

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

FELLIPE DOMINGUES DE BARROS FREITAS

**O PROBLEMA DE SEGURANÇA JURÍDICA DA DECISÃO ARBITRAL FRENTE
AOS PRECEDENTES JUDICIAIS**

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira
Orientador

RECIFE
2018

FELLIPE DOMINGUES DE BARROS FREITAS

**O PROBLEMA DE SEGURANÇA JURÍDICA DA DECISÃO ARBITRAL FRENTE
AOS PRECEDENTES JUDICIAIS**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP/PE, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

Recife

2018

FELLIPE DOMINGUES DE BARROS FREITAS

**O PROBLEMA DE SEGURANÇA JURÍDICA DA DECISÃO ARBITRAL FRENTE
AOS PRECEDENTES JUDICAIS**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP/PE, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Data de aprovação:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

Orientador – Presidente da Universidade Católica de Pernambuco

Prof. Dr. Alexandre Henrique Tavares Saldanha

Examinador interno da Universidade Católica de Pernambuco

Profa. Dra. Larissa Maria de Moraes Leal

Examinadora externa da Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Mateus Costa Pereira

Examinador interno da Universidade Católica de Pernambuco

Recife

2018

AGRADECIMENTOS

Em João 11, 40 existe um trecho que diz: “Encorajou-a Jesus: ‘Eu não te falei que se creres, verás a glória de Deus?’. De fato, a conclusão desta dissertação é mais uma glória de Deus atestada por mim, as quais diversas e diversas vezes eu convivi e convivo. Pensei muito no conteúdo dos agradecimentos, visto que são tantas pessoas para se agradecer, que nem as páginas completas desta dissertação seriam capazes de compensar tamanha gratidão. Começo por Deus, este que abriu uma porta valiosíssima na minha formação e construção enquanto profissional, estudioso e quanto pessoa humana.

A famigerada frase “Deus escreve certo por linhas tortas” é uma verdade relevante, já que no meio do trabalho, eu perdi o meu pai. Ele faleceu de modo de repente e sem explicações, senti-me impotente e quase incrédulo que este trabalho pudesse ser concluído. A perda de um ente tão próximo é devastadora, somente sabe quem passa por ela. Queria dedicar a ele, que me formou, bem como possibilitou financeiramente, emocionalmente e moralmente que eu pudesse estar hoje onde estou. Se ele não pode ver, em vida, este trabalho sendo finalizado; lá no céu, tenho a certeza que verá.

O meu maior agradecimento vai para a minha mãe, mulher de fibra, que mesmo não podendo conhecer um terço das palavras desta dissertação, tão pouco conhecendo das ciências jurídicas, conhece da vida. Esse conhecimento sobre a arte de bem viver foi fundamental para me acalantar nos momentos que eu não quis mais escrever, talvez desistir ou até mesmo parar. Ela viabilizou este trabalho imaterialmente com seu colo acolhedor. Ela foi o reflexo da Virgem Maria na minha vida, soube escutar com paciência e guardar tudo no coração.

Agradeço ao meu orientador prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira, pela escuta ativa, pela paciência em me acompanhar, seja por e-mail, pessoalmente ou *whatsapp* em que o aperrei em demasia. Também a minha namorada Maria Júlia Leal Vieira, fonte de todo amor, que acompanhou pessoalmente todo o desenrolar da obra, de sua capa até as referências, obrigado por todo apoio.

Por fim, agradeço ao meu padrinho Pe. Luciano Brito em que seus conselhos sacrossantos me possibilitaram caminhar cada vez mais e mais no caminho da fé.

RESUMO

O instrumento da arbitragem é um meio alternativo de resolução de conflitos, contudo, por conta de sua natureza mista, a parcela jurisdicional, por meio de outros indícios, tal como o laudo arbitral com força de título executivo judicial, tornou o árbitro mais ligado ao sistema jurisdicional do que aparente aos iniciantes no tema. Essa vinculação não se torna obrigatória a partir de uma norma ditada sobre o tema em comento, mas sim decorre de uma obrigação advinda a cláusula compromissória ou do compromisso arbitral. O presente trabalho se propôs a fazer esta análise na doutrina e nos artigos disponíveis na internet sobre a temática, bem como construir a ideia de que não existe hierarquia entre o árbitro e o juiz, já que o mandamento outorgado pelas partes confere essa vinculação. A disposição está cerceada até onde as partes dispõem sobre o procedimento arbitral, mas uma vez escolhida a arbitragem de direito aplicando a legislação nacional, então o árbitro tem a sua atividade criativa vinculada a este mandamento. Assim, caso exista um precedente judicial aplicável ao caso, este deverá ser aplicado, se não há uma violação à segurança jurídica, pois em dois procedimentos distintos, o primeiro jurisdicional e o segundo arbitral, poder-se-ia ter duas respostas diferentes ao mesmo caso concreto.

Palavras-chaves: Precedente. Arbitragem. Vinculação. Precedentes vinculantes.

ABSTRACT

The instrument of arbitration is an alternative means of resolving disputes, however, because of its mixed nature, the jurisdictional portion, by means of other indications, such as the arbitral award with the force of a judicial enforcement order, made the arbitrator more jurisdictional system than it appears to the initiates in the subject. This binding does not become mandatory from a rule dictated on the subject in question, but it is due to an obligation arising from the arbitration clause or arbitration agreement. The present work has proposed to make this analysis in the doctrine and articles available on the internet on the subject, as well as to construct the idea that there is no hierarchy between the arbitrator and the judge, since the mandate granted by the parties confers this link. The provision is limited as far as the parties have on the arbitration procedure, but once the arbitration of law has been chosen applying national law, then the arbitrator has his creative activity bound to this commandment. Thus, if there is a legal precedent applicable to the case, it should be applied if there is no breach of legal certainty, since in two different procedures, the first one and the second one, two different answers could be given case.

Keywords: Precedent. Arbitration. Linking. Binding precedents

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DA CONCEPÇÃO DE JURISDIÇÃO	12
1.1 Jurisdição e princípios fundamentais.....	12
1.2 Da diferença entre a jurisdição e a legislação.....	15
1.3 Da distinção entre jurisdição e administração.....	15
1.4 Equivalentes jurisdicionais	17
1.4.1 Autotutela.....	17
1.4.2 Autocomposição	17
1.4.3 Arbitragem	21
1.5 Do procedimento arbitral como uma nova alternativa à jurisdição	22
1.6 Das diferentes receptividades da resolução por vias alternativas de cada espécie de resolução de conflitos	24
2. A ARBITRAGEM EM SEUS ASPECTOS GERAIS	27
2.1. Sucinto relato histórico.....	27
2.3. Vantagens e desvantagens na adoção da arbitragem	32
2.4. Da constitucionalidade da lei arbitral.....	34
2.5. Princípios aplicáveis ao sistema arbitral no direito pátrio.....	35
2.6. Da convenção de arbitragem.....	38
2.7 Do procedimento arbitral	39
2.7.1 Tipo de arbitragem.....	39
2.7.2 Arbitragem doméstica ou internacional	40
2.7.3. Cláusula compromissória e compromisso arbitral	41
2.7.4. Dos poderes do árbitro.....	43
2.7.5. Do início e desenvolvimento do procedimento	46
2.7.6. Da sentença arbitral e dos recursos.....	47
3. DO SISTEMA MULTIORTAS, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEGURANÇA JURÍDICA	50
3.1. O que é o modelo multiportas?	50
3.2. O processo civil brasileiro na tendência aos métodos alternativos de resolução de conflitos	52
3.3. O código de processo civil brasileiro como marco do sistema multiportas	54

3.5. O princípio da segurança jurídica e as demais facetas no ordenamento jurídico brasileiro.....	59
3.6. A vinculação do precedente judicial e o princípio da segurança jurídica	61
4. O PRECEDENTE JUDICIAL, ENTRE A OBSERVÂNCIA OU SUPERAÇÃO, COMO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO ARBITRAL.....	65
4.1. A jurisprudência como uma das fontes do direito.....	65
4.1.1. Uma codificação versus descodificação e outros microssistemas.....	65
4.1.2. As cláusulas gerais e a importância do precedente	67
4.2. O significado do termo de “jurisprudência”	72
4.3. A jurisprudência como fonte do direito	76
4.4. Princípio da motivação das decisões judiciais, precedentes judiciais, ônus argumentativo mínimo e os efeitos decorrentes da vinculação	78
4.5. Existe vinculação ao precedente judicial quando a arbitragem é por equidade?	84
4.6. Existe vinculação ao precedente judicial quando a arbitragem é internacional baseada em normas alheias ao sistema jurídico nacional?	86
CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS	93

INTRODUÇÃO

A pesquisa bibliográfica segundo Neusa Dias de Macedo é: “a busca de informações bibliográficas, seleção de documentos que se relacionam com o problema de pesquisa (livros, verbetes de enciclopédia, artigos de revista, trabalhos de congresso, teses etc.) e o respectivo fichamento das referências para que sejam posteriormente utilizadas” (MACEDO, 1994, p. 13). Partindo deste conceito, vê-se que o trabalho se utilizou da metodologia de pesquisa bibliográfica e documental. De modo, que através da escolha da área de ‘aplicabilidade dos precedentes judiciais no procedimento arbitral’, um conjunto de palavras-chaves como, ‘precedentes judiciais’, ‘aplicação dos precedentes na arbitragem’ foram elaborados nos buscadores do google na rede mundial de computadores para levantar as fontes bibliográficas sobre o tema. Há uma pequena parte em que são trazidos dados empíricos para demonstrar o crescimento do procedimento arbitral através dos estudos da autora Selma, bem como os dados do CNJ que demonstram os altos índices de produtividade dos magistrados e o quantitativo dos processos judiciais na data-base de 2017.

Não existem livros específicos sobre a matéria específica de “precedentes no procedimento arbitral”, de tal modo, que os artigos específicos sobre o tema em questão são frutos principalmente de quatro artigos científicos publicados em sites e revistas frutos da fase de leitura do material, seleção e organização dos dados: o primeiro de autoria de Ricardo Dalmaso Marques em que expressa suas preocupações concernentes a aplicação e limitação dos árbitros pelos precedentes judiciais, em especial a súmula vinculante, já que: i) inexistente norma específica que vincularia os precedentes a atividade arbitral; ii) o Brasil é um país majoritariamente *civil law*, portanto inadmitiria essa vinculação; iii) a arbitragem estaria totalmente desvinculada do modelo jurisdicional; iv) não existiria vinculação, já que essa é sinônimo de hierarquia e portanto os árbitros não são subordinados hierarquicamente aos juízes. Aspectos pontuais que são rebatidos ao longo do trabalho, bem como em especial no quarto capítulo em que se firma propriamente a tese de que são os árbitros vinculados ao precedentes judiciais editados pelos tribunais superiores, quando adotado a arbitragem de direito e optando pela legislação nacional como ‘norma base’.

O segundo artigo de capital importância é o da Teresa Arruda Alvim Wambier, que na contra-mão do primeiro artigo e como resposta, publicou um artigo defendendo a vinculabilidade, bem como a inexistência de hierarquia entre os árbitros e os juízes.

Os demais artigos são de autoria de José Rogério Cruz e Tucci e André Vasconcelos Roque com Fernando da Fonseca Gajardoni também de em que são artigos curtos, mas que eles dialogam sobre essa possibilidade de vinculação ou não.

O árbitro, figura imparcial, escolhido pelas partes, detentor do poder de decidir a controvérsia que lide com direitos patrimoniais disponíveis, porém esse poder é conferido pela cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral, de modo que esta é a regra e lei que faz entre o árbitro e as partes.

A arbitragem pode ser dividida entre a arbitragem de direito e a de equidade, desse modo, a primeira precisa se apoiar em uma legislação base, se ela for nacional, dentro dessa legislação base – bloco de legalidade – estão inclusos os precedentes judiciais.

Os precedentes judiciais editados pelos tribunais superiores são normas de reprodução e vinculação obrigatória para todos os juízes, visto que possuem reprodução normativa no art. 927 do CPC. Além dos árbitros possuírem um viés jurisdicional, tal que o art. 13 da lei nº. 9.307/1996 afirma que os árbitros são juízes de fato e de direito. Assim, o mandamento das partes optando pela escolha da legislação base nacional, inclusos os precedentes, é um mandamento indireto para que os árbitros observem os precedentes judiciais ou se não observá-los que motivem as suas decisões em sentido contrário.

Para a melhor compreensão do tema, inicialmente, no primeiro capítulo buscou-se o entendimento do significado do conceito de jurisdição, qual as diferentes espécies de resolução de conflitos e como a arbitragem e a jurisdição são classificadas doutrinariamente como métodos resolutórios de conflitos. Um exemplo é de que ambas são métodos heterocompositivos de conflitos, assim se buscou semelhanças e diferenças entre a arbitragem e a jurisdição. Bem como os percalços que a jurisdição sofre e quais os motivos das partes para optarem não pela jurisdição, mas sim pelo modelo arbitral para resolverem suas disputas e litígios.

Visualização a concepção do processo arbitral como instrumento de efetividade da prestação jurisdicional, por isso ao segundo capítulo, buscou-se esmiuçar todo o procedimento arbitral, como funciona o início do procedimento com as cláusulas compromissórias ou o compromisso arbitral. Quais os poderes conferidos ao árbitro e como isso se assemelha aos poderes conferidos ao juiz. Além de quais os princípios aplicáveis ao processo arbitral até o cume da sentença arbitral.

O terceiro capítulo visa construir uma analogia que se convencionou adotar no Código de Processo Civil de 2015 de sistema multiportas, contudo esse modelo não pode ser permissivo para as partes ou o árbitro convenientemente saíam de uma porta em que existe um precedente que lhes são desfavoráveis e vá até a outra porta da arbitragem para escapar daquele precedente. O precedente judicial como integrante do bloco de constitucionalidade são aplicáveis quando se utiliza a legislação nacional como norma de referência. Desse modo, esse bloco se aplica tanto à porta jurisdicional, quanto a porta arbitral. Se não, poderíamos ter um sistema multiportas que não respeitasse à segurança jurídica. Já que seria possível driblar os precedentes editados com a opção de um ou outro sistema resolutório de conflitos.

Por fim no último capítulo, trata-se propriamente da possibilidade de vinculação construída ao longo do trabalho em que se tem uma vinculabilidade indireta com os compromissos firmados pelas partes e não uma vinculação direta por meio de uma norma autorizativa específica. Além de suscitar os questionamentos se haveria uma vinculação nas demais espécies de arbitragem, por equidade e a internacional, construindo o conceito de Loqui de renúncia a legislação 'base' nos dois modelos.

Ao final, encerra-se com as conclusões e apresenta-se o resultado das análises realizadas ao longo da pesquisa.

1. DA CONCEPÇÃO DE JURISDIÇÃO

1.1 Jurisdição e princípios fundamentais

A palavra jurisdição tem origem latina em *jurisdictio*, ou seja, *juris* (direito) e *dictio* (dizer), ou seja: função de dizer o direito.

O procedimento arbitral perpassa por uma teoria geral do processo civil. Por essas razões, a clara compreensão do que é a jurisdição, qual o seu objetivo e quais os métodos alternativos a esse modelo se faz necessário para avançar no presente estudo.

Essa análise da jurisdição tem embasamento na obra de Montesquieu chamada de o “espírito das leis”. Nela, Montesquieu distingue três funções basilares para o Estado: a legislativa, a administrativa (ou executiva) e a jurisdicional. Contudo, o poder não é simplesmente uma divisão abrupta em que há incomunicabilidade entre essas instâncias. Cumpre ressaltar, que a separação dos poderes resulta de uma constante interseção entre eles, haja vista que somente no controle mútuo pode existir uma separação salutar para o estado democrático de direito.

Desse modo, o poder executivo ficou com a incumbência da função administrativa ou executiva, a qual diz respeito a prover as necessidades gerais e realizar a satisfação do povo. Ao poder judiciário, delegou-se a função jurisdicional, nela os magistrados realizam uma composição de conflitos entre particulares ou entre estes e o Estado através da aplicação da lei ou do direito objetivo. Uma observação oportuna se faz necessária, já que Montesquieu considerava o poder judiciário como “nulo”, isto é, o juiz como o boca da lei. Contudo, Ovídio Baptista da Silva (1997, p. 104) critica essa posição, pois dever-se-ia considerar, portanto, o legislador como um super-homem capaz de prever todas as possibilidades decorrentes do mundo jurídico.

Na doutrina do processualista italiano, o direito preexiste ao processo, daí a natureza declarativa. Para tanto, na censura de Ovídio Baptista da Silva, deve-se antes mesmo de ser uma pessoa “iluminada”, o legislador precisaria ser um super-homem. (BAPTISTA, 1997, p. 104).

Por fim, ao poder legislativo coube a construção normativa através das deliberações, votações e implementações de textos normativos bases para a atuação jurisdicional.

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, os julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. (MONTESQUIEU, 1996, p. 167-168).

De acordo com a respectiva separação dos poderes, os particulares abdicaram de suas liberdades em prol da construção de um ente social chamado Estado, o qual concentra todas essas três funções em suas prerrogativas.

Por essas razões, a população possui um direito subjetivo de “ação” pelo qual alguém pede ao Estado para que se faça justiça, essa atividade estatal corresponde a *jurisdição*. O doutrinador José Eduardo Carreira Alvim conceitua o que seria a jurisdição:

A *jurisdição* é uma função do Estado, pelo qual este atua o direito objetivo na composição dos conflitos de interesses, com o fim de resguardar a paz social e o império do direito. No exercício desta função, o juiz não atua espontaneamente, devendo, para tanto, ser provocado (*ne procedat iudex ex officio*) por quem tenha interesse em lide. (ALVIM, 2014, p. 64).

Percebe-se que a jurisdição é uma atividade estatal, além de que privativa dele, pois ninguém estaria autorizado a solucionar as contendas aplicando a legislação positiva, acaso não fosse ele próprio. Contudo, a teoria da jurisdição, desde o início, admitiu pessoas ou instituições autorizadas pelo Estado-juiz a fazer “justiça”, tal como acontece com o instituto da arbitragem. Ele está regulamentado pela lei nº. 9.307/96, que traz esse permissivo, tal como preleciona o referido autor:

Atualmente, além do Estado-juiz, apenas pessoas ou instituições autorizadas pelo Estado podem fazer justiça, como acontece com os árbitros, cuja atividade é toda regulada por lei (Lei n. 9.307/96). (ALVIM, 2014, p. 64).

Essa informação é bastante importante para um capítulo próprio em que se trabalhará as aproximações entre a natureza arbitral e jurisdicional. Além desse método estatal de resolução, existem outros métodos de “desafogamento” do judiciário.

Alguns desses meios são *intraprocessuais*, os quais são realizados conjuntamente e internamente a fase processual. Desse modo, há a sentença

homologatória no caso da conciliação realizada primeiramente com o ingresso da petição inicial no processo cível. Além desses, existem outras formas *extraprocessuais* que afastam, em princípio, a jurisdição estatal, tal como a arbitragem brasileira, a qual dispensa a homologação judicial.

Essa jurisdição é formada por alguns *princípios* consensualmente aceitos pelos doutrinadores, os quais servem para aclarar e potencializar a função jurisdicional.

O primeiro deles é o da *investidura* em que só pode ser legitimamente exercida por quem tenha sido investido legalmente naquela função, conforme as normas legais. Caso o agente pratique essa atividade sem a observância dos requisitos legais, configura-se o crime previsto no art. 328 do Código penal de usurpação de função pública.

O segundo princípio é o da *aderência ao território*, ele significa que a jurisdição pressupõe um território sobre o qual é exercida. Assim, ele estabelece os limites às atividades jurisdicionais dos juízes, os quais não podem exercer fora dessas limitações. O Supremo Tribunal Federal (STF) e os Tribunais Superiores, por exemplo, possuem jurisdição sobre todo o território do país. Já os Tribunais de Justiça têm jurisdição sobre toda a região do país, compreendendo um ou mais Estados; os juízes federais, do trabalho, estaduais têm jurisdição no âmbito de sua respectiva base territorial.

O terceiro é o princípio da *indelegabilidade*, o qual significa que estando juiz investido das funções jurisdicionais, ele deve exercer sem poder atribuir delegações a outros agentes ou particulares.

O quarto é o princípio da *indeclinabilidade* significando que o juiz não pode declinar as suas funções, ou seja, caso um particular remeta-lhe uma questão não pode ele se eximir de julgar.

O quinto é o princípio do *juiz natural* pelo qual todos os particulares possuem o direito a um julgamento justo realizado por um juiz independente e imparcial. Em face desse respeitável princípio, não pode haver no país tribunais ou juízes de exceção, como aqueles constituídos depois do fato ocorrido para julgá-lo.

O sexto é o princípio da *inércia*, pela qual não há uma jurisdição *ex officio*, mas sim provocada, já que visando a assegurar a imparcialidade da atividade impede-se

que os juízes exerçam as suas funções quando não haja algum pedido específico. (ALVIM, 2014, p. 72-75).

1.2 Da diferença entre a jurisdição e a legislação

O ato de legislar é o ato de prescrever o direito por meio da lei. Desse modo, os legisladores através dos poderes conferidos pela população constroem normas abstratas e gerais dirigidas a todos. Enquanto o poder jurisdicional é o *dizer* o direito no caso concreto, em relação apenas às partes envolvidas no conflito. Por óbvio, que existem situações excepcionais em ambos os casos, já que o Estado confere leis dirigidas a pessoas específicas e o Estado julga estendendo a eficácia *erga omnes* para além das partes em litígio.

A sentença, portanto, é o fruto de uma atividade jurisdicional, ela se reveste de particularidades, enquanto a lei, que é mais típico produto da atividade legislativa, se reveste de generalização.

Outra característica importante é que a *legislação* é uma atividade que independe de provocação de qualquer pessoa, um adjetivo utilizado como *automovimentada*, ela se movimenta de acordo com as necessidades sociais de um grupo ou coletividade. A jurisdição é uma atividade, a qual depende, necessariamente, de provocação, pois ela só se movimenta por iniciativa de um particular interessado a fim de que o Estado-juiz lhe diga o direito aplicável ao caso concreto.

1.3 Da distinção entre jurisdição e administração

Dentre as três funções do Estado descritas por Montesquieu, a divergência entre os atos proeminentes do poder legislativo para o poder executivo são bastante tênues. Já que àquele cabe criar as leis, enquanto este cabe executá-la. Contudo, para melhor distinguir, a doutrina capitaneada por José Eduardo Carreira Alvim tenta estabelecer critérios para esse finalidade:

O primeiro critério seria o *critério orgânico*, nele a distinção reside na qualidade do órgão que pratica o determinado ato. Por essa razão, se ele emana do poder executivo, por consequência será um ato administrativo. Caso contrário, o poder será um ato legislativo.

O segundo é o *critério formal* distingue os atos administrativos dos legislativos, já que os primeiros não possuem o conteúdo de *lei*, em sentido amplo, tampouco de *sentença* ou *acórdão*. Apesar das críticas formuladas ao sentido orgânico e ao formal, bem como os demais critérios, já que os órgãos jurisdicionais também praticam atos administrativos e vice-versa, não é o objetivo do trabalho aprofundar as críticas aos critérios.

O terceiro é o *critério da diversidade do procedimento lógico*, o qual estabelece que os atos administrativos são pautados na discricionariedade do procedimento. Não é interpretada essa discricionariedade como afronta a legalidade e um uso procedimental totalmente desarrazoado, mas sim que a liberdade prevista para o ato administrativo é muito maior do que ao poder judiciário. Por essa razão, acredita-se que o ato judiciário teria sua atividade vinculada à lei.

O quarto é o *critério finalístico*, haja vista que o poder judiciário tem a *finalidade* de utilizar do processo para alcançar um objetivo final, o qual seria a resolução do conflito. Já o poder administrativo é aquele que utiliza o procedimento como *meio* na administração da lei. Desse modo, o primeiro visa a alcançar a lei, o segundo visa a utilizar a lei como instrumento.

O quinto é o *critério psicológico*, apesar de ser bastante criticável, estabelece que o produto da atividade jurisdicional é fruto de uma atividade *inteligível*. Enquanto, a atividade administrativa praticada pelo administrador

O sexto é o *critério de acertamento do direito* o qual é tipicamente atributo dos atos jurisdicionais, os quais, por ele, acertam em contraditório os direitos incertos e controvertidos que chegam ao tribunal.

O sétimo é o *critério da natureza do interesse protegido* segundo o qual os atos administrativos visam à proteção de um interesse geral, ou seja, buscam alcançar o chamado interesse público. Ao fim, a jurisdição busca, em sua grande maioria, regular os interesses privados. (ALVIM, 2014, p. 66-68)

Por fim, sabe-se que existem diversos critérios defensáveis por outros doutrinadores e juristas, porém, a citação e o listamento de alguns deles visa a apenas a noção basilar sobre distinções existentes entre os atos jurisdicionais e os administrativos, não sendo do objetivo do trabalho a profundidade de tais distinções.

1.4 Equivalentes jurisdicionais

1.4.1 Autotutela

Os equivalentes jurisdicionais são formas não-jurisdicionais, pelos quais, as próprias partes ou um terceiro resolvem os conflitos. Eles são qualificados dessa forma, pois não sendo jurisdição, ainda sim funcionam como técnicas resolutórias.

Pode-se destacar um ponto comum entre elas é o fato de que não possuem definitividade. Ou seja, elas podem ser substituídas por uma eventual e posterior decisão judicial.

A primeira a ser tratada é a autotutela, a qual é vedada, como regra, na maioria dos ordenamentos jurídicos civilizados. Pois, ela estabelece que um particular pode impor a vontade pela força em detrimento do sacrifício dos interesses do outro. Essa resolução pela força do mais forte em detrimento dos mais fracos é uma solução egoísta e autoritária. Uma vez que nem sempre a justiça e a razão estão ao lado daqueles que possuem maior poder ou maiores forças. Fredie Didier Jr. conceitua:

Trata-se de solução vedada, como regra, nos ordenamentos jurídicos civilizados. É conduta tipificada como crime: exercício arbitrário das próprias razões (se for um particular) e exercício arbitrário ou abuso de poder (se for o Estado). Como mecanismos de solução de conflitos, entretanto, ainda vige em alguns pontos do ordenamento. (DIDIER JR., 2014, p. 111).

Alguns dos exemplos são: desforço possessório, legítima defesa, direito de greve, estado de necessidade e entre outros. Em qualquer dessas hipóteses, o controle jurisdicional posterior é sempre permitido, este determinará se a defesa privada é legítima ou ilegítima.

1.4.2 Autocomposição

Essa forma de solução de conflitos ocorre pelo consentimento dos litigantes em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio. Enquanto o primeiro método visto foi adjetivado como egoísta. Esse, por seu turno, é uma resolução altruísta do litígio.

Por sua vez, a autocomposição é gênero, entre o qual derivam espécies como a transação, nela os conflitantes dispõem mutuamente dos seus interesses em favor

do acordo comum. Já na segunda espécie denominada como submissão em que um dos conflitantes se submete abdicando os seus interesses em prol do adversário.

Autocomposição é o gênero, do qual são espécies: a) *Transação*: os conflitantes fazem concessões mútuas e solucionam o conflito; b) *Submissão*: um dos conflitantes se submete à pretensão do outro voluntariamente, abdicando dos seus interesses. Quando feita em juízo, a submissão do autor é denominada renúncia (art. 269, V, do CPC/73); a do réu é designada como reconhecimento da procedência do pedido (Art. 269, II, CPC/73). (DIDIER JR., 2014, p. 112).

Essa autocomposição tem a faculdade de ocorrer depois da negociação dos interessados, mediante participação ou não de terceiros que auxiliem nesse processo. Inclusive, os terceiros são chamados de mediadores e conciliadores.

A negociação como meio para solucionar os conflitos de interesses faz parte da vida moderna. Como meio alternativa a solução de litígios, a negociação, ao lado da conciliação e mediação, é tema atual no Brasil e no mundo.

No ambiente familiar e afetivo, assim como com bens tangíveis, intangíveis ou monetários, dentro ou fora do processo, as pessoas negociam a todo tempo e modo. Às vezes de forma direta, em outros casos com o auxílio de negociadores, representantes, conciliadores e mediadores, a negociação integra diuturnamente a rotina das pessoas de modo que é parte integrante do sistema social.

Quando os conflitos chegam ao poder judiciário não há diferenças. Há negociação em relação a um objeto do litígio, bem como há negociação quando os advogados e o juiz rechaçam determinado prazo ou quando há designação da data de uma audiência. É o fato que a negociação, realizada pelas partes de forma direta, ou quando envolve o auxílio de terceiros (conciliadores e mediadores), é um importante mecanismo para a resolução de divergências de qualquer natureza ou magnitude.

Um dos pilares, conforme já vistos, do Código de Processo Civil de 2015 é o de estimular uma solução consensual de conflitos, como se observa em norma inserta em capítulo que dispõe a respeito das normas fundamentais do processo (§2º do art. 3º). Cada um dos meios alternativos (negociação, conciliação, mediação, dentre outros) são portas de acesso à justiça, sem exclusão dos demais canais de pacificação de conflitos, daí a razão de se defender como política pública o sistema multiportas.

Com enfoque nos sujeitos auxiliares da justiça, o novo código de processo civil diferencia a conciliação da mediação a partir da distinção dos seus agentes (o conciliador e o mediador).

Por definição legal (§2º do art. 165) o conciliador é o profissional que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, competindo-lhe sugerir soluções para o litígio, vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

O mediador, a seu turno, atuará de forma preferencial nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, devendo auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam pelo reestabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (§3º do art. 165).

Segundo o §3º do art. 165 do Código de Processo Civil, o referido profissional deverá atuar de modo a restabelecer a comunicação entre as partes, auxiliando-as a identificar, por si próprias, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Entretanto, esta face da mediação não exclui outra, na medida em que o próprio Código (§4º do art. 166) estabelece que seja quanto ao propósito como quanto ao procedimento deve ser observada a vontade dos interessados.

É evidente que a negociação, como meio alternativo de solução de litígios não se desenvolve apenas por meio da conciliação ou mediação segundo o formato oferecido pelo código de processo civil. A negociação pode e deve ser realizada também diretamente pelas partes ou através de seus advogados, independentemente da participação do facilitador.

Segundo a lei nº. 13.105, o conciliador e o mediador devem atuar com independência e imparcialidade, respeitando os deveres de confidencialidade e decisão informada. Observando-se a oralidade e informalidade. O respeito à autonomia da vontade das partes interessadas, entretanto, abre um amplo campo para negociação a respeito do modelo, formato e desenvolvimento da atividade (Artigo 166, *caput* e §4º).

Essas inovações no código processual somente terão alto potencial de eficácia se houver um compromisso autêntico para impulsionar os meios alternativos de solução de litígios.

Neil Andrews sugere que um mediador eficiente tem as seguintes qualidades:
a) empatia – habilidade de se relacionar bem com as partes; b) paciência; c)

autoconfiança – no sentido de inspirar confiança nas partes; d) clareza de pensamento – no sentido de formular as perguntas adequadas para obter informações e perspectivas úteis para a mediação; e) engenhosidade – capacidade de trazer novas ideias e propor soluções criativas; f) perseverança – qualidade de se comprometer e dar o tempo que for necessário para a realização do acordo quando sentir que o mesmo é viável. (ANDREWS, 2012, p. 371).

Apesar da mediação e da conciliação não serem julgamentos e nem o mediador ou conciliador ser considerado como o juiz, essa atividade permite que as partes e os advogados estabeleçam uma comunicação franca e exponham seus argumentos, interesses e emoções. Permite-se que cada um se manifeste e expresse seus sentimentos e interesses à parte adversa, incentivando, do outro lado, que a parte adversa franca e verdadeiramente a escute. Mais do que solucionar o litígio, a mediação tem aptidão para transformar e reconstruir relações.

Essa mediação pode se dá conjuntamente com ambas as partes em uma sala reservada, mas também de acordo com o grau de conflituosidade entre elas, pode o mediador optar por encontrar cada uma delas separadamente, durante ou após a sessão de conciliação de mediação. Tal técnica permite que cada uma delas seja ouvida pelo mediador individualmente de uma forma mais franca e aberta com a comunicação sendo canalizada entre as partes exclusivamente através do mediador, o qual moldará e filtrará as informações de modo a buscar um regime mais cooperativo e menos adversarial entre as partes.

Além de que essas sessões de mediação ganham com uma pluralidade de procedimentos, isto é, elas não ficam engessadas por um único procedimento, mas o formato das sessões pode amoldar-se à dinâmica própria do conflito. Assim a natureza do conflito e o comportamento das partes sugere formatações diversas no campo da mediação. Conflitos envolvendo direito de família usualmente diferem de conflitos envolvendo direito a indenização por violação ao direito de imagem, especialmente no tocante ao comportamento dos envolvidos. Processos envolvendo um grande número de pessoas em litisconsórcios podem exigir técnicas de mediação diferentes das utilizadas nos processos envolvendo apenas um autor e um réu, de modo que se defende uma total flexibilização e liberdade quanto ao modo de condução da sessão pelo mediador.

Outro ponto passível de uma negociação conforme a previsão do código de processo civil é a escolha do mediador, conciliador ou câmara privada de conciliação

e de mediação, conforme se observa do texto do art. 168. Somente na hipótese de inexistência de acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador é que haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal.

O §2º do art. 168 dispõe que a distribuição dentre os mediadores cadastrados ocorrerá apenas quando inexistir acordo quanto à escolha consensual do profissional pelas partes.

Apesar do código prever a sessão ou a audiência de mediação antes da contestação e ainda na fase inicial do processo, nada impede que sejam realizadas audiências com o mesmo propósito ao longo do procedimento.

1.4.3 Arbitragem

A arbitragem é uma técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes procuram uma terceira pessoa, de confiança, de caráter imparcial do litígio. Essa é uma forma *heterocompositiva* de resolução de conflitos em que um terceiro imparcial decide com base procedimental na lei federal nº. 9.307/96.

Esse meio de resolução de conflitos compreende dois tipos de convenções: a) cláusulas compromissórias; b) compromissos arbitrais. Em cada um deles, pode-se estipular que o conflito é resolvido por meio dessa via.

A arbitragem, no Brasil, é regulamentada pela Lei Federal n. 9.307/96. Pode ser constituída por meio de um negócio jurídico denominado convenção de arbitragem que, na forma do art. 3º da Lei n. 9.307/96, compreende tanto a cláusula compromissória como o compromisso arbitragem. *Cláusula compromissória* é a convenção em que as partes resolvem que as divergências oriundas de certo negócio jurídico serão resolvidas pela arbitragem, prévia e abstratamente; as partes, antes do litígio ocorrer, determinam que, ocorrendo, a sua solução, qualquer que seja ele, desde que decorra de certo negócio jurídico, dar-se-á pela arbitragem. *Compromisso arbitral* é o acordo de vontades para submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindindo do Poder Judiciário. Trata-se, pois, de um contrato, por meio do qual se renuncia à atividade jurisdicional estatal, relativamente, a uma controvérsia específica e não simplesmente especificável. (DIDIER JR., 2014, p. 115).

Percebe-se que a cláusula compromissória é uma convenção estabelecida previamente para que eventual litígio existente entre as partes seja resolvido perante o juízo arbitral. Já o compromisso arbitral apenas é uma cláusula que submete o litígio já existente à arbitragem. Porém, não dispõe sobre eventuais disposições processuais.

Esse procedimento deriva da autonomia da vontade e a opção pelo árbitro implica a renúncia à jurisdição, por isso a escolha somente pode ser feita por pessoas capazes e para tutelar direitos patrimoniais disponíveis.

Eventuais abordagens mais aprofundadas sobre esse instituto serão feitas no próximo capítulo do presente estudo. Porém, é oportuno refutar uma posição extremada de Daniel Mitidieiro, o qual afirma que a arbitragem não é jurisdição, pois a validade de suas decisões pode ser controlada pelo Poder Judiciário. (MITIDIERO, 2005, p. 88). Ora, de fato, o poder judiciário não pode controlar a sentença arbitragem por motivo de insatisfação ou injustiça, mas quanto, apenas, a validade. Porém, não se pode descartar a aproximação que o legislador causou na legislação arbitral, quando afirma que o árbitro é juiz de fato e de direito. Soma-se a isso que esse procedimento é o único extrajudicial, que confere um título executivo judicial. Em razão disso, afastar completamente a jurisdição da arbitragem é um equívoco normativo-histórico.

1.5 Do procedimento arbitral como uma nova alternativa à jurisdição

O procedimento jurisdicional vem a cada dia dando mais trabalho aos juízes, bem como o aumento dos índices de produtividade dentro da justiça em todos os níveis não dão conta da quantidade de processos novos.

A constatação desses fatos está aliada aos dados trazidos pelo Conselho Nacional de Justiça no trabalho “justiça em números de 2018 em que se teve o ano base em 2017”. Nele, o 1º grau de jurisdição possui o maior quantitativo de casos novos, carga de trabalho e produtividade por magistrado e por servidor da área judiciária.

Um dos exemplos é que na justiça estadual do Rio de Janeiro, no âmbito do primeiro grau, há um quantitativo de 2.913 casos por magistrados em 2017. É quase inconcebível que mais de dois mil processos por magistrado sejam julgados de forma adequada e também de modo a se chegar a decisões justas. Desse modo, devida a alta carga de trabalho e de processos, inúmeros processos vão se acumulando nos gabinetes e nas varas a espera de um julgamento (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p.102).

Um dos menores índices na justiça estadual é o do tribunal de justiça da Paraíba que acumulam 760 novos casos por magistrado. O número, mesmo que

menor em comparação ao do TJRJ, é um indicativo alarmante de que novas possibilidades e outras técnicas de resolução de conflitos devem ser melhor exploradas para desobstruir o poder judiciário.

Quando se passa a análise no âmbito eleitoral, então se tem que no primeiro grau o maior índice de processos está no TRE-RR com 288 novos casos por magistrado em contraposição ao menor número de 5 no TRE-MG. É importante estipular que a justiça eleitoral tem uma demanda bem menor do que a justiça estadual, mesmo assim o número de 288 novos processos é impensável para uma jurisdição eleitoral.

Por fim, na justiça federal, os números chegam a 2.876 novos processos no TRF-5 e 1.456 processos no TRF-2. Além da justiça do trabalho, que os números chegam ao 1.226 no TRT-11 e 575 processos no TRT-14.

Associados a esses números, o CNJ demonstra que a carga de trabalho do magistrado anualmente chega no TJRJ a 21.519 processos julgados. Uma média que reflete o sistema judicial abarrotado e impossibilitado de julgar de forma célere (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 106).

A pesquisadora Selma Ferreira Lemes analisando câmaras arbitrais em São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte durante 8 anos de 2010 até 2017 verificou o aumento pela procura das câmaras arbitrais em detrimento do poder jurisdicional. Em 2010, o número de arbitragem nas 6 câmaras pesquisadas era de 128 casos novos. Em 2017, o número subiu para 275 novas arbitragens, isso representa um aumento de 114,84% no número de procedimentos novos.

Esses números demonstram que cada vez mais a arbitragem nacional vem se colocando como uma alternativa viável e plausível em comparação com a jurisdição para se administrar a justiça. Inclusive, em 2010, os valores envolvidos em arbitragem nas 6 câmaras pesquisadas era de R\$ 2,8 bilhões de reais; já em 2017, os valores atingiram R\$ 26,30 bilhões de reais. Assim, esses valores envolvidos foram economizados em um procedimento mais célere do que no procedimento jurisdicional mais alongado e trabalhoso (LEMES, 2018, p. 2).

1.6 Das diferentes receptividades da resolução por vias alternativas de cada espécie de resolução de conflitos

A jurisdição poderá ser dividida em duas: a primeira é a jurisdição contenciosa, a qual entende-se como aquela exercida com o objetivo de compor litígios. Já a jurisdição voluntária cuida da integração e fiscalização dos negócios jurídicos particulares. A jurisdição voluntária não é jurisdição, na concepção de Elpídio Donizetti, pois o Estado-juiz se limitaria a integrar ou fiscalizar a manifestação de vontade dos particulares, ele agiria como um administrador dos interesses privados (DONIZETTI, 2017, p.150). Porém, existe a corrente moderna capitaneada por Calmon de Passos, Ovídio Baptista e Leonardo Greco, os quais defendem que não é correta a incursão de que não existe lide no procedimento de jurisdição voluntária, visto que o fato de não existir em um primeiro momento conflito de interesses não retirará dos procedimentos voluntários a potencialidade de se formar litígios no curso deles. Leonardo Greco esclarece que a jurisdição não se resume em solucionar conflitos, mas também a tutelar os interesses de particulares, mesmo que não haja litígio (GRECO, 2003, p. 232).

Claro que a receptividade ao procedimento alternativo como a arbitragem ocorre de uma maneira mais receptiva na jurisdição voluntária, visto que há menos resistência na administração de interesses particulares, pois quando se trata de aplicar a arbitragem ao procedimento jurisdicional contencioso, vários são os argumentos para negar a admissibilidade de caminhos alternativos para o acesso à justiça.

O doutrinador Sérgio Torres, em seu artigo intitulado “*vias alternativas à jurisdição contenciosa da justiça do trabalho: superando mitos e apontando caminhos à luz da lei nº. 13.467 de 2017*”, realiza uma análise dessas dificuldades em se apontar, na seara trabalhista, um caminho alternativo nos diversos modelos de resolução de conflitos. É bem verdade, que o trabalho não possui o enfoque na seara trabalhista, contudo os problemas práticos dessa ausência de receptividade entre os modelos é visível nas demais searas do direito, seja trabalhista, cível ou qualquer outra.

No que toca a autodefesa, como legítima forma de pacificação dos conflitos, quando há o uso da força, seja por meio da greve dos trabalhadores, como meio de pressionar as entidades obreiras. Bem como o *ius variandi* do empregador, que detém

o poder de mudar a estrutura da empresa e como irá se desenvolver a atividade empresarial. Há uma aparente recepção da legislação a esse modelo de resolução, como se ela suportasse em alguns momentos que as partes pudessem resolver pelo uso da força seus conflitos. Contudo, na visão do autor não passa de uma falsa permissão:

Essa aparente receptividade a essas fórmulas pelo modelo normativo trabalhista pátrio, entretanto, é na realidade submetida a uma série de condições. Nesse sentido, nessas manifestações de autotutela no campo laboral duas ponderações devem ser levadas em consideração. Primeiro, a sempre presente possibilidade das respectivas atividades serem posteriormente submetidas ao crivo do Estado-Juiz mediante ações discutindo a legalidade/abusividade da greve ou reclamações trabalhistas tendo por objeto da licitude/ilicitude do ato unilateral do empregado ou do empregador praticado no exercício dos seus direitos próprios de resistir ao ilegal (*ius resistentiae*) ou exercer seu poder diretivo e conseqüentemente de adequar a atividades laborais às reais necessidades da empresa (*ius variandi*). E, em segundo lugar, é preciso ter plena consciência de que no âmbito de qualquer uma dessas fórmulas de autodefesa, o artigo 9 da CLT impõe a nulidade de pleno direito dos respectivos atos se o resultado do seu exercício implica em desvirtuamento, impedimento ou fraude à aplicação dos dispositivos constantes da legislação trabalhista consolidada (TORRES, 2017, p. 160).

Essa falta de receptividade na jurisdição trabalhista, ora analisada nesse artigo, tem por fundamento alguns mitos que são desconstituídos ao longo do trabalho: a) todos os direitos trabalhistas são absolutamente indisponíveis; b) somente um juiz do trabalho tem a isenção, a imparcialidade e a independência para intervir em um conflito individual trabalhista e assegurar uma solução justa; c) Uso indevido das vias alternativas implicará no eventual esvaziamento da justiça do trabalho.

O primeiro argumento é facilmente combatível quando se tem que alguns direitos trabalhistas são indisponíveis, por exemplo o direito à percepção de salário, porém o quantitativo desse saldo salarial poderá ser objeto de transação. Por exemplo, o empregador pode contratar um financiamento securitário com uma instituição financeira para que haja o desconto na folha de salário.

O segundo argumento é combatível pelo senso de que não é apenas o magistrado, que detém o monopólio total da capacidade e legitimidade para solucionar os conflitos trabalhistas. Visto que existem outras profissionais que são sérios e probos, bem como capazes e competentes de maneira técnica para resolver as questões trabalhistas.

A ideia de que fora do circuito das cortes laborais inexistem profissionais éticos, isentos e preparados para atuar diante de conflitos

individuais laborais como árbitros ou mediadores em negociações extraprocessuais é desprovida de elementos de sustentação. (TORRES, 2003, p. 169).

Sobre o argumento trazido pelo autor de que algumas pessoas acreditam inexistir profissionais éticos, isentos e preparados para atuar diante dos conflitos perpassa a ideia de que apenas os profissionais togados que passaram por uma seleção pública estariam aptos a mediar os conflitos sociais. Contudo, esse fator de possibilidade não pode ser levado em consideração para totalizar todos os profissionais que decidem no âmbito arbitral ou em outros âmbitos alternativos.

Por fim, o terceiro argumento de que se iria esvaziar a justiça do trabalho, contudo a arbitragem irá diminuir o número de ações trabalhistas ajuizadas anualmente perante os órgãos judiciais. Um dos dados trazidos pelo autor para caracterizar o número absurdo de processos é o seguinte:

No ano de 2016, segundo os dados disponibilizados pela Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do Tribunal Superior do Trabalho – CEPTST¹, foram ajuizadas perante os órgãos de primeiro grau de Justiça do Trabalho um total de 2.746.214 ações trabalhistas... e julgadas 2.687.198 durante o mesmo período. Se consideradas as 1.572 Varas do Trabalho instaladas no Brasil e os 3.144 juízes do trabalho (entre titulares e substitutos), tais números geram uma média de 854,7 julgamentos por magistrados em 2016, ou 4,19 julgamentos por dia útil (se considerados 204 dias úteis no ano, número obtido após a subtração dos dias de repouso, de feriados, de férias, recesso, etc.) (TORRES, 2003, p. 173).

Logo, a quantidade de processos julgados perante a justiça do trabalho é tão grande, que seria inviável a arbitragem dar conta de todos esses processos sozinhas. De tal modo que caso se investisse em uma maior receptibilidade nesse instituto, haveria uma maior probabilidade de diminuição da quantidade de processos e uma melhoria na qualidade de julgamento.

¹ Site: <http://www.tst.jus.br/estatistica-tst>

2. A ARBITRAGEM EM SEUS ASPECTOS GERAIS

2.1. Sucinto relato histórico

Uma apresentação histórica, ainda que tecida em poucas páginas, faz-se necessário por conta de dois objetivos. O primeiro é demonstrar que o instituto, ora tratado não é novo no direito brasileiro, tampouco no direito internacional. O segundo ponto é fazer uma contraposição ao sistema jurisdicional “torturador” visto ao final do capítulo passado. Desse modo, o sistema arbitral foi pensado como um meio alternativo a esse procedimento demorado, injusto e falho que é muitas vezes taxado o sistema judiciário.

Fazendo uma breve análise, o autor Joel Dias afirma de forma detalhada de que houve a transição da justiça privada para a pública através de 4 etapas (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 25).

A primeira etapa, como dantes visto, fora caracterizada pela utilização da autotutela, quando um grupo ou um indivíduo utiliza a força para decidir as controvérsias. A segunda etapa, descrita por ele, é chamada de arbitramento facultativo, a partir do momento em que o ofendido, podendo utilizar a força contra o ofensor, opta voluntariamente por um acordo com a parte adversária a fim de receber uma indenização pecuniária ou escolher um terceiro, denominado como árbitro, para fixá-la. Ademais, a terceira etapa consiste pela determinação do Estado na escolha do árbitro, através de um arbitramento obrigatório, quando as partes não indicarem. Por fim, a quarta etapa é a da justiça pública, a qual é marcada por uma resolução de conflitos através do poder estatal, bem como uma execução forçada da sentença. Porém, a possibilidade de escolher um árbitro não foi excluída, apenas ela se tornou uma exceção dentro desse novo sistema.

Desse modo, convém observar que a maneira de resolução de conflitos através do sistema arbitral é bem anterior à jurisdição estatal, pois ela pode ser considerada a primeira técnica heterônoma de solução de conflito entre as pessoas. Por óbvio, que a primeira técnica é a autodefesa, visto que ela nasce antes mesmo da formação dos Estados, porém a modalidade de heterossolução arbitral é anterior à jurisdição, mesmo que não a autodefesa.

Com efeito, considerando que a justiça privada antecedeu historicamente aos juízes ou tribunais estatais, é realmente no direito romano que se encontram as raízes mais profícuas do instituto da arbitragem ou do compromisso arbitral. (CARAJELESCOV, 2012, p. 54).

Por meio da veracidade dessa citação, o direito romano lança as bases para a construção do sistema arbitral. Perante os romanos, os dois modelos, o arbitral e a jurisdição comum, coexistiam paralelamente. O *jus civilis* – o direito romano – aplicava-se apenas aos cidadãos considerados romanos; por ventura, ao *civites* ou *quirites*, aplica-se apenas a uma minoria da população romana. Apenas esses últimos podiam obter uma prestação jurisdicional pública, bem como apenas eles podiam ingressar nas carreiras da magistratura. Por fim, os demais componentes da população criaram uma jurisdição própria, alternativa à proposta pelo Estado romano, de forma que fora criada a arbitragem em Roma. (ROQUE *Apud* BRITO, 2010, p. 37)

Evoluindo até a chegada do período da Idade Média, houve uma proximidade do sistema arbitral com o modelo da arbitragem utilizado no século XXI, visto que naquele momento, o instituto fora utilizado de forma acentuada por uma ausência normativa de leis escritas, também de um sistema garantista de um devido processo legal, assim como a grande variedade de ordenamentos jurídicos, fraqueza do Estado e ascensão da instituição eclesiástica. Por esses motivos, ressalta-se esse período em que houve por essas razões até um sobredomínio da arbitragem (SOUZA, 2004, p. 529).

No sistema pátrio, a arbitragem aportou no ordenamento jurídico por meio das ordenações Filipinas, no período da colonização portuguesa, até que ganhou previsão na Constituição de 1824. Ela fora incluída, inclusive em âmbito trabalhista, por meio do Decreto nº. 1.307/1907, a qual fora a primeira norma do direito brasileiro a tratar de mediação e arbitragem, esta exercida por meio da organização sindical. Perpassando na seara laboral, através dos decretos nº. 21.396/1932, bem como o decreto nº. 22.132/1932, ambos da época do presidente Getúlio Vargas. Conselhos foram criados, em um período posterior, inspirados em modelos norte-americanos, como o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Relações de Mediação e Arbitragem.

Em seguida, a lei nº. 108, de 11 de outubro de 1837 veio a regular os conflitos relativos à locação de serviços, e, por fim, nesse período foi promulgado o

Regulamento nº. 737, de 25 de novembro de 1850, que trazia em seu bojo a previsão de arbitragem obrigatória para as causas comerciais e, na modalidade facultativa, para os demais assuntos. Percebe-se que esses regulamentos, decretos anteriores à lei de arbitragem tratavam de modo mais genérico sobre o tema, não havia uma previsão do procedimento tão expresso e detalhado como se procedeu na lei de arbitragem.

Posteriormente à Constituição de 1824, apenas a carta magna de 1934 retornou à previsão do instituto da arbitragem, logo assegurando à União a competência para legislar sobre normas gerais e regras disciplinadoras do instituto, as demais constituições posteriores, de 1937, 1946 e 1967, não fizeram referência ao tema.

A Carta Magna de 1988 predisse de forma expressa a arbitragem, não apenas no inciso VII do art. 4º, quando se determina que o país, em suas relações internacionais, deve-se basear em métodos pacíficos de resolução de conflitos. Bem como o §1º do art. 114 que enaltece a utilização na negociação coletiva entre empregadores e trabalhadores.

Além de todas essas previsões constitucionais, o preâmbulo constitucional se compromete de forma expressa, tanto na ordem interna, quanto na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, de forma a assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e da justiça como valores supremos (MARTINS, 1997, p. 44). Essa retomada histórica serve para demonstrar que o procedimento arbitral não está à margem como um procedimento autônomo e independente do sistema processual cível que vigora em determinada época e em determinada região. Um dos argumentos levantados por aqueles que defendem uma independência do árbitro ao sistema de precedentes é o de que o sistema arbitral seria hermeticamente separado ao sistema jurisdicional da *common law* ou *civil law*, o que não se verifica na história, porém esse tema será abordado com maior profundidade nos próximos capítulos.

2.2. Natureza jurídica da arbitragem

A natureza jurídica da arbitragem é um assunto controvertido no âmbito doutrinário, visto que existem posicionamentos contraditórios sobre o tema, por

exemplo, a corrente privatista (ou contratualista) diverge da publicista, bem como da jurisdicional e da híbrida (ou mista).

A primeira verificar que a arbitragem é uma matéria exclusiva do direito privado, de índole contratualista, no sentido de que não possuem os árbitros poderes de coerção, bem como da suposta necessidade de que eles precisariam ratificar a validade e eficácia do laudo arbitral através do Poder Judiciário.

Essa corrente exalta a natureza puramente contratual, por conta da convenção de arbitragem. Nela, as partes acordam que devem submeter a resolução de litígios a terceiros, particulares, delegando os poderes necessários para tanto. Logo, os árbitros seriam apenas mandatários das partes, ou seja, as suas decisões são manifestações da vontade delas, analogamente parece um contrato que põe fim ao litígio.

Uma das bases que fundamenta essa tipologia jurídica é que a sentença arbitral não teria coatividade, logo precisaria do poder estatal para que fosse executada. Assim, firma-se na ausência do poder de império dos árbitros, por isso não teria como o árbitro impor as partes um cumprimento forçado de sua decisão.

Destarte, de acordo com essa corrente privada, por não possuir os árbitros poderes de império, em tese, eles não exerceriam uma função jurisdicional, por estar faltando um dos elementos constitutivos. Ocorre que esses argumentos são totalmente rechaçados, pois quando se distingue o poder jurisdicional do poder de império, é possível dispor de jurisdição, embora sem coerção.

Quando entrou em vigor a lei nº. 9.307/96, a sentença arbitral passou a ter os mesmos efeitos da sentença judicial, visto que passou a dispensar a homologação das cortes das cortes estatais, bem como o fato de que o laudo arbitral constitui título executivo judicial (MUNIZ, 2001, p. 47).

Com relação a corrente jurisdicional, o maior nome defensor dela é Carreira Alvim, o qual defende que “a verdadeira natureza da arbitragem é, entre nós, de cunho jurisdicional, possuindo a sentença arbitral a mesma eficácia que a ordem jurídica reconhece à sentença judicial” (CARREIRA ALVIM, 2007, p.46).

Essa corrente leva em consideração a atividade desenvolvida pelo árbitro como um critério determinante da natureza jurídica da arbitragem, pois os árbitros julgariam de forma definitiva os conflitos que são postos a sua apreciação, mas a principal característica é a de que a sentença arbitral possui os mesmos efeitos que a judicial, por ser título executivo judicial e também fazer coisa julgada material.

Nilton César Antunes da Costa dispõe que:

A averiguação da natureza jurídica da arbitragem tem plena relevância em nosso sistema, pois é ela que vai definir o contorno da obrigatoriedade da sentença arbitral perante a jurisdição estatal e, ainda, delimitar o grau e intensidade de intervenção desta naquela. (COSTA, 2002, p.)

Há alguns autores que afirmam que a arbitragem é um equivalente a função do Poder Judiciário, pois produz os mesmos efeitos e que ela seria uma forma de exercício da própria jurisdição. Carlenutti sustentava que a função exercida pelo árbitro era totalmente jurisdicional mesmo que ela precisasse de uma homologação judicial. Entretanto, defendia que a arbitragem não tinha caráter público e que o árbitro não desempenha uma função processual (CARNELUTTI, 1999, p. 116).

A corrente majoritária da doutrina considera a arbitragem uma atividade jurisdicional, visto que eles exercem os árbitros função pacificadora de interesse social, além deles resolverem as controvérsias de forma definitiva, sem a menor intervenção do judiciário no mérito da questão (MARINONI, 2008, p. 19).

Por fim, o último posicionamento conhecido como híbrido ou misto, em que os preceitos afirmam que a arbitragem surgiu de um negócio jurídico de natureza privada, contudo possui como resultado um ato, o qual produz efeitos definitivos e que poderão ser executados perante o Judiciário, ou seja, revisto de natureza jurisdicional.

Esse último posicionamento visa a conciliar os preceitos das correntes privatista e jurisdicional ao admitir a natureza contratual na fase inicial da arbitragem, isto é, a partir do momento que as partes estipulam a convenção arbitral, assim como ao reconhecer uma natureza mais próxima da jurisdição na segunda fase, quando da feitura da sentença arbitral e apaziguamento do litígio, através da formação de um título executivo judicial e a consequente coisa julgada material.

Consequentemente, se se mostra inconcebível recusar o caráter jurisdicional do laudo arbitral, não se poderia deixar de ressaltar a origem, muito relevante, contratualista da arbitragem, visto que sem ela a jurisdição do árbitro não existiria. (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 372).

Apesar de haver um antagonismo inerente a essas duas correntes, tanto a teoria jurisdicional, quanto a contratual podem ser conciliadas. Visto que a arbitragem precisa tanto de elementos jurisdicionais e de elementos contratuais, ela contém aspectos de direito público e de direito privado, bem como características processuais e contratuais.

É preciso que se tenha o devido reconhecimento de que a arbitragem possui fundamentos do direito privado, uma vez que nasce de um acordo realizado entre as

partes, as quais amparadas sobre a autonomia da vontade e a liberdade, decidem colocar à particulares a resolução de uma controvérsia.

Ao passo que é impossível negar o seu carácter jurisdicional, que consiste na possibilidade de se executar judicialmente uma sentença arbitral proferida por um particular, sem que o juiz possa se imiscuir no mérito daquela decisão arbitral.

Por essas razões, trata-se de um instituto de dupla natureza, que ao fim se complementam: a primeira com feitura contratual e a segunda com feitura jurisdicional. Assim, por meio de um contrato, as partes obrigam-se a submeter eventual conflito a “jurisdição” privada, contudo, ela está sujeita aos princípios da ordem pública, bem como o da independência, da imparcialidade, e por que não dizer aos precedentes judiciais.

Por essa razão, que se afirmou neste capítulo, que apesar de uma natureza híbrida da arbitragem, a doutrina majoritariamente, a exemplo de Carreira Alvim, afirma que esse procedimento tenderia mais ao aspecto jurisdicional. Visto que, o aspecto contratualista se pauta na escolha inicial e voluntária dele e de suas regras, porém a natureza da decisão exarada pelos árbitros, não poderá ter o seu conteúdo modificado pelos juízes togados, por constituir um verdadeiro título executivo judicial.

Desse modo, a autonomia da arbitragem é mitigada pelos princípios da ordem pública que emanam do procedimento jurisdicional. De todo modo, que uma vez optada por uma arbitragem de direito, e não de equidade, os árbitros estariam vinculados as normas cogentes da jurisdição escolhidas voluntariamente pelas partes. Por fim, os precedentes judiciais, com grande destaque na doutrina e na jurisprudência, seriam um dos exemplos dessas normas cogentes, visto que pela própria natureza da arbitragem estar-se-ia vinculada a elas. Contudo, por ora, o trabalho se deterá ao explicar o procedimento arbitral e esse ponto será aprofundado nos capítulos posteriores.

2.3. Vantagens e desvantagens na adoção da arbitragem

Um dos maiores interesses por quem escolhe o procedimento arbitral é a ampla autonomia da vontade conferida aos contratantes, um dos exemplos, é que as partes não teriam apenas a autonomia de escolherem os árbitros, mas também de estabelecer as regras e normas aplicáveis ao procedimento.

Essa possibilidade de que as partes possam escolher julgadores enseja que esses árbitros sejam pessoas especializadas na matéria sobre a qual o litígio versa, ocorre que essas decisões serão técnicas e específicas.

Também uma grande outra vantagem da arbitragem reside no poder concedido as partes de delegar ao árbitro decidir conforme as regras de direito ou conforme a equidade, visto que, nem sempre as normas legais consagram um “direito mais benéfico/justo” (CÂMARA, 2002, p. 9).

Todavia é possível assegurar que também como benefício da arbitragem em relação ao judiciário é mesmo a celeridade, já que os processos judiciais levam por vezes anos até conseguir obter uma sentença de resolução de mérito. Já o procedimento arbitral, em seu art. 23, afirma que ele terá uma duração de até 6 meses, caso não tenha sido acordado de maneira diversa pelas partes.

Além dessa previsão legal, outros dois fatores contribuem para a celeridade perseguida: a) a irrecorribilidade das decisões arbitrais; b) a inexistência de uma homologação da sentença por parte de qualquer órgão do judiciário.

É claro que a arbitragem por vezes não será tão célere como se alega e como está descrito na lei, pois a depender da complexidade da causa, dos argumentos levantados e do procedimento acordado pelas partes, ela poderá durar bem mais do que os seis meses ordinários. Entretanto, se comparado ao processo judicial, ela será sempre mais rápida.

Outro fator de estima a arbitragem é a sua confidencialidade, pois embora constitua uma mera faculdade conferida às partes, algumas delas preferem que as desavenças não se tornem públicas e sejam resolvidas de maneira mais efetiva.

Desse modo, a privacidade e a confidencialidade tem sido colocadas como o cerne do procedimento arbitral, pois elas seriam as maiores vantagens em relação ao processo judicial (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 103).

Dentre as desvantagens apontadas por alguns autores, destacam-se os altos custos do procedimento arbitral, visto que as partes pagam os árbitros, as taxas da instituição que supervisiona a arbitragem e, em diversas situações, o aluguel do local onde se realizam as audiências do procedimento arbitral (OLIVEIRA, 2002).

No Brasil, os custos do procedimento arbitral são mais altos do que a via judicial, visto que as partes devem arcar com a totalidade dos custos de onde ocorrerá

a arbitragem, assim como os honorários dos árbitros, constituindo uma verdadeira desvantagem a ele².

2.4. Da constitucionalidade da lei arbitral

Uma vez optando pela submissão de eventual litígio (ou conflito já existente) ao juízo arbitral, as partes abdicam da intervenção do Poder Judiciário na resolução da controvérsia, ao menos no que tange ao mérito da demanda, apenas se é admitido o reexame da sentença arbitral posteriormente pelos tribunais nas hipóteses de nulidade previstas no art. 33 da lei de arbitragem.

Por essa maneira, algumas vozes doutrinárias colocavam em xeque a constitucionalidade da lei de arbitragem, por ela ir de encontro ao princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Visto que essa lei limitava a atuação do juiz estatal, o qual deixaria de apreciar uma causa que lhe foi submetida, em vista de haver uma cláusula compromissória ou um compromisso arbitral.

A inafastabilidade da jurisdição está alocada no rol dos direitos fundamentais, e trata-se, por isso, de um direito indisponível, o qual não poderá ser suprimido, nem pelo Estado, tampouco pelas partes. O Estado que deverá ter a função precípua de garanti-lo e protegê-lo.

Desse modo, defender-se-ia uma eventual inconstitucionalidade, caso a lei houvesse instituído a arbitragem de forma obrigatória ou coativa, por razão de esbarrar no art. 5º, XXXV da Constituição Federal afrontando diretamente o princípio da inafastabilidade, ao barrar o acesso das partes ao poder judiciário, impondo-lhes o juízo arbitral (MATTOS, 2002, p. 452).

A arbitragem, conforme o art. 1º da lei que regula o procedimento, informa que poderá ser versada sobre direitos patrimoniais disponíveis, contudo nada impede que as partes abdicuem da jurisdição estatal e escolham o tribunal arbitral para porem fim às controvérsias. Os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles em que se pode usar, gozar, dispor, transacionar livremente, de acordo com a vontade do seu titular.

² A título exemplificativo, segundo o Conselho Arbitral do Estado de São Paulo, um custo médio de uma arbitragem no âmbito do direito do trabalho, segundo o rito ordinário de até 40 vezes o salário mínimo, apenas de custas iniciais, o valor é de R\$ 4.000,00 (vinte e cinco mil reais), valor esse que não leva em consideração honorários do árbitro, diárias, perícias e outros custos envolvidos. Disponível em: << <http://www.caesp.org.br/custas-arbitragem/>>>. Acessado em: 08. mar. 2018.

Por essa razão, o que se tem na arbitragem, nada mais é do que uma transação contratual de direitos patrimoniais disponíveis, realizada no campo da autonomia privada das partes, com abdicação à jurisdição estatal e com os efeitos de um contrato privado (BARBI FILHO, 1998, p. 121-122).

Não bastasse isso, apoia-se que a arbitragem não afasta por inteiro a intervenção do Judiciário na arbitragem, já que as partes podem propor não só uma ação anulatória, bem como se defender de eventuais vícios, a partir da oposição de embargos do devedor.

Tanto a sentença arbitral, quanto a sentença judicial, somente podem ser executadas perante o juízo estatal, e nesse momento que se está garantindo os princípios do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição.

Um segundo argumento visaria a estabelecer a incompatibilidade entre o juízo arbitral e a garantia do juiz natural. Visto que esse era um julgador escolhido pelas partes, o que acarretaria uma exclusão por consequência da imparcialidade do julgador ancorada no princípio do juiz natural. Ocorre que a imparcialidade do julgador não reside em sua escolha pelas partes, mas sim por causa de seus princípios éticos, morais, que dão lastro para uma atuação técnica e especializada (TEIXEIRA, 1997, p. 30-31).

Toda a controvérsia doutrinária acerca da inconstitucionalidade da lei de arbitragem pôs-se um fim em 12.12.2001, quando um Agravo Regimental foi posto para julgamento pelo plenário do STF e por unanimidade, deu-se provimento ao referido agravo, a fim de homologar a sentença arbitral e, por maioria, declarou-se constitucionais os dispositivos da lei nº. 9.307/96. Um dos votos é o do Ministro Nelson Jobim:

Se o destinatário da norma é o legislador, preservou-se ao particular a opção e não a obrigatoriedade de compor seus conflitos pela via judicial. Abre-se ao cidadão, portanto, o respeito a sua liberdade, a liberdade de tentar compor os seus conflitos fora da área do Poder Judiciário. Vetou-se ao legislador que impedisse o exercício, pelo cidadão, da faculdade de compor seus conflitos no Poder Judiciário, é uma faculdade³.

2.5. Princípios aplicáveis ao sistema arbitral no direito pátrio

³ Trecho extraído do voto do Ministro Nelson Jobim quando do pedido de homologação da sentença estrangeira SE 5.206, do Reino da Espanha. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(SE\\$.SCLA. E 5206.NUME.\) OU \(SE.ACMS. ADJ2 5206.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(SE$.SCLA. E 5206.NUME.) OU (SE.ACMS. ADJ2 5206.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em 08.03.2018.

Inicialmente, é de capital importância ressaltar a preponderância da autonomia da vontade das partes, visto que elas podem livremente estabelecer as regras e os princípios que serão condutores da arbitragem conforme o art. 2, §1º da lei nº. 9.307/96.

Esse princípio é o que se sobressai, constituindo o seu verdadeiro fundamento, a lei da arbitragem orientada para o realce da vertente significativa da liberdade, que é a autonomia da vontade. Por essa razão, as raízes da arbitragem estão fundamentadas na vontade das partes, seja ela exteriorizada através da cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Esse princípio prevalece não apenas no momento em que as partes submetem o litígio à arbitragem, bem como quando da escolha das normas e dos princípios que irão reger esse procedimento. Contudo, uma vez escolhida as normas e os princípios, os efeitos que decorrerem dessa escolha não poderão ser escolhidos pelas partes. Esse é um dos fundamentos que justificará nas próximas páginas a aplicação dos precedentes ao sistema arbitral, pois uma vez escolhido o tipo de procedimento, as normas e os princípios regentes, os efeitos não poderão ser escolhidos.

A aplicação do princípio inclui a possibilidade que a parte tem de escolher dentre a diversidade da legislação, as leis que irão gerir o contrato, incluir as chamadas cláusulas de estabilização, ou excluir, bem como afastar qualquer direito nacional e escolher as normas aplicáveis (ZERBINI, 2008, p. 145).

No Brasil, a opção que foi feita pelo legislador foi a de prestigiar em grau máximo qual a forma, a norma escolhida pelas partes, dentro dessa autonomia da vontade, sendo possível afirmar que esse se trata de um princípio basilar da arbitragem no país.

O art. 21, §2º da Lei de Arbitragem também apregoa que o procedimento arbitral deve observância aos princípios do contraditório, da imparcialidade do árbitro, bem como do livre convencimento e por fim da igualdade ou paridade entre as partes.

Por essa razão, as partes podem estabelecer quaisquer regras procedimentais, desde que haja um respeito aos princípios indicados no art. 21, §2º, os quais são considerados, pelo legislador, como núcleo fundamental do devido processo legal.

Estabelecendo o respeito ao princípio do contraditório no decorrer do procedimento arbitral, o legislador visa a assegurar que o árbitro possua um grande e amplo conhecimento de todos os fatos e argumentos levantados pelas partes, para que o árbitro possa melhor forma o seu convencimento.

Um dos aspectos trazidos pelo contraditório é o de exigir que o julgador – seja ele árbitro ou um juiz – não tome uma decisão definitiva sobre o conflito, acerca de algum ponto fundamental, sem dar previamente oportunidade às partes de debater essa questão para tentar influir no resultado do julgamento.

No que concerne ao da igualdade, salienta-se que nesse procedimento, que as partes devem ter a mesma oportunidade da escolha dos árbitros, da produção de provas, da exposição de suas razões e também do exercício de privilégios e prerrogativas.

No que tange ao princípio do livre convencimento do árbitro, o árbitro poderá utilizar dos critérios que melhor lhe aprouver na construção do seu veredito, inclusive na avaliação da produção de provas, contudo, se há um precedente previsto na legislação brasileira, este tem que ser observado até mesmo para a sua desconstrução com base no dever de fundamentação e para assegurar o livre convencimento do árbitro.

O dever de fundamentação está em considerar os pontos levantados pelo autor ou pelo réu, desconstitui-los, quando infundados, bem como considerar as normas de observância obrigatória do ordenamento jurídico escolhido voluntariamente pelas partes. A propósito, a lei de arbitragem carrega em seu bojo no art. 26, II, como um dos requisitos indispensáveis da sentença arbitral, a necessidade de fundamentação.

Desse modo, o princípio da motivação das decisões também faz parte da arbitragem, de igual modo que a ausência de fundamentação desse laudo arbitral implicará nulidade, nos termos do art. 32 da lei de arbitragem.

Além dos princípios já expostos, há o da imparcialidade do árbitro, o qual se encontra no art. 21, §2º, bem como no art. 13, §6º da lei nº. 9.307/96. Essa imparcialidade deve ser entendida como uma equidistância do julgador em relação às demais partes do processo, isto é, reflete-se em um julgamento equânime e equilibrado do conflito.

Contudo, uma vez a parte entendendo que houve ausência de imparcialidade por parte do julgador, diferentemente do processo civil em que as partes podem interpor um recurso para o tribunal, isso não acontece na arbitragem. É bem verdade, que, eventualmente, as partes podem transacionar sobre uma instância recursal dentro do procedimento arbitral, contudo não é uma prática comum, pois aumentaria os custos, bem como o tempo do procedimento. Por esse motivo, no âmbito arbitral, resta-se à parte insatisfeita intentar uma ação anulatória perante o poder judiciário,

conforme previsão do art. 32, VIII, e caso o juiz entenda que houve algum tipo de parcialidade no decorrer do procedimento, ele irá julgar a questão.

Uma outra ferramenta que poderia ser utilizada para combater a imparcialidade do árbitro seria a possível nomeação de qualquer outra pessoa tecnicamente qualificada para assumir o lugar do antigo árbitro, porém necessitaria da anuência da outra parte.

Apesar de ser impensável um juiz julgar um processo em que uma das partes seja seu parente consanguíneo (Art. 135, V, do CPC), esse fato não causaria escândalo no âmbito arbitral, desde que os litigantes soubessem dos fatos e não se opusessem a ele. Desse modo, essa aferição da imparcialidade do julgador poderia ser relativizada no processo arbitral (ALVES, 2005, p. 121).

2.6. Da convenção de arbitragem

Conforme o art. 3 da lei de arbitragem, as partes podem submeter seus litígios ao procedimento arbitral mediante convenção de arbitragem, entendida como cláusula compromissória e também o compromisso arbitral. Por essa razão, o que se percebe é que a chamada convenção de arbitragem é o gênero e que a cláusula compromissória bem como o compromisso arbitral são espécies.

É salutar compreender que para se instalar o juízo arbitral não é necessário a existência das duas espécies, mas apenas uma delas.

A cláusula compromissória é o ajuste contratual em que as partes se comprometem em submeter à arbitragem eventuais conflitos nascentes no curso da relação jurídica. Isso tem sentido de que se ela estiver inserida como uma cláusula contratual, as partes estão vinculadas a ela e serão obrigadas a se submeter à arbitragem.

Entretanto, para que essa cláusula tenha validade, ela deverá conter alguns requisitos como ser celebrada por escrito, bem como se submeter aos mecanismos gerais previstos na legislação civil para a celebração dos contratos.

Ela poderia ainda estipular uma arbitragem institucionalizadas, ou seja, os procedimentos da arbitragem estariam sob a tutela de uma instituição especializada nas práticas arbitrais; bem como uma arbitragem avulsa, conhecida como *ad hoc*, a qual é realizada sem a participação de uma instituição especializada.

O compromisso arbitral é aquele documento por meio do qual as partes, já imiscuídas no conflito, submetem o conflito à arbitragem, nele deverá conter a qualificação das partes, do árbitros e o nome das partes (CREMONESI, 2002, p. 650).

O compromisso arbitral nada mais é que a convenção de arbitragem mediante o qual as partes pactuam que o conflito já existente entre elas será dirimido através da solução arbitral e pode ser: a) judicial, na medida em que as partes decidem o conflito à arbitragem; e b) Extrajudicial, firmado depois do conflito, mas antes da propositura da ação judicial (SCAVONE JUNIOR, 2010, p. 82).

Diante dessa alternativa de utilizar a arbitragem para as demandas judiciais já em curso, conclui-se que o compromisso arbitral envolve direitos patrimoniais disponíveis, os quais venham a ser solucionados por meio da arbitragem e não somente quando decorrentes de cláusulas contratuais.

Assim, em ambos os ajustes, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, as partes entregam voluntariamente os seus desacordos perante o juízo arbitral. A fulcral diferença entre essas duas modalidades recai que no compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, porém a cláusula compromissória objetiva submeter as questões indeterminadas e futuras.

2.7 Do procedimento arbitral

2.7.1 Tipo de arbitragem

O art. 2 da lei de arbitragem confere duas possibilidades para o árbitro: a) arbitragem de direito; b) arbitragem de equidade. É dado ao árbitro, afastar-se das normas do direito, quando a necessidade exigir e as partes convencionarem. Contudo, o uso da equidade não visa a apenas colmatar as lacunas, mas também de acordo com Paulo Furtado e Uadi Lammêgo Bulos criar o direito:

Assim, a equidade para fins de juízo arbitral não serve somente para preencher lacunas, mas também para interpretar, incluindo-se aí todos os estágios da interpretação, é dizer, a integração, a individualização, a adaptação etc (BULOS; FURTADO, 1997, p.28)

Logo, a possibilidade de aplicação e vinculação dos precedentes judiciais a arbitragem se refere a arbitragem, cuja tipologia é de direito, e caso as partes voluntariamente se submetam à legislação brasileira. Porém, caso a opção seja pela arbitragem de equidade, então não haverá vinculação à própria legislação interna, tão

pouco aos precedentes, visto que se aplicam os critérios de julgamento justo do julgador.

Há uma questão interessante nos parágrafos desse mesmo artigo, o §1º afirma que as partes poderão escolher livremente as regras de direito que serão aplicadas à arbitragem, desde que não haja a violação aos bons costumes e à ordem pública. O conceito de *bom costume* é aquele de observância geral pelos membros do grupo social, ela contém dois elementos. O primeiro é o objetivo que consiste na repetição de um procedimento – o *usus*. Já o segundo subjetivo é caracterizado pela convicção generalizada da obrigatoriedade da norma (BULOS; FURTADO, 1997, p. 31). Nesse ponto há o questionamento de que havendo um precedente judicial consagrado pelo *usus* e pelo *opinio juris et necessitatis*, logo deveria ele ser cumprido pelo árbitro e não suplantado ou negado como uma pedra no sapato da parte, a qual é desfavorecida por meio dele. Não poderia o sistema multiportas, trabalhado melhor no próximo capítulo, ser uma porta de escape para afastar os usos e obrigatoriedades levantadas pelos precedentes judiciais e que fazem parte da normativa interna. Uma vez escolhida a legislação brasileira como pilar basilar da resolução de conflitos, ela deveria ser analisada em toda a sua ótica, inclusive no que concerne aos precedentes judiciais.

A ordem pública, por seu turno, é um conceito difícil de se expressar, visto que abarca uma generalidade de fatores, imprecisos e subjetivos, visto que agrega valores e concepções morais, tradições, concepções políticas, sociais, econômicas, espirituais, e até costumes arraigados.

O §2º, por sua vez, afirma que as partes poderão de comum acordo escolher outros expedientes para a realização do juízo arbitral. Ou seja, as partes podem abrir um campo maior para a atuação arbitral, através da escolha dos princípios gerais do direito, usos e costumes, bem como as regras internacionais.

2.7.2 Arbitragem doméstica ou internacional

A globalização trouxe para o mundo uma quebra das fronteiras estatais. Logo, trouxe a verdade de que nenhuma nação consegue, por mais forte que seja, sobreviver sozinha, sem entrar na interdependência das relações econômicas. De tal modo que as transações comerciais auxiliaram para que os limites territoriais fossem diminuídos em uma crescente onda de transações comerciais. De tal modo que se

tornou imprescindível um meio mais célere que viesse a solucionar as controvérsias naturalmente existentes dessas transações.

Diante dessa realidade que trazia consigo necessidades ávidas em serem atendidas, o instituto da arbitragem se mostrou mais que um meio alternativo, tornando-se uma constante no meio comercial, seja ele internacional ou do próprio país.

Em princípio, não há quaisquer diferenças entre a arbitragem interna e a internacional, ambas se ocupam da solução de litígios, mediante aplicação de regras previamente escolhidas pelas partes, por julgadores não governamentais indicados por elas. Desse modo, há ainda as chamadas arbitragens interestaduais, que possuem características e peculiaridades próprias. A função dessa modalidade é a busca de uma resolução dos diversos litígios presentes em relações interestaduais, inclusive, podendo ser retratada em conflitos comerciais.

Determina-se a nacionalidade da arbitragem por alguns motivos, são eles: uma fixação da lei que irá regular o conflito, bem como a fixação de qual o tribunal estatal poderá vir a ter jurisdição sobre eventuais nulidades decorrentes do referido processo, além da necessidade de uma obtenção de cautelar ou mesmo imposição judiciária de se realizar a arbitragem; e por fim, identifica o procedimento a ser seguido na execução do laudo arbitral.

Para a caracterização da arbitragem como interna ou internacional, a legislação brasileira utiliza prioritariamente o critério geográfico, conseqüentemente se o tribunal arbitral tiver sede no país, a sentença arbitral será nacional, concretizando-se a arbitragem interna, mesmo que, por ventura, estejam envolvidas partes sediadas no exterior, houver a incidência de leis estrangeiras ou mesmo objeto de país diverso. (LIMA, 2011).

Por esses motivos, há de se esclarecer que a arbitragem objeto de estudo da presente dissertação é a arbitragem nacional (ou doméstica) e de aplicação da legislação brasileira conforme ressaltado no tópico anterior.

2.7.3. Cláusula compromissória e compromisso arbitral

O art. 5 da lei de arbitragem⁴ trouxe uma faculdade que o legislador conferiu às partes, desde que elas se dirijam às normas dos órgãos arbitrais de alguma instituição ou a entidades especializadas. Todavia, as partes podem estabelecer cláusula, em documento, a fim de convencionar a instituição do juízo arbitral.

Esse ato de instituir a arbitragem é uma emissão lícita de vontade, voltada a certo objetivo, cujos efeitos dependem muito mais do elemento volitivo do que da lei. Contudo, se esse aspecto de vontade não se harmonizar levando as partes a um acordo prévio sobre a implantação do juízo arbitral, a parte que se interessar poderá cientificar a outra, na qual se comunica o início da arbitragem pelo correio ou por outro instrumento de comunicação conforme o art. 6º da lei de arbitragem.

O art. 7, 1º da mesma lei tem uma função primordial a de que a lei para compor a disputa entre as partes, é imprescindível que o seu objeto seja indicado com precisão através do consentimento livre e válido dos compromitentes. Caso o objeto não seja especificado, ocorrendo a negligência de ordem objetiva, o compromisso torna-se inválido.

O objeto deve ser além de possível, tanto do ponto de vista formal, quanto do ponto de vista material; pois não pode alguém contrair a obrigação de transportar outrem para a lua, por exemplo. Mas também o caráter econômico deverá estar presente, pois não existem hipóteses de objeto arbitral desprovidas de caráter econômico, sendo incompatíveis com o juízo arbitral as questões de direito de família, estado de pessoas ou direitos indisponíveis. Por fim, o objeto necessitará ser determinável quanto ao gênero. (FURTADO; BULOS, 1997, p. 54).

Importante disposição sobre a cláusula compromissória é a do art. 8 da referida lei, pois dispõe que são independentes a cláusula compromissória e o contrato no qual ela estiver inserida. Visto que a nulidade do contrato não significa a nulidade da cláusula.

A definição do compromisso vem no art. 9 que dispõe que é a convenção por meio da qual as partes submetem o litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. De forma que se for extrajudicial será escrito, vedada a forma verbal e evidenciando que a arbitragem tem de ser obrigatoriamente

⁴ Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

instruída com a assinatura de duas testemunhas. Essa é uma formalidade indispensável para a validade do compromisso, ao lado da capacidade dos signatários e da especificação quanto à disponibilidade dos direitos a serem examinados pelo árbitro.

Os arts. 10, 11 e 12 da lei de arbitragem trazem os requisitos essenciais que acarretarão a nulidade do compromisso. Um deles está no inciso IV do art. 11 da lei: “A indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes”.

Esse inciso é bastante importante para compreender que uma das críticas dos que defendem a inaplicabilidade do sistema de precedentes judiciais é que inexistente norma vinculativa da atividade arbitral, só se as partes dispuserem expressamente.

Não se vislumbra aqui, evidentemente, qualquer probabilidade de vinculação ou sujeição dos árbitros, por exemplo, aos dispositivos dos arts. 120, parágrafo único, 285-A, 544, §4º, 557 ou 543-C do Código de Processo Civil, porquanto, como se sabe, o Código Processual Civil não se aplica, sequer subsidiariamente, no sistema arbitral, salvo se as partes assim dispuserem (mas, nessa hipótese, tratar-se-á de fruto do exercício de sua autonomia da vontade, e não de imposição legal). (MARQUES, 2013, p. 101).

A vinculação não se dá através de como pensa o referido autor por meio de uma norma vinculativa e prescritiva. Mas sim por meio da própria convenção de arbitragem que estipulará se aplicar a legislação nacional. Nessa disposição do art. 11, IV da lei de arbitragem está a pretensão das partes de se aplicar todas as fontes do direito brasileiro, inclusive os precedentes judiciais. Esse é, inclusive, o entendimento de Teresa Arruda Wambier:

Assim, se a regra é entendida e aplicada pelos Tribunais de um país, de forma unânime, em um sentido X, o árbitro, que deve decidir de acordo com o direito daquele país, não pode interpretar a lei no sentido Y, pois não estará aplicado o direito daquele país. Não se trata de vinculação à súmula vinculante. Esta vinculação, de fato, não existe. Não cabe, por exemplo, reclamação. Trata-se, isto sim, de vinculação à convenção arbitral em que as partes decidiram que o Direito brasileiro deve ser aplicado, e a súmula vinculante integra o Direito brasileiro (WAMBIER, 2016, p. 11)

2.7.4. Dos poderes do árbitro

O art. 13 da lei de arbitragem determina que somente pode ser árbitro quem for capaz e tiver confiança das partes, logo se revela pela manutenção do interesse público. Essa manutenção do interesse público se manifesta em um duplo aspecto: o primeiro momento reside na esfera do direito privado em que a vontade das partes

atua com vigor. Contudo, em um segundo momento o juízo arbitral transcende a esfera exclusivamente privada para atender a um valor superior de justiça da decisão, nesse momento residindo o seu caráter público. (FURTADO; BULOS, 1997, p. 61).

Esse artigo deve ser interpretado com os arts. 3 e 4 do código civil, que trazem as situações de incapacidade relativa e absoluta das pessoas. O legislador entendeu que não sendo o árbitro apto para a prática dos atos da vida civil, ele não poderia também exercer os compromissos da atividade arbitral. Ante a ausência de disposição com relação ao estrangeiro, a doutrina acredita que esse silêncio eficaz permite que o árbitro possa ser cidadão estrangeiro, não exigindo a legislação a nacionalidade brasileira como pré-requisito.

Um questionamento pertinente diz respeito a possibilidade de pessoa jurídica ser ou não árbitro nesse tipo de procedimento. Contudo, a doutrina brasileira tende a não reconhecer essa possibilidade, visto que a capacidade das pessoas naturais é ilimitada, algo que não é observado na capacidade das pessoas jurídicas. Logo, as pessoas jurídicas devem seguir os fins perseguidos no estatuto de funcionamento e às limitações estruturais, coisa que não se observa nas pessoas naturais.

Indaga-se sobre a possibilidade de recair a nomeação em pessoas jurídicas. Dividem-se, na doutrina, os autores franceses e os italianos. Os primeiros são a favor; os últimos, contra. De qualquer forma, é forçoso reconhecer que as pessoas jurídicas possuem poder jurídico limitado quanto aos direitos de natureza patrimonial, faltando-lhes a titularidade daqueles que a transcendem. (FURTADO; BULOS, 1997, p. 62).

Há uma tendência na lei de arbitragem principalmente nos parágrafos do art. 13 de que as partes nomeiem árbitros na quantidade de número ímpar para evitar o impasse. Bem como a possibilidade de nomeação de suplentes com o intuito de não faltar árbitros para decidir a respeito das questões extrajudiciais entre as partes. Quando não havendo consenso quanto à nomeação de mais um árbitro, as partes podem recorrer ao judiciário para resolver os impasses. Além disso, as partes podem tomar por escolha dos árbitros instituições ou entidades especializadas em arbitragem, a fim de determinar a forma de seleção e escolha dos juízes arbitrais.

O §6º do art. 13 determina os requisitos que o árbitro deverá possuir para bem desempenhar as suas funções, são eles: imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição. Essas garantias visam a dar uma índole funcional, pois visam a assegurar uma produção firme e coerente da sentença arbitral.

O art. 14 da lei de arbitragem determinar os requisitos para que um árbitro seja considerado impedido no procedimento arbitral. Logo, o artigo faz referência até os arts. 134 e 135 do CPC de 1973, os quais correspondem aos arts. 144 ao 148 do CPC de 2015. Contudo, importa lembrar que os laços de amizade nada têm que ver com a hipótese de suspeição, muito menos de impedimento, haja vista que o fato de o árbitro ser íntimo das partes, decorrendo daí o sentimento de confiança, é algo recomendável para o pacífico deslinde da questão submetida ao juízo arbitral.

Inclusive o §1º torna exigível a obrigação de se prestar esclarecimentos a respeito da probidade, do caráter, da vida pregressa, dos atributos da personalidade, da reputação ilibada e etc. das pessoas que serão indicadas para atuar como árbitros.

A regra geral prevista no §2º é de que o árbitro antes de ser nomeado não poderá ser recusado. Contudo, o legislador especificou duas exceções e ambas por motivo anterior à sua nomeação: nos casos em que as partes não manifestem livremente a sua vontade na escolha dos árbitros, os quais são designados de forma indireta, quando na verdade deveriam ser nomeados diretamente, bem como nas hipóteses de se descobrir que a pessoa designada como árbitro não preenchida as condições para intermediar o litígio, decorrendo daí a sua recusa.

O art. 15 e seguintes dispõe como é o procedimento para arguição da suspeição ou do impedimento do árbitro que deverá ser arguido na primeira oportunidade, logo após a instituição do juízo arbitral. Caso seja aceita a exceção, o árbitro suspeito ou impedido já não poderá examinar o litígio entre as partes.

O art. 18 é o artigo mais importante que serve de contra-argumento para aqueles que acreditam em uma separação e independência do procedimento arbitral com a jurisdição. A redação do artigo determina que 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. O árbitro é juiz de fato quanto ao poder de pesquisá-lo, apurá-lo, dando-lhe a devida valorização. São juízes de direito, porquanto lhes cabe formular o comando concreto da lei que vai se traduzir e expressar na sentença arbitral.

A sentença arbitral, em termos gerais, também não necessita de homologação pelo Poder Judiciário. Finalmente, reconheceu-se a natureza jurisdicional da arbitragem, propondo-se, assim, uma reavaliação do entendimento clássico da jurisdição. Deram ao laudo a mesma importância e vigor da sentença emanada de um juiz togado, estabelecendo-se que a sentença dos árbitros tem os mesmos efeitos da sentença estatal. Em suma, ao dispensar a homologação, conferiu-se força executória à sentença arbitral, equiparando-se à sentença judicial transitada em julgado, porque o que se levou em conta foi a

natureza de contrato da arbitragem, não podendo romper com o que foi pactuado. (FURTADO; BULOS, 1997, p. 72).

2.7.5. Do início e desenvolvimento do procedimento

O art. 19 determina que se considera instituído o procedimento arbitral a partir da aceitação da nomeação pelo árbitro, caso seja único, ou por todos, se forem vários. Caso haja a necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem será elaborado um adendo firmado pelas partes como parte integrante da convenção, inclusive para atender o princípio da cooperação previsto no código de processo civil. O trabalho desenvolvido pelo árbitro é semelhante ao do juiz comum em manter a igualdade, paridade do processo e conduzi-lo com as mesmas características de probidade e imparcialidade.

A atividade desenvolvida pelo árbitro, ou pelos árbitros, é análoga e por vezes idêntica àquela do juiz comum. Auxiliado pelo secretário, que será designado pelo presidente do colegiado e pelo próprio árbitro, se único, nada impede que essa designação se faça também no compromisso. (FURTADO; BULOS, 1997, p. 76).

O art. 20 determina que o árbitro por ser juiz de fato ou de direito, ele está sujeito aos mesmos motivos de impedimento e de suspeição a que estão todos os juízes. O árbitro, bem como os juízes togados, têm o dever de afirmar a suspeição ou declarar o impedimento. Mas, se não o fazem, eles podem ser recusados por qualquer uma das partes, além disso o momento processual segundo o dispositivo em análise é a primeira oportunidade em que tiver de manifestar-se a parte, após a instituição da arbitragem.

O art. 21 determina que as partes podem livremente estabelecer regras e ritos que melhor se ajustem aos seus interesses. Logo, elas estarão vinculadas ao compromisso, não podendo dele se afastar, sob pena de vício formal comprometedor do procedimento. Esse é o cerne da questão, ora como foi exposto em tópicos anteriores, que se as partes livremente convencionaram no compromisso arbitral ou na cláusula compromissória a aplicação da legislação brasileira, nela inclusos os precedentes, então por consequência deverá ser vinculado aos precedentes por cumprimento fiel à cláusula arbitral.

Caso a convenção seja silente completamente sobre o procedimento e nem disponha sobre a delegação das partes ao árbitro, ou ao tribunal, para que o estabeleçam, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral a disciplina, por imperativo legal. Porém, qualquer alteração nas regras oriundas dessa última forma de escolha do rito

somente se admitirá se houver concordância das partes e for a alteração objeto de adendo à convenção.

Diante de tudo que foi dito, no procedimento arbitral vigora a persuasão racional, segundo o qual o juiz, inobstante apreciar livremente a prova, não segue as suas impressões pessoais, como no sistema da livre convicção, mas tira esta última das provas produzidas, desse modo a convicção está na consciência formada pelas provas.

O art. 22 da lei de arbitragem determina que o árbitro, bem como o juiz de direito comum, tem poder de instrução, limitada a sua autoridade quando se trate de questões coercitivas ou cautelares. Inclusive, novos capítulos foram inclusos na lei de arbitragem por meio da lei nº. 13.129 de 2015, a qual incluiu o capítulo IV-A que trata das tutelas cautelares e de urgência no procedimento arbitral. Nesse sentido, há uma disposição expressa de que antes de ser instituída a arbitragem, as partes podem recorrer ao poder judiciário para a concessão de medidas cautelares ou de urgência conforme o art. 22-A da lei. Além do capítulo IV-B que trata da carta arbitral, um novo procedimento de cooperação entre o árbitro e o órgão jurisdicional nacional para praticar ou determinar o cumprimento de ato solicitado pelo árbitro conforme o art. 22-C. Esses dois capítulos com as inovações trazidas pelo novo código de processo civil somente ratificam as aproximações entre esses dois institutos tão importantes na processualística nacional que são a arbitragem e a jurisdição.

2.7.6. Da sentença arbitral e dos recursos

A sentença arbitral, previsão do art. 23 da lei de arbitragem, é o momento mais aguardado do processo. O pronunciamento dela não está sujeita a recurso ou qualquer tipo de homologação, ela é definitiva. Caso o compromisso arbitral, na forma do art. 11, III, da lei arbitral, dispõe sobre o prazo específico para a prolação da sentença arbitral, ela deverá ser proferida, sob pena de nulidade, a teor do art. 32, VII, da mesma lei. Caso nenhum instrumento preveja o prazo de prolação, ele será de 6 meses, contatos da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Além da possibilidade dos árbitros poderem proferir sentenças arbitrais e de comum acordo com as partes poderão prorrogar o prazo para proferir a sentença final. Demonstrando que a atividade do árbitro é totalmente vinculada ao que dispõe a cláusula

compromissória ou compromisso arbitral, mesmo que eventualmente omissa, deverá seguir as disposições das partes de comum acordo.

A decisão arbitral será expressa em documento escrito conforme o art. 24, ela não precisa ser unânime, mas precisa ser tomada por maioria no que tange ao tribunal arbitral.

É a sentença arbitral tem sua estrutura formal expressamente contemplada no art. 26 da lei de arbitragem.

O relatório é uma notícia a respeito das principais ocorrências surgidas no processo. Assim, também, a sentença arbitral deverá registrar o nome das partes, fazer referência ao compromisso e especificar o objeto do litígio para permitir um eventual controle posterior, pelo juiz estatal, da validade da decisão, visto que ela será nula se proferida fora dos limites da convenção ou em desacordo com o objeto.

Outro requisito importantíssimo é a motivação. Nela, o árbitro dirá de sua convicção sobre os fatos da demanda e exporá as razões de seu convencimento. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e as circunstâncias constantes dos autos, indicar os motivos que formaram o convencimento. Também o enquadramento jurídico do fato que integra a motivação, os fundamentos de direito.

A sentença conterá ainda a decisão, o dispositivo, ou conclusão propriamente dita. Deverá ela representar o julgamento de toda a controvérsia submetida ao juízo, sob pena de ser sacrificada. Está a sentença, evidentemente, adstrita aos limites do compromisso, vale dizer, aos limites da convenção de arbitragem, sob pena de nulidade. Nela que se registram as conclusões das operações lógicas desenvolvidas pelo árbitro na fundamentação. É ainda requisito obrigatório da sentença arbitral a data e o lugar em que foi proferida.

Tem-se por encerrada a arbitragem no caso do art. 29 da lei de arbitragem, devendo o árbitro ou o tribunal enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação.

O art. 30 determina que no caso de obscuridade, falta de clareza, bem como na contradição de que no prazo de 5 dias, a parte interessada pode mediante comunicação à outra solicitar ao árbitro ou o tribunal a correção de qualquer erro material da sentença arbitral ou ao esclarecimento de alguma obscuridade ou dúvida ou contradição.

O art. 32 da lei de arbitragem traz os requisitos de nulidade da sentença arbitral, a qual deverá ser apreciada à luz do direito positivo. Essa enumeração das causas de

nulidade é de maneira taxativa, portanto não se pode ampliar as hipóteses. Será nula a sentença arbitral se nulo é o compromisso. Como negócio jurídico, o compromisso deverá ser informado por todos os princípios que regem qualquer outro negócio. Se esse negócio é nulo, impõe-se reconhecer sua nulidade.

Outra hipótese de nulidade da sentença arbitral é ter sido ela proferida por quem não poderia ser árbitro. A lei quis determinar que pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes, logo nos casos de impedimento e suspeição, a sentença seria nula.

Nula será igualmente a sentença arbitral proferida fora dos limites da convenção de arbitragem ou que não decidir todo o litígio submetido à arbitragem.

Esse inciso IV corresponde a situação conforme Tereza Arruda Alvim de que se o árbitro desrespeita os precedentes judiciais, o recurso cabível dessa decisão será a anulação da sentença por desrespeitar a convenção de arbitragem. Explicando de uma forma melhor, se as partes convencionaram que o árbitro deve aplicar a legislação brasileira, nela inclusa os precedentes judiciais, então o árbitro deve aplicar os precedentes judiciais ou justificar a sua inaplicabilidade. Dessa decisão que viola um precedente, não explicando a superação ou distinção, viola a convenção de arbitragem.

Se a sentença proferida fora dos limites da convenção arbitral, se o árbitro agir por prevaricação, concussão ou corrupção passiva, se for proferida fora do prazo, terá sido em todos os casos, desrespeitando o compromisso arbitral. (WAMBIER, 2016, p. 16).

É nula, ainda, a sentença arbitral proferida fora do prazo obrigatoriamente constante do compromisso.

Finalmente, é nula a sentença arbitral quando desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, III, da lei: o princípio do contraditório, o da igualdade das partes, o da imparcialidade do árbitro e o do livre convencimento.

3. DO SISTEMA MULTIPORTAS, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEGURANÇA JURÍDICA

3.1. O que é o modelo multiportas?

O artigo 3 do Código de Processo Civil dispõe que não será excluída da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, essa é uma reprodução do comando previsto no art. 5, XXXV da Constituição Federal. Reconhece-se esse dispositivo como o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, bem como a inafastabilidade ao acesso à justiça, em uma perspectiva mais recente, informam que visa-se assegurar “a possibilidade de levar seus reclamantes ao Poder Judiciário e deste poder receber uma resposta, qual seja a mais adequada ao caso concreto, visando a uma prestação da tutela jurisdicional efetiva” (TESHEINER, 2015, p. 52).

O direito à tutela jurisdicional plena é uma garantia constitucional significando que a todas as pessoas deverá ser assegurado o acesso a um processo justo, isso pressupõe que o procedimento, a qual possibilita a resposta judicial proferida em tempo razoável, evidencia-se uma preocupação não existente apenas no exercício do direito de ação, contudo, sobretudo, com os resultados que dele podem advir. Esse direito fundamental, porém, vem sendo contrastado com a realidade de atuação do poder judiciário nacional que cada vez mais torna distante a promessa de concretização de uma prestação jurisdicional a contento.

Uma grande diversidade de temas e demandas submetidas aos tribunais, entretanto, demanda que os órgãos judiciários possuam técnicas distintas para o seu trato, visto que a fórmula tradicional, bem explanada no capítulo primeiro demonstra que é inadequada, ou no mínimo, insuficiente no cenário atual. Os elevados índices de concentração de processos no Poder Judiciário torna visível a carência estrutural dele para absorver os reclames por justiça, e portanto isso reflete de maneira negativa quando se gastar um tempo muito maior para fornecer as respostas ao jurisdicionado, coloca-se o preceito fundamental da resposta em prazo razoável de modo secundário.

É por causa disso que é necessário repensar o acesso à justiça sob a ótica da exclusividade em apreciar os conflitos pela via jurisdicional tradicional, aliada a incapacidade do Judiciário de responder de forma oportuna e adequada a todos os processos que lhe são submetidos. Outros meios de apreciação de controvérsias também se mostram completamente adequados e até mais apropriados para o

embate das questões levadas até os órgãos jurisdicionais, de modo que é justificável a opção do legislador no código de processo civil (art. 3º) outros meios de acesso à justiça, como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Nesta seção de capítulo, de modo a aprimorar a compreensão deste tópico e também propiciar uma visão mais criteriosa sobre o exercício da jurisdição, torna-se indispensável compreender que o código de processo civil convida todos a romper com a sistemática atual de concentração das demandas na via jurisdicional. Há de se reconhecer um novo modelo (multiportas) de redistribuição da justiça firmado no pressuposto de que não há uma técnica única e exclusiva de resolução de conflitos, mas sim que existe uma diversidade de fórmulas, mais ou menos oportunas pelas características dos litígios que se propõe a analisar, as quais estão postas à disposição do jurisdicionado por parte do Estado, dentre elas a jurisdição, conciliação, mediação e arbitragem.

A fundamental e principal ideia da proposta trazida pelo Código de Processo Civil reside na “superação da percepção de que existe o julgamento judicial impositivo e tudo mais são meros meios alternativos, para a noção de que há um conjunto de meios possíveis para resolver uma disputa, em igualdade de importância com o processo civil tradicional” (LESSA NETO, 2015, p. 428). De certo modo, ao tentar reunir esforços para a solução de conflitos de acordo com uma ferramenta mais apropriada, a lei nº. 13.105/2015 prestigia os meios considerados, até o presente momento, alternativos de acesso à justiça. Logo, traz-se a discussão a respeito da própria ruptura com o paradigma hodierno (e também equivocado) da jurisdição como estratégia principal e que os outros mecanismos deveriam ser utilizados apenas em caráter secundário e subsidiário dentro do processo judicial.

Em verdade, caso aflore alguma controvérsia, as partes possuem à sua disposição a possibilidade de submeter a lide ou o conflito a um terceiro imparcial, o qual terá o poder de impor, desde que analisando o caso, uma decisão (jurisdição ou arbitragem), ou os próprios interessados naquela disputa poderão construir uma solução de forma que entendam ser mais justa para se encerrar a disputa, participando ou não alguém que possa intermediar o diálogo (negociação, conciliação ou mediação).

Mesmo que o código tenha previsto expressamente uma conjugação de diversas fórmulas heterocompositivas e também autocompositivas como forma de acesso à justiça, a segunda hipótese é a que o legislador apontou no código de

processo civil como modo mais intenso e satisfatório, visto que nem sempre a decisão proferida por uma pessoa alheia ao litígio alcança a plena satisfação dos envolvidos e, em alguns casos, não se resolver a divergência social subjacente à relação jurídica levada a juízo.

Estar-se-á diante de uma nova realidade, nela “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (art. 3, §2º do CPC), o que explica porque há a valorização dos meios autocompositivos da resolução de conflitos (em especial a mediação e a conciliação), em que o cidadão será o responsável por construir uma decisão oportuna à disputa na qual se encontra envolvido, é uma concepção mais democrática e participativa do processo. Esses métodos passarão a fazer parte da rotina dos tribunais e devem ser estimulados por aqueles sujeitos que participam do processo (art. 3, §3º), cria-se um sistema de simbiose com a jurisdição de forma a promover o acesso à ordem jurídica mais justa.

De modo a atingir os seus objetivos, os tribunais irão criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, esses serão responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e também mediação, bem como o desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, a orientar e estimular a autocomposição, conforme estipulado o art. 165 da Lei nº. 13.105/2015.

Assim, como o sistema multiportas comparativamente ao átrio do fórum trazido por Leonardo Cunha, as partes não podem livremente escolher cada porta a fim de fugir dos precedentes vinculantes. Uma vez que eles fazem parte do sistema jurídico, ou melhor, do direito, eles devem ser levados em consideração tanto por árbitros, quanto por juízes. Desse modo, as diferentes portas devem levar ao mesmo resultado quando os casos práticos são similares, tanto na jurisdição, quanto na arbitragem, ou ao fórum alegoricamente. Não se pode pegar a porta do fórum e esperar que se vá o *shopping* ou outro local que não o fórum.

3.2. O processo civil brasileiro na tendência aos métodos alternativos de resolução de conflitos

Costuma-se chamar de “meios alternativos de resolução de conflitos” a mediação, a conciliação e a arbitragem (*Alternative Dispute Resolution – ADR*). Contudo, a nomenclatura mais apropriada não seria chamá-los de “alternativas”, mas sim “adequados”, forma-se um modelo de sistema de justiça *multiportas*. De modo

que para cada controvérsia, seria adequada uma forma de solução, há casos, portanto, em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros ainda, pela arbitragem e, os que se resolveriam pela decisão de um juiz estatal. Há, ainda, outros meios, a exemplo da negociação *direta* e do *dispute board*.

Os meios de solução de disputas são, portanto, *adequados*, mas também são *integrados*. Por essa razão, o meio mais adequado pode ser a mediação, contudo, não obtida a autocomposição, a opção passa a ser a arbitragem ou a jurisdição estatal. Desse modo, para cada situação, há um meio adequado, mas ele é integrado com outro(s), que também revela(m) adequação para o caso.

Leonardo Carneiro da Cunha em seu livro *A Fazenda Pública em Juízo* descreve como funciona esse meio alternativo:

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, 2017, p. 639-640).

O direito brasileiro, a partir da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e do Código de Processo Civil de 2015, caminha para construir um processo civil e sistema de justiça multiportas, com cada caso sendo indicado para o *método* ou *técnica* mais adequada para a solução do conflito. O judiciário deixa de ser um lugar de *juízo* para ser um local de *resolução* de disputas. Essa é uma importante mudança de paradigma, já que não baste que o caso seja julgado; é necessário que uma solução adequada, a qual as partes saiam de lá de modo satisfatório com o resultado.

A partir da exigência de uma Administração Pública eficiente (CF, art. 37), que desenvolveu um perfeito modelo de gestão e também de incorporação de técnicas da administração gerencial, bem como o incremento das ideias democráticas, a atividade administrativa passou a exigir uma maior participação social institucionalizada; o particular passa a também poder participar da construção das decisões administrativas, ela será participante da gestão pública. Há nesse caso uma atuação administrativa consensual.

É perceptível uma ampliação gradativa ao longo dos anos de manifestações sobre a consensualidade administrativa no Direito brasileiro. Além do que essa consensualidade está sendo estimulada por outras áreas do direito, tais como Direito

penal, Direito Processual e, em geral, no Direito Público. Com efeito, existem a desapropriação amigável, a autocomposição nos processos que tramitam nos Juizados Especiais Federais e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, os acordos de leniência, além das parcerias público-privadas.

É nesse ambiente de grande consensualidade que, em particular, a arbitragem tem se expandido para a solução de disputas envolvendo entes da Administração Pública, aumentando os casos em que se viabiliza a autocomposição, por meio da mediação e da conciliação, de que participe o Poder Público.

3.3. O código de processo civil brasileiro como marco do sistema multiportas

Dentre os métodos exemplificados pela Lei nº.13.105/2015, não é necessário um esforço cognitivo muito grande para perceber que houve uma predileção do legislador pelas fórmulas autocompositivas, especialmente a mediação – um mecanismo relegado no código de processo civil de 1973. Contudo, a conciliação e a arbitragem mesmo que não tivessem grande expressão no Código Buzaid, esses institutos eram previstos em alguns dispositivos esparsos, inclusive havendo previsão na Lei nº. 9.099/95 da possibilidade de submissão do litígio ao juízo arbitral quando não obtida a conciliação no procedimento judicial pelos Juizados Especiais Cíveis.

De acordo com a sistemática adotada pelo código de processo civil, o processo judicial ficou dividido em duas etapas: a primeira fase consensual, em que as partes demonstram o interesse inicial na solução consentida da lide, optando pela designação de audiência de conciliação ou de mediação; e tem-se uma fase posterior, caso o direito material envolvido não admita autocomposição ou tenha esta sido frustrada, além das hipóteses de manifestado o desinteresse das partes na composição amigável (art. 334, §4º e §5º).

No conteúdo do que se estabelece no art. 334 do Código de Processo Civil, caso a petição inicial preencha todos os requisitos essenciais e não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz irá designar uma audiência de conciliação e mediação. Esse opção deverá estar descrita expressamente na petição inicial (art. 319, VII), cabendo ao autor propor o mecanismo consensual mais oportuno à apreciação da controvérsia posta em juízo, levando em consideração que “a conciliação é a ferramenta mais adequada para os conflitos puramente patrimoniais, ao passo que a mediação é indicada nas hipóteses em que se deseje preservar ou

restaurar vínculos” (PINHO, 2015, p. 72) – aspectos que refletem na postura do terceiro a quem incumbirá conduzir a sessão.

Na vontade de estimular a solução consensual, o legislador constou que a audiência de conciliação e mediação torna-se a regra geral do processo civil, e somente ela não será realizadas quando não for admitida a autocomposição ou se ambos os litigantes demonstrarem expressamente o desinteresse na composição consensual (art. 334, §4º). Isso decorre de uma interpretação literal, visto que não basta que apenas um dos conflitantes seja contrário à realização da audiência, logo é preciso que o desinteresse seja compartilhado por ambos (DIDIER JR., 2015, p. 624).

Caso ocorra o não comparecimento, desde que injustificado, de qualquer uma das partes à audiência, então o legislador interpretou este ato como atentatório à dignidade da justiça, logo é passível de sanção econômica (art. 334, §8º), essa atitude leva a crer que o legislador teria optado por uma espécie de conciliação e/ou mediação judicial compulsória. É viável e faticamente possível que o réu seja citado para uma audiência de conciliação e mediação e ter que comparecer mesmo que sem qualquer pretensão de alcançar o consentimento, porém apenas para evitar uma sanção legalmente imposta. Essa é a falsa crença do legislador que os litigantes podem ser vencidos em suas resistências iniciais em buscar um acordo em audiência, essa imposição contraria a voluntariedade como essência dos institutos consensuais (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 198).

A conciliação e a mediação são ferramentas as quais podem trazer uma maior satisfação das partes no ato de pôr fim ao litígio não se discute: eis que são os envolvidos no litígios que devem construir a decisão que entenderem mais convenientes, chegando-se até o consenso. Contudo, é inegável que os meios autocompositivos são tão mais efetivos quanto é o interesse dos litigantes em chegar a uma solução para a controvérsia. De modo que impor aos interessados a submissão do litígio à audiência mediatória ou conciliatória quando uma das partes revelou não haver interesse na solução consensual é desvirtuar o próprio sentido da autonomia da vontade, frustrando as expectativas que se podem criar em relação a tais procedimentos, em vista que a premissa para o acordo a vontade mútua de pacificar é melhor que a obrigação imposta legalmente.

Por tais razões, a melhor interpretação que se desenha no contexto de expansão dos meios autocompositivos de apreciação de controvérsias a ser extraído do art. 334, §4º, I é o decorrente da interpretação sob a perspectiva da autonomia da

vontade das partes como essência dos mecanismos consensuais, no sentido de que ninguém será compelido a participar ou permanecer em procedimento de mediação ou de conciliação.

De qualquer forma, o fato é que esses métodos alternativos como a mediação, conciliação e a arbitragem passaram a ser, nos últimos anos, muito difundidos pelos estudiosos do tema e alcançou destaque na redação no código de processo civil. Esses avanços são decorrentes de uma busca constante por um modelo de pacificação social que desonere a jurisdição, tendo em vista a claudicante situação do poder judiciário enquanto local tradicional de distribuição da justiça, o que torna cada vez mais frenética a aposta em mecanismos autocompositivos para a apreciação de controvérsias.

Por fim, outro aspecto que merece ser salientado é o fato de que o legislador não fez qualquer distinção entre as decisões alcançadas no processo, visto que a autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença (art. 334, §11º), tornando-se título judicial (art. 515, II e III), em idêntica paridade com a decisão que eventualmente seria proferida pelo juiz no processo. Tal qual a sentença judicial, a autocomposição obtida e posterior homologada pode ter seu cumprimento forçado solicitado por qualquer dos interessados, eis que revestida de executoriedade.

3.4. Uma introdução ao estudo dos princípios e regras vigentes no ordenamento jurídico

Uma breve introdução acerca dos princípios jurídicos é de grande importância, visto que o problema científico apresentado desde o tema e o título pretende analisar os precedentes judiciais vinculantes como forma de garantir o princípio da segurança jurídica.

Essa introdução entre a noção básica de princípios necessita ser acompanhada também de uma distinção primária entre os princípios e regras, visto que essas duas espécies se relacionam em todo o ordenamento jurídico. Os princípios jurídicos e as regras fazem parte de um mesmo gênero: as normas jurídicas. Ambas as espécies são enquadradas como normas jurídicas porque prescrevem o que deve ser com expressões do dever, da permissão ou da proibição (ALEXY, 2008).

As regras são “proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (*all or nothing*). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo

direto e automático, produzindo seus efeitos” (BARROSO, 2004, p. 328). Essas regras precisam de um conteúdo bem delimitado, que se permita a aplicação de caráter imediato, caso haja a subsunção. Desse modo, quando se há, geralmente, um conflito entre duas regras, uma delas deve ser retirada do ordenamento jurídico para que a outra prevaleça a fim de que de um mesmo fato não decorram resultados contraditórios entre si.

Já os princípios, no seu turno, não são novidades implementadas exclusivamente pelo pós-positivismo, uma vez que sua presença já era notada, por exemplo, no preceito de respeito ao próximo dentro da tradição judaico-cristã e no princípio da não contradição da filosofia grega, formulado por Aristóteles. Todavia, mesmo presentes desde longa data, os princípios eram vistos apenas como vetores de observação facultativa e somente vieram a ter sua normatividade reconhecida a partir do pós-positivismo (BARROSO, 2004). Segundo Ávila:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2009, p. 78-79).

Devido a essa natureza mais flexível ou maleável, quando há esse conflito entre os princípios, deve-se ter uma solução através de uma ponderação entre os bens e os interesses baseados no caso concreto, o que resultará na predominância de um em face do outro (ALEXY, 2008). Porém, mesmo após um conflito, esses princípios continuam convivendo harmoniosamente no ordenamento. Logo, quando há um conflito entre os princípios, eles podem continuar convivendo conjuntamente e não será a solução a extirpação de um pelo outro, mas sim a prevalência no determinado caso.

Atualmente, pode-se falar entre os autores em um *Estado Principiológico*, dada a importância que esses princípios jurídicos assumiram nos últimos tempos (ALVES, 2003, p. 4). Porém foi deixado de lado a concepção de que eles possuem uma função programática, mas não concreta. Contudo, por causa de sua valorização, a vulgarização deles se tornou uma realidade, pois eles passam a ser invocados por qualquer motivo, muitas vezes carecendo de quaisquer fundamentos (ÁVILA, 2009).

Por essa razão, ao lado das regras, esses mandamentos de otimização servem para que o ordenamento jurídico tenham uma maior oxigenação, que possibilita o

desenvolvimento ao logo do tempo evitando que esse ordenamento fique engessado. Sobre o tema Barroso tem uma lição importante:

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete. (BARROSO, 2004, p. 25).

Em razão dessa relevância e destaque conferidos aos princípios jurídicos e de sua utilidade para garantir a unidade e também a sobrevivência do ordenamento, a Constituição Federal trouxe um grande arcabouço de princípios processuais, o que ficou chamado como constitucionalização do processo civil. Logo, há uma estreita e íntima relação entre o Direito Processual e o Direito Constitucional, visto que este fixa aquele as linhas essenciais, quanto ao direito de ação e de defesa, bem como ao exercício da jurisdição como uma função soberana e indelegável ao Estado (TEIXEIRA, 1989, p. 78).

Bem como pela superioridade que a Constituição possui em face de todo o ordenamento jurídico, ela serve para balizar qualquer interpretação e aplicação do processo civil, obtendo dele a sua máxima eficácia. Lucon explica:

Exige-se, sempre com uma visão crítica de todo o ordenamento jurídico que as regras relacionadas com o processo subordinem-se às normas constitucionais de caráter amplo e hierarquicamente superiores. O respeito aos preceitos constitucionais torna-se premissa ética na aplicação do direito processual. (LUCON, 1999, p. 91-92).

Nessa nova base permeadas de regras e princípios, surgem o direito processual constitucional e o direito constitucional processual. O primeiro consiste em um conjunto de normas jurídicas, as quais regulam o procedimento para a solução das questões uma vez submetidas ao Tribunal Constitucional, ao passo que para o direito constitucional processual é externalizado pelos princípios e regras positivos na Constituição (CANOTILHO, 2003). Exemplificando, os princípios do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, previstos respectivamente no art. 5º, XXXV e LIV da CF/88 expressam um direito constitucional processual. Já em contrapartida, as

normas do art. 102, 103 e 103-A da CF/88 disciplinam a atuação do STF no ordenamento jurídico, logo se referem a um direito constitucional processual (NERY JÚNIOR, 2009; SIQUEIRA, JÚNIOR, 2011).

3.5. O princípio da segurança jurídica e as demais facetas no ordenamento jurídico brasileiro

A ideia de buscar uma segurança é uma ideia aspirada pelos seres humanos para que se tenha parâmetros sólidos de modo a desenvolver regularmente as suas atividades, sem que haja uma instabilidade repentina. Uma frase de Canotilho exprime bem isso: “o homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida” (CANOTILHO, 2003, p. 965-966). Logo, é desse desejo eminentemente humano que surge o princípio da segurança jurídica.

A grande problemática de se conceituar princípios é recorrer ao emprego de termos vazios, sem o devido tratamento metodológico, bem como quais as diretrizes que levaram o autor a preenchê-lo com esse ou este conceitos. Porém, em termos gerais, Ávila em sua obra define o princípio da segurança jurídica como sendo a “prescrição, dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade” (ÁVILA, 2011, p. 112). Consequentemente, o que se pode perceber desse pequeno trecho é que o autor frisou a faceta da previsibilidade referente à segurança jurídica e o respeito ao princípio da boa-fé.

Porém, esse autor também insinua que se deve examinar a segurança jurídica com base em três acepções distintas: fato, valor ou norma-princípio (ÁVILA, 2011). Uma proposta que tem por escopo resolver uma vagueza do conceito e tentar aclarar um pouco mais o substrato do referido princípio.

Uma vez sendo fato, essa segurança é exprimida pela possibilidade do indivíduo de conseguir prever, concretamente, quais resultados jurídicos serão decorrentes dos fatos ou comportamentos. Logo, a segurança jurídica nesse aspecto está pautada no aspecto da previsibilidade das relações.

Por segundo turno, a segurança jurídica como valor é baseada em um ideal a ser almejado por determinada sociedade em razão de influências políticas, históricas, econômicas ou sociais.

Por sua vez, a segurança jurídica como norma-princípio denota um *juízo prescritivo a respeito daquilo que deve ser buscado de acordo com determinado ordenamento jurídico*” (ÁVILA, 2011, p. 109, grifos nossos). Nesse sentido, a própria elaboração, bem como a aplicação das normas são pautadas em uma ideia de previsibilidade, permitindo que os cidadãos antecipem os efeitos jurídicos futuros dos atos presentes (ÁVILA, 2011). Observa-se, portanto, que essa segurança jurídica visualizada como norma-princípio serve como um norte ao legislador e ao aplicador do direito, seja ele gestor ou magistrado.

Inerente ao Estado Democrático de Direito e também consagrado no art. 1º da CF/88, o princípio da segurança jurídica foi fixado expressamente no *caput* do art. 5º. Porém, tradicionalmente, esse princípio é lembrado pela tríplice composição – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – retirada da interpretação do inciso XXXVI do art. 5º da CF/88.

O direito adquirido consiste na garantia constitucional segundo a qual, preenchidos os requisitos para que se tenha o exercício regular, um direito incorpora-se ao patrimônio do seu titular (CUNHA JÚNIOR, 2012). A partir do momento que é exercido regularmente o direito, no caso de se cumprir as condições necessárias para o gozo do direito, ele poderá continuar a exercê-lo mesmo que posteriormente haja mudanças legislativas ou constitucionais que provoquem sua alteração ou extinção.

A garantia do ato jurídico perfeito, por sua vez, serve para resguardar os atos ou negócios jurídicos praticados em consonância com a ordem jurídica existente no momento de sua formação (CUNHA JÚNIOR, 2012). Por seu turno, a segurança jurídica ajuda na manutenção dos atos e negócios praticados validamente no momento de sua de sua edição ou celebração, de modo a evitar surpresas com uma eventual mudança legislativa.

Por fim, a coisa julgada é uma garantia constitucional em que se torna imutável uma decisão judicial, isto é, “a coisa julgada é a imutabilidade de norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p. 408). Nessa esteira, o legislador constituinte estabeleceu

um marco de segurança no processo civil, evitando que as questões sejam constantemente rediscutidas, o que gera instabilidade nas relações sociais.

Normalmente, essa concepção de coisa julgada é subdividida em duas facetas: a primeira é formal e a segunda é material. A primeira compreende a não modificação da decisão judicial em relação ao próprio processo em que foi prolatada, não havendo mais recursos disponíveis capazes de mudar a decisão. A coisa julgada material é a impossibilidade de discutir a matéria objeto da decisão judicial naquele processo e em qualquer outro (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2014).

Na visão de Canotilho, a necessidade humana de segurança jurídica surge como dois princípios basilares: o princípio da segurança jurídica e o da proteção da confiança (CANOTILHO, 2003).

Esses princípios andam lado a lado, de tal modo que é possível enquadrar a proteção da confiança como um subprincípio do princípio da segurança jurídica. Nesse caso, fala-se que o princípio da segurança jurídica em sentido amplo, que tem como espécies a segurança jurídica em sentido estrito e a proteção da confiança.

Em termos gerais, a segurança jurídica em sentido estrito representa os aspectos objetivos da ordem jurídica, visando precipuamente à garantia da estabilidade jurídica, ao passo que se a proteção da confiança se concretiza com base em elementos subjetivos, principalmente a previsibilidade dos indivíduos em relação aos atos do poder público.

Em suma, o princípio da segurança jurídica impõe o respeito às relações jurídicas já constituídas e a obrigação de antecipar os efeitos das decisões que interferirão no plano individual ou coletivo.

3.6. A vinculação do precedente judicial e o princípio da segurança jurídica

O sistema jurídico brasileiro passa por uma mudança profunda, visto que importa institutos do *common law*, porém isso não se mostrou suficiente para sanar as contradições corriqueiras presenciadas nos tribunais pátrios. Uma delas é a chamada jurisprudência lotérica em que questões jurídicas idênticas são julgadas de maneira diferente (CAMBI, 2001). Logo, a procedência ou improcedência do pleito

deduzido em juízo não depende somente do direito em si, mas também de uma variável subjetiva conferida ao magistrado, que, definitivamente, tem o poder de dar ou não a prestação jurisdicional.

A discricionariedade do magistrado em interpretar as normas e aplicá-las conforme o seu juízo de consciência é uma característica que deve ser preservada, contudo, essa liberdade não pode ser tomada de maneira absoluta, consagrando e reafirmando a jurisprudência lotérica em que se afronta a segurança jurídica, bem como a própria legitimidade do exercício do poder jurisdicional (CAMBI, 2001).

Ressaltando a necessidade de se conferir uma maior solidez e uniformidade jurisprudencial, Moreira assinala:

Trata-se, pura e simplesmente, de evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídica vigente fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso a este ou àquele órgão. (MOREIRA, 2012, p. 5).

De acordo com uma releitura do princípio constitucional da segurança jurídica, nota-se que a aplicação da teoria dos precedentes à realidade brasileira, tornando vinculantes as decisões das Cortes Superiores, especialmente o STF e o STJ, passa a ser uma necessidade.

O princípio da segurança jurídica é habitualmente tratado em seu aspecto objetivo, como uma forma delineada pelo Estado para garantir um padrão de seguranças nas relações jurídicas e sociais. Contudo, esse viés tradicional não é suficiente para garantir a segurança esperada da prestação jurisdicional em si, por permitir que demandas idênticas tenham desfechos completamente distintos.

Diante desse ideal de segurança jurídica existente no contexto constitucional e também nesse quadro crítico de instabilidade e imprevisibilidade dos provimentos judiciais, observa-se a necessidade de focar em outra vertente referente à segurança jurídica, de modo a tentar instaurar a noção de previsibilidade, estabilidade e continuidade da ordem jurídica a fim de alcançar uma maior unidade e coerência do sistema brasileiro e garantir o próprio Estado Democrático de Direito (MARINONI, 2012).

Essa linha de raciocínio serve para atender às necessidades do ser humano que coloca a suas atitudes de acordo com o previsível. Nessa linha de entendimento:

É a ordem jurídica que, por corresponder a um quadro diretivo, enseja às pessoas a possibilidade de se orientarem, graças à ciência que, de antemão, lhes é dada sobre as consequências, isto é, os efeitos dos atos e relações jurídicas de que participam ou venham a participar. (MELLO, 2007, p. 329).

Uma vez exposto todos esses argumentos, a previsibilidade é uma característica fundamental para evitar surpresas e garantir o princípio da boa-fé, visto que uma vez asseguradas, os jurisdicionados poderão pautar as suas condutas de acordo com o previsto ou previsível.

É preciso consignar que a legislação em abstrato exerce o seu papel de previsibilidade, porém isso é rompido se há diversas interpretações judiciais sobre o direito material. Nesse sentido, a previsibilidade deve ser garantida pela própria decisão judicial, tendo em vista a sua relação estrita com a segurança jurídica (MARINONI, 2012).

No *common law*, a previsibilidade das decisões judiciais é inerente ao próprio sistema, seja ele judicial, arbitral ou qualquer outro modelo, uma vez que há uma verticalização dos precedentes judiciais em função do instituto do *stare decisis*, conferindo maior segurança jurídica. Nesse sentido Marinoni:

O advogado de *common law* tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no *civil law*, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode – conforme o juiz sorteado para analisar o caso – ser interpretada em seu favor ou não. (MARINONI, 2012, p. 562).

Observa-se que apesar de ser uma garantia fundamental prevista na Constituição, a segurança jurídica não vem sendo garantida de forma plena, uma vez que o sistema atual possibilita uma diversidade de decisões sobre a mesma matéria. Critica-se essa ausência de uniformização da jurisprudência no direito brasileiro:

Assim se compromete a unidade do direito – que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução *homogênea* da jurisprudência dos vários tribunais – e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia jurisdicional (MOREIRA, 2012, p.5).

Ao lado da previsibilidade, coloca-se também um outro aspecto que é a estabilidade inerente à segurança jurídica. Esse fator é considerado um aspecto

objetivo da segurança jurídica, pauta-se na continuidade do ordenamento jurídico. Essa estabilidade não deve ser assegurada por meio, apenas, da legislação. Mas também com relação aos precedentes judiciais, visto que de nada adianta ter inúmeras decisões judiciais em sentidos diversos, instaurando um caos e insegurança no sistema.

A estabilidade é uma característica que dá uma maior durabilidade às decisões judiciais, permitindo que os jurisdicionados tenham mais confiança no Poder Judiciário e se sintam mais confortáveis e seguros em suas relações sociais e jurídicas (PEIXOTO, 2015).

Por se tratar de um ato de poder, a decisão precisa de um mínimo de estabilidade para não perder a sua credibilidade perante a sociedade e os demais órgãos do Poder Judiciário, de modo a impedir que o juiz e o órgão judicial respeitem o que já fizeram e as orientações fixadas pelos tribunais superiores acerca da interpretação dada uma lei ou da qualificação jurídica da situação.

Essa vinculação que alcança o poder judiciário, seja no duplo efeito vertical – de uma forma que o precedente se estabeleça das cortes superiores até os órgãos de piso – ou horizontal – quando se estabelece o respeito aos precedentes dentro do mesmo órgão prolator da decisão examinada –, também deverá ter uma eficácia trans-sistêmica não só alcançando os órgãos do poder judiciário, como também alcançando os órgãos do sistema arbitral. O sistema multiportas como visto no início desse capítulo é um mecanismo de resolução de conflitos em que devem ser harmônicos visando a preservar essa segurança jurídica. Ele não pode dar acesso a todas as portas e essas portas levarem à resultados distintos, sob a ótica do mesmo ordenamento jurídico. Por isso, que preservando essa unidade do sistema, as diversas formas de resultado do conflito devem chegar se não ao mesmo resultado, pelo menos justificando os resultados distintos. Não é possível de acordo com a segurança jurídica que se há um precedente desfavorável expressamente acordado pelos tribunais superiores, o indivíduo utilize o caminho da arbitragem afim de burlar esse precedente e obter um resultado distinto e favorável.

4. O PRECEDENTE JUDICIAL, ENTRE A OBSERVÂNCIA OU SUPERAÇÃO, COMO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO ARBITRAL

4.1. A jurisprudência como uma das fontes do direito

4.1.1. Uma codificação versus descodificação e outros microssistemas

O Renascimento, bem como o iluminismo tiveram uma importância ímpar na formação do direito romano-germânico. O desabrochar de um comércio incipiente nas cidades levou a se estabelecer um sistema coeso de normas que proporcionassem a todos os habitantes uma ordem segura. (DAVID, 1996, p. 31).

A partir do momento que o absolutismo entrou em voga, bem como com a sua tendência à centralização do poder, os interesses dos juristas em buscarem o direito nas exegeses dos jurisconsultos romanos ficou demasiadamente superado. Logo, os códigos que passaram a refletir os grandes ideais iluministas afastando aos poucos e continuamente os cidadãos de suas antigas tradições, instigando-os a buscar novas formas de se viver, principalmente, advinda da consolidação dos estados-nação. Assim, os primeiros ramos nascentes foram o direito civil e o comercial.

Colocar as expectativas em códigos, letras, palavras foi a fórmula encontrada à época para que os cidadãos sentissem um sentimento maior de segurança jurídica e igualdade, a qual não era capaz de proporcionar a fragmentação do direito.

De acordo com a ordem cronológica, as compilações foram as primeiras a surgirem, bem antes dos códigos. Essas compilações não passam apenas de meras consolidações dos textos legislativos. Consultando Mário Luiz Delgado, assegura-se que os conteúdos e as estruturas que diferenciam as compilações, codificações e consolidações uns dos outros. Isso porque na condensação, que é um gênero dessa espécie, há a finalidade de se agruparem em um único local uma série de textos legislativos, princípios e normas (DELGADO, 2011, p. 24).

O mais simples dos processos é a compilação, conforme já dito anteriormente. No que tange ao conteúdo dos textos compilados, o compilador não os altera e tão pouco interfere em sua elaboração. Um ótimo exemplo seria o *vade mecum* (DELGADO, 2011, p. 51).

A consolidação, obra do Estado, tem o escopo básico de expurgar do ordenamento jurídico as normas revogadas, assim se tem uma nova regulação jurídica. Discorrendo sobre a relação entre o direito moderno e a codificação, por exemplo, Roberto Senise adverte que essa expressão “código”, advém do latim *caudex* (caule de árvore) e por si só revela o sentido de estabilidade e imobilismo que se pretendia oferecer regulando as relações sociais (LISBOA, 2003, p. 87).

Para que se tenha um processo de codificação não basta que as normas estejam pura e simplesmente sistematizadas. Isso pode ocorrer, por exemplo, em uma consolidação de textos legais. Mas importa que os enunciados normativos representem não só uma unidade, mas também disponham sobre um ramo do direito, através de uma linguagem atual e renovadora. Esse processo de codificação reproduz assim uma ruptura com o passado, um aspecto que falta e muito na consolidação (DELGADO, 2011, p. 260).

A conceituação moderna de código diverge fundamentalmente, segundo Mário Luiz Delgado, da visão oitocentista que enxergava o código como o centro gravitacional do direito privado, logo seria um corpo legislativo monolítico e também completo e irrompível (DELGADO, 2011, p. 42). Isso significa que os códigos atuais não se encaixam mais em uma visão tacanha e pequena de autossuficiência, bem como desprovemento de lacunas. O código atual visa a assegurar a coerência interna do sistema, determinando-se as linhas mestras e condutoras, mas também se revela aberto a outros sistemas em uma relação de interdependência.

Segundo Claus Wilhelm Canaris, a visão oitocentista de código tinha por base 3 premissas: a) A unificação das fontes; b) a busca por um sistema racional; c) adaptação dos institutos a novas realidades. A unificação das fontes era um problema particularmente grave na França em que era dividida em uma zona norte, proeminentemente costumeira, e uma zona sul predominante do direito escrito. A busca por uma sistemática racional corresponde a necessidade de encontrar uma ordem para a compreensão ou aprendizagem do direito (CANARIS, 2002, p. 86-87).

Em abreviada síntese, o autor Lorenzetti distingue as características históricas e marcantes dos códigos e compilações. Os primeiros geravam uma segurança jurídica, visto que havia uma sequência ordenada de artigos, já as compilações não traziam essa segurança, visto que era impossível saber quais disposições estariam

em vigor no momento da consulta. Em outro aspecto, as compilações por representarem esse conjunto de normas jurídicas é de difícil entendimento por parte do cidadão comum. Já os códigos são de fácil entendimento, pois foram pensados em servirem de guia ou instrumento comportamental da população (LORENZETTI, 2010, p. 42).

O envelhecimento dos códigos ou o fenômeno da descodificação é um fenômeno que reconhece cada vez mais por parte da doutrina que os códigos não foram unguídos com o poder de autossuficiência o bastante como se imaginava a ponto de o aplicador do direito não precisar de outras fontes como guia. Acontece um fenômeno histórico e mundial de cada vez mais o direito passa a pertencer à jurisprudência dos tribunais, como reflexo da postura criativa dos magistrados. Um dos grandes exemplos é que os debates enfrentados pelos Ministros do STF são baseados em tratados internacionais ou mesmo jurisprudências oriundas de estados alienígenas (DAVID, 1996, p. 53-54).

É bom nesta altura demonstrar e salientar que a descodificação não é um fenômeno restrito ao direito civil. Mas também essas manifestações ocorreram no âmbito processual.

No que tange especificamente ao direito processual civil, Marinoni dispõe que “de conotação liberal clássica, deveria bastar um procedimento para atender as todas as posições sociais e a todo e qualquer direito” (MARINONI, 2010, p. 151). Desse modo, uma série de situações carentes de tutela surgiram e assim foram criados diversos procedimentos especiais e inclusive procedimentos ainda não regulados pela legislação pátria. Assim, esse novo panorama serve para mostrar o quanto a importância dos códigos foi redimensionada.

4.1.2. As cláusulas gerais e a importância do precedente

O local em que as leis são claras, seguras e sistematicamente organizadas em um único instrumento legislativo ruiu e gerou uma crise do direito. Logo, surge uma necessidade de adequar as leis a uma nova estrutura social.

Uma nova sociedade que não mais se satisfaz com a pretensa proposta legislativa de uma visão apoiada exclusivamente nos códigos. Consequentemente, a cláusula geral foi o instrumento encontrado pelo legislador para propiciar a transposição para o interior do sistema jurídico de princípios valorativos, máximas de condutas, bem como *standards* comportamentais, visando dar flexibilidade normativa suficiente para que o magistrado tivesse condições de encontrar a solução adequada ao caso concreto (MARTINS-COSTA, 1998, p. 274).

Essa técnica legislativa pressupõe um padrão de abertura de sentido em que o legislador não pretende resolver os problemas precipuamente antes da decisão do judiciário. Não há o oferecimento da previsão legislativa, visto que toda a ciência, bem como o direito, tem incapacidade de prever todas as situações a serem devidamente tuteladas. Desse modo, através dessa técnica é dada oportunidade ao poder judiciário de progressivamente edificar, pela intervenção dos precedentes, a norma jurídica aplicável ao caso concreto. O doutrinador Humberto Ávila demonstra qual o escopo fundamental das cláusulas gerais:

É a abertura aos usos e costumes externos existentes no meio social, de modo a consolidar essa técnica legislativa como instrumento do *pluralismo normativo (ou de fontes)* e de valores: a abertura do sistema envia o aplicador, a normas sociais extralegislativas, uniformemente aceitas (sociais, religiosas, profissionais, éticas, comerciais, etc.), de modo a dividir a *competência normativa* entre o parlamento e aqueles que são chamados a concretizar as normas; (ÁVILA, 1997, p. 432).

Essa alteração no processo de produção dos textos legislativos ganhou força na segunda metade do século XX, tornando-se a principal opção de técnica legislativa aceita pelos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro. Esse foi um vetor que transformou o raciocínio e a argumentação do magistrado. Nesse caso, o magistrado despedido de ser o “boca da lei” se tornou em um ator político. A norma não é somente elaborada pelo poder legislativo, mas sim ao juiz foi conferida a possibilidade de participar diretamente nessa organização legislativa.

Esses textos legislativos que elaborados conforme as cláusulas gerais não prescrevem uma conduta. Ávila denomina essa cláusulas gerais como também regras condicionadas, visto que elas dependem do fato concreto para determinar o seu conteúdo. Por isso há uma proposital vagueza, visto que a norma pretende ter um conteúdo axiológico preenchido pelos magistrados.

Didier Jr. tem um conceito sobre cláusulas gerais que corresponde “uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado” (DIDIER JR, 2015, p. 2).

A partir do momento que se trabalha com as regras de composição semântica aberta, o magistrado cria a norma jurídica aplicável ao caso. Se no processo de subsunção, o juiz pouco se dá a perceber o que se está a sua volta, já no caso de estabelecer os precedentes, há a consciência sem se analisar as decisões emanadas pelos tribunais superiores. A razão desse novo comportamento é o fato de que a utilização das técnicas das cláusulas gerais em muito se aproxima do sistema do *civil law* do *common law*.

Consoante a exposição de Marinoni, “a ampliação da latitude do poder judicial com base nas cláusulas gerais não apenas exige um sistema de precedentes, como ainda reclama um aprofundamento de critérios capazes de garantir o controle das decisões judiciais” (MARINONI, 2010, p. 156).

Desse modo, se a decisão judicial passa a ser o centro do sistema jurídica, ela sendo proferida com base nas cláusulas gerais, evidentemente o princípio da segurança jurídica, conforme visto anteriormente, irá impedir que haja uma diversidade profunda na produção dessas normas, a fim de que não gere perplexidade dos jurisdicionados.

Neste ponto, duas correntes formam-se a respeito do tema da segurança jurídica na formação dos precedentes judiciais. A primeira, a qual possui a sua relevância, capitaneada por Marinoni descreve que os precedentes judiciais devem ser observados nos termos do art. 489, §1, VI, CPC, assim é necessário que o dever de integridade prevaleça nas decisões judiciais e que cada decisão motive se o seu caso é faticamente amoldado ao precedente judicial. Em um resumo bastante sintético, poder-se-ia afirmar que ao caso concreto, o julgador deve observar a legislação e verificar se o caso se aplica ao precedente e fundamentar a sua decisão.

A segunda corrente, desta vez capitaneada por Dworking e Streck, esse primeiro com o conceito de “romance em cadeia” em que cada romance deve guardar correlação com o capítulo anterior. Assim, um rompimento total entre as decisões similares, ou entre os capítulos do romance, somente é possível mediante uma carga argumentativa extrema que justifique as peculiaridades do caso concreto. O direito

como integridade, na visão desse autor, significa que se deve considerar o passado para as decisões futuras como uma adequação linear com vistas a produzir uma melhor decisão no futuro.

Nenhuma decisão para Dworkin estaria isoladamente produzida, mas sim fruto de princípios que lastream as decisões anteriores e servem de adequação linear para construção de uma nova decisão (FERNANDES, 2016).

O ônus argumentativo de uma corrente para a outra seria até maior na segunda, pois se trata do intérprete-juiz, que, ao decidir, não pode seguir uma opinião estritamente pessoal, mas deve respeitar a tradição como fator de estabilidade do direito, assim se demonstrará uma decisão de cunho intersubjetivo.

Quando Streck e Georges Abboud falam sobre essa tradição jurídica, eles descrevem da seguinte forma:

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 cria-se, aperfeiçoar-se, aplicar-se e ensinar-se o direito. (STRECK; ABOUD, 2014, p.10).

Continua Streck afirmando: uma vez que o magistrado escolhe componentes axiológicos e extralegislativos, e assim ele resgata antecipadamente valores que são compreendidos com a anterioridade. Significa que, essa valoração se dá por meio de um movimento circular denominado de pré-compreensão.

O intérprete não pode captar o conteúdo da norma desde o ponto de vista quase arquimédico situado fora da existência histórica, senão unicamente desde a concreta situação histórica na qual se encontra, cuja elaboração (maturidade) conformou seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e seus pré-juízos. O intérprete compreende o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão, que é o que vai lhe permitir contemplar a norma desde certas expectativas, fazer uma ideia do conjunto e perfilar um primeiro projeto, ainda necessitado de comprovação, correção e revisão através da progressiva aproximação à coisa por parte dos projetos em cada caso revisados com o que a unidade de sentido fica claramente fixada. Dada esta presença do pré-juízo em toda compreensão, trata-se de não se limitar a executar as antecipações da pré-compreensão, sendo, pelo contrário, consciente das mesmas e explicando-as, respondendo assim ao primeiro comando de toda interpretação: proteger-se contra o arbítrio de ideias e a estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar “para as coisas mesmas” (STRECK, 2007, p. 271).

Consequentemente, essa pré-compreensão é destinada a todos aqueles que fazem parte do ordenamento jurídico, pouco importando se são juízes ou árbitros. Logo, no processo arbitral, caso um árbitro seja chamado a se deparar com um litígio com as regras e pré-compreensões do direito brasileiro dificilmente ele estará desvinculado a esses questionamentos extrajurídicos. Esse é um processo que inibe a discricionariedade ou o arbítrio do julgador, seja ele árbitro ou juiz. Há, dessa forma, essa vinculação das duas figuras julgadoras com seus pré-juízos no instante de decidir, de criar uma norma ou de fundamentar uma decisão.

O autor Mateus Pereira argumenta que essa tradição advinda de Gadamer e outros filósofos possui ponto de apoio na forma de conhecimento da relação sujeito-objeto. Assim, a linguagem sendo anterior ao sujeito cognoscente não é possível isolá-lo do mundo, por isso, qualquer interpretação que esse faça do objeto será vinculada a todo o espectro linguístico e de tradição em que esse sujeito vive.

Qualquer pretensa limitação da experiência do conhecimento ao esquema su- jeito-objeto é fruto de uma visão simplista e reducionista. Considerando que a lingua-gem é anterior ao sujeito cognoscente e ao objeto cognoscível, sendo condição de sua própria existência, não é possível isolá-los do mundo, pois além de nosso objeto ser fruto da compreensão (enunciados de fato reconstruídos na/pela linguagem), o sujeito está “mergulhado” em uma tradição, o que inibe o solipsismo (a crença de que o sujeito poderia/deveria buscar as respostas dentro de si, conforme impres-sões que formou ao longo do procedimento por força da oralidade, julgando com base em sua consciência). É desse manancial que parte a crítica à noção de livre, pois sujeito e objeto são condicionados pela dimensão linguística em que estão inseridos (já não se fala mais em uma experiência dual, senão trial – sujeito-objeto-sujeito –, naquilo que Gadamer e Betti, partindo de premissas distintas, caracterizavam como intersubjetividade), entre outros fatores condicionantes (PEREIRA, 2017, p. 242).

Os precedentes ingressam nessa seara, pois vão servir ao magistrado/árbitro como um norte no processo de definição do sentido desses textos, cuja tipificação é praticamente inexistente. As razões de convencimento do magistrado necessitam desse profundidade vertical, bem como de uma extensão horizontal através de um procedimento amplo e pleno.

Por outro aspecto, não recai apenas no colo do magistrado a responsabilidade desse trabalho meticuloso, visto que a doutrina também exerce um papel importante e responsável na construção de uma crítica construtiva sobre o texto legal, na

formulação dessas pré-compreensões, e também da construção dos precedentes judiciais. Nesse contexto, Ávila responde:

A pré-compreensão induz o aplicador a reconhecer um certo sentido nas normas, dentre as várias possibilidades de conteúdo e dentre as várias hipóteses de combinações entre as normas. Por isso, a afirmação de LARENZ: “o intérprete está munido de uma ‘pré-compreensão’, com que penetra no texto”. Essa pré-compreensão tem especial relevo para a aplicação daquelas normas abertas cujo sentido é dado, também, por aspectos extra-sistemáticos, porque elas se referem aos contextos sociais, às situações de interesses e às estruturas das relações da vida, reguladas pelas normas jurídicas (ÁVILA, 1997, p. 440).

Por essa razão não será facilmente tolerada pela comunidade aquela decisão do juiz, ou também do árbitro que despreza o que há de consenso socialmente aceito em relação a certo *standard* de comportamento. Consequentemente, se as partes de um procedimento arbitral elegeram o objeto do litígio a ser resolvido pelas normas e regras do direito brasileiro, essas normas possuem consensos, às vezes socialmente como também jurisprudencialmente, que devem ser seguidos. Se não, ao menos refutá-los como obrigação ou dever de fundamentação da decisão.

Contudo, apesar da dissertação se filiar a segunda corrente, a primeira corrente tem a sua importância, visto que mesmo uma decisão judicial que desrespeite todo o romance em cadeia ou a linearidade histórica argumentativa se constante no art. 927 do CPC não deixaria de ser precedente judicial sendo a visão de Marinoni. Portanto, o que se pretende com este tópico não é analisar se o livre convencimento é totalmente livre ou em que grau de liberdade ele se prende aos precedentes judiciais. Mas sim considerar que o ônus argumentativo para que o juiz se desvincule do precedente judicial é grande nas duas correntes teóricas abordadas. Desse modo, seguir os precedentes judiciais significa seguir o romance em cadeia ou puramente a norma do art. 927 do CPC, porém mais do que isso, é assegurar à segurança jurídica.

4.2. O significado do termo de “jurisprudência”

Alguns autores, tais como José Rogério Cruz e Tucci (CRUZ e TUCCI, 2004, p.9) e Caio Márcio Gutterres (TARANTO, 2010, p. 5) Taranto preferem utilizar a palavra precedente em vez da palavra jurisprudência, visto que essa última possui uma plurisignificância e evita-se aplicações antagônicas.

A partir do sistema romano que o termo jurisprudência começou a ser cunhado, a partir dos editos que declaravam como seria a justiça administrativa, de modo a completá-la e também corrigi-la (CRUZ e TUCCI, 2004, p. 39). Também aos jurisconsultos cabia interpretar a lei, segundo Mancuso. Esse significado do termo jurisprudência estava associado a uma função interpretativa literal que era executada pelos jurisconsultos da época (prudentes). Esses prudentes aclaravam os termos da lei que se faziam necessários, inclusive o direito da época em sua mescla de fontes normativas não distinguia moral de religião (MANCUSO, 2001, p.10).

O termo *prudente* advém da necessidade faculdade, com sabedoria, dos jurisconsultos distinguirem o que era lei, o que era moral, dessas também com a religião e com isso auxiliar o como proceder diante das situações da vida. Desse modo, em Roma, o dizer o direito (*juris + prudentia*) significava a atividade exercida pelos *editos* dos pretores, como da resposta fornecida pelos prudentes (MANCUSO, 2001, p. 11).

Após esse período inicial de autonomia da jurisprudência, o imperador Adriano determinou que caso aparecesse algum caso polêmico, os magistrados estavam autorizados, dentre os principais jurisconsultos, a escolher aqueles que apresentavam as melhores opiniões sobre as questões discutidas. Era permitido até, em um segundo momento de evolução, seguir uma ordem hierárquica de preferência das obras dos jurisconsultos. Posteriormente e por um breve momento, ficou a cargo do imperador a tarefa exclusiva de interpretar a lei. Apenas no período da Idade Média, voltou-se a ter notícia de que os órgãos judiciários procuravam demonstrar o alcance da regra e sentir o sentido de aclarar a norma (MAXIMILIANO, 1991, p. 145).

A partir do momento que houve a derrocada do Império Romano, formou-se basicamente dois sistemas com maior ou menor importância da jurisprudência: um deles calçado nos códigos e o outro focado na força dos precedentes. Porém, ambos advindo do mesmo origem comum notadamente no direito romano. Na opinião de Eduardo Parente afirma-se: “esse panorama histórico serve para demonstrar que sempre houve, em maior ou menor grau, obrigatoriedade ou mesmo forte influência da jurisprudência na realidade jurídica” (PARENTE, 2006, p. 5).

A primeira pergunta que fica é a seguinte: as decisões uniformes de primeiro grau configuram “jurisprudência”? A doutrina não associa o termo jurisprudência às

decisões que se encontram na base da pirâmide estrutural do Poder Judiciário. Nesse sentido, pode-se até chamar a decisão do juízo de primeiro grau de precedente (ou, no conjunto, quando reiteradas, de precedentes), mas não de jurisprudência – mesmo que, sendo várias, reflitam a mesma linha de pensamento (MARINONI, 2010, p. 215).

Para evitar confusões, sempre prejudiciais no terreno científico, parece preferível só chamar *jurisprudência* ao uniforme e constante pronunciamento sobre uma questão de Direito, da *parte dos tribunais*; e simples *precedentes*, às deliberações das câmaras legislativas e às decisões isoladas dos magistrados (MAXIMILIANO, 1991, p. 153).

Porém, pode-se ver adiante que essa posição é mais flexibilizada de acordo com o contexto em que a decisão única daquele tribunal se revela.

Por fim, o conjunto de julgados dos tribunais sendo somados um ao outro pode-se considerar como jurisprudência? Ou jurisprudência é uma parte destacada da massa geral de acórdãos que corresponda a uma determinada questão reiterada e uniforme decidida pelo tribunal? Percebe-se doutrinariamente uma conceituação mais restrita para o termo como “o conjunto de decisões providas de tribunais sobre determinada matéria em sentido isonômico, reiterado e predominante” (PARENTE, 2006, p. 5).

Por conta disso, deve-se trabalhar, para o presente estudo, com a acepção mais técnica e restrita do termo jurisprudência, aquela que se designa o resultado sistemático e consistente sobre o entendimento dos juízes que compõe as cortes de justiça em relação a um tema específico.

Surge continuamente e como uma expressão do código de processo civil, a força da chamada jurisprudência dominante. Essa necessidade advém de que o legislador precisa apontar para a sociedade quais os paradigmas judiciais que servem para a configuração do direito a ser seguido por todos. É claro que tal como o conceito de jurisprudência, a expressão “jurisprudência dominante” não é permeada de objetividade, mas sim de vagueza conceitual e que necessita de um preenchimento por parte da doutrina.

Levando-se em consideração o critério cronológico, um dos primeiros trabalhos sobre o tema foi apresentado por Priscila Kei Sato. O estudo da referida doutrinadora

é interessante, pois ela realizou uma análise por base dos diversos tribunais, então no ápice dos tribunais há o Supremo Tribunal Federal. Nele, a expressão refletiria a existência de mais de um acórdão com a unicidade do entendimento ou decisão do pleno do STF, mesmo que não fosse unânime. Já com relação ao Superior Tribunal de Justiça, os critérios não teriam grande diferenciação, porém a jurisprudência dominante não é formada pelo pleno do STJ, pois esse pleno apenas restaria delegada as funções administrativas, mas sim pelas decisões das cortes especiais. Por fim, com relação aos tribunais locais, esses tribunais adotam outros critérios, visto que como há uma pluralidade de tribunais, é difícil elencar um único critério (SATO, 2000, p. 579 - 583).

O autor Luiz Rodrigues Wambier traz mais alguns critérios a esse conceito trazido por Priscila Kei Sato que são: *tempo* e *espaço*. O espaço é delimitado pelo critério da competência, por exemplo, com relação aos temas federais, a competência determinada para dar a última palavra sobre esses temas é do Superior Tribunal de Justiça. Não é da competência dos tribunais estaduais, tão pouco dos tribunais distritais e regionais federais. Com relação ao aspecto temporal é fundamental estabelecer um limite temporal, visto que uma decisão “X” pode ser preponderante no espectro de 2 anos, porém se ampliado esse marco para 5, 8 ou até 10 anos, ela se torna minoritária (WAMBIER, 2000, p. 83-85).

De acordo com esse último critério, é possível ter um número jurisprudencial elevado de decisões judiciais que não correspondam mais ao entendimento da Corte onde ocorreu a mudança paradigmática.

O autor Sérgio Cruz Arenhart elabora uma definição curiosa como se a jurisprudência dominante fosse um incidente mal sucedido de uniformização da jurisprudência. Para esse autor, não sendo possível no incidente de uniformização atingir-se o número de votos necessários para se produzir um enunciado, não se estaria diante de uma súmula, mas sim de uma jurisprudência dominante (ARENHART, 2011, p. 49).

Percebe-se que esse conceito restrito de jurisprudência dominante é equivocado, visto que do ponto de vista prático muitas divergências jurisprudenciais não chegam a ser alvo do referido incidente. Outro ponto é que no CPC estabeleceu-se de forma expressa no art. 926 que os tribunais devem uniformizar a sua

jurisprudência, de forma a mantê-la estável, íntegra e coerente. Ou seja, os tribunais não devem permitir essa divergência interna sobre as questões jurídicas idênticas como se cada juiz ou desembargador não fizesse parte de um sistema muito maior. Desse modo, é incabível aceitar que a jurisprudência dominante seria restrita aos insucessos de tentativa de sumular algum entendimento ou de obter essa estabilidade, quando o próprio código civil busca manter a integridade acima de qualquer posicionamento pessoal do magistrado.

Diante desse imbróglio jurídico sobre um conceito acertado, e também consciente de que não existe um conceito completamente perfeito, é preferível adotar o posicionamento de Fabiano Carvalho que em sua defesa alega a jurisprudência dominante como um relacionamento de “autoridade” e “poder”, visto que dominante é aquela decisão que influencia e exerce domínio sobre outras decisões. Dentro do ponto de vista de pré-compreensão adotado por Lênio em que dentre as várias pré-compreensões, uma foi erigida a mais “correta” e que razoavelmente se sobrepõe as demais influenciando-as (CARVALHO, 2008, p. 127).

4.3. A jurisprudência como fonte do direito

Responder qual seria a fonte do direito de maneira Kelseniana seria apontar a norma fundamental como fonte do direito (KELSEN, 2000, p. 192).

Contudo, essa posição kelseniana admite algumas ponderações, visto que a expressão *fonte do direito* tem um caráter não-jurídico, pois representa também as ideias de natureza política ou moral que servem para influenciar o norte que o legislador irá seguir na construção da norma positiva. É óbvio, que essas fontes não-jurídicas ou materiais, não possuem qualquer obrigatoriedade. Elas são apenas opções pelas quais o legislador pode querer levar em consideração ou não.

Nesse cenário que a jurisprudência adota relevância no ordenamento pátrio. Alguns juristas não admitem a jurisprudência como fonte do direito. Tercio Ferraz demonstra que são variadas as razões pelas quais uma parte da doutrina nega à jurisprudência como fonte do direito. Entre elas está a histórica diferenciação entre o *civil law* e o *common law*. Enquanto o *common law* buscou sustentação em regras não legislativas, mas nos princípios conectados do bom senso e à justiça, o sistema do

civil law, caracterizou-se pelo apego aos dispositivos de lei, caracterizando uma desvinculação: i) dos juízes inferiores com os tribunais superiores em termos de decisões; ii) dos juízes em relação aos seus pares; iii) dos tribunais com relação as próprias decisões (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 210-211).

Com relação a natureza jurídica do precedente judicial, duas teorias disputam espaço: a declarativa e a constitutiva. A primeira afirma que o direito preexiste à decisão judicial. Logo, o direito existe independentemente de existir ou não um decisão judicial. Quando um tribunal julga algum caso, ele está apenas declarando o direito que já existe.

Já a segunda teoria defende que o juiz, a partir do momento que se depara com um caso concreto, cria o direito (*judge make a law*). O principal argumento dos defensores dessa teoria é de que os tribunais ao decidirem defendem teses que se quer foram ventiladas anteriormente (SOUZA, 2008, p. 41).

Esse trabalho se filia a segunda corrente, inclusive sendo majoritária, no âmbito da doutrina e dos tribunais. Já que esse entendimento predominante entende que a jurisprudência é fruto de uma atividade criativa do magistrado, diante dos contextos sociais, e ela serve como fonte do direito em que se embasam outras decisões (TEIXEIRA, 1981, p. 20).

A partir do momento em que os juízes vão se desprendendo dos enunciados legais – ou porque o desejo do legislador foi esse quando optou pela redação de dispositivos repleto de conceitos indeterminados ou porque a própria norma precisa de uma adequação com relação a realidade social – o papel criador da jurisprudência vai se tornando evidente.

Em outro giro, a complexidade e a diversidade das atividades do homem na sociedade mais que impossibilitam uma formação de textos legislativos capazes de abarcar todas as hipóteses com que se deparavam os magistrados no seu ofício.

Mesmo naqueles países em que há uma tradição do ramo histórico do *civil law* (Áustria, Alemanha, Itália, v.g.), Eduardo Parente traz um estudo em seu livro demonstrando que nada obstante as leis e códigos desses países demonstrarem que as decisões judiciais não possuem força de lei, há o aumento gradativo do respeito natural às orientações das cortes superiores (PARENTE, 2006, p. 11-13).

Isso representa que não apenas nos países de *common law*, bem como nos países de origem *civil law* há uma preocupação de que a jurisprudência, dela advindo os precedentes judiciais estejam como fontes do ordenamento jurídico. O trabalho criativo relacionado ao poder de decidir perpassa não apenas a análise dura e seca da lei, mas também das decisões dos juízes inferiores, dos seus pares se o magistrado estiver em um órgão colegiado, bem como dos juízes inferiores e de outras nações. Essa complexidade de decisões fazem parte do ordenamento jurídico, nela encontramos umas com maior ou menor grau vinculativo, porém todas precisam de um esforço mínimo de argumentação e observância para que o juiz diga as partes porque não se aplica a tese “X” ou “Y” ventiladas no processo.

4.4. Princípio da motivação das decisões judiciais, precedentes judiciais, ônus argumentativo mínimo e os efeitos decorrentes da vinculação

Uma polêmica foi estabelecida acerca do sistema brasileiro de precedentes, ela diz respeito ao art. 927 do CPC, seu alcance, bem como significado. O artigo em seu *caput* utiliza a expressão “observarão”, em seguida transcreve uma série de decisões que deverão ser observadas pelos tribunais e juízes nacionais, dentre elas: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O art. 928 complementa que para fins do artigo anterior, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida por incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinários repetitivos.

Quando se observar o dever de fundamentação das decisões judiciais, o legislador forneceu uma série de hipóteses no art. 489, §1º do CPC em que não ser considerada fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela acórdão, sentença ou decisão interlocutória. No inciso V dispõe que não se considera fundamentada a

decisão judicial “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”. O juiz, bem como o árbitro decorrente do fato de ser juiz de fato e de direito conforme a lei de arbitragem, possuem o dever de justificar racionalmente a decisão judicial com todos os requisitos do §1º do art. 489 do CPC.

Essa vinculabilidade ao sistema de precedentes principalmente como conteúdo obrigatório das decisões judiciais e arbitrais, por conseguinte, possui três níveis ou graus distintos de obrigatoriedade como explica Maranhão:

- a) Um nível forte ou máximo, que é a situação onde, diante do desrespeito ao precedente, cabe reclamação à corte de vértice simultânea com o recurso ordinário. Nessa hipótese entram os casos de desobediência a súmula vinculante ou à decisão proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade.
- b) Um nível de vinculatividade média, onde só cabe a reclamação à corte emissora do precedente vinculante após exauridos os recursos ordinários. É o caso de desobediência a decisão proferida em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou repercussão geral.
- c) Um grau “fraco” ou mínimo de vinculatividade onde a desobediência ao precedente não gera oportunidade de reclamação à corte que o emitiu. É o caso da recusa à obediência de súmula persuasiva, isto é, não vinculante (MARANHÃO, 2016).

O grau de vinculabilidade da decisão arbitral frente aos precedentes judiciais é de natureza fraca ou mínima, visto que o recurso da reclamação constitucional pressupõe um descumprimento de hierarquia que o árbitro não está submetido. Isso envolve a natureza jurídica da arbitragem, bem como a posição do árbitro perante o organograma do judiciário.

Pedro Gonçalves leciona que a jurisdição arbitral possui como visto anteriormente natureza consensual e privada, logo os juízos arbitrais não são tribunais iguais aos Estados, visto que eles não estão integrados na organização judiciária/estatal. Por essa razão, os árbitros não são juízes de carreira, bem como não estão sujeitos ao estatuto da magistratura e não são nomeados pelo Poder Público (GONÇALVES, 2005).

Essa característica privada a justiça arbitral somente serve para que não seja aplicada a reclamação constitucional, porém, é possível que as partes façam a

correição da decisão arbitral que não considera algum precedente judicial em sua fundamentação do art. 32, IV – For proferida fora dos limites da convenção de arbitragem da lei n. 9.307//96. Se a convenção de arbitragem estabelece como pressuposto o ordenamento jurídico brasileiro, considerando como visto anteriormente que a jurisprudência, bem como os precedentes são fontes do direito, cabe ao árbitro analisados para fins de integridade do direito na concepção dworkiana.

Não é coerente afirmar que o árbitro possui a plena liberdade para ignorar decisões interpretativas do STF e suas súmulas vinculantes, bem como os precedentes, principalmente, por que esses provimentos veiculam questões de direito constitucional e que podem gerar a anulação da decisão arbitral conforme visto anteriormente.

A concepção do direito como integridade exige do árbitro, bem como de todos os juízes e tribunais que a decisão da 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. O advogado Georges Abboud fala um pouco sobre essa integridade:

Assim, o direito como integridade consiste na reconstrução da história jurídica de uma determinada comunidade, na qual se encontram critérios contraditórios para solução dos problemas apresentados pelo caso concreto, isto é, trata-se de encontrar uma explicação para estes, bem como exigir que as distinções e determinações produzidas na lide não se façam ao acaso, senão que respondam por razões públicas e justificadas. Isso quer dizer que a atividade coativa do Estado – realizada sob o signo do direito – exige uma reposta a um conjunto coerente de princípios. 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. Porém, essa modificação adere-se à integridade do direito de modo que sua modificação exigirá o mesmo processo, em um momento subsequente. (ABBOUD, 2012, p. 8).

O autor Ronald Dworkin ensina que a perspectiva do direito como integridade implica que toda a interpretação judicial que tenha por finalidade uma descrição coerente da ordem jurídica em seu conjunto. Isso acontece, visto que em um sistema democrático toda a interpretação do direito deve levar em conta a própria democracia. Perante essa concepção do direito como integridade, inevitavelmente deverá ser reforçada a exigência da obrigatoriedade de motivação dessas decisões judiciais, isso porque altera-se profundamente a forma de se utilizar os princípios jurídicos que não

podem mais ser confrontados e solucionados por meio de algum método elencado na hermenêutica clássica. Ou seja, examinar o direito como integridade retira do intérprete qualquer possibilidade de alcançar decisões discricionárias ou arbitrárias (DWORKIN, 2003).

É importante fazer uma subdivisão, pois o termo precedente pode ser usado para se referir ao julgado vinculante como um todo (acórdão do STF em ADI, por exemplo). Porém, para fins que interessam, o juiz ou árbitro ao observar o precedente deve-se ater ao conjunto de fundamentos essenciais e majoritários que sustentam a decisão vinculante. O que se considera como precedente em sentido *estrito* ou *próprio* é a que se faz referência por dela derivar a regra de julgamento para o caso sucessivo. A *ratio decidendi* – a regra de direito que foi posta como direito fundamento da decisão sobre os fatos específicos do caso –, as razões necessárias e suficientes para a solução do problema interpretativo em questão.

A força vinculada de um julgado se restringe aos seus fundamentos, e sob a mesma condição do quadro fático do julgado paradigma a ser rigorosamente análogo ao do caso em novo julgamento. Por conseguinte, o precedente não é o julgado, mas sim as razões necessárias e suficientes para a solução do problema interpretativo em questão, bem como os argumentos essenciais que definiram a tese aplicada e foram aceitos pela maioria.

As razões de decidir do precedente é que operam a vinculação: extrai-se da *ratio decidendi*, por indução, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes. Da solução de um caso concreto (particular), extrai-se uma regra de direito que pode ser generalizada (DIDIER JR, 2008, p. 350).

Por essas razões, o respeito a um precedente significa respeitar as razões de fato e de direito que lhe serviram de base, que não podem de forma alguma ser dissociadas das circunstâncias concretas consideradas e do seu contexto. O que se pode extrair desde logo é que não tem cabimento invocar uma vinculação, caso o julgado ou a súmula fundamento da decisão não tenha similaridade das circunstâncias fáticas entre o caso precedente e o caso atual.

Nesse contexto, precisa-se distinguir a *ratio decidendi* – a regra de direito que foi posta como direito fundamento da decisão sobre os fatos específicos do caso – da *obiter dictum* – todas as afirmações e argumentações que estão contidas na

motivação da decisão, mas que não continue parte integrante do fundamento jurídico da decisão.

Obiter dictum significa “dito de passagem”, isto é, são os comentários laterais que não influem na decisão, eles são perfeitamente dispensáveis. Eles não possuem nenhuma eficácia e não podem ser invocados como precedentes nas decisões de casos subsequentes vez que não condicionaram a decisão do caso anterior. Eles não integram o precedente, tão pouco vinculam os julgamentos futuros. (TARUFFO, 2014).

A diferenciação da aplicação da lei da aplicação dos precedentes reside no fato de que na aplicação da lei ocorre o processo de subsunção da norma ao caso concreto feito pelo julgador, já na aplicação dos precedentes ocorre o processo de subsunção sedimentado pela corte emissora do precedente, cabendo ao julgador no caso futuro verificar a identidade dos elementos objetivos no caso posto com aqueles que serviram de *ratio decidendi* do precedente. Ou seja, a aplicação da lei se faz por um método lógico-dedutivo, já a aplicação dos precedentes se faz pelo método analógico.

A distinção (*distinguishing*) é para Amarin e Oerteli Jr. Uma técnica que consiste na análise crítica dos elementos que compõe a *ratio decidendi* da decisão paradigma e se caracteriza pelo confronto do caso à *ratio decidendi* do paradigma, visando a aplicar ou afastar o precedente (AMORIN; OERTLI, 2016).

Surgem-se duas conclusões para na análise entre o precedente e o caso atual se justifique a distinção e a recusa em seguir o precedente:

a) A demonstração de que o conjunto fático quando examinado no caso é distinto do que foi examinado no precedente, em algum ponto relevante. O conceito de fato relevante envolve os fatos ou os fatos presentes presente em um dos casos em cotejo e ausentes no outro, assim é capaz de justificar o enquadramento na hipótese concreta em outra categoria, ou em outra norma de direito distinta daquela materializada no precedente.

b) A demonstração de que, no caso presente, consta alguma questão de direito que não foi objeto de exame no precedente (MARANHÃO, 2016). O precedente não é gerado por um ato de vontade, mas por argumentos de princípio a serem apresentados com a devida densidade argumentativa. Caso não fosse assim, o

precedente se transforma em “um conceito sem coisa”. A força vinculante do precedente não reside no mero enunciado da súmula da jurisprudência dominante, ou no dispositivo da sentença ou acórdão. A força vinculante dos precedentes é uma decorrência do próprio princípio da igualdade, onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões. Por essa razão, ao árbitro que se depara com as mesmas circunstâncias fáticas, deve-se julgar de maneira igual afim de manter a integridade do sistema e a coerência das decisões ou fundamentar quando presentes as razões de distinção.

Por isso é que se afirma que tanto o árbitro, como o juiz devem operar a distinção e recusar a aplicação do precedente, se no caso presente surgir uma tese jurídica, ou argumento de direito, que não tenha sido examinado no acórdão paradigma ou as circunstâncias factuais sejam completamente distintas. Caso a novidade da tese jurídica se confirme, significa que a decisão paradigma não fez a radiografia argumentativa complexa, isto é, não esgotou todos os aspectos relevantes da decisão.

No que concerne a superação do precedente (chamada doutrinariamente por *overruling*), não se confunde com a primeira chamada de distinção. A distinção não nega a validade ou obrigatoriedade do precedente, por essa razão se considerarmos que um árbitro estaria vinculado por todas as razões que foram expostas e como confirmação do dever de fundamentação ao precedente, ele também estaria possibilitado, tal como juiz de direito, a realizar a distinção do caso futuro com o referido precedente. Porém, a superação é uma técnica pela qual o precedente é revogado ou superado em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação (DONIZETTI, 2015). O art. 926 do CPC determina que os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência de modo a mantê-la estável, íntegra e coerente. Logo, a superação do precedente se funda na necessidade de rever o precedente para manter a integridade e/ou coerência do sistema jurídico.

Quando o precedente carece desses atributos, os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar a sua replicabilidade (*replicability*), com o que o precedente deve ser superado. Impõe-se a superação quando precedente não reflete a congruência do

sistema, fazendo premente a sua evolução, de modo a resguardar a isonomia e a segurança jurídica (AMORIN; OERTLI, 2016).

O art. 926 elege três valores a serem defendidos: a estabilidade, a coerência e a integridade do sistema. Mas a estabilidade entrando em conflito com qualquer dos outros dois valores, estes devem prevalecer, por serem mais relevantes e úteis. Nenhum autor defenderia como prioritária a estabilidade em face do erro e da incoerência.

Apesar das decisões judiciais serem fruto de uma construção coletiva, apenas o órgão prolator do precedente judicial é capaz de realizar a superação e analisar se aquelas condições fáticas que outrora legitimaram a formação do precedente não encontram mais sustentação na sociedade. Por essa razão, os árbitros não teriam competência para realizar a superação de um precedente, assim como um juízo de primeiro grau não teria a mesma competência para realizar sobre um precedente advindo do Supremo Tribunal Federal. Desse modo, apenas restaria ao árbitro diante do seu dever de fundamentação alegar a distinção daquele precedente em face de novas questões de fato ou de direito apresentadas pelas partes.

4.5. Existe vinculação ao precedente judicial quando a arbitragem é por equidade?

Durante toda a estruturação deste trabalho, dedicou-se a dissertação a vinculabilidade do precedente judicial a arbitragem de direito. Contudo, existe uma outra tipologia da arbitragem bem menos explorada no ramo acadêmico, seja por uma pouca atenção que esse tipo de arbitragem recebe de um modo geral ou pela ausência de uma autonomia que justifique uma discussão apartada da arbitragem em geral.

De qualquer modo, este tópico tratará da arbitragem por equidade e da seguinte indagação: será que arbitragem por equidade está vinculada ao precedente judicial aplicável àquele caso concreto?

Esse tipo de arbitragem está disposta no art. 2 da lei de arbitragem, por opção do legislador brasileiro, em que a arbitragem poderia ser de direito ou de equidade. Segundo Eric Loquin (1980, p. 37-39), a arbitragem por equidade pode ser qualificada como uma renúncia das partes a eventuais direitos oriundos da aplicação da lei ao

litígio. Assim, como uma parcela doutrinária entende que o compromisso arbitral seria uma renúncia à utilização do Judiciário, também estaria a arbitragem por equidade entendida como uma renúncia ao direito de ser julgado conforme o direito positivo (VALLE, 2009, p. 58-61).

Não se trata de uma renúncia pura nos termos da doutrina civil. Em primeiro momento, é oportuno salientar que a cláusula de arbitragem é bilateral. Logo, a maioria da doutrina processualística brasileira define a renúncia como unilateral, embora existam divergências. Em segundo lugar, essa cláusula poderia ser revogada por convenção das partes, ao passo que quase a totalidade dos doutrinadores entendem que a renúncia é irrevogável.

Desse modo, como a obrigação dos árbitros de julgar conforme a lei seria um direito conferido às partes, a escolha de se julgar por equidade seria uma renúncia a tal direito. Em outra parte da obra, Loquin (1980, p. 274) situa a renúncia não apenas do direito positivo aplicado à solução da controvérsia, mas também dos próprios direitos subjetivos conferidos pelo ordenamento (VALLE, 2009, p. 62).

Outro fator interessante da renúncia é o seu caráter abstrato, não sendo considerado um negócio jurídico causal. Assim, não importa quais são os motivos que levaram as partes a renunciarem, ou mesmo em favor de quem ela possa operar. De tal modo que as partes para fazerem o tipo de opção pela arbitragem por equidade não precisam manifestar ou fundamentar a sua opção, visto que ela não é um negócio causal.

Contudo, a renúncia no sistema arbitral parece ter alguns contornos específicos em que se configura uma espécie de “renúncia bilateral”, isto é, na medida em que ambas as partes renunciam à proteção do direito positivo e só o fizeram porque a outra parte também o fez. Além disso, trata-se também de uma espécie de “renúncia condicionada”, pois a parte apenas renuncia à proteção do direito positivo porque outra proteção (a do senso de equidade dos árbitros) lhe é assegurada: renuncia-se na expectativa de receber outra coisa.

Apresentam-se duas soluções para definir/classificar a questão da cláusula de decisão por equidade. Pode-se considerar que ela está inserida dentro de um negócio jurídico bilateral complexo, bem como o fato de versar apenas sobre direitos futuros que podem ou não se materializar, confere-lhe certas características especiais não

encontráveis nas demais formas de renúncia (e tais características permitiram a revogação) ou se considera que seria uma espécie de renúncia com características especiais que vão além do conceito clássico de renúncia no direito civil atual.

Adotando-se a posição doutrinária de Loquin de que a opção feita pelas partes de uma arbitragem por equidade é uma renúncia com efeitos especiais, visto que as partes abrem mão de serem amparadas pela legislação nacional, como visto anteriormente neste trabalho, dentro do conceito de legislação nacional estão os precedentes judiciais daquele país. Por conseguinte, implicitamente, as partes estão abrindo mão de serem amparadas pelos precedentes que lhes favoreçam ou não. Desse modo, a arbitragem por equidade é uma forma mais livre de condução, se assim pode ser dito, pelo árbitro, já que quando ele utiliza a sua equidade, pode-se decidir, inclusive *contra legem*. Por fim, a resposta para a pergunta que se inicia no tópico deste capítulo é de que não estaria o árbitro vinculado ao precedente judicial editado pelos tribunais superiores, caso as partes voluntariamente optassem pela renúncia a proteção do direito nacional.

4.6. Existe vinculação ao precedente judicial quando a arbitragem é internacional baseada em normas alheias ao sistema jurídico nacional?

Essa indagação para ser respondida, cumpre-se, em primeiro lugar, verificar se existe uma dicotomia absoluta entre a arbitragem de direito e equidade na arbitragem internacional. Existem duas espécies do gênero arbitragem, a de direito e a de equidade? Essa resposta passa necessariamente pela conceituação de direito, para fins de aplicação ao mérito da disputa.

Caso se considere direito apenas o ordenamento jurídico de algum país, a resposta é não, já que a maioria da doutrina internacional aceita decisões baseadas em normas transnacionais, sejam elas princípios gerais do direito internacional ou normas oriundas da prática dos operadores do comércio internacional (cuja expressão doutrinária é a *lex mercatoria*).

A prática da arbitragem internacional mostra diversos exemplos de cláusulas em que as partes determinam a aplicação de princípios gerais, de princípios comuns aos países de origem das partes, de princípios comuns aos demais países e etc.

Caso considere-se esses princípios internacionais prevalentemente como direito, restam duas soluções classificatórias: a primeira solução é entender que a aplicação dessas regras transnacionais como uma subespécie de “arbitragem de direito” ou se considera que a arbitragem aplicando regras internacionais seriam uma terceira espécie, ao lado da arbitragem de direito ou a arbitragem por equidade.

Essa discussão tem cunho especificamente classificatório. Já que concretamente, a aplicação de princípios transnacionais parece ter sobretudo um método próprio, distinto do método utilizado na aplicação dos direitos nacionais. Fouchard, Gaillard e Goldman (ano, p. 826) dizem que esse método parece diferenciar-se da aplicação do direito nacional positivo pela obrigatoriedade de os árbitros buscarem, em fontes múltiplas e esparsas (direito comparado, jurisprudência arbitral, tratados internacionais, documentos de organizações internacionais representativas, etc.), os princípios aplicáveis e depois efetuarem a subsunção aos fatos. Há, assim, uma atividade prévia “reveladora” dos princípios a serem aplicados e que não obedece ao monopólio de fontes normalmente encontrado nos direitos nacionais. A prática mostra, ademais, que os princípios encontrados são bastante mais amplos e genéricos do que as normas estatais. Desse modo, mesmo sua aplicação aos fatos da causa permite maior espaço para uma atividade construtiva do intérprete do que a aplicação de normas mais individualizadas dos direitos nacionais (VALLE, 2009, p. 63).

A posição de renúncia dantes explicitada no que concerne a arbitragem por equidade em que as partes são livres para renunciar a proteção que o direito positivo lhes outorga. Esse caráter de abdicação parece mais claro no âmbito nacional, visto que em princípio há um direito positivo aplicável desde logo. Caso a controvérsia esteja sujeita à jurisdição estatal, há um direito aplicável determinado: ou o do próprio país ou aquele que sua lei de conflito estabelecer. Na arbitragem interna, aplica-se também em princípio o direito do país. Portanto, no âmbito nacional, as partes possuem uma espécie de “ordenamento de base”, em que seus direitos subjetivos estão previstos.

O que ocorre se as partes, em vez de seguirem esse direito “de base”, escolhem um outro direito positivo para reger sua relação? Terão renunciado aos direitos que o “ordenamento de base” lhes conferia? Mantendo-se a perspectiva proposta, parece-nos que sim: as partes abdicam dos direitos que aquele

ordenamento lhes conferiria. Imagine-se, por exemplo, que um ordenamento “de base” exija a anuência do devedor para que ocorra uma cessão de crédito. Caso as partes optem por um direito que dispensa essa anuência ao caso de cessão de crédito, então o devedor renunciou a um direito conferido pelo “ordenamento de base”. O único limite a tal renúncia parece ser a ordem pública. Também se pode concluir da mesma maneira a escolha de um direito positivo em que as partes escolham outros critérios de decisão, tais como regras corporativas ou deontológicas.

Seguindo-se essa opção da renúncia, conclui-se que ela ocorre também, em algum grau, com a escolha de lei. O “ordenamento de base” pode ser “derrogado” pela escolha de um outro ordenamento. No que concerne à arbitragem internacional, parece haver uma posição dominante sobre a sua autonomia em relação aos ordenamentos estatais, ao menos no que diz respeito ao direito de fundo. Portanto, todos os ordenamentos estatais lhes são indiferentes em um primeiro momento.

A ampla autonomia da vontade das partes para a escolha do direito aplicável é um princípio consagrado na arbitragem internacional. Em caso de ausência de escolha, normalmente cabe ao tribunal arbitral determinar o direito aplicável. Portanto, na ausência de escolha das partes, a determinação do “ordenamento base” será feita no curso da arbitragem. Além de que esse ordenamento não será necessariamente o estatal: já que os árbitros podem escolher regras transnacionais para aplicação ao mérito.

Contudo, percebe-se que mesmo se aplicando o conceito de renúncia à legislação base de Loquin, é necessário se ter limites ao poder do árbitro no juízo de equidade e tão pouco a legislação internacional poderá versar sobre tudo, deve-se ter um respeito à ordem pública.

Primeiramente, há uma dificuldade natural em conceituar a Ordem Pública como a tradução do sentimento de toda uma nação (DOLINGER, 1997); e há também outros pesquisadores, que entendem a Ordem Pública está intrínseca no sistema jurídica de um Estado soberano (GRECO FILHO, 1978), de modo que uma situação notadamente estranha à cultura jurídica, à Constituição ao interesse social e aos direitos mais basilares de um povo seria contrária à Ordem Pública.

Diante de casos extremos, é evidente que uma sentença estrangeira não será homologada, como por exemplo, a sentença que determina a entrega de pessoa fruo

de negociação ilícita de tráfico de seres humanos. Mas o entendimento sobre a violação da ordem pública se torna dificultoso, quando se está diante de questão limítrofe, decorrente de situações culturais e sociais distintas, que se admite em um país e não é permitida no Brasil. Tomemos, por exemplo, uma sentença estrangeira que condena um cidadão brasileiro ao pagamento de dívida de jogo, fruto de aposta em cassinos.

Pode-se tomar por base os entendimentos do STJ sobre violação à Ordem Pública de eventuais sentenças estrangeiras que precisem ser homologadas no país. Estabeleceu-se, assim, o seguinte rol: são normas de ordem pública as constitucionais, as processuais, as administrativas, as penais, as de organização judiciária, as fiscais, as de polícia, as que protegem os incapazes, as que tratam de organização de família, as que estabelecem condições e formalidades para certos atos e as de organização econômica (SEC 802/US, Rel. Min. José Delgado).

Consequentemente, as sentenças *judiciais* estrangeiras que contrariem tais regras, não serão homologadas no Brasil. Tão pouco poderiam ser consideradas como válidas os laudos arbitrais, seja aplicando a equidade ou normas internacionais, que violem tais regras.

Assim, dada a ampla liberdade de escolha das partes, estas têm a faculdade de escolher (i) um direito nacional; (ii) que os árbitros decidam por equidade; (iii) a aplicação de princípios do direito, usos e costumes ou regras transnacionais.

Assim, seguindo-se a mesma linha de raciocínio, por causa da arbitragem internacional existir ampla liberdade de escolha e não um direito de referência obrigatória, as partes voluntariamente ao instituírem este tipo de arbitragem estão abrindo mão/renunciando aos precedentes judiciais nacionais que poderiam ser aplicados ao caso concreto.

CONCLUSÃO

1. Enquanto não existia a intervenção do Estado para regular as relações, os conflitos eram resolvidos inicialmente pela autotutela, vencendo o mais forte, ou pela autocomposição, quando havia um consenso, posteriormente passando-se a um terceiro a decisão da controvérsia, escolhido entre os sacerdotes e anciãos.

2. No Brasil, a arbitragem esteve presente nas legislações desde as Ordenações Filipinas, adotando-se a opção voluntária das partes por meio de solucionar os conflitos, exceto no período de 1850 a 1866, quando esteve em vigor o Decreto nº 737/50 que regulamentou o processo comercial, prevendo a arbitragem necessária, qual seja aquela determinada por lei.

3. A arbitragem não está totalmente desvinculada do sistema jurisdicional, vê-se que na Roma antiga, o procedimento arbitral era um meio alternativo ao procedimento jurisdicional para os cidadãos que não eram romanos. Então, fundamentando-se historicamente associada às fundamentações doutrinárias e legais que a sentença arbitral, inclusive, é um título executivo judicial, percebe-se a similaridade entre os dois sistemas.

4. A natureza jurídica da arbitragem é mista, um misto da teoria contratualista com a teoria jurisdicional, o árbitro possui um viés de natureza jurisdicional conforme o art. 13 da lei de arbitragem.

5. O compromisso arbitral e a cláusula compromissória fazem lei entre as partes e determinam o direcionamento que o árbitro deve ter na condução do processo arbitral.

6. Caso o árbitro não cumpra o que foi estipulado no compromisso arbitral ou na cláusula compromissória, tal como motivar a sua decisão para superar o precedente ou segui-lo quando foi elegido pelas partes a legislação base nacional na qual se incluem os precedentes, então ensejará a nulidade prevista no art. 32, IV da lei de arbitragem.

7. O novo código de processo civil estimulou o uso de meios alternativos de resolução de conflitos (Alternative Dispute Resolution – ADR), dentre eles a arbitragem e o conceito do modelo multiportas pelo art. 3 do CPC, por exemplo.

8. A segurança jurídica dentro do sistema ou modelo multiportas perpassa em seu aspecto objetivo de não haver decisões contraditórias sobre o mesmo fato, logo não se pode em uma porta, haver uma decisão que segue o precedente judicial e na outra que não segue o precedente ou nem fundamenta minimamente que ele não é aplicável ao caso concreto.

9. A jurisprudência, incluído nelas também os precedentes judiciais, são fontes do direito e estão inclusos no conceito de bloco de legalidade/constitucionalidade, assim estão inclusos nas cláusulas compromissórias que outorgam poderes ao árbitro para aplicar a legislação nacional.

10. A vinculação do árbitro não decorre de um mandamento legalmente exposto, mas sim de uma vinculação indireta por meio da outorga conferida às partes de que o árbitro deve observar toda a legislação nacional como base e com isso estão incluídos os precedentes judiciais.

11. O sistema brasileiro pode ter a lei como fundamento máximo e a predominância do *civil law*, porém, o *common law* encontra espaço e guarida na legislação nacional. Portanto, os precedentes judiciais possuem tal igual a norma jurídica importância e força de aplicação dentro do bloco de legalidade/constitucionalidade.

12. O árbitro pode realizar a distinção dos precedentes judiciais, afirmando que aquele precedente editado pelos tribunais superiores não se aplica ao caso, contudo deve fundamentar, já que decorre do ônus de argumentação mínimo em que o árbitro informe quais os motivos de não se aplicar ou de se aplicar os precedentes para as partes.

13. A vinculação dos precedentes judiciais ao sistema arbitral decorre apenas na arbitragem de direito, visto que as partes ao optarem pela arbitragem por equidade estão abrindo mão/renunciando ao direito baseado na legislação base pelas normas de equidade do árbitro.

14. A vinculação dos precedentes judiciais ao sistema arbitral decorre apenas na arbitragem de direito, visto que as partes ao optarem pela arbitragem internacional estão abrindo mão/renunciando ao direito baseado nos princípios transnacionais, comerciais ou outros que não o da legislação base.

15. Apesar dos juízes estarem vinculados aos precedentes judiciais por uma relação de hierarquia, entretanto, não há relação hierárquica entre o árbitro e os juízes, mas sim uma relação de colaboração mútua, por exemplo, os árbitros necessitam dos juízes para dar cumprimento forçado à decisão arbitral. Assim, esse ônus de argumentação mínima imposto pela cláusula compromissória não reflete uma hierarquização entre esses dois sujeitos processuais, mas sim um mandamento constitutivo outorgado pelas partes.

16. Apesar de as partes renunciarem expressamente na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral de serem amparadas pela legislação base nacional, este laudo arbitral não poderá violar a Ordem Pública.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional vs. Arbitragem**: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/arbitragem-e-efeito-vinculante-v.-digital.pdf>>. Acesso em: 11. Jul. 2018.

_____; STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVES, Rafael Francisco. A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro: autonomia privada ou devido processo legal? In: **Revista de arbitragem e mediação**. n. 7, out-dez, 2005.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AMORIM, Karina Albuquerque Aragão de; OERTLI JR., Roberto Batista. **Sistema de superação de precedentes e seus efeitos**. In: MORAES, Vânia Cardoso André de (coord.). As demandas repetitivas e os grande litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileira. Brasília: Enfam, 2016. ISBN 978-85-7248-184-7.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Orientação e revisão da tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A nova postura do relator no julgamento dos recursos**. Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº. 103, jul./set., 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Subsunção e concreção na aplicação do direito**. Antônio Paulo Medeiros (Org.). Faculdade de Direito da PUCRS. O ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre: EDIPUCRS, p. 413-465, 1997.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. ampl. E atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAPTISTA DA SILVA, Olívio. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

BARBI FILHO, Celso. **Cumprimento judicial de cláusula compromissória na lei n. 9.307/96 e outras intervenções do judiciário na arbitragem privada**. Revista dos tribunais, v. 749, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo; FURTADO, Paulo. **Lei da arbitragem comentada: breves comentários à lei n. 9.307**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**: lei nº. 9.307/96. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos tribunais**. São Paulo, v. 90, n. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARAJELES COV, Paula Corina Santone. **Arbitragem nos conflitos individuais do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Campinas: Servanda, 1999.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Direito arbitral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO, Fabiano. **Poderes do relator nos recursos**: art. 557 do CPC. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2018**. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 06. Dez. 2018.

COSTA, Nilton César Antunes da. **Poderes do árbitro**: de acordo com a lei nº. 9.307/96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CREMONESI, André. A cláusula compromissória de arbitragem no contrato individual de trabalho. In: **Revista Genesis**. Curitiba, n. 20, nov. 2002.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 9.

_____. **O árbitro e a observância do precedente judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>>. Acesso em: 14. Jan. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 14. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. E atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito comparado**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER, Fredie Jr. **Curso processual civil**. Vol. 1. Salvador: EdJuspodivm, 2014.

_____. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. **Cláusulas gerais processuais.** Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/main/artigos/default.jsp>>, p. 1-12. Acesso em: 10. jun. 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil.** 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 2.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado:** parte geral. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil.** 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **A força dos precedentes no novo código de processo civil.** Disponível em: <goo.gl/uIPNfY>. Acesso em: 11. Jul. 2018.

DOWRKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FELICIANO, Ivna Cavalcanti; PINHEIRO, Larissa; PEREIRA, Mateus Costa. **Processo x ideologia: um ensaio sobre os compromissos ideológicos do direito processual civil; em memória de Ovídio A. Baptista da Silva.** Disponível em: <https://www.academia.edu/24471148/PROCESSO_X_IDEOLOGIA_UM_ENSAIO_SOBRE_OS_COMPROMISSOS_IDEOL%C3%93GICOS_DO_DIREITO_PROCESSUAL_CIVIL_EM_MEM%C3%93RIA_DE_OV%C3%8DDIO_A._BAPTISTA_DA_SILVA>. Acesso em: 06. Dez. 2018.

FERNANDES, Francis Ted. **O sistema de precedentes do novo CPC, o dever de integridade e coerência e o livre convencimento do juiz.** Disponível em: <<<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI248774,81042-O+sistema+de+precedentes+do+novo+CPC+o+dever+de+integridade+e>>>. Acesso em: 06. Dez. 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução:** análise crítica da lei nº 9.307/96, de 23.09.1996. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei de arbitragem comentada:** breves comentários à lei n. 9.307/96. São Paulo: Saraiva, 1997.

FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN *apud* VALLE, Martim. **Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional**. Disponível em: <<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-06102009-154326>>>. Acesso em: 23. Nov. 2018.

GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos**. Coimbra: Almedina, 2005.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Revista jurídica**, 305. mar. 2003._____. **Jurisdição voluntária moderna**. São Paulo: Dialética, n. 6, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Homologação de sentença estrangeira**. São Paulo: Saraiva, 1978.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução: Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem em números e valores**. Disponível em: <<<http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf>>>. Acesso em: 06. Dez. 2018.

LESSA NETO, João Luiz. O Novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 244, jun. de 2015, p. 427-441.

LIMA, Cynthia Cinara Carvalho. **Arbitragem internacional: uma abordagem acerca da solução de controvérsias no plano comercial internacional**. Disponível em: <<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10893&revista_caderno=16>>. Acessado em: 15. Abril. 2018.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, v.1. Teoria geral do direito civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOQUIN, Eric *apud* VALLE, MARTIM. **Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional**. Disponível em: <<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-06102009-154326>>>. Acesso em: 23. Nov. 2018.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Bruno Miragem, tradução; Cláudia Lima Marques, notas de tradução. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999, p. 91-131.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARANHÃO, Clayton (2016^a). **Os graus de vinculatividade dos precedentes no direito brasileiro**. Boletim Amapar Informa, nº 8, agosto/2016. Curitiba: Amapar, 2016. Disponível em: <goo.gl/qaz0cd>. Acesso em: 11. Jul. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Rápidas observações sobre arbitragem e jurisdição. In: **Revista Jurídica**. Editora nota dez. v. 56. N. 373, nov, 2008, p. 19.

_____. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: _____ (Coord.). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. P. 559-575.

_____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Volume X. 2013, p. 96-137.

MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como “um sistema em construção”**: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Revista de informação legislativa: Brasília, a.35, n. 139, jul./set., p. 5-22, 1998.

MARTINS, Pedro Batista. Arbitragem através dos tempos: obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: **Arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O contrato administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de direito do Estado**, v. 2, n. 6, p. 327-338, abr./jun.2007.

MITIDIEIRO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**: apresentação Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. 5.

MUNIZ, Tânia Lobo. **A arbitragem no Brasil e a lei nº. 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLVEIRA, Pedro Alberto Costa Braga. **Desmistificação de algumas vantagens normalmente atribuídas à arbitragem**. Disponível em: << <https://jus.com.br/artigos/3125/desmisticacao-de-algumas-das-vantagens-normalmente-atribuidas-a-arbitragem>>>. Acessado em: 08. mar. 2018.

PARENTE, Eduardo Albuquerque. **Jurisprudência**: da divergência à uniformização. São Paulo: Atlas, 2006.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015.

PEREIRA, Mateus Costa. **Sobre o mito autoritário do livre convencimento motivado: em defesa da intersubjetividade na valoração da prova pelo homo sapiens-demens**. Disponível em: <<

https://www.academia.edu/35431003/Sobre_o_mito_autorit%C3%A1rio_do_livre_convencimento_motivado_RBDPro_no_100_.pdf>>. Acessado em: 06. Dez. 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação judicial no novo CPC. *In*: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ROQUE, Sebastião José. *Apud* BRITO, Rildo Albuquerque Mousinho de. **Mediação e arbitragem de conflitos trabalhistas no Brasil e no Canadá**. São Paulo: Ltr, 2010.

ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC?**. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/novo-cpc/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016>>. Acesso em: 18. Jan. 2017.

SATO, Priscila Kei. **Jurisprudência (pre)dominante**. *In*: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

TARANTO, Caio Mário Gutterres. **Precedente judicial**: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 11. Jul. 2018.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: **a arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 553, p. 18-26, nov. 1981.

_____. O processo civil na nova constituição. **Revista de processo**, v. 14. n. 53, p. 78-84, jan./mar. 1989.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Teoria geral do processo: em conformidade com o novo cpc**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORRES, Sérgio. Vias alternativas à jurisdição contenciosa da justiça do trabalho: superando mitos e apontando caminhos à luz da lei nº. 13.467 de 2017. **Revista de direito econômico e socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 155-197, set./dez. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Arbitragem e terceiros**: litisconsórcio fora do pacto arbitral. In: Revista de direito bancário, de mercado de capitais e da arbitragem. V.4, n. 14, out-dez, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 100, ano 25, out./dez., 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A discussão sobre a disponibilidade do controle judicial da sentença arbitral e seus limites. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Volume XIII. 2016, p. 7-32.

ZERBINI, Eugênia. C. G. de Jesus. Cláusulas arbitrais: transferência e vinculação de terceiros à arbitragem. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.