pp. 81-104, out./dez. 2008

TEMER, Sofia. Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória. Revista de Processo, v. 278, abril. 2018.

TEUBNER, Gunther. Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, NUNES, Dierle, MELO FRANCO BAHIA, Alexandre; QUINAUD PEDRON, Flávio. Novo CPC: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e Insolvência. In WALD, Arnaldo (Org.), Doutrinas Essenciais – Direito Empresarial, 1ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, vol. VI

- TOLKIEN, J.R.R.. O silmarillion. Rio de Janeiro: HarperCollins, 2019.
- TONET, Fernando. Reconfigurações do constitucionalismo: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013
- TORRANO, Bruno. Democracia e respeito à lei: entre positivismo e pós-positivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Análise Econômica do Direito dos Contratos: uma nova abordagem do direito contratual como redutor das falhas de mercado. Londrina: Thoth, 2021
- TUCCI, José Rogério Cruz e. O árbitro e a observância do precedente judicial. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 2016
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Questões polêmicas do processo arbitral: subsídios para o advogado do contencioso arbitral. São Paulo: Quartier Latin, 2019
- VALLE, Martim Della. Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional. 2009. Tese (Doutoramento) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- VIANA, Aurélio. NUNES, Dierle. Precedentes: A Mutação no  nus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- VICENTE, Fabrizio Matteucci. Arbitram e nulidades: uma proposta de sistematiza o. 2010. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2010.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Estado de Direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes; FREIRE, André Luiz; GONZAGA, Alvaro de Azevedo (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:  
<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/78/edicao-1/estado-de-direito>. Acesso em 18 abr. 2023
- VIGORITI, Vincenzo. Em busca de um direito comum arbitral: notas sobre o laudo arbitral e sua impugna o. Tradu o e anota o de Carlos Alberto Carmona. Revista de Processo, São Paulo: RT, n. 91, p. 11-26, jul.-set. 1998.
- WALD, Arnoldo. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em rela o às sentenças arbitrais. Revista de Arbitragem e Media o, São Paulo: RT, n. 9, p. 7-16, 2006.
- WALD. Arnoldo. Os meios judiciais de controle da sentença arbitral. Revista de Arbitragem e Media o, São Paulo: RT, n. 1, p. 40, 2004.
- WALDRON, Jeremy. Is dignity the foundation of human rights? New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Nova Iorque, v. 1., n. 1., pp. 1-30, 2013



- WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. Ney York: Oxford University Press, 1999.
- WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. Michigan Law Review. Michigan, n. 1, v. 111, 2012.
- WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. Georgia Law Review, vol. 43, n. 01, 2008
- WALDRON, Jeremy. The Rise and Decline of Integrity. Balzan Conference: Dworkin's Late Work, Nova York, New York University School of Law, ago. 2019. Disponível em: <https://www.law.nyu.edu/centers/lawphilosophy/balzan>. Acesso em: 25 abr. 2023.
- WALDRON, Jeremy. The rule of law. ZALTA, Edward N (org.). The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Palo Alto: Stanford University Press, 2020. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/?ref=refind#RuleLawConcLaw>. Acesso em 18 abr. 2023.
- WALDRON; Jeremy. A dignidade da legislação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A discussão sobre a disponibilidade do controle judicial da sentença arbitral e seus limites. Revista Brasileira de Arbitragem – RBA, n. 50, abr/Jun 2016. São Paulo
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.
- WARAT, Luis Alberto. A pureza do poder': uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.
- WEE, Herman van der. Structural changes in European long-distance trade, and particularly in the re-export trade from south to north, 1350-1750. In: TRACY, James D. The rise of merchant empires. Cambridge: Cambridge University Press, 1990
- YARSHELL, Flávio Luiz. Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: RT, n. 5, p. 95, 2005.
- ZANELATO, Thiago Del P. A internacionalidade da arbitragem à luz do Direito brasileiro. Portugal: Grupo Almedina (Portugal), 2021.
- ZANETTI, Hermes. O valor vinculante dos precedentes. 2. ed. Juspodivm: Salvador, 2016.