Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Humberto Santarosa de Oliveira

Estado de Direito, Precedente e Arbitragem: a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais como pressuposto da unidade e da coerência do Direito

Rio de Janeiro
2022

Humberto Santarosa de Oliveira

Estado de Direito, Precedente e Arbitragem: a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais como pressuposto da unidade e da coerência do Direito

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

Coorientadora: Profª. Dra. Flávia Pereira Hill

Rio de Janeiro

2022

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

O48 Oliveira, Humberto Santarosa

Estado de Direito, precedente e arbitragem: a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais como pressuposto da unidade e da coerência do Direito / Humberto Santarosa Oliveira. - 2022.
324 f.
Orientadora: Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.
Coorientadora: Profª. Dra. Flávia Pereira Hill.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,Faculdade de Direito.
1.Estado de Direito - Teses. 2. Precedentes judiciais –Teses. 3.Sentenças– Teses. I. Carneiro Paulo Cezar Pinheiro. II. Hill, Flávia Pereira. III.Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 340.142

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Humberto Santarosa de Oliveira

Estado de Direito, Precedente e Arbitragem: a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais como pressuposto da unidade e da coerência do Direito

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em 14 de fevereiro de 2022.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Profª. Dra. Flávia Pereira Hill (Coorientadora)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Rodrigues

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Profª. Dra. Teresa Celina de Arruda Alvim

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

_____

Profª. Dra. Fabiane Verçosa

Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2022

AGRADECIMENTOS

Nos cinco anos de pesquisa, prazo estendido em razão da pandemia de coronavírus, muitas dúvidas, medos, receios e questionamentos surgiram já durante o período de curso das disciplinas, além, é claro, do próprio momento de desenvolvimento do projeto até a finalização da tese que ora se apresenta para avaliação. A minha força para superar tudo isso sempre esteve na família.

A Lívia Maia, como carinhosamente a chamo, é uma guerreira. Não só por me aguentar neste período do doutorado (e nos quase 25 anos que temos de convivência), mas sobretudo por suportar uma série de ausências minhas. Obrigado meu amor.

Da nossa relação veio o Filippo, cuja concepção se deu no meio dos estudos para as primeiras linhas deste trabalho. Ele foi a força inicial para que a tese saísse do plano das ideias, tendo nascido já no meio da escrita. Por isso devo a ele desculpas e agradecimento; o primeiro por não poder me dedicar mais em razão do tempo despendido com este trabalho; o segundo, por permitir as fugas pontuais, e primordiais, para beijos, cheiros, apertos e abraços, tão necessários para eu respirar e me inspirar para os desafios que estavam por vir.

Há mais um neném a caminho, a quem carinhosamente já chamo de Matilde e/ou Vicenzo (ainda não sabemos o sexo, mas já adianto para dizer que estes não serão os nomes no registro, por motivo de veto). A notícia de sua chegada aconteceu nos estertores do trabalho, quando caminhava aos trancos e barrancos para colocar meus pensamentos no papel. Essa foi a maior força que tive para continuar firme até o ponto final. Obrigado minha criança já amada.

Há um quinto integrante em nossa família que jamais deixaria de agradecer: Beta, uma golden retriever. Aquele focinho gelado no meu braço não era só o indicativo de que estava na hora de levantar e levá-la para passear. Nossas caminhadas noturnas serviam tanto para o essencial momento de transpiração, como para pensar e refletir sobre o que tinha escrito e o que ainda queria e deveria trabalhar.

Agradeço também ao meu pai e à minha mãe, Mauro e Norma (*in memoriam*). Eles não são apenas fonte de amor e dedicação, são meus maiores exemplos de magistério. Se alimentei a vontade de ser professor posso dizer seguramente que fui inspirado por eles.

Meus agradecimentos também para Mariane, Thaís e Isabela, minhas irmãs. Conto muito com elas nos meus momentos de alienação e diversão.

Já partindo para o campo da academia, agradeço imensamente ao Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, meu orientador e, acima de tudo, um amigo. Não tenho palavras para

descrever tudo o que aprendi profissional e pessoalmente com ele, por isso nada mais apropriado e adequado que o meu mais sincero e genuíno muito obrigado por tudo.

Agradeço, também, minha coorientadora, Professora Flávia Pereira Hill. Suas lições e apontamentos foram primordiais para a evolução e progresso da tese. Sua dedicação, paciência e atenção comigo neste período de estudos representam a mais pura versão do que significa ser professor – esse é o caminho que procuro trilhar e é para a Professora Flávia que olho como influência a ser seguida.

Muitos outros professores auxiliaram no desenvolvimento deste trabalho. Deixo meus agradecimentos aos amigos Rodolfo de Assis Ferreira, cuja leitura e observações ao primeiro capítulo foram fundamentais para sua melhor compreensão, e Leonardo Faria Schenk, com percucientes ponderações críticas aos dois primeiros capítulos, colaborando decisivamente para a correção e o acertamento de algumas ideias.

Agradeço ao Professor Leonardo Greco, coordenador do grupo de estudos que faço parte, e aos demais colegas integrantes, Clarissa Diniz Guedes, Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Elias Gazal Rocha, Fernando Gama de Miranda Netto, Guilherme Jales Sokal, José Aurélio de Araujo e Márcio Carvalho Faria. As argutas críticas e os diferentes pontos de vista a respeito dos dois primeiros capítulos foram imperiosos para a evolução do trabalho e a integração dos meus pensamentos com os pontos debatidos.

Agradeço ao amigo Rômulo Greff Mariani, com quem tive o prazer de dialogar sobre o tema antes mesmo de escrever as primeiras linhas deste trabalho – até porque ele tem uma excelente obra sobre tema correlato, cujas citações são muitas no texto. O Rômulo ainda me deu a alegria de ler os capítulos terceiro e quarto da tese, tecendo críticas, fazendo apontamentos e sugerindo textos para leitura.

Agradeço, ainda, ao amigo Marcelo Mazzola, leitor, corretor e crítico final da tese. Em virtude de sua precisa visão foi possível aparar questões e adequar pontos para a melhor inteligibilidade do texto.

Por fim, agradeço a Deus. Na minha fé, é dele que viemos e para o seu encontro todos iremos um dia; na nossa passagem por esse plano, a Ele devemos creditar nossas conquistas.

RESUMO

OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Estado de Direito, Precedente e Arbitragem:* a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais como pressuposto da unidade e da coerência do Direito. 2022. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

O presente trabalho tem o condão de demonstrar a necessária vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais. Para alcançar a conclusão, fez-se uma incursão nas previsões sobre o Estado de Direito até se chegar ao presente estágio democrático, no qual é a Constituição que legitima o ordenamento jurídico. Aliás, é a Constituição que, além de assegurar direitos e deveres gerais, muitos deles com conteúdos abstratos, afirma pela necessidade de uniformização na aplicação da lei, até para se alcançar os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito, notadamente segurança jurídica e igualdade. Todavia, para que se possa concretizar referidos objetivos, imperioso conferir maior atenção às decisões das Cortes Supremas. A vinculação do precedente judicial, independentemente da tradição jurídica de cada país (*civil law* ou *common law*), é igualmente necessária para que se atenda isonomia e certeza jurídica. A conclusão é que, como os precedentes devem ser compreendidos como fontes de direitos, a sua atenção precisa ocorrer em todas as esferas jurisdicionais. Adentra-se, assim, para o campo da arbitragem, meio privado de resolução de conflitos, mas que, por suas características e peculiaridades, deve ser tratada como jurisdição. E se os árbitros têm o poder de dizer o direito, inarredável é a sua vinculação às decisões proferidas pelas Cortes Supremas. Por fim, o tratamento volta-se para as consequências da não observância dos precedentes vinculantes pelos árbitros, quando se faz uma análise das hipóteses legais de invalidação da sentença arbitral e conclui ser possível, em situações bem definidas, nulificar os pronunciamentos exarados pelos árbitros quando desrespeitados os precedentes.

Palavras-chave: Estado de Direito. Precedente. Vinculante. Arbitragem. Impugnação.

ABSTRACT

OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Rule of Law, precedent and arbitration:* the arbitrators' bound by judicial precedents as a basis for unity and coherence of the Law. 2022. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

This thesis aims to reveal that arbitrators are bound by judicial precedents. To reach that conclusion, an incursion was made in the origins of the Rule of Law until reaching the actual democratic stage, in which it is the Constitution that legitimizes the legal system. In fact, the Constitution, especially in Brazilian tradition, ensure rights and duties, many of them with undefined legal concepts, and also states the uniformization of the law, which able to reach the legal certainty and equality, founding principles of the (democratic) Rule of Law. However, in order to achieve these objectives, a greater attention to the Supreme Courts' precedents is needed. The binding force of judicial precedent, regardless the legal system of each country (civil law or common law), is also a necessary matter to achieve equality and legal certainty. In conclusion, judicial precedent must be read as a source of law by adjudication. Thus, it deems important to say that arbitration, although a private way to dispute resolution, works as a private court. And if arbitrators exercise adjudicatory power, then they are binding by the Supreme Court precedents. Finally, it analyses which are the effects whether arbitrators non-compliance binding precedents; in this sense, and in attention of the Brazilian Arbitration Act statutes, it concludes that is possible, in specific circumstances, vacate arbitral awards.

Keywords: Rule of Law. Precedent. Binding. Arbitration. Vacation.

RIASSUNTO

OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Stato di diritto, precedente e arbitrato:* il vincolo degli arbitri ai precedenti giudiziari come presupposto dell'unità e della coerenza del diritto. 2022. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

Questa tesi mira a rivelare che gli arbitri sono vincolati da precedenti giudiziali. Per ottenere a tale conclusione si è operata un'incursione nelle origini dello Stato di diritto fino alla attuale fase democratica, in cui è la Costituzione a legittimare l'ordinamento giuridico. La Costituzione, infatti, soprattutto nella tradizione brasiliana, garantisce diritti e doveri, molti dei quali con nozioni giuridiche indefinite, come impone l'uniformazione della legge, capace di raggiungere la certezza del diritto e l'uguaglianza, principi fondanti del democratico Stato di diritto. Tuttavia, per conseguire questi scopi, è necessaria una maggiore attenzione ai precedenti delle Corti Supreme. La forza vincolante del precedente, indipendentemente dal sistema giuridico di dei paesi (civil law o common law), è anche una questione necessaria per ottenere l'uguaglianza e la certezza del diritto. In conclusione, il precedente giurisdizionale deve essere letto come fonte del diritto dagli organi giurisdizionali. A quest'ora, importante affermare che l'arbitrato, una via privata di risoluzione delle controversie, funziona come un organo giurisdizionale. E se gli arbitri esercitano potere giurisdizionale, allora sono vincolanti per i precedenti della Corte Suprema. Infine, analizza quali sono gli effetti del mancato rispetto dei precedenti vincolanti da parte degli arbitri; in questo senso, e in considerazione delle disposizioni della legge sull'arbitrato brasiliano, conclude che è possibile, in circostanze specifiche, annullare i lodi arbitrali.

Parole chiave: Stato di Diritto. Precedente. Vincolante. Arbitrato. Impugnazione.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
1	**O ESTADO DE DIREITO**	21
1.1	**Estado de Direito: seu conceito e suas origens**	22
1.1.1	Do Estado Liberal de Direito e ao Estado Social de Direito	24
1.1.2	Do Estado de Direito ao Estado Constitucional ou Estado Democrático de Direito	32
1.2	**Segurança jurídica no Estado de Direito**	38
1.3	**Igualdade no Estado de Direito**	40
1.4	**Unidade do Direito: a coerência intrínseca do ordenamento jurídico**	44
1.4.1	A coerência em Neil MacCormick	47
1.4.2	A integridade em Ronald Dworkin	52
1.5	**Constituição, jurisdição e devido processo legal**	57
1.6	**Conclusões Parciais**	68
2	**O PRECEDENTE JUDICIAL**	70
2.1	**Precedente Judicial: algumas considerações sobre sua origem no *common law* Inglês**	71
2.1.1	Sobre a igualdade na teoria dos precedentes	77
2.1.2	Sobre a segurança jurídica na teoria dos precedentes	81
2.2	**As justificativas consequencialistas e deontológicas para observância do precedente**	84
2.2.1	Organização judiciária: precedentes verticais, horizontais e o dever de autorreferência	88
2.2.2	A concretização da igualdade material do Direito	93
2.2.3	Previsibilidade e certeza jurídica na aplicação do direito: a proteção da confiança	99
2.2.4	Estabilidade do Direito	103
2.2.5	Racionalidade econômica e sistêmica	106
2.3	**A dimensão ético-normativa: decidir observando os precedentes é corolário da unidade e da coerência do Estado de Direito**	111
2.4	**Precedentes como fonte de direito**	118
2.5	**Precedentes explícitos na Constituição Federal: as ações diretas e as súmulas vinculantes**	127

2.6 **Precedentes implícitos na Constituição: os julgamentos recursais objetivando a uniformização da legislação** 135
2.7 **Precedentes no Código de Processo Civil de 2015 e sua função - racionalizadora a legislação como padrão de mudança de cultura** 140
2.8 **Conclusão parcial** 148
3 **A ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO** 156
3.1 **Arbitragem é jurisdição** 157
3.1.1 O fundamento legal (e jurisprudencial) 157
3.1.2 O fundamento jurídico 161
3.2 **O procedimento arbitral e o devido processo legal** 168
3.3 **Arbitragem de direito e a observância do ordenamento jurídico** 175
3.4 **Arbitragem de equidade e a decisão sem a observância da legalidade estrita** 180
3.5 **Precedentes judiciais e arbitragem** 189
3.5.1 As razões e as contrarrazões para a não observância dos precedentes judiciais nas arbitragens domésticas de direito 196
3.5.1.1 A diferenciação procedimental como justificativa para a não aplicação dos precedentes judiciais na arbitragem. Uma confusão entre procedimento e direito material 198
3.5.1.2 A eleição da jurisdição arbitral representa uma fuga ao sistema estatal de resolução de conflitos, inclusive com a possível desconsideração do direito material vigente. Árbitros arbitrários, uma afirmação sem qualquer "precedente" 201
3.5.1.3 A filiação do Brasil à tradição do civil law, bem como a forma de produção dos precedentes no país, voltados ao descongestionamento do Judiciário, impedem sua aplicação na arbitragem. Uma justificativa furtiva. Solver casos de massa de forma equânime envolve necessariamente julgar com isonomia e segurança jurídica 207
3.5.1.4 A ausência de relação hierárquica entre a arbitragem e o Judiciário como fator impeditivo à aplicação dos precedentes judiciais. O procedimento arbitral, inserido dentro de uma teoria geral do processo, submete-se às Cortes Supremas. 210
3.5.1.5 A irrecorribilidade das decisões arbitrais impede a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais. Ausência de causa e efeito na afirmação, afinal também há decisões irrecorríveis no sistema estatal e que ainda assim precisam atentar para as decisões pretéritas 214
3.5.2 Quais precedentes judiciais vinculam os árbitros? 218

3.6 **Conclusão parcial** 224
4 **O CONTROLE JUDICIAL DA ARBITRAGEM** 220
4.1 **Anulação da decisão arbitral por violação ao precedente judicial** 230
4.2 **Precedente como veículo de norma de direito processual e norma de direito material** 234
4.2.1 As hipóteses do artigo 32 da Lei 9.307/96 tratam, basicamente, de normas de procedimento 236
4.3 **O caso concreto, a não aplicação do precedente judicial vinculante que veicula norma de direito material e a ação anulatória da decisão arbitral fundada no art. 32 da Lei 9.307/96** 240
4.3.1 Ação anulatória por vulneração da convenção de arbitragem (art. 32, IV, da Lei 9.307/96 240
4.3.2 Ação anulatória por vulneração do princípio da fundamentação das decisões (art. 32, VIII, da Lei 9.307/96) 245
4.4 **A ordem pública como cláusula de oxigenação do sistema e fundamento para a ação anulatória de sentença arbitral** 252
4.5 **O manifesto erro de direito como hipótese de anulação da sentença arbitral - *manifest disregard doctrine*** 260
4.6 **Inaplicabilidade dos instrumentos da jurisdição estatal para a nulificação da sentença arbitral** 271
4.6.1 Uma exceção: a ação declaratória contra a sentença arbitral preclusa 276
4.7 **Conclusão parcial** 277
CONCLUSÕES FINAIS 284
REFERÊNCIAS 293

INTRODUÇÃO

Os precedentes judiciais se aplicam aos procedimentos arbitrais? Os árbitros têm o dever de atentar-se aos precedentes vinculantes? Essas perguntas acabaram se tornando corriqueiras com a publicação do Código de Processo Civil vigente, especialmente em razão de o texto legal trazer em seu artigo 927 um rol de decisões pré-fixadas que deveriam ser observadas pelos juízes e tribunais. Trata-se, claramente, do estabelecimento de uma regra geral e abstrata afirmando a adoção de uma teoria dos precedentes (à brasileira?), e que acabou inflando os debates sobre o tema, gerando críticas e encômios a seu respeito, não apenas na seara judicial, mas igualmente para o campo da arbitragem.

A reverberação do debate para o meio privado de resolução de disputas era justificável, uma vez que o entendimento dominante é que a arbitragem se caracteriza por ser um meio jurisdicional de solver conflitos, com a exata função de "dizer o direito". Ocorre, todavia, que os debates que se alastravam sobre o tema pelo Brasil pareciam estar centrados na (suposta) novidade positivada pelo Código de Processo Civil, o que naturalmente fez emergir uma polarização de entendimentos sobre o assunto, com uma parte da doutrina defendendo a necessidade de observância dos precedentes pelos árbitros e outra parcela entendendo por sua não aplicação. Claramente o debate pautado e a dualidade de posições estavam fundados em uma cisão de entendimentos relacionada a outra discussão infausta: a aplicação ou não do Código de Processo Civil aos procedimentos arbitrais.

Maniqueísmos argumentativos jamais renderam bons frutos. A influência de um debate (aplicação do Código de Processo Civil nas arbitragens) parece ter obnubilado os reais contornos da problemática envolvendo a atenção dos árbitros aos precedentes. Isto porque, a depender da justificativa utilizada para refutar a obrigatoriedade da vinculação, o que se fazia era colocar em xeque uma série de institutos consolidados da arbitragem, ou mesmo as próprias bases que auxiliaram no desenvolvimento do instituto; nem se diga que as próprias noções de ordenamento e norma jurídica vinham, muitas vezes, deturpadas para adequar-se ao posicionamento defendido.

O ponto é que o debate sempre esteve desvirtuado em razão dessa polarização. O cerne de uma discussão como essa não pode ser influenciado pela aplicação ou não do Código de

Processo Civil aos procedimentos arbitrais, mas sim se a arbitragem, como sistema jurisdicional de solução de controvérsias, deve estar enquadrada em um ambiente normativo macro. Essa compreensão, entretanto, passa pela análise de elementos que vão além do próprio ambiente arbitral, abarcando assim, elementos de teoria do Estado e também de teoria do ordenamento jurídico e teoria da norma.

Em atenção a esse desvirtuamento discursivo que se procurou rearranjar o debate e buscar as melhores e mais sólidas razões para a resposta adequada à pergunta sobre a aplicação ou não dos precedentes judiciais na arbitragem. Todavia, e como se adiantou, antes de contextualizar e responder ao questionamento proposto, imperioso afirmar as bases fundantes nas quais a tese se escora. O que se observará é que este trabalho está edificado sob um tripé argumentativo que envolve o Estado de Direito, o precedente judicial e, finalmente, a arbitragem. Portanto, antes mesmo de qualquer estudo sobre os chamados juízos privados, abordar-se-á aspectos necessários de teoria do Estado e de teoria dos precedentes para que se sistematize o marco teórico-argumentativo que estrutura o resultado obtido. Isto porque, de nada adianta debater sobre as obrigações dos árbitros e as peculiaridades do procedimento arbitral se não se analisa o que antecede o instituto.

Assim, realizado o diagnóstico e advertido o leitor sobre as bases fundantes do trabalho, é preciso pontuar algumas observações limitativas sobre o alcance e abrangência do tema, tudo a evitar generalizações e prejudicar as conclusões atingidas.

Como sabido, a arbitragem pode se desenvolver por diversos meios e modalidades, caracterizando-se como sendo de direito ou de equidade, nacional ou internacional, envolvendo direitos coletivos ou individuais, entre outras inúmeras classificações ou ordenações. Entretanto, e aqui tem-se a primeira limitação, para que este estudo se mostrasse profícuo, centrou-se a discussão exclusivamente nas sentenças arbitrais nacionais, na exata forma como definida pela Lei de Arbitragem brasileira – por mais que essa definição legal seja passível de críticas, as quais não serão trabalhadas neste estudo.

O ponto basilar aqui é que os debates, argumentos e conclusões alcançados não se aplicariam para as arbitragens internacionais, cujas particularidades são de determinado grau que já se chegou a afirmar que elas não seriam, sequer, arbitragem.[1] E a despeito de citações e

[1] O alerta quanto ao ponto é bem ressaltado por PAULSSON, Jan. International arbitration is not arbitration. In *Stockholm International Arbitration Review*, 2008:2, pp. 1-20. Disponível em https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012331138275470siar_2008-2_paulsson.pdf. Acesso em 25 out. 2021. Interessante o que afirma o autor em pp. 2: "*That is why the debate about the supposed advantages of arbitration, whether they are accepted or denied, must stop at the border if it is to remain at all coherent. Is it quicker? Is it*

menções a textos, passagens ou até mesmo experiências de arbitragens internacionais, elas se mostram como meros argumentos de reforço ou razões exemplificativas do fundamento utilizado naquele momento. Todo o desenvolvimento discursivo aqui realizado foi pensado, trabalhado e, de certa forma, testado, tendo em vista as arbitragens nacionais.

Portanto, alerta-se ao leitor que a presente tese tem um recorte muito bem definido: ela foi escrita tendo em vista a arbitragem na realidade e na linha do ordenamento jurídico brasileiro.

Uma segunda limitação que também precisa desde logo ser assentada é que os estudos e as conclusões desenvolvidos se aplicam às arbitragens de direito, especialmente aquelas em que elegido o ordenamento jurídico brasileiro para dirimir a controvérsia. O assunto será alvo de tópicos específicos, mas relevante o seu adiantamento neste momento para evitar-se frustrações ou mesmo questionamentos para fora desse limite. Claro que os argumentos aqui utilizados podem servir de supedâneo para outros desenvolvimentos e diferentes contextos, todavia, na presente tese o que se discute é a vinculação dos precedentes judiciais nas arbitragens nacionais em que escolhido o direito brasileiro para reger o conflito.

E com olhos para essas observações introdutórias, o que se procurará trabalhar logo no capítulo inicial são as noções de Estado de Direito. A limitação e a regulação dos Poderes do Estado pelas normas foi um divisor de águas na história desenvolvimentista da humanidade. Inquestionável que o seu uso não foi inicialmente como esperado; ademais, algumas de suas previsões foram desvirtuadas e utilizadas para fins autoritários, mas, o fato é que, ao compreender a evolução do Estado de Direito concluir-se-á que ele sempre teve uma sólida base fundante, a qual influenciou o atual estado da arte.

Será analisado, portanto, o desenvolvimento do chamado Estado Liberal de Direito, passando pelo Estado Social, até chegar ao presente momento, o Estado Constitucional de Direito, com a demonstração de como as ideias de segurança jurídica e isonomia se transformaram – aliás, o que se notará é que esses estágios não tiveram passagens uniformes e

---

less expensive? Is it less disruptive because it is confidential and informal? Does one get better decisions from persons selected for their relevant expertise? All of these questions may be debated endlessly. Depending on the country you're in, and the industry you're concerned with, the alternative is endlessly variable – from the admirable to the intolerable. In international arbitration, all of these elements of evaluation fade into relative insignificance when contrasted with a criterion that is dominant here although it is, by definition, irrelevant in the national context. This alone tells you that international arbitration is not arbitration. That unique criterion is neutrality. And so even a negotiator who has no time for arbitration in national transactions – "we already pay the judges with our tax money, why not use them?" – is likely to insist on it when dealing with foreigners. In the transnational environment, international arbitration is the only game. It is a de facto monopoly.".

bem definidas temporalmente pelos países do globo, o que dirá no Brasil, país cujo constitucionalismo é tardio se comparado com as nações mais desenvolvidas. De toda forma, o intento é mostrar como o tratamento desses dois polos metodológicos do Estado Burguês de Direito se notabilizaram, posteriormente, como duas das principais e mais importantes garantias dos cidadãos contra o Estado nas Constituições pós-bélicas.

A análise da transformação estatal ocorrida com o advento do Constitucionalismo Democrático revelará diversas novidades para o mundo do Direito. Como as Constituições passaram a ser dotadas de força normativa, as suas diretrizes se transformaram em direitos e deveres para todos que viviam sob o seu manto, o que terminou por alçar o Judiciário ao posto de concretizador de posições jurídicas. Os juízes e tribunais, ao interpretar o Direito, começaram a auxiliar na significação e na reconstrução do sistema legal.

Como se pode imaginar, ornar estes ideais, assim como garantir os direitos e deveres constitucionais, tudo sob a promessa de unidade do Direito, não é tarefa das mais fáceis. Mas, para tentar solver esse imbróglio, o auxílio de teóricos do nível de MacCormick e Dworkin se fez necessário. O objetivo será demonstrar a importância da coerência e da integridade dos ordenamentos vigentes, os quais além de embasados na isonomia e na segurança jurídica, têm nelas a promessa de concretização de seu sentido. Essa análise passará, inclusive, pela realidade constitucional vivida, que, em razão dos conceitos jurídicos indeterminados presentes na Constituição, obrigam juízes e tribunais a decidirem sobre os mais variados temas, muitas vezes descortinando novos direitos ou delimitando o seu âmbito de aplicação.

Essa passagem do primeiro capítulo será a porta de entrada do segundo. Com o redesenho da função jurisdicional – que passou da declaração de direitos para a sua criação –, mostrará o acento dado ao papel das Cortes na interpretação e aplicação dos textos legais, o que é feito com o respeito e atenção ao devido processo legal, um primeiro limite à atuação judicial proativa – mais precisamente o nível inicial de contenção de arbitrariedades judiciais.

Estabelecidas as balizas do Estado de Direito, notadamente após a exposição dessa nova atribuição judicial, propiciada pela redesenho das instituições estatais com o Constitucionalismo Democrático, o estudo será direcionado para o precedente judicial, alvo do segundo capítulo.

O que se procurará demonstrar, com escopo na história dos precedentes, é que seus ideais – assim como ocorreu com a Era das Codificações –, seria o de alcançar a igualdade e a segurança jurídica no Direito. Mais do que isso, por trás da ideia de encontrar a solução por

meio do caso concreto (*case law*), o que se verificará é a existência de uma série de razões, bastante embasadas, que justificavam a sua especial atenção nos países de *common law*. No caso, a conclusão que se pode adiantar é que decidir casos iguais de forma igual, e isso olhando para as decisões do passado, mas sempre com perspectiva de futuro (ideia de integridade de Dworkin), é muito mais do que uma teoria que busca concretizar as noções clássicas de isonomia e segurança.

O que o estudo do precedente ensinará é que a verdadeira igualdade na perspectiva de um Estado Democrático de Direito tem que ser concretizada no exercício da jurisdição. A segurança jurídica é um valor que envolve bem mais do que conhecimento sobre as normas, ela engloba a previsibilidade por parte dos cidadãos a respeito de como essas normas são aplicadas, a estabilidade desse entendimento e a garantia de que a interpretação conferida ao Direito será confirmada pela Estado. Ademais, como se verá, há ainda motivações econômicas e sistêmicas, para além do ambiente estritamente jurídico, que impõem a observância dos precedentes.

Todas essas boas razões para seguir precedentes são aplicáveis a qualquer ordenamento jurídico que se diga democrático. Todo e qualquer país que atue por meio de regras constitucionais, com garantias, direitos e deveres assegurados aos seus cidadãos, tem nas decisões judiciais um relevante e importante fator de racionalização do ordenamento. Aliás, o que se verificará de tudo isso, é que decidir observando os precedentes mostra-se como um corolário ético-normativo, uma exigência necessária de efetivação da integridade e da coerência do ordenamento. É assim que se alcança a almejada unidade do Direito. E isso, com o perdão para repetição, deve se dar em todo e qualquer país.

Essa realidade narrada mostrará que a adoção de uma teoria dos precedentes judiciais é consectário de considerar as decisões pretéritas como fontes de direito. Até porque, não há sentido em falar da aplicação de casos passados para os casos futuros sem considerar essas decisões como hipóteses de incidência normativa.

Após o estabelecimento das premissas teórico-práticas sobre os precedentes, voltar-se-á os olhos para o Brasil. O que a pesquisa revelará é que o país, de longa data, já tem um histórico de observância dos precedentes. Essa constatação, aliás, vem da análise das Constituições brasileiras, inclusive aquelas anteriores ao período democrático. O texto constitucional, desde a sua origem republicana, datada de 1981, já apresentava os precedentes como uma alternativa ao direito legislado. Ademais, o desenvolvimento do controle de

constitucionalidade nos anos seguintes, culminando com o texto de 1988, revela que a Lei Maior nacional tem nos precedentes uma importante forma de unificação do ordenamento.

Um outro elemento que corrobora o fato é a atribuição conferida às Cortes Supremas, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, que segundo as normas expressamente previstas, têm a função de uniformizar a interpretação das normas infraconstitucionais e constitucionais, respectivamente.

Conforme se atentará, essa ideia de uniformização por meio do acesso aos Tribunais Superiores é a grande prova de que o Judiciário brasileiro tem estabelecido em seu ordenamento uma teoria dos precedentes, em grande medida, semelhante aos países de *common law* – o que se afirma em razão de suas finalidades, não exatamente na forma de construção da decisão e enfrentamento dos casos.

O segundo capítulo será concluído, assim, mostrando que o Código de Processo Civil não chegou a inovar com o estabelecimento de decisões a serem observadas, mas ele teve o grande mérito de efetivamente difundir o debate. Aliás, como a lei processual é de uso cotidiano pelos operadores e aplicadores do Direito, se verificará que essa função publicizadora foi louvadamente cumprida. Isto porque, a ideia de trabalhar os precedentes judiciais desde as instâncias originárias terá o condão de aproximar o tema do dia a dia forense, revelando uma transformação e modificação da cultura legalista que ainda está enraizada (ainda que equivocadamente, como se verá pelos textos das Constituições brasileiras) em grande parte do Judiciário brasileiro.

No fim do estudo, o que será revelado é que o ordenamento brasileiro é perfeitamente adequado para uma teoria dos precedentes, inclusive com a demonstração de que a tradição nacional, diferentemente do que muito se pensa e divulga, tem em sua verve o costume de trabalhar com decisões pretéritas.

Sumarizando os assuntos a serem trabalhados nos dois primeiros capítulos, o que se poderá concluir é que o Estado de Direito tem a pretensão de unidade na efetivação das normas, o que se faz procurando assegurar certeza jurídica e isonomia, isso em conjunto com uma teoria dos precedentes, cujo fim último é efetivar e concretizar essa segurança, bem como transformar a igualdade material em algo verdadeiro; toda essa engenharia é efetivada por meio da jurisdição. Trata-se, como soa lógico, de uma realidade a ser almejada e praticada por qualquer Estado que se julgue democrático.

Essa conclusão revela-se como a porta de entrada do terceiro capítulo: analisar-se-á como a arbitragem se insere neste contexto que busca uniformização na aplicação das normas. Para alcançar esse desiderato, premissa fundamental com a qual se trabalhará é a afirmação de que a arbitragem é meio jurisdicional de resolução de conflitos.

Indo além, demonstrar-se-á que a arbitragem está inserida na teoria geral do processo, devendo seguir um núcleo mínimo de garantias para que possa mostrar-se válida e legítima como juízo privado que decide controvérsias. Aliás, essa inserção dos procedimentos arbitrais em um espectro mais amplo de processo é fator que corrobora a sua função jurisdicional, afinal a jurisdição é o atual centro de gravidade da teoria geral do processo.

Estabelecida a premissa de que a arbitragem é jurisdição, um segundo e necessário elemento será afirmado: o ordenamento brasileiro somente será observado (em seu todo) pelos árbitros, se as partes elegerem o direito nacional para reger o conflito. Neste sentido, e como podem existir vários tipos e modalidades de arbitragem, apenas as arbitragens de direito que envolvem as normas brasileiras é que teriam que atender ao sistema normativo do país.

A partir de então se dará início à análise dos precedentes judiciais e sua relação com a arbitragem. Ciente de que a arbitragem é jurisdição, bem como que nas arbitragens de direito, notadamente aquelas em que eleito o direito brasileiro, a atenção dever ser direcionada para todo o ordenamento, o que inclui as normas legisladas e o precedente – que como restará assentado no segundo capítulo, é fonte de direito.

O trabalho analisará, então, cinco argumentos que envolvem a necessidade ou não de atender aos precedentes judiciais pelos árbitros. O primeiro deles envolverá a diferença entre os procedimentos estatais e arbitral para justificar a não vinculação. Entretanto, e como se verá, não faz muito sentido diferenciar os ritos se os precedentes podem veicular normas de direito material. Não é porque os ritos são diferentes que os direitos subjetivos serão diferentes.

O segundo argumento envolverá a suposta fuga do sistema estatal quando elegida a arbitragem como meio para resolver o conflito. A volatilidade dessa razão, conforme será revelado, está na própria escolha das partes pelo direito brasileiro para solucionar o conflito, afinal, quisessem os contratantes fugir das normas do ordenamento, deveriam escolher outro sistema normativo para dirimir a controvérsia ou mesmo arriscar-se na arbitragem de equidade.

O terceiro fundamento para afastar a obrigação de atentar para os precedentes estará no arraigado pensamento que o Brasil se filiaria aos sistemas de *civil law*, não admitindo o precedente como fonte de direito. Entretanto, o que se verá é que não são apenas os

ordenamentos de tradição anglo-saxã que aplicam precedentes. Ademais, o Brasil tem longo histórico em atentar para os casos pretéritos, pouco importando se se trata de direitos ligados a litigância de massa, pois o cerne da questão está nos fundamentos para observar os precedentes (segurança e igualdade).

O quarto fundamento que se abordará tem relação com a ausência de hierarquia entre Judiciário e árbitros. Ocorre, todavia, que os precedentes que são vinculantes nas arbitragens são aqueles que derivam das Cortes Supremas, as quais, por suas funções e atribuições constitucionais, possuem influência sobre todo e qualquer órgão que exerça jurisdição no país, aí se incluindo os procedimentos arbitrais. Em suma, inexiste hierarquia entre os Tribunais Superiores e os árbitros.

Em quinto e último lugar, o que se argumentará é que a falta de remédio processual para impugnar a inobservância dos precedentes não é razão para defender a ausência de vinculação. Ora, como se mostrará, a recorribilidade jamais foi pressuposto para uma teoria dos precedentes, a pensar dessa maneira, nem mesmo as Cortes Supremas estariam vinculadas às suas próprias decisões, o que é totalmente descabido frente as razões para se observar precedentes. Ademais, a falta de sanção pela não atenção às decisões pretéritas não tornam essas fontes de direitos menos normativas que os textos legislados.

A conclusão dos argumentos revelará que as justificativas apresentadas pelos críticos da vinculação são refutáveis, a mostrar que inexistem motivos jurídicos reais e robustos para embasar o afastamento do dever dos árbitros de seguir os precedentes obrigatórios. Entretanto, o que ainda penderá de definição, mas será alvo de tópico específico no final, é a definição de quais são os precedentes que vinculam os árbitros.

Assim, e buscando fugir do propalado maniqueísmo argumentativo, o que se verá é que os precedentes estabelecidos na Constituição, tanto aqueles explícitos, como os denominados implícitos, são obrigatórios aos árbitros. Veja-se que não se defenderá a aplicação dos sistema de precedentes desenhado pelo Código de Processo Civil, mas sim daquelas decisões constitucionalmente entendidas como definidoras da unidade do Direito.

Ao se concluir o trabalho de responder a pergunta sobre a vinculação dos árbitros aos precedentes vinculantes, restará ao quarto e último capítulo da tese a análise das consequências pela sua não observância. Antes de mais nada, será reafirmada uma regra de ouro da arbitragem: a intangibilidade do mérito da sentença arbitral. Todavia, trata-se de regra que admite exceções.

Assim, e em primeiro lugar, o que se discutirá será a pouco trabalhada diferenciação entre os precedentes que veiculariam normas de direito material e normas de direito processual. Isto porque, da leitura do art. 32 da Lei 9.307/96, o que se verificará é que apenas questões procedimentais ensejariam o desafio da sentença arbitral. E neste meandro, uma impressão inicial poderia revelar que apenas os precedentes que veiculassem as garantias fundamentais do processo é que seriam hábeis a nulificar um procedimento arbitral que deixasse de observar tal decisão.

Não é bem assim que ocorre. Ainda que as hipóteses de nulidade da sentença arbitral sejam eminentemente procedimentais, uma leitura mais atenta revelará a possibilidade de modificar questões meritórias ainda que tratando-se de questões procedimentais. E o que se verá na hipótese do art. 32, VIII, da Lei de Arbitragem, especialmente quando a sentença for omissa em relação ao precedente vinculante suscitado pela parte; outra hipótese que demonstrará essa relação, ainda que indireta, entre mérito e procedimento, é aquela em que o árbitro decide com base em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, situação essa que se enquadraria no texto do art. 32, IV, da Lei 9.307/96, pois ocorrerá, nessa hipótese, uma evidente fuga da convenção de arbitragem.

Mas se dará passos adiante. Não apenas indiretamente o mérito da sentença arbitral pode ser atacado – uma vez mais, a regra da intangibilidade não é absoluta. Demostrar-se-á que, quando uma norma de ordem pública é violada pela sentença arbitral, a sua nulidade é sim possível.

Essa razão tem supedâneo na própria impossibilidade de homologar sentença arbitral estrangeira que viole norma de ordem pública interna (art. 39, II da Lei 9.307/96), a revelar que, com igual razão, a sentença nacional não poderá tratar de forma equivocada as normas de ordem pública internas. E em se tratando de precedentes, o que anotará é que, existindo decisão vinculante que veicule norma integrante da ordem pública de direito material, então a sentença arbitral que tenha equivocadamente aplicado essa regra ou princípio será sim passível de anulação.

Uma segunda, e última, hipótese em que se mostrará possível o desafio da sentença arbitral em seu mérito é aquela cujo pronunciamento se deu em manifesto erro de direito. Alinhando-se com o direito norte-americano, que se socorre, em larga escala, da *manifest disregard doctrine*, defender-se-á que o Direito não pode servir de escudo aos absurdos. No caso, o instituto da arbitragem não pode ser instrumento de tutela de decisões teratológicas.

Assim, desde que a parte demonstre de forma efetiva e cabal o evidente e manifesto erro cometido pelos árbitros no enfrentamento do direito escolhido para solucionar o conflito, será possível desafiar a sentença arbitral, cujo fundamento é justamente a violação da convenção de arbitragem (art. 32, IV, da Lei 9.307/96).

Por fim, mas não menos importante, o que se procurará analisar é a possibilidade de utilização de outros meios, que não aqueles permitidos pela Lei de Arbitragem (ação anulatória e impugnação ao cumprimento de sentença), para se irresignar contra a decisão proferida nos procedimentos arbitrais.

À primeira vista, uma resposta negativa será padrão. Todavia, pelo que se analisará, e tendo em vista a possibilidade de decisões arbitrais violando as bases mais fundantes do instituto, como no caso da existência de decisões sobre questões não arbitráveis, o argumento utilizado, e sempre em defesa da unidade do Direito, será aquele que anui com a utilização da via da ação declaratória contra essas decisões, a qual, inclusive, poderá ser manejada quando já transcorrido o prazo decadencial previsto na normativa de regência. E a razão que se dará para tal posição é bem simples: o tempo em si não tem o poder de transformar uma decisão inarbitrável em válida e legítima.

Estes serão, pois, os temas e limites trabalhados durante este estudo para se chegar à conclusão que, respeitando as balizas e fronteiras delimitadas, entende-se plenamente cabível, válida e legítima a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais exaradas pelas Cortes Supremas e cujos enunciados, por força da Constituição, obrigam a todos aqueles que exercem jurisdição.

1. O ESTADO DE DIREITO

"The phrase 'rule of law' is commonly given two different meanings that should be kept rigorously distinct. In the broadest, or weak or formal sense, it means any legal system in which public powers are conferred by law and wielded in the forms and by means of the procedures the law prescribes. In this sense, which corresponds to the *German Rechtsstaat*, all modern legal systems in which public powers have a legal source and form are 'legal states' in a merely formal meaning of the 'rule of law'. In the second, strong and substantive sense, 'rule of law', instead, stands only for those systems in which public powers are also subject to (and hence limited or constrained by) law not only in their form, but also in the content of their decisions. In this meaning, prevalent in continental Europe, the phrase 'rule of law' denotes legal and political systems in which all powers, including legislative power, are constrained by substantive principles normally provided for by the constitution, such as the separation of powers and fundamental rights.". FERRAJOLI, Luigi. The past and the future of the Rule of Law. In *The Rule of Law*: *history, theory and criticism.* Editors COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo. Dordrecht: Springer, 2007, pp. 323.

"De los principios expuestos del Estado de Derecho – tal como es concebido hoy día – resulta la imagen de un Estado sometido por el Derecho. Y no es que automaticamente haya de convertirse en un Estado judicial o un Estado de lo litigioso, es decir, en una comunidad en la que el poder judicial no sólo establezca frenos y límites, sino que determine la dirección de la actividad estatal.". BENDA, Ernesto *et alli*. *Manual de derecho constitucional.* Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 510.

1.1. Estado de Direito: seu conceito e suas origens

O Estado de Direito floresceu com o ideal de superar o modelo estatal que se estabeleceu sob o domínio da força e da polícia – estados absolutistas –, características típicas dos países eurocentristas no século XVIII e início do século XIX. Eliminar as arbitrariedades da e na atividade estatal, especialmente em relação aos cidadãos, protegendo direitos individuais, eram seus principais objetivos.[2] A despeito de serem identificados traços e predicados do Estado de Direito desde o século XIII, notadamente na Inglaterra (país do *rule of law*)[3], a estruturação e o amadurecimento teóricos deste novo modelo de estado, nos moldes trabalhados neste estudo, são observados na Alemanha (*Rechtstaat*[4]) e também na França (*L´État de droit*[5]).

---

[2] Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil* – Ley, Derechos, Justicia. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011, pp. 23. No mesmo sentido, COSTA, Pietro. The Rule of Law: A Historical Introduction. In *The Rule of Law*: *history, theory and criticism.* Editors COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo. Dordrecht: Springer, 2007, pp. 74, notadamente ao afirmar: *"At first sight, the cardinal points of the rule of law seem to be the following: political power (sovereignty, the state), law (objective law, norms), and individuals. More specifically, these three elements are the conditions for the existence and meaning of the rule of law, while the rule of law "as such" is a peculiar relationship between "state" and "law" which is, overall, beneficial to individuals. (...) for the* raison d'être *of the rule of law is to affect the state-individual relationship by introducing ("legal") curbs on sovereign power to the individual's benefit."*.

[3] A respeito da primeira identificação do que se entendeu como Estado de Direito, inclusive com críticas a respeito, ver BINGHAM, Tom. *The Rule of Law*. London: Penguin Books, 2011, part I, n. 2. De forma mais direta, eis o apontamento de LAUTENBACH, Geranne. *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. Oxford University Press, 2013, pp. 24: "*The United Kingdom has one of the oldest traditions concerning the restraint of arbitrary power of government. The development of the rule of law in the United Kingdom can be traced back to 1215, when King John signed the Magna Carta. This was one of the first instances where the ruler's power was acknowledged to be limited by law in relation to all 'free men'.*". No mesmo livro, Lautenbach, com arrimo na doutrina de Dicey, assim afirma sobre os principais elementos do *rule of law* do Reino Unido: "*In brief, the rule of law, as seen by Dicey, consists of three elements. First, the rule of law entails the absence of arbitrary power. The main element is the demand that no man is punished without a distinct breach of law established in the ordinary legal manner by the ordinary courts. Secondly, all are equal before the law and the ordinary law of the land is binding on all. Consequently, according to Dicey, there should be no special administrative courts, as this would lead to inequality. Instead, all cases should be brought before the ordinary courts. Lastly, the rule of law includes principles that have been developed through judicial decisions. These principles concern the freedom of individuals, such as the right to personal freedom, the right to discussion, and the right of public meeting.*". Ainda sobre as várias vertentes do *rule of law*, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 93-94.

[4] Apenas para esclarecer, os primeiros usos do termo Estado de Direito na Alemanha não são referentes a uma forma especial de Estado ou de governo. Ele seria uma nova forma de Estado, um "Estado da razão", ou seja, o Estado de Direito é um estado de direito racional, que realiza os princípios da razão na e para a vida comum dos homens; em sua conceituação originária, o Estado de Direito não se reduz a questões formais ou materiais, ele é um todo unitário que envolve tanto a concepção material quanto a formal, por isso uma "nova espécie" de Estado. Neste sentido, BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Origen y Cambio del Concepto de Estado de Derecho. In: *Estudios sobre el Estado de Derecho e la Democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano, Madrid: Trotta, 2000, pp. 19-20.

[5] Para um melhor entendimento sobre o Estado de Direito francês, ver CHEVALLIER, Jacques. *L'État de droit*. Paris: Montchrestien, 4th edn, 2003. Ainda, LAQUIÈZE, Alain. État de Droit and National Sovereignty in France. In *The Rule of Law: history, theory and criticism*. Edi. COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo. Dordrecht: Springer, 2007, que em pp. 261, assim resume o contemporâneo entendimento sobre o Estado de Direito Francês: "*In*

O seu principal propósito era de "uma percepção de hierarquia das regras jurídicas, com o objetivo de enquadrar e limitar o poder do Estado pelo Direito".[6] Em suma, o Estado de Direito inverte a lógica do Estado Absolutista, no qual o soberano era responsável por fazer as leis, para este novo momento em que as leis ditam as atribuições dos governantes. Trata-se de afirmar a supremacia da lei frente à administração estatal, uma organização e regulamentação do Estado em uma base de princípios racionais.

Apesar de os pressupostos basilares para a caracterização do Estado de Direito serem uniformes, quais sejam, assegurar a liberdade e a propriedade dos cidadãos, isso em um ambiente de segurança jurídica, tanto que em sua primeira vertente era chamado de Estado Burguês ou Estado Liberal de Direito, foram verificadas algumas divergências e variações teóricas nas características deste novo modelo de Estado, principalmente para concretizar os direitos e garantias que se pretendia assegurar contra a administração. É o caso da separação de poderes.

No ordenamento jurídico francês, país considerado como um dos berços deste novo modelo de Estado, por exemplo, não havia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário. Aliás, até pouco tempo, sequer existia o controle repressivo de constitucionalidade dos atos editados pelo Parlamento, realizado por um Conselho Constitucional, o que dirá a hipótese de referida atuação ser realizada pelo juiz[7].

---

contemporary French public law doctrine, the notion of État de droit *has two broad meanings: 1. The state acts exclusively in a legal manner, i.e. it operates by means of law. Since it is sovereign, the state founds and delimits the national legal system, namely all of the rules it dictates to itself and those that derive from them. As the source of law, the state is competent to define its own competences. 2. The state is subjected to law: the objective pursued is that of framing and limiting the state by means of law. Political power is framed by law, by means of the following guarantees: separation of powers, which implies in particular the independence of the judiciary from political agencies; proclamation of rights and liberties; and judicial review of legislation and administrative acts.*".

[6] STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 86.

[7] A respeito, ver ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. França: controle de constitucionalidade. E no Brasil: controle preventivo?. Disponível em http://estadodedireito.com.br/franca-controle-de-constitucionalidade-e-brasil-controle-preventivo2/. Acesso em 05 fev. 2020, bem como TEIXEIRA, João Pedro Accioly. O Sistema de Jurisdição Constitucional Francês: Do Primado da Lei à Questão Prioritária de Constitucionalidade. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.96.11.PDF. Acesso em 05 fev. 2020.

Além da variação na concretização dos princípios que embasavam o Estado de Direito, o uso de suas premissas também serviu para alicerçar diferentes ideologias, desde o nazismo alemão, até o fascismo italiano e a Revolução Francesa[8-9].

Todavia, e a despeito de todas essas nuances que fizeram e fazem parte das notas evolutivas do Estado de Direito, é preciso ratificar que ele sempre teve como pedra fundamental um governo sob o império da lei, embasado principalmente na segurança jurídica e na liberdade do cidadão. Esse novo modelo de Estado tem na sua base um ideal de racionalidade, uma submissão do poder ao direito, um governo de leis e não de homens, a obrigação de se proteger o direito, a divisão de poderes, entre outros[10]. É a partir destes pontos que buscará descrever, ainda que brevemente, a evolução do conceito até os dias de hoje.

1.1.1 Do Estado Liberal de Direito e ao Estado Social de Direito

No seu primeiro estágio evolutivo, o Estado de Direito resume-se no Estado Legal. Uma concepção mais formal de Estado, cuja preocupação era com a segurança e com o controle das ações da Administração de forma a proteger a liberdade do cidadão. Ou seja, a primeira das finalidades era dotar os cidadãos de liberdade frente ao Estado. A lei como elemento de

[8] Neste sentido, ver FERNÁNDES, José Ramón Serrano-Piedecasas; CRESPO, Eduardo Demetrio. Del Estado de Derecho al Estado Preventivo. In *Ciências Penais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, n. 16, jan.- jun. 2012, versão eletrônica, assim expondo: "*Posiciones ideológicas tan diferentes, como las que vamos a enumerar, aparecen vinculadas con la idea de Estado de Derecho: el pensamiento liberal clásico, el pensamiento liberal de la Ilustración, el tradicionalismo conservador alemán, la tradición del constitucionalismo inglés y el pensamiento liberal norteamericano, las posiciones doctrinales de la ciencia alemana del Derecho Público, las manifestaciones jurídicas de la democracia social, e incluso posiciones teóricas de claro sesgo neofascista.*". Também ilustrando este ponto, GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Revista de Occidente, 1959, pp. 157, que assim pontua sobre o conceito do Estado de Direito: "*ha tenido una pluralidad de significaciones: dotado al principio de un contenido de índole ontológica y axiológica, fue más tarde desnaturalizado por el positivismo de tal modo, que lo convirtió en fórmula huera, aplicable a toda clase de Estado*.".

[9] Para uma completa exposição a respeito, ver CERVERA, Ignacio Campoy. *En defensa del Estado de derecho.* Debilidades y fortalezas del Estado de Derecho a propósito de las críticas de Carl Schmitt. Madrid: Dykinson, 2017, pp. 19-168.

[10] Neste sentido, BORBA, Luis Villar. Estado de derecho y Estado social de derecho. In *Revista Derecho del Estado*, n. 20, diciembre 2007, pp. 74. Ademais, uma breve e direcionada suma das ideias básicas sobre o Estado de Direito são destacadas por GARCIA-PELAYO, Manuel. Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho: El Tribunal Constitucional Español. In *Ilanu*, año 9-10, n. 23-24, pp. 8: "*(i) La ideia de que la dignidad y la libertad humanas son incompatibles con la sumisión del hombre a otros hombres, pues, como decía Nicolás de Cussa a fines del siglo XV: 'Libre es el hombre que no obedece a otros hombres, sino a las leyes'; (ii) la idea de que sólo el imperio de normas abstractas e impersonales garantiza un orden digno, cierto y seguro de convivencia o, para decirlo con palabras de Maquiavelo un* ***vero vivere político*** *frente ao* ***vivere corrotto*** *en el que depende del arbitrio del poderoso, y (iii) que en el antagonismo entre el* ***kratos*** *y el* ***nomos****, entre el poder y la norma, el primero ha de someterse a la segunda.*".

regulação protetiva da população se caracterizava naquilo que Jellinek chamava de "*status* negativo", afinal, os sujeitos deveriam desfrutar "de algum âmbito de ação desvencilhado do império do Estado (...)"[11].

Conforme se verá adiante, e em brevíssima suma, o Estado de Direito na sua primeira fase tinha como valor fundante a liberdade, com o Poder Legislativo destacando-se entre os demais Poderes por ser quem elaborava e produzia as normas, responsáveis pela regulação da sociedade livre. Caberia ao Executivo o cumprimento e a observância das leis produzidas, ao passo que o Judiciário se encontraria preso à letra do texto legal. Estado Liberal de Direito é a expressão desse momento, tanto assim que Gustavo Zagrebelsky, citando Robert von Mohl, afirma que sua finalidade seria "*la protección y promoción del desarollo de todas las fuerzas naturales de la población, como objetivo de la vida de los individuos y de la sociedad"*[12].

Além do propósito de controle de arbitrariedades, a noção de Estado de Direito revela também um aspecto democrático, no sentido de que a lei é fruto da ação coletiva dos cidadãos, é resultado do exercício de sua liberdade política. Em suma, *"el imperio de esta ley significa 'el dominio del principio de la libertad de los ciudadanos del Estado'",*[13] pois o Direito está contido na legislação, que por sua vez é criado pelo Parlamento, cuja supremacia seria inquestionável.

Como aventado acima, apesar de o Estado Liberal de Direito ter reconhecidamente uma concepção formal[14], ele também possui conotação substantiva, uma densidade conteudística, não podendo ser reduzido a uma simples fórmula de proteção legislativa aos cidadãos. Para além de uma lei pretérita determinando as ações e condutas estatais frente aos cidadãos, a materialidade do Estado Liberal de Direito estaria assentada na representação eletiva do Parlamento – ente supremo –, para a qual os cidadãos colaboravam de forma direta e indireta (*v.g.*, fato ocorrido nas discussões e publicidade antes da edição das normas), bem como na

---

[11] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 139.
[12] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil ... Op. cit*., p. 23.
[13] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Origen y Cambio del Concepto de Estado de Derecho. *Op. cit*., pp. 24.
[14] Esta concepção formal é tão destacada que se estende inclusive para o Legislador (Poder Legislativo), e não apenas para a Administração (Poder Executivo). Neste sentido, "*Este Estado de Derecho es formal también en la medida en que se rechaza categóricamente toda limitación de la omnipotencia jurídica del legislador: la referencia de la ley ala razón, que en el concepto temprano del Estado de Derecho constituía la legitimación interna del «imperio de la ley», se convierte en una categoría metajurídica. En la ley solo es real el acto de voluntad de la instancia legislativa. Y su producto, la generalidad de la ley, es en todo caso un resultado natural, no una consecuencia esencial del concepto de leyes*.", em BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Origen y Cambio del Concepto de Estado de Derecho. *Op. cit.*, pp. 30.

doutrina da separação de poderes. Tratava-se, todavia, de um conteúdo raso e sem maior efetividade.

De toda sorte, e a despeito desse pequeno viés democrático do Estado Liberal de Direito, é a primazia da lei que sobressaía como característica naquele momento, ciente de que, obedecido o seu processo de formação previamente estabelecido[15], a sua validade e eficácia seriam plenas.[16]

Em suma, o Estado Liberal de Direito, ou mesmo, o Estado Legal, embasado no princípio da legalidade, teve como propósito a proteção dos cidadãos contra arbitrariedades estatais, porém dentro de um conteúdo substantivo que permitia um processo de criação do Poder Legislativo, representante dos cidadãos, e possuía sua limitação no controle de constitucionalidade das leis efetivado pelo Judiciário.[17] Era dentro desta engenhosa construção teórica que os cidadãos sentir-se-iam seguros e livres.

O resultado deste novo cenário jurídico-político era, conforme já assentado, que o Estado somente poderia atuar quando houvesse lei autorizando, ou seja, a Administração somente poderia agir por expressa determinação legal. O império da lei garante também que a Administração não intervenha contra a liberdade do indivíduo se houver uma lei contrária ao seu ato ou, até mesmo, se não existir um comando legal para sua ação.

Mas, não apenas o Estado estaria impedido ou autorizado de agir em razão de lei. Ao cidadão estaria assegurado a sua atuação quando não existisse prévio ato normativo proibindo

---

[15] No momento inicial de desenvolvimento do Estado de Direito a forma de produção da norma era prevista na Constituição, porém ainda não compreendida com a força normativa que lhe é hoje inerente, mas sim como um documento descritivo das estruturas reais de poder, ou seja, com um sentido sociológico, um fato social. LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. A ideia de Constituição como fato jurídico, com um elemento de normatividade que lhe seria natural, foi defendido por HESSE**,** Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991 (o texto também está disponível em http://www.geocities.ws/bcentaurus/livros/h/hessenpdf.pdf. Acesso em 15 fev. 2020), além de ter sido muito bem desenvolvido por KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

[16] É neste ponto que a ideia inicial de Estado de Direito da Europa continental se diferencia do *rule of law* da Inglaterra, afinal, para referido país, o processo de formação legislativo não se encerrava e nem estava completo com a produção da lei pelo Parlamento, isto porque o desenvolvimento do direito é um processo inacabado, historicamente sempre aberto, dependente da dialética do processo judicial.

[17] Sobre a história do controle de constitucionalidade das leis, inclusive com análise dos primeiros casos em que realizado o *judicial review*, ver MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de Constitucionalidade. In *Revista de Informação Legislativa*,v. 43, n. 172, out.-dez. de 2006, p. 37-44. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf?sequence=1&isAllowed=y . Acesso em 15 mai. 2021. Sobre o assunto, ver ainda NOGUEIRA, Gustavo Santana. Sir Edward Coke e o Judicial Review inglês: Breve História. In *Teoria do Processo* – Panorama Doutrinário Mundial. Coord.: Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 307-324.

sua conduta. Tem-se aqui o outro lado da referida teoria dos *status* de Jellinek, em específico o *status* positivo, segundo o qual os cidadãos somente estariam impedidos de fazer algo se a lei proibisse. Fora do campo de vedação, vigeriam a autonomia e a liberdade de ação, podendo fazer tudo aquilo que não fosse expressamente proibido, ou seja, *"*(...) enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza *(...)*".[18]

A atuação deste Estado de Direito, que é inimigo dos excessos, das arbitrariedades, do uso não regulado do poder,[19] é chancelado pela lei geral e abstrata.

A generalidade da lei significa totalidade, tem por consideração a abrangência e extensão de um todo, ou seja, engloba tudo e todos dentro de uma mesma situação. É, portanto, garantia de imparcialidade do Estado em sua atuação, afinal direcionada para todos os cidadãos, sem determinabilidade de seus destinatários.[20] A norma geral também deságua em garantia de liberdade e igualdade[21-22] entre os cidadãos (igualdade em caráter formal).

Já a abstração, para este contexto, significa perene eficácia no curso do tempo, não se esgotando ou se esvaindo quando da ocorrência de sua hipótese de incidência. É a garantia de estabilidade da ordem jurídica, assegurando certeza e previsibilidade ao Direito, até porque a norma não se esgota ou perde força com sua aplicação em determinado número de casos.[23] Por seu caráter abstrato, a lei vige enquanto não for retirada do ordenamento por uma das formas estabelecidas na própria lei. Como se conclui, da abstração normativa emerge a ideia de segurança jurídica.

---

[18] MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
[19] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil ... Op. cit.*, p. 29.
[20] CERVERA, Ignacio Campoy. *En defensa del Estado de derecho.* Debilidades y fortalezas del Estado de Derecho a propósito de las críticas de Carl Schmitt. *Op. cit.*, p. 19.
[21] "(...) *la generalidad de la ley no sólo era considerada como garantía de la igualdad, sino también como excluyente de intervenciones arbitrarias de los poderes públicos (...)"*, cfr. GARCIA-PELAYO, Manuel. Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho: El Tribunal Constitucional Español. *Op. cit*., p. 11.
[22] Ernesto Benda não lista nominalmente a igualdade como um pressuposto essencial do Estado de Dereito, ele prefere elencar a "justiça" como referido elemento, que estaria inicialmente ligada a normas suprapositivas (como no Direito Natural), as quais foram, posteriormente, trazidas para o direito positivo. Entretanto, na visão de Benda "*El postulado de justicia está estrechamente unido al mandato de igualdad de trato. La misma perspectiva orientada a la idea de justicia sirve como criterio para distinguir entre casos de igualdad o de desigualdad esencial*". BENDA, Ernesto *et alli*. *Manual de derecho constitucional.* Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 493-494. No mesmo sentido, de que a justiça pressupõe a igualdade, ver RADBRUCH, Gustav. Cinco Minutos de Filosofia. Disponível em https://leiturasdiversas.wordpress.com/2019/02/25/cinco-minutos-de-filosofia-do-direito-gustav-radbruch/. Acesso em 20 fev. 2020. No seu terceiro minuto, assim destaca: "Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de Justiça. Justiça, porém, significa: julgar sem consideração de pessoas; medir todos pelo mesmo metro.".
[23] CERVERA, Ignacio Campoy. *En defensa del Estado de derecho.* Debilidades y fortalezas del Estado de Derecho a propósito de las críticas de Carl Schmitt. *Op. cit.*, p. 19.

Em síntese, a liberdade e a igualdade são os alicerces do Estado de Direito, mas dentro de uma unidade jurídica predeterminada, que garanta uma imperiosa segurança aos cidadãos – a segurança e a clareza das normas são os escudos da sociedade contra as arbitrariedades e os abusos.

Dessas premissas surge o movimento de codificação das leis, cuja maior representação era o Código Civil de Napoleão,[24] que reunia direitos abstratos e gerais, oriundos de um processo legislativo justificado em procedimentos racionais, tendentes a regular de forma isonômica e previsível as relações sociais, notadamente para proteger as liberdades dos cidadãos frente aos atos da administração. A jurisdição, em específico, tinha como propósito servir à disposição legal, motivo pelo qual o juiz apenas declarava o que a norma "já" determinava (juiz boca da lei). É aqui que a interpretação do Direito tem seu âmbito teórico reduzido à lei, tanto que expressões como o "direito é a lei" e "a lei é aquilo que o parlamento diz que é" são sintomáticas nessa época.[25]

Entretanto, os ideais do Estado Liberal de Direito, cujo desenvolvimento se deveu quase que exclusivamente para atender as pretensões da burguesia[26] contra as arbitrariedades de um Estado Absolutista, se revelaram insuficientes para a devida proteção dos cidadãos.

---

[24] O Código Civil Francês, que é visto como o grande expoente do movimento das codificações, foi editado por Napoleão Bonaparte em 1804. Todavia, antes dele, já havia se verificado frutíferas tentativas de sistematização das leis (consolidações), como no caso da Ordenação Civil de Luis XIV de 1667, que inclusive forneceu as linhas mestras do Código de Processo Civil Francês de 1806, conforme afirmação de SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48. Já sobre a história da ordenação, PICARDI, Nicola. Introdução ao *Code Louis* (*Ordonnance Civile*, 1667). In *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 69-124. Interessante quanto ao ponto é a afirmativa do autor sobre o enquadramento da Ordenação como um Código ou uma Consolidação, a saber, p. 120-121: "À parte a não-univocidade das próprias noções de 'código' e de 'codificação', segundo a tradição historiográfica francesa, o *Code Louis* – e em geral as grandes *Ordonnances* de Luis XIV – constituiriam verdadeiras e próprias codificações, providas de todos os requisitos, também técnicos, que se encontrarão depois nos textos napoleônicos. (...) Segundo uma outra orientação, o *Code Louis* seria caracterizado, ao invés, por um 'sábio enquadramento e hábil remanejamento do material'. (...) Tratar-se-ia, portanto, mais propriamente de uma 'consolidação' de normas processuais já vigentes e aplicáveis na França.".

[25] A ideia original é de MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis.* Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. A seguinte passagem é emblemática quanto ao ponto, p. 175: "(...) Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem a sua força, nem o seu vigor [da lei].". O desenvolvimento da ideia pode ser bem estudado em MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil:* teoria do processo civil – vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed., 2017, e-book, parte 1.

[26] Apenas para rememorar, o Estado Liberal de Direito foi fortemente influenciado pela Revolução Francesa de 1789, um movimento social cujo embate se deu entre a classe burguesa, em franca ascensão econômica, contra a velha política do Estado Absolutista de concessão de privilégios para a aristocracia, o clero e a realeza. Cfr. HOBSBAWM, Eric J. *A Revolução Francesa.* Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 4. ed., 2002. As citações a seguir são elucidativas sobre o ponto, vide p. 18 e 19, respectivamente: "(...) Entretanto um surpreendente consenso de idéias gerais entre um grupo social bastante coerente deu ao movimento revolucionário uma unidade efetiva. O grupo era a 'burguesia'; suas ideias eram as do liberalismo clássico, conforme formulada pelos 'filósofos'e 'economistas' (...).", "Mas de modo geral, o burguês

A partir do século XIX, a predominância de uma concepção mais formalista de Estado começa a ser criticada por chancelar uma visão estritamente burguesa, aquela que apenas confirma as propriedades aos seus donos, ou melhor, uma atuação que visava a manutenção do *status quo*. Impedia-se, pois, a atuação do Estado para efetivar uma redistribuição socioeconômica, ou mesmo para tentar melhor equilibrar as relações sociais. As formas e os procedimentos desse Estado Liberal não permitem essa atuação estatal proativa.[27] Tanto no campo teórico, como no político, passa a existir uma cobrança quanto à maior proteção do Estado, seja para evitar a manutenção e perenização de um rol de privilégios (em forma de direitos) garantidos e assegurados à burguesia, seja, mais especificamente, para atuar na proteção dos setores vulneráveis da sociedade.

O mesmo Estado que assegurava as liberdades burguesas também deveria ocupar-se de questões sociais, ou seja, "criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana"[28]. Floresce a ideia de que a lei e os direitos não devem apenas delimitar e controlar o Estado; a defesa da liberdade individual é muito relevante, mas é preciso legitimar e estimular a realização de ações positivas pela Administração, com o intuito de atender os interesses e proteger a população, notadamente os mais necessitados.

Em termos sucintos, esse novo modelo de Estado tem como seu valor fundante a igualdade no seu viés material. Para concretizar o seu valor, o Executivo deixa sua posição passiva e passa a atuar positivamente para promover os novos direitos estabelecidos, cujo fim é buscar uma maior paridade no tratamento dos cidadãos. Da mesma forma, o Poder Judiciário tem uma emancipação do seu antes limitado papel de intérprete das leis, que passa a ser feito com os olhos voltados para a finalidade do texto legal.

Toda essa concepção é estruturada em razão do desenvolvimento industrial e da Revolução Francesa, ambos no século XIX, quando a classe dos trabalhadores e a burguesia menos abastada, por meio de organizações sociais, começaram a clamar por uma sociedade mais justa. Todavia, o efetivo florescimento da ideia de Estado Social ganha atenção doutrinária na Ciência do Direito ao final da primeira Guerra Mundial, com a doutrina do jurista alemão

---

liberal clássico de 1789 (e o liberal de 1789-1848) não era um democrata mas sim um devoto do constitucionalismo, de um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e de um governo de contribuintes e proprietários.". Justifica-se, pois, as razões pelas quais o Estado Liberal também pode ser denominado de Estado Burguês de Direito.

[27] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Origen y Cambio del Concepto de Estado de Derecho. *Op. cit*.., pp. 31.

[28] SILVA. José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. In *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, mai. 2011, versão eletrônica.

Hermann Heller,[29] quando então os direitos sociais passaram a integrar as Constituições juntamente com os direitos civis. Na sua conceituação, portanto, o Estado Social se encontrava como uma alternativa entre os Estados Absolutista e de Direito.

A Constituição Mexicana de 1917[30], menos referenciada, e a Constituição de Weimar datada de 1919[31], com maior repercussão em nível mundial, são os primeiros compilados de normas jurídicas escritas que passam a tratar da proteção e da promoção de direitos sociais, apesar de sua concretização e efetivação terem se mostrado pouco ou nada eficazes em favor dos cidadãos.[32] Na Constituição de Weimar, por exemplo, havia a obrigação de o Estado Social garantir a justiça e o equilíbrio social, valores fundamentais positivados no Texto, o que se deveu ao propósito de tentar dissipar as desigualdades criadas pelo anterior Estado Burguês/Liberal.[33]

A legalidade permanece como o elemento direcional na atuação do Estado e na proteção dos cidadãos contras as arbitrariedades e os abusos da Administração, que também continuam sujeitos à lei. Entretanto, além do aspecto negativo da atuação do Estado, eram necessárias condutas positivas, uma pauta de ações promocionais em benefício dos cidadãos. O Estado Social tinha que agir para fornecer ao cidadão um direito que, se dependesse de sua exclusiva atuação pessoal, dificilmente conseguiria concretizar. Nas palavras de José Ramón Serrano-Piedecasas Fernández e Eduardo Demetrio Crespo, o Estado Social "*pretende asegurar la justicia social y la realidad efectiva de los principios igualitarios, manteniendo el orden económico basado en la propiedad privada*"[34].

---

[29] BORBA, Luis Villar. Estado de derecho y Estado social de derecho. *Op. cit*., p. 83-87.

[30] Sobre os aspectos sociais da Constituição Mexicana, ver CLEVEN, N. e ANDREW N.. Some Social aspects of the Mexican Constitution of 1917. In *The Hispanic American Historical Review.* Durham: Duke University Press, vol. 4, n. 3 (aug. 1921), pp. 474-485.

[31] A respeito da Constituição de Weimar, ver CERVERA, Ignacio Campoy. *En defensa del Estado de derecho. Debilidades y fortalezas del Estado de Derecho a propósito de las críticas de Carl Schmitt*. Op cit., p. 165.

[32] É imperioso dizer, a despeito do assinalado, que as primeiras reformas legislativas com vias a reconhecer direitos sociais já eram observadas desde os anos 80 do século XIX, ratificando, o que também se anotou, que a gênese dos direitos sociais advém da Revolução Francesa, de 1848, porém, com seu conceito jurídico efetivamente desenvolvido na Alemanha, quando se assentou que o seu fim principal seria a solução de um problema social por meio da proteção e assistência aos necessitados. Neste sentido, BORBA, Luis Villar. Estado de derecho y Estado social de derecho. *Op. cit.*, p. 85-88.

[33] Esta é a lição de BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Origen y Cambio del Concepto de Estado de Derecho. Op cit.., pp. 37-40, tanto que especificamente em p. 40, informa que o conceito material de Estado de Direito "*se caracteriza por el hecho de que el poder del Estado se entiende como vinculado a determinados principios y valores superiores del Derecho, así como porque el centro de gravedad de la actividad estatal no se entiende ya como orientado primariamente a asegurar las garantías formales de la libertad, sino a establecer una situación jurídica justa en sentido material".*

[34] FERNÁNDES, José Ramón Serrano-Piedecasas e CRESPO, Eduardo Demetrio. Del Estado de Derecho al Estado Preventivo. *Op. cit*., versão eletrônica.

É certo que esta nova função do Estado representa uma atuação concreta e direcionada, ou seja, o ato promocional da Administração é específico e determinado para algumas pessoas ou grupos da sociedade. Esse direcionamento específico e orientado para certas pessoas ou grupos contrasta com a premissa da lei geral e abstrata do Estado Liberal de Direito. Deve-se ressaltar que a segurança jurídica como valor fundante não foi abandonada, tampouco a ideia de um governo pela lei, pois o Estado Social precisaria ter o conteúdo das suas obrigações e atuações concretas especificado e minudenciado pelo legislador e pela Administração, com expressa previsão constitucional de quais seriam os direitos e as garantias assegurados aos cidadãos. Do contrário, o controle da atividade estatal poderia igualmente se perder e, consequentemente, o império da lei.

Entretanto, este "choque" de ideais entre os atos praticados pelo Estado, longe de diminuir ou enfraquecer a generalidade e a abstração da lei, surge como elemento adicional, ou melhor, soma-se aos prévios caracteres do Estado de Direito, revelando-se como "um novo conteúdo axiológico-político".[35] Os direitos sociais, esta nova substância de fundo, representam os direitos de segunda geração, que foram inseridos dentro de um Texto Constitucional, juntamente com os clássicos direitos políticos e individuais, também denominados direitos de primeira geração.[36]

Mas, a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, a expansão da atuação da Administração, que deixa de focar apenas nas liberdades negativas e na figura de um sujeito, para agir também em prol da coletividade por meio de condutas positivas, não se mostrou suficiente para a garantia dos direitos fundamentais, cuja revolução social colocou à disposição dos cidadãos. Inclusive, reitera-se que este novo modelo acaba por alterar o próprio agir estatal, que deixa de atuar apenas como censor e sancionador dos cidadãos para também atuar promocionalmente, em atos que visam à concretização de determinados direitos.

A bem da verdade, os contornos do Estado Social que vinham se desenvolvendo no magistério de Heller[37] acabaram sendo rapidamente desconstruídos pelo governo nacional-socialista alemão, além das crises econômicas, associadas à acumulação de obrigações sociais

---

[35] STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. *Op. cit.*, p. 91.
[36] A eles juntam-se, atualmente, os direitos de terceira geração (ligados aos valores da fraternidade e solidariedade - direitos coletivos), sendo certo que já há doutrinadores defendendo a existência dos direitos de quarta geração, que pregam pela defesa da democracia e do pluralismo e até quinta geração, que englobariam a normatividade do direito à paz. Cfr. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 481, bem como NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 13. ed. 2018, p. 310-312.
[37] BORBA, Luis Villar. Estado de derecho y Estado social de derecho. *Op. cit.*, pp. 83-87.

por parte do Estado. O que se verificou, também, foi que a igualdade material, elemento basilar de uma estrutura social que busca convivência harmônica e equânime de seus integrantes, não se mostrava suficientemente desenvolvida – apesar de o seu gérmen ter sido ali plantado.[38]

Era preciso, portanto, encontrar o equilíbrio. Não se mostrava adequado retroceder a um Estado formalista, que apesar de estar sob o império da lei, deixava de atender aos comandos sociais. Até porque, o Estado Social teve grande contribuição para o melhor desenvolvimento de algumas premissas do Estado Liberal, pois permitiu a criação dos necessários pressupostos materiais para o exercício dos direitos políticos e civis do Estado Burguês. Entretanto, e a despeito do período crítico que obnubilou as ações promocionais para auxiliar o desenvolvimento do cidadão, os debates se mantiveram vivos, e até fortalecidos ante as atrocidades verificadas no período entre as duas Grandes Guerras.

É neste contexto que surge o Estado Democrático de Direito, como uma nova possibilidade de efetivação do Estado Social, agora mais amadurecido, com uma preocupação mais qualitativa, do que quantitativa, nos direitos a serem assegurados, tudo com vias a efetivar a esperada igualdade material.

1.1.2 Do Estado de Direito ao Estado Constitucional ou Estado Democrático de Direito

Ao se falar em mudança do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional, não se quer desvencilhar ou isolar um do outro, até porque a sua principal característica é a complementariedade entre as liberdades públicas e privadas, ou seja, o devido respeito às garantias e liberdades dos cidadãos e, ao mesmo tempo, promover a igualdade material. A ideia é pensar na reestruturação do próprio ideal de Direito, ou melhor "um componente revolucionário de transformação do *status quo*"[39]. E essa reconstrução teórica

---

[38] BORBA, Luis Villar. Estado de derecho y Estado social de derecho. *Op. cit.*, pp. 89.

[39] SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. Op. cit., versão eletrônica. Também mostrando a importância de não confundir Estado Social e Estado Democrático, ver BENDA, Ernesto *et alli*. *Manual de derecho constitucional.* Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 491, notadamente quando destaca: "*En cualquier caso no es superflua la adjetivación de democrático y social para el Estado de Derecho. Del principio democrático resultan la tarea y las competencias de la representación popular de buscar una respuesta adecuada bajo las cambiantes circunstancias a la perenne cuestión de la justicia."* e continua *"(...) Lo decisivo es la obligación de garantía y realización de los derechos fundamentales. Merced a tal mandato no sólo se limita las decisiones estatales sino que se influye en su orientación. La referencia más decisiva es el principio fundamental material de la dignidad humana, del que se infiere en su contenido los pilares constitucionales que integran la concepción política de nuestro Estado: como Estado libre y no autoritario de Derecho, como Estado social en libertad y no paternalmente tutelado y como democracia en libertad, no en democracia popular*.".

se mostra necessária, pois simboliza uma resposta aos Estados autoritários do final do primeiro e do segundo quartel do século XX, que se apoiaram justamente nos ideais de legalidade, liberdade, igualdade e segurança jurídica – próprios do Estado de Direito.

Não se questiona, ainda, que o Estado Social já teria trazido para dentro dos textos constitucionais os elementos materiais (ações promocionais do Estado) que não existiam quando do desenvolvimento do Estado de Direito de viés burguês-formalista-legalista, o problema é a amplitude semântica que o termo "social" carrega em si.[40] Tanto assim que o Estado de Direito, já na sua concepção social, foi a base de sustentação para vários regimes autocráticos, desde o nazismo alemão e o fascismo italiano, até os regimes autoritários de Espanha e Portugal.

Há uma ideia de continuidade na passagem do Estado de Direito (formal e social) para o Estado Democrático ou Estado Constitucional, que além de acentuar a força normativa[41] das Constituições surgidas no período do segundo Pós-Guerra, buscava concretizar o real pressuposto do princípio democrático e da soberania popular, de modo a assegurar a "efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões e de sua real participação nos rendimentos da produção".[42] A ideia era ir além daquele caráter representativo e protetivo da maioria que representava o pensamento da "soberania popular" vigente até a primeira metade do século XX. A evolução do sistema político buscava perspectivas jurídicas outras, que tinham o intuito de alterar o perfil democrático[43] que se estabeleceu nos países da Europa continental, e que influenciaram a América Latina.

Se a Constituição de Weimar foi o símbolo maior do Estado Social de Direito, a Constituição Italiana de 1947 e a Lei Fundamental de Bonn de 1949 são os documentos jurídicos que representam esse novo ideal de Direito e de Estado, influenciando sobremaneira os demais países europeus e latino-americanos.[44] Em ambos os países precursores, a instalação da Corte Constitucional foi o instrumento de controle da concretização dos ideais democráticos.

---

[40] SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit*., versão eletrônica.
[41] Sobre a força normativa da Constituição, recomenda-se o clássico, HESSE**,** Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. O texto também está disponível em http://www.geocities.ws/bcentaurus/livros/h/hessenpdf.pdf. Acesso em 15 fev. 2020.
[42] SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, versão eletrônica.
[43] Lênio Streck destaca que a falsa ideia de democracia pautada pela vontade da maioria nos governos nazistas e fascistas foi a responsável pela reestruturação dos próprios ideais democráticos, agora ancorados por uma jurisdição constitucional que se embasa em um texto dotado de força normativa, cfr. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 39 e ss.
[44] Interessante anotar que é a doutrina e a jurisprudência da Alemanha que influenciam sobremaneira a nova filosofia constitucional adotada por Portugal, Espanha e também pelo Brasil, tudo consolidado nos entendimentos dos constitucionalistas daquele país e sua jurisprudência de valores. Neste sentido, CITADINO, Gisele.

Em termos conteudísticos, os direitos fundamentais,[45] estampados em textos dotados de expressões abrangentes e sem maiores possibilidades de definição *in abstracto*, são os elementos de sustentação do Constitucionalismo pós-guerra, da democracia que ia além do "governo da maioria", permitindo a promoção dos direitos sociais e, acima de tudo, o seu controle pela sociedade.

Interessante anotar que o movimento de constitucionalização surgiu como a forma de, pela primeira vez na modernidade, colocar a lei em uma relação de adequação/subordinação a um ato normativo maior. Por certo que o governo das leis, essência do Estado de Direito, continua sendo a premissa desse movimento inaugurado após a Segunda Grande Guerra, todavia as transformações ocorridas em razão dos novos ideais de democracia e soberania popular modificaram sobremaneira a concepção do próprio Direito.[46]

Esse modelo de Estado, calcado na concretização dos valores democráticos, pode ser sumarizado pelas seguintes características: força normativa da Constituição, positivação de direitos fundamentais, estabelecimento de um controle de constitucionalidade e, acima de tudo, o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação do texto constitucional.[47] A reestruturação da jurisdição constitucional é, assim, uma consequência inexorável dos novos

Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 22-24.

[45] Os direitos fundamentais das Constituições também são reações aos estados totalitários vigentes no período anterior à Segunda Grande Guerra, tendo como uma de suas funções, a proteção dos cidadãos contra as arbitrariedades cometidas pelos regimes anteriores. Neste sentido, HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez - sobre el derecho y el Estado democrático de derechos en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, Madrid, 2001, pp. 470: "(...) *los derechos fundamentales, incluso en su letra y estilo, danse a conocer como enfáticas manifestaciones de voluntad y declaraciones políticas que reaccionan contra experiencias concretas de represión y vulneración de la dignidad humana. En la mayoría de los artículos dedicados a los derechos fundamentales resuena el eco de una injusticia padecida que, por así decir, es negada palabra por palabra. Lo que en esos raros instantes que representa el establecimiento revolucionario de una Constitución queda patente y a la luz del día, por elo general el historiador habrá de descifrarlo laboriosamente o partir del trabajo diário de la producción legislativa y de la administración de justicia*".

[46] É o que Ferrajoli chama de segunda revolução sobre a natureza do Direito, que altera internamente o paradigma positivista clássico. Assim afirma o autor sobre o Constitucionalismo contemporâneo: "(...) *esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones*.", cfr. FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, pp. 53.

[47] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, n. 240, abr.-jun. 2005, p. 1-42.

tempos, afinal "a tarefa fundamental do Estado de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a Justiça Social".[48-49]

Entretanto, essa mudança perpassa pela modificação dos pressupostos que conceituavam os ideais de liberdade e de igualdade. Não se observam mais fórmulas estanques em suas frentes de aplicação para o cidadão e para o Estado. A exemplificar, passam a existir campos de limitação na atuação dos cidadãos ainda que sem lei proibindo; da mesma forma, o Estado pode atuar sem que haja comando em lei específica, bem como pode ser alvo de censura ainda que atue acobertado por uma determinação normativa preexistente. Essas alterações são todas justificadas por uma tentativa de concretização de um interesse coletivo ou um bem maior. A liberdade sem responsabilidade do Estado de Direito passa a conter restrições, não predeterminadas ou estabelecidas *a priori*, mas que buscam garantir direitos de caráter social.[50]

No contexto ilustrado acima, outra decorrência do Estado Democrático de Direito é a pluralidade de fontes. A lei, cuja validade é aferida da própria Constituição, não pode e nem deve ser vista como o único ato capaz de gerar deveres, direitos, responsabilidades e obrigações para a regulação da sociedade em geral. No mesmo sentido, os Códigos, vistos como elementos de unidade e coerência do sistema, acabam se conformando e sendo performados por novas ideias. Há uma clara redefinição do princípio da legalidade, sendo que os direitos assegurados podem chocar-se entre si, o que se justificaria pelo próprio ideal democrático de concretização da igualdade.

A descrição da nova realidade desenhada acima pode induzir ao pensamento de que a segurança jurídica, pressuposto do Estado de Direito e do Estado Constitucional, ficaria

---

[48] SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, versão eletrônica.

[49] Interessante escrito sobre as funções da jurisdição constitucional, com contra-argumentos às críticas que comumente se recebe (muitas em razão de ativismo, falta de legitimidade democrática, entre outras), ver EISGRUBER, Christopher L.. Constitutional Sel-Government and judicial review: a reply to five critics. In *University of San Franscisco Law Review*, 2002, pp. 115-190. No texto, o autor busca demonstrar que a jurisdição constitucional, para além de funcionar como elemento de proteção das minorias (função contra-majoritária), ela deve ser vista como um elemento de concretização da própria democracia, notadamente em razão das decisões que muitas vezes tangenciam questões políticas. Isso decorre, naturalmente, dos conceitos jurídicos indeterminados presentes nas Constituições pós-modernas, dotadas de normatividade.

[50] Na lição de BENDA, Ernesto *et alli*. *Manual de derecho constitucional.* Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 509, a atuação do Estado em referidas situações deve estar escorada no princípio da proporcionalidade, a saber: "*En general rige aquí el princípio de proporcionalidad que, cuando de intervenciones estatales en la libertad se trata, impone que la medida limitadora sea la de menor entidad posible y que resulte indispensable y razonable. El ciudadano tiene frente al Estado una expectativa fundamental de libertad."*. Em sentido semelhante, ver REGLA, Josep Aguiló. Sobre la constitución del Estado Constitucional. In *DOXA* - Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 24, 2001, pp. 429-457. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-la-constitucin-del-estado-constitucional-0/>. Acesso em 20 fev. 2020, notadamente em pp. 455-457.

comprometida com essas variadas fontes de direito ou com estes espaços de atuação sem uma predeterminação legal.

Entretanto, não é o que se verifica. Por certo que os próprios textos constitucionais contemporâneos avocam esse poder de controle da integridade do Direito[51], notadamente por meio da jurisdição constitucional, que complementando as normas legisladas, buscam assegurar os direitos resguardados pelo ordenamento e a distribuição equânime e adequada destes direitos. Ainda como nota evolutiva deste novo modelo de Estado, verifica-se que o legislador, da mesma forma que Executivo e Judiciário, também passa a ser submisso à ordem jurídica.

A Constituição é o novo epicentro dos direitos dos cidadãos, a partir do qual toda e qualquer análise deve ser iniciada e finalizada. E esta composição de ideias, agora, contempla o Poder Judiciário, que deve implementar os direitos fundamentais, assim como controlar sua aplicabilidade pelos demais entes estatais.

É nas Constituições modernas, portanto, que se consegue assentar "*un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio"*,[52] ou seja, ainda que dentro de sociedades estratificadas e setorizadas, com legislações por vezes antagônicas, a Constituição emerge como elemento mediador que assegura a unidade do Direito. Afinal, "*cualquier ordenamiento jurídico, (...), debe expresar una coherencia intrínseca; es decir, debe ser reconducible a principios y valores sustanciales unitarios (...)"*.[53]

A constitucionalização de direitos tem sua fundamentação na promoção da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica.[54-55] A virada ontológica aqui, como se pode perceber, vai

---

[51] A ideia de integridade com a qual se trabalha neste estudo é no mesmo sentido defendido por DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito.* Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p. 271-331. O termo será mais bem abordado no item 1.3 *infra*.

[52] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil ... Op. cit.*, pp. 40.

[53] Idem. p. 31.

[54] A respeito do ponto ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 211 é certeiro quanto à segurança jurídica na realidade brasileira: "Em suma, a instituição do princípio do Estado de Direito demonstra que a Constituição, por meio do estabelecimento de um ideal mais amplo a ser buscado, garante a segurança jurídica como segurança do Direito, pelo Direito, frente ao Direito e dos direitos, dos cidadãos frente ao Estado, a ser realizada pelo Estado por meio de regras, de atos e de procedimentos capazes de efetivar os direitos individuais e de assegurar o exercício legítimo do poder pelo Estado.".

[55] Na Constituição Brasileira, a segurança é citada no seu preâmbulo, bem como no *caput* do art. 5º, berço dos direitos fundamentais, a saber, respectivamente: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil." e "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de

além do paradigma estatal, afinal, o Constitucionalismo contemporâneo coloca-se como um verdadeiro meio entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo clássico.[56] É deste meio, ou melhor, desta conciliação entre democracia e constitucionalismo, que o Judiciário passa a ocupar a sua função proeminente, pois visa a proteger a democracia de si mesmo, exercendo seu poder de guardião do texto constitucional.[57]

A Constituição, ao se colocar no papel de principal fonte de direitos, notadamente por meio de normas de textura aberta, não definíveis *a priori*, precisa ser concretizada com os olhos voltados para a realidade social, com o objetivo de dissipar as desigualdades, mas mantendo, sempre que possível, a segurança necessária para o desenvolvimento do sistema estatal. Os valores e fins da Constituição do Estado Democrático de Direito colocam-se como os elementos-chave deste novo sistema de Estado, que está embasado em um texto escrito, porém com normas sem consequência normativa predeterminada, deixando ao caso concreto e à realidade social sua especificação.

Como se conclui, a Constituição do Estado Democrático de Direito, ou do Estado Constitucional, incorporou tanto os direitos e princípios do Estado Liberal, quanto os direitos e princípios do Estado Social, porém, com o diferencial de buscar o atendimento dos valores e fins democráticos e de soberania popular, que não se encerram em um governo da maioria. É

---

qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes".

[56] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil ... Op. cit.*, pp. 65-68. Sobre a crise do positivismo jurídico e sua evolução ao pós-positivismo, ver REGLA, Josep Aguiló. Positivismo y Postpositivismo. Dos Paradigmas Jurídicas en Pocas Palabras. In *DOXA* - Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 30, 2007, pp. 665-675. Disponível em <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/46837731804796940700080/035429.pdf?incr=1>. Acesso em 29 fev. 2020. Sobre o tema, ver ainda, CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *DOXA* - Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 21-I, 1998, pp. 209-220. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/postpositivismo-0/>. Acesso em 29 fev. 2020.

[57] Neste sentido BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In SILVA. Oliveira Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Coord.). *Controle de Constitucionalidade e direitos fundamentais* – estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes**.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 249-250, que assim destaca: "O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. (...). Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios não de política — e de razão pública — não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas. Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco.".

por isso que Josep Aguiló Regla entende que "*la constitución formal del constitucionalismo no sólo 'crea' cosas, sino también 'reconoce' cosas; (...) además de una dimensión constitutiva tiene una dimensión valorativa"*.[58]

1.2. Segurança jurídica no Estado de Direito

A segurança jurídica é pressuposto basilar de qualquer sociedade que tenha a pretensão de controlar o poder através de normas. É justamente por isso que não se pode falar em Estado de Direito sem tratar da segurança e da certeza jurídica (proteção da confiança).[59] Como já anotado, a ideia de segurança sempre esteve vinculada aos elementos essenciais do Estado de Direito, desde a sua formação. A Magna Carta de 1215, documento assinado pelo Rei João e os proprietários de terras do Reino Unido, por exemplo, tinha capítulo específico destinado a limitar os poderes absolutos do monarca, conforme prescrição no sentido de que os aristocratas somente poderiam ter suas posses turbadas por meio de um "(...) *lawful judgment of his equals or by the law of the land*".[60]

É desse raciocínio embrionário que o entendimento da segurança jurídica como "'*the subjection of all state power to the law', or 'the limitation of arbitrary government*'"[61] foi forjado pelo Estado de Direito com viés liberal. O motivo pelo qual a segurança jurídica era tão cara à forma de Estado que se sujeita à norma é simples: não é possível falar em convivência harmônica e paz social sem assegurar aos cidadãos a ciência ou a possibilidade de ciência sobre

---

[58] REGLA, Josep Aguiló. Sobre la constitución del Estado Constitucional. In *DOXA* - Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 24, 2001, pp. 429-457. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-la-constitucin-del-estado-constitucional-0/>. Acesso em 20 fev. 2020.

[59] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2000, 7. ed., pp. 257, assim pontua: "O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. (...) A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos.".

[60] A citação é trecho do *chapter* 39 da Magna Carta. A referência completa pode ser encontrada em BINGHAM, Tom. *The Rule of Law*. London: Penguin Books, 2011, part I, n. 2. Tradução livre: "(…) julgamento em atenção ao devido processo legal ou pela lei do país".

[61] LAUTENBACH, Geranne. *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. Oxford University Press, 2013, p. 18. Tradução livre: "'a sujeição de todo o poder à lei', ou 'a limitação do arbítrio estatal'".

quais são as condutas que estão ou não conforme o Direito[62] – e aqui, com permissão para a antecipação da ideia, independe tratar-se da norma legislada ou da norma jurisprudencial.

A conclusão óbvia do que se expôs até agora é que segurança jurídica e Estado de Direito são conceitos indissociáveis. Um não subsiste sem o outro, ao ponto de a própria Corte Europeia de Direitos Humanos já ter assentado que "*the Court refers to legal certainty as a demand that national authorities must respect the law*", complementando ainda que essa certeza jurídica está "*tied to demands for the stability and predictability of the legal system*".[63]

Não basta, todavia, demonstrar essa interdependência entre Direito e segurança jurídica. É inegável que a segurança jurídica também é norma dentro de um Ordenamento, sujeita a condições de aplicabilidade e eficácia. Em suma, é a partir do alcance de seu *status* normativo que se pode aferir qual o seu significado e modo de realização.[64]

Certamente que não é o objetivo deste trabalho minudenciar o conteúdo normativo da segurança jurídica. O propósito aqui é demonstrar como a sua ideia é ambivalente: primeiramente, é definidora da própria ideia de Direito; em segundo lugar, entrelaça-se com vários institutos jurídicos. Conforme Humberto Ávila, a segurança jurídica, por ser dinâmica e intertemporal, está diretamente conectada com questões relacionadas a imutabilidade e confiabilidade (perspectiva dinâmica), bem como previsibilidade e calculabilidade (perspectiva intertemporal) – o que não significa que referidos atributos estejam presentes ao mesmo tempo em todos os sentidos ou meios de realização da segurança. Ademais, ela pode ser direcionada aos três poderes, ou seja, "a sua aplicação pode dizer respeito a uma norma geral legal ou regulamentar, a um ato administrativo ou a uma decisão administrativa ou judicial".[65]

A segurança é, pois, mais que um valor ou um elemento de definição do Estado de Direito, ela compõe o ordenamento jurídico através de sua faceta normativa, exigindo, assim, a

---

[62] BENDA, Ernesto *et alli*. *Manual de derecho constitucional ... Op. cit.*, pp. 493.

[63] LAUTENBACH, Geranne. *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights.* Op.cit., p. 78. Tradução livre: "a Corte refere-se à segurança jurídica como uma obrigação no sentido de que as autoridades nacionais precisam respeitar a lei "(...) "ligada à obrigação de estabilidade e previsibilidade do ordenamento jurídico". E o autor complementa que a Corte também já sinalizou que "*the retroactive application of the law undermined legal certainty and was contrary to the rule of law*." (pp. 139). Também demonstrando a indissociabilidade do Direito com a segurança jurídica, RADBRUCH, Gustav. Cinco Minutos de Filosofia. Disponível em https://leiturasdiversas.wordpress.com/2019/02/25/cinco-minutos-de-filosofia-do-direito-gustav-radbruch/. Acesso em 20 fev. 2020, que no quarto minuto destaca: "Certamente, a lei, mesmo quando é má, conserva ainda um valor: o valor de garantir a segurança do direito perante situações duvidosas.".

[64] ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 128. Inclusive o autor definiria a segurança jurídica como 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." (p. 112).

[65] Idem, p. 124-125 e 138.

sua observância no momento da aplicação da norma.[66] Esse seu caráter multifacetado corresponde à própria condição de ser do instituto, impondo sua observância por todos que trabalham com o Direito, seja no aspecto prático, seja no teórico, no seu dia a dia.

Mas, a segurança jurídica não é valor único na composição do Direito, ou melhor, na conformação e definição do Estado de Direito. A ideia conceitual de certeza jurídica está diretamente associada à noção de igualdade.[67] A sensação de segurança decorrente da ciência prévia (ou possibilidade de) das normas é claramente um indicativo de que a isonomia também se encontra arraigada na definição e nas previsões de determinado ordenamento jurídico.[68]

1.3. Igualdade no Estado de Direito

A igualdade é outro pressuposto inafastável dentro do Estado de Direito.[69] E a noção de igualdade que interessa ao presente trabalho é a material, aquela isonomia que, por meio de proposições ativas ou omissivas, busca tratar de forma semelhante situações efetivamente iguais, ao passo que visa ao tratamento desigual de situações que não são equivalentes. É a clássica noção aristotélica de isonomia.[70]

---

[66] Essa também parece ser a ideia da própria jurisprudência. É o que se verifica do excerto abaixo, retirado do Mandado de Segurança n. 24.268, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 17.09.2004, quando assim expressa o relator: "Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei n. 9.784, de 29.1.99 (*v.g.*, art. 2o). Como se vê, em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria justiça material.".

[67] Cfr. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 137, jul. 2006, versão eletrônica: "A segurança liga-se à própria noção de Estado Democrático de Direito, erigida como princípio fundamental da Constituição da República (art. 1.º, *caput*, da CF/1988) de modo a garantir o cidadão contra o arbítrio estatal, tendo presente a salvaguarda de elementos fundantes da sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, da divisão de poderes e da legalidade.".

[68] Essa também é a conclusão de RADBRUCH, Gustav. Cinco Minutos de Filosofia. *Op. cit.*, notadamente quando afirma, no quarto minuto, que o Direito possui três valores ínsitos, "o bem comum, a segurança jurídica e a justiça", sendo certo que logo no minuto anterior, já havia salientado que justiça significa nada mais que "medir todos pelo mesmo metro", ou seja, igualdade. Na literatura jurídica brasileira, ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. *Op. cit.*, p. 126, é certeiro ao pontuar essa relação umbilical entre Direito, segurança jurídica e igualdade, a saber: "A segurança jurídica, nessa acepção, é um valor que, ao lado da justiça e da paz social, inspira qualquer ordenamento jurídico no seu conjunto.".

[69] Neste sentido, LAUTENBACH, Geranne. *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights. Op. cit.*, pp. 4: "*Furthermore, one of the central concepts of the rule of law is the equal application of the law. As noted, the control of state power through law is essential to any rule of law concept*.".

[70] A ideia é aquela que segundo a qual deve-se tratar igualmente os iguais, ao passo que desigualmente os desiguais, na medida dessa desigualdade. É o que se infere de ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1991, Livro V. Disponível em https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/12/Ética-a-Nicômaco.pdf. Acesso em 04 mar. 2020.

Essa vertente material da igualdade não foi arquitetada nas primeiras concepções do Estado de Direito. A proclamação da Magna Carta de 1215, assinada exclusivamente por barões e proprietários de terras, é a demonstração disso. Aliás, essa distorção da ideia atual de isonomia foi algo que se prolongou sem maiores contestações até o século XVIII, quando se passou a ouvir as primeiras vozes contra a concessão de privilégios para algumas classes ou grupos de pessoas.

Em suma, havia sim uma noção de igualdade associada ao Estado Liberal de Direito, porém com uma visão preferencial de determinados cidadãos, que em razão de fatores sociais e/ou econômicos, detinham mais direitos ou privilégios que outros. É o que se chama de igualdade formal,[71] ou seja, não se preocupava com a distribuição de prerrogativas, a equivalência de forças, nem mesmo com a diminuição das disparidades dentro da sociedade que, por si só, aquela época, já era flagrantemente anti-isonômica. A efetiva noção de igualdade estava, pois, em um segundo plano, sendo que o real objetivo na acepção formalista era diminuir as forças do monarca e do Estado Absolutista, enaltecendo os valores da segurança jurídica e das liberdades individuais que o novo Estado de Direito produziria para alguns segmentos sociais.

Foi apenas com o desenvolvimento do Estado Social de Direito e a defesa das ações promocionais pela Administração, datadas do início do século XX, que se começou a desenvolver a ideia do Estado de Direito pautado pela justiça material, pela efetiva defesa da igualdade entre os cidadãos. E para que esse ideal de igualdade realmente se efetivasse era necessário "*(1) specify the ways in which people are to be treated equally, and (2) provide the grounds, or justifying reasons, for equal treatment in that way."*.[72]

O verdadeiro cerne da igualdade, portanto, deve ir além de suas análises utilitarista, imparcial, não-preferencial, mensurável, entre outras, pois, no final das contas, todos estes meios de apuração utilizados para justificar o tratamento equânime acabam deixando de lado

---

[71] Neste sentido, ZOLO, Danilo. Rule of Law: a critical reappraisal. In *The Rule of Law: history, theory and criticism*. Editors. COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo. Dordrecht: Springer, 2007, pp. 24. "*Ergo, formal equality stands for the suppression of privileges, these being tantamount to normative discriminations among citizens in legally equivalent factual conditions. Hence, at the same time, formal equality implicitly acknowledges the vast range of factual inequalities – above all, economic and social inequalities, which the rule of law is not expected qua talis to reduce or cancel – assumed by the legal system as legitimate premises for different treatments.*". Na doutrina brasileira, SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: Malheiros, 2003, p. 118.

[72] GAUS, Gerald F. *Political Concepts and Political Theories.* Boulder: Westview Press, 2000, pp. 128. Tradução livre: "(1) especificar as formas em que as pessoas precisam ser tratadas de forma igual, e (2) fornecer os graus, ou razões justificadas, para o tratamento igual naquele sentido.".

importantes pontos e argumentos para o alcance do seu resultado: a igualdade. E a grande maioria dessas omissões decorre por partirem de uma premissa de igualdade formal, qual seja, todos os seres humanos, por serem iguais, devem ser igualmente tratados. Essa ideia, todavia, ignora as naturais e factuais diferenças existentes entre os cidadãos, as quais claramente influenciam no resultado igualdade, até porque, não é pelo fato de todos os seres humanos serem iguais que todos eles terão as mesmas necessidades, e que todas estas necessidades se verificarão ao mesmo tempo.

O desafio, assim, é explicitar ou expor as razões para o tratamento desigual, o qual somente se justifica pelas disparidades entre as pessoas. É justificar com base em reais diferenças os motivos pelos quais deve-se conceder privilégios ou vantagens para determinadas pessoas em detrimento de outras. Ao fim, o que se quer é que as necessidades de cada qual sejam satisfeitas, na exata medida das suas necessidades, com vias a diminuir as abissais disparidades existentes na sociedade.[73]

Entretanto, e como se disse anteriormente, o Estado Social "não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político".[74] O curto período de sua duração, decorrente de crises econômicas, seguido por regimes autoritários, desconstruiu todo o ideal de uma isonomia material.

As Constituições do segundo Pós-Guerra, período de redemocratização em que se buscava, acima de tudo, a defesa dos valores e dos fins prescritos nos textos constitucionais, representaram os instrumentos normativos que retomaram a noção aristotélica da igualdade, alocando-a como garantia inafastável dos cidadãos, alcançando a sua real finalidade de equivalência dos indivíduos, inclusive por meio de ações para minorar ou suplantar disparidades.

A igualdade pretendida nos dias atuais tem que ser vista como uma efetiva e sempre contínua tentativa de tornar os cidadãos de uma sociedade os mais equânimes possíveis, respeitando as suas diferenças e, sempre que possível, diminuindo essas disparidades por meio de ações ou omissões com vias a equilibrar as posições de cada um. O ideal é a justa igualdade de oportunidade, cujo "*core of this latter idea is that social factors such as class, race, and sex*

---

[73] *Ibidem*, pp. 140: "*That we share a common human nature that gives rise to common needs does not imply that at every moment each person has the same needs: at any given time some may require medical care, others education, and so on. What is crucial is that these common needs be equally satisfied.".*

[74] SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: Malheiros, 2003, p. 118.

should not affect one's chances to obtain desired positions in society.", sendo que, "*equality of fair opportunity extends this idea of a fair competition to life prospects as a whole".*[75]

A lei pode servir como um fator de prévio ajuste das diferenças, concedendo privilégios em abstrato para determinado grupo de pessoas (*v.g.*, gratuidade de acesso ao Judiciário aos hipossuficientes). Todavia, a mesma lei deve garantir um tratamento isonômico formal no caso das sanções, afinal, as penalidades decorrentes do cometimento de crimes não podem ser diferentes em razão de classe, raça, cor, credo, etnia, sexo, entre outros. Da mesma forma, as hipóteses de incidência de um direito material e, consequentemente, as consequências normativas destes textos legais, não podem ser aplicadas de forma desigual se a situação fática entre os cidadãos for semelhante.[76]

Veja, portanto, que até a igualdade perante a lei pode sofrer suas variantes em razão do seu conteúdo ou de sua abrangência ou mesmo de sua atuação. Há disparidades sociais que podem justificar tratamento diferenciado na própria previsão legislativa, porém há determinadas normas que não podem ter consequências normativas díspares pelo simples fato de que todos os seres humanos são iguais (a velha máxima da igualdade formal).

Dentro dessa perspectiva, a igualdade material vai além do próprio texto legislado. O alcance da concretização do princípio da isonomia é intrinsecamente ligado com o tratamento dos direitos por parte do órgão responsável por impor o seu cumprimento forçado: o Judiciário. A ideia é que se tenha uma igualdade perante a jurisdição, que abarque as iguais oportunidades de acesso aos tribunais (igualdade ao processo), a igualdade de tratamento no curso do procedimento (igualdade no processo) e, ainda, assegure a equivalência na aplicação e no resultado dos direitos *sub judice* (igualdade diante das decisões judiciais).[77]

---

[75] GAUS, Gerald F. *Political Concepts and Political Theories. Op. cit.*, pp. 154. Tradução livre: "o cerne dessa ideia é que fatores sociais tais como classe, raça e sexo não deveriam afetar as chances de alguém obter posições desejadas na sociedade. (...) igualdade de oportunidades tem em si a ideia de uma competição justa para as perspectivas de vida como um todo.".

[76] Na clássica lição de HART, Herbert L.A.. O Conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 3. ed., 2001, pp. 173: "Por isso a justiça é tradicionalmente concebida como mantendo ou restaurando um equilíbrio ou uma proporção, e o seu preceito condutor é frequentemente formulado como 'tratar da mesma maneira os casos sememlhantes'; ainda que devamos acrescentar a este último 'e tratar diferentemente os casos diferentes.'".

[77] Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. Disponível em https://www.academia.edu/218490/O_Precedente_na_Dimensão_da_Igualdade. Acesso em 29 fev. 2020. No mesmo sentido, CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Comentários aos arts. 1° a 15. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 73-115, quando afirma: "Este enfoque isonômico também tem como objetivo afirmar a segurança jurídica, não somente no sentido de que basta garantir aos sujeitos a paridade de armas, mas também que os resultados dos processos símiles, com a jurisprudência já consolidada, sejam idênticos, a fim de resguardar a previsibilidade e a constância das decisões no espectro de um ordenamento uniforme. O duplo aspecto da isonomia, na perspectiva do resultado do processo e da segurança jurídica, somadas às demais vicissitudes da

1.4. Unidade do Direito: a coerência intrínseca do ordenamento jurídico

Muito além das garantias de segurança e igualdade, as Constituições pós-bélicas trouxeram consigo um rol de direitos fundamentais visando à proteção dos indivíduos e, acima de tudo, à proteção da sociedade. Direitos civis e direitos sociais harmonizam-se no ordenamento jurídico por meio de textos cuja abertura semântica exige que o próprio intérprete, na análise do caso concreto, extraia da norma o(s) seu(s) verdadeiro(s) sentido(s), seja por meio de uma construção ou reconstrução da sua noção.

Essa ausência de uma consequência normativa expressa e automaticamente prevista para a hipótese de incidência do texto não retira da lei o seu caráter vinculativo e obrigatório. A questão colocada é como dar cumprimento aos comandos cuja abertura semântica pode revelar as mais variadas nuances, principalmente no enfrentamento do caso concreto, ou seja, na aferição da maior e melhor justiça ao tentar subsumir o fato ao direito.

Não se desconhece, todavia, que esta abertura semântica da norma também pode ser alvo de interpretações deturpadas. Como o texto não é preciso a respeito de suas consequências, o seu sentido pode variar e alcançar conclusões que, por exemplo, não espelham os valores e fins de uma ordem jurídica democrática.

A solução aqui está na busca do fundamento de validade do ordenamento, ou seja, a própria Constituição. Para evitar interpretações ilegítimas ou que fujam das raias do aceitável e do razoável, o ponto de chegada do intérprete é o texto constitucional. Todo o sistema se estrutura em razão de uma norma fundamental, que é a responsável pela unificação do sistema. Partindo de Kelsen, "esta norma básica, em sua condição de origem comum, constitui e vincula entre todas as diferentes normas em que consiste uma ordem".[78].

A Constituição é, assim, o começo e o fim da ordem jurídica, ela não apenas faz nascer o Direito, como condiciona o próprio modo de sua aplicação – cujo controle de sua concretização cabe ao Judiciário, que também possui limites em sua atuação, notadamente por meio da análise de duas garantias fundamentais do processo: a motivação e o contraditório.[79]

---

igualdade acima analisadas, item 10 *supra*, informam a preocupação do legislador com a unidade da jurisdição (lei e jurisprudência) na perspectiva das garantias fundamentais do processo.".

[78] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 163.

[79] Já se teve a oportunidade de escrever a respeito do que se entende como apto a eliminar a denominada voluntariedade ou subjetividade da atuação judicial na aplicação do Direito. Naquela oportunidade, apresentou-se

O verdadeiro cerne da aplicação do Direito é a sociedade. É assegurar que todos sejam iguais perante a lei e tenham o mesmo tratamento, respeitadas as suas diferenças; é garantir a segurança e a certeza jurídica, de modo a propiciar que o cidadão tenha ciência dos seus direitos e confiança na sua aplicação pelos Tribunais. A escolha livre e desimpedida das ações e condutas pelos cidadãos em geral passa necessariamente pelo conhecimento prévio do Direito, o que necessariamente pressupõe educação.[80]

Toda a evolução do Estado de Direito, desde o Estado Burguês até o alcance do atual Constitucionalismo Democrático, teve como mote princípios basilares (segurança, liberdade e justiça/igualdade), cujo escopo era justamente o aperfeiçoamento do ordenamento e o alcance de sua unidade. A condição de alcance da justiça não está, portanto, apenas na existência de uma previsão legal aplicável a todos indistintamente, é necessário que a sua aplicação seja efetivada aos olhos das condições fáticas da situação.

Assim, para a concretização destes princípios regentes de qualquer Estado de Direito, a ideia de unidade do ordenamento é fundamental. Não há dúvidas de que a ordem jurídica deva ser una. Não se trata de uma constatação, mas sim de uma efetiva pressuposição. Para tanto, a aplicação uniforme do Direito, a concretização dos direitos ou a sua proteção também deve obedecer a padrões que permitam que a previsibilidade, a confiança e a certeza dos cidadãos nas suas condutas mantenham-se íntegras.

É neste contexto que surgem as ideias de coerência e integridade, elementos que por meio de seus conceitos e objetivos têm por mote a defesa de uma unidade normativo-jurídica do ordenamento. Em linhas gerais, coerência significa que as normas e as suas interpretações devam atender aos valores que iluminam o ordenamento, devam ter um sentido com vias a preservar a unidade, a ausência de contradição e a completude do texto; já a integridade

---

que o contraditório e a motivação das decisões judiciais (assim como a relação entre ambas) são as normas processuais capazes de controlar e, quem sabe, até eliminar, esse estado de incerteza decorrente da vagueza da norma jurídica. O contraditório funcionaria como o elemento participativo que propiciaria o amplo debate entre as partes. Esse diálogo, cuja participação do juiz - em uma autêntica relação triangular - é fundamental para a melhor inteligibilidade das questões *sub judice*. A motivação, como parece intuitivo, seria exatamente o caminho a ser percorrido pelo magistrado para o alcance da decisão. Cfr. OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Motivação e discricionariedade*: as razões de decidir e o contraditório como elementos legitimadores da atuação judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

[80] Em sentido semelhante, GRECO, Leonardo. O acesso ao Direito e à Justiça. In *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 197-223. Em p. 197-198 assim afirma: "A Constituição Portuguesa, com muita razão, associa no artigo 20 o acesso à justiça ao acesso ao direito (...). Para o acesso ao direito, o Estado deve desenvolver com eficiência uma série de atividades essenciais e dar efetividade a uma série de pressupostos. O primeiro é a formação do cidadão através da Educação Básica, infundindo-lhe a consciência dos seus direitos e também dos seus deveres sociais, bem como dos valores humanos fundamentais que devem ser por todos respeitados na vida em sociedade.".

relaciona-se com a capacidade de a ordem jurídica manter-se una e coesa, integrando passado (tradição jurídica), presente e futuro. Trata-se, conforme se observará, de ideias relacionais e complementares. Referidos conceitos já são trabalhados pela filosofia do Direito, porém ainda pouco explorados e utilizados de forma efetiva na aplicação do Direito.[81]

O Código de Processo Civil de 2015, notadamente em seu art. 926, fez questão de assinalar que é dever dos magistrados manter uma "jurisprudência íntegra, estável e coerente", buscando reproduzir o sentido que referidos termos e conceitos filosóficos expressam na concretização do Direito.

No texto da norma processual, a estabilidade está associada à ideia de manutenção de um padrão decisório, evitando idas e vindas de entendimento. Não é sinônimo de engessamento de sentido da norma, mas também não se pode permitir uma dinâmica e mutante interpretação do texto legal, notadamente decorrente de vieses ideológicos, culturais, religiosos, sociais, econômicos ou filosóficos. Como se deflui, ela é um conceito intrinsecamente relacionado com a segurança jurídica, notadamente na ideia de certeza e confiabilidade de que aquela decisão judicial é argumentativamente forte o suficiente para se manter e permitir o planejamento de conduta da sociedade.

A estabilidade também não pode ser associada com uma racionalidade cega, ou uma forma de controle do Judiciário por meio de tentativa de automatização dos juízes, tampouco com uma fria e ultra racional ideia de análise econômica do direito, até porque a padronização decisória jamais poderia e nem deveria ser justificada somente por um controle financeiro na aplicação do Direito. Qualquer ideia nesse sentido seria uma deturpação da própria dignidade da pessoa humana, que, conforme consabido, é o alicerce de todas as Constituições Democráticas pós-bélicas, e que encontra eco no texto da Lei Maior brasileira, quem tem a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos.[82]

Assim, e para evitar interpretações deturpadas sobre a padronização decisória, os conceitos de coerência e integridade apresentam-se como caros valores de complementação. Aliás, parte da doutrina que auxiliou na elaboração do Código de Processo Civil associa

[81] O referido ponto será tratado de forma mais minuciosa nos itens 1.4.1 e 1.4.2, *infra*.
[82] "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...)".

referidos conceitos às noções desenvolvidas por Ronald Dworkin,[83] todavia a pretensão aqui é trabalhar com as ideias de um modo um pouco mais abrangente, inter-relacionando estes conceitos, notadamente para associar a noção de integridade com os ensinamentos de Dworkin e o conceito de coerência com as premissas teóricas de Neil MacCormick.[84]

1.4.1. A coerência em Neil MacCormick

Neil MacCormick trabalha o conceito de coerência em duas vertentes, a normativa e a narrativa. A primeira delas relaciona-se com as justificativas das soluções jurídicas ou proposições normativas no contexto de uma ordem geral. A segunda refere-se às justificativas de questões fáticas relacionadas a inferências derivadas a partir de provas.[85] Adianta-se que a coerência normativa ganhará maior destaque neste estudo.

Em termos gerais, pode-se entender a coerência como "uma conexão de sentidos que se estabelece entre as normas".[86] Mas é preciso ir além. O melhor desenvolvimento da ideia do conceito de coerência no Direito foi efetivado por MacCormick quando do surgimento de dúvidas e críticas a respeito de sua definição, isto considerando o caráter argumentativo do Direito e sua conciliação, por exemplo, com as garantias de certeza e segurança jurídicas, indeléveis ao Estado de Direito. Isto porque, e como o próprio autor coloca, "*la idea del carácter argumentable del Derecho parece echar un jarro de agua fría sobre cualquier idea de certeza o seguridad jurídica*".[87]

Na visão dos críticos, as manobras discursivas/interpretativas no momento de aplicação do Direito (caráter argumentativo), o que decorreria de textos normativos equívocos ou eivados

---

[83] Cfr. STRECK. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?. Disponível em https://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades. Acesso em 03 mar. 2020.

[84] Cfr. ZANETI JR., Hermes e COPETTI NETO, Alfredo. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha. In Derecho y cambio social. Disponível em https://www.derechoycambiosocial.com/revista046/OS_DEVERES_DE_COERENCIA_E_INTEGRIDADE.pdf . Acesso em 04 mar. 2020.

[85] MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho - una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2016, pp. 319-320.

[86] MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*: da persuasão à vinculação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 3. ed., 2018, p. 67.

[87] MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho ... Op. cit.*, pp. 49. Todavia, destaca-se que o enfrentamento dos pontos destacados é abordado por todo o capítulo 2 da obra, denominado "*El Estado de Derecho y el carácter argumentable del Derecho*".

de termos vagos,[88] colocariam em xeque as ideias e princípios (de previsibilidade, estabilidade, segurança e certeza) que sempre acompanharam e iluminaram a evolução do Estado de Direito.

Antes de responder ao questionamento de que o caráter argumentativo do Direito, por si só, não lhe retira a necessária segurança jurídica, MacCormick assume que a dialeticidade do Direito é um fato, uma realidade inafastável. Na defesa de seu argumento, destaca que a possibilidade de os cidadãos debaterem a respeito do entendimento e da aplicação das normas jurídicas decorre do seu direito de defesa, outra garantia permanente do Estado de Direito, cujo nascedouro também coincide com a necessidade de combate e superação dos Estados Absolutistas.

Assim, permitir que os cidadãos se defendam amplamente, com a apresentação dos argumentos que entendam aplicáveis em determinada tomada de decisão estatal, seria uma decorrência lógica da própria proteção do Estado de Direito contra as atuações arbitrárias estatais.[89]

Todavia, para MacCormick o caráter argumentativo do Direito não deve ser confundido, ou melhor, não abraçaria qualquer tipo de alegação apresentada pelos sujeitos. Portanto, em sua leitura, "*la argumentación jurídica debe ser reconocida como un caso especial del razonamiento práctico general, y de esta forma, cumplir las condiciones de racionalidad y razonabilidad que se aplican a todo tipo de razonamiento prático*".[90] É, como reconhece, um tipo de argumentação restrita, com o uso do argumento dentro de uma justificação racional, na qual os fundamentos apresentados mostram-se realmente ordenados e estruturados em consonância com o direito que alegam possuir.

Neste cenário, e em caso de efetiva disputa entre duas partes, a decisão sobre qual das teses seria a correta e adequada recairia sobre aquela escorada dentro dos padrões de argumentação racional, além de atenta ao ordenamento jurídico e seus valores, ou seja, o encontro da resposta adequada ao Direito pressuporia respeitar a segurança e os demais valores componentes da ordem jurídica.

---

[88] Neste sentido, e apenas exemplificativamente, MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*: da persuasão à vinculação. *Op. cit.*, p. 55-67. Em p. 61 assim destaca o autor: "O direito é indeterminado basicamente por duas razões: os textos em que vazado são equívocos e as normas são vagas. Essa é a razão pela qual se costuma afirmar a 'duplice indeterminatezza del diritto'.".

[89] MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho ... Op. cit.*, pp. 72, notadamente quando assim pontua: "*La certeza del Derecho es, por tanto, una certeza rebatible. El hecho de que sea así no es, después de todo, algo que contraste con el carácter argumentable del Derecho, sino algo que comparte con él un mismo fundamento. Ese fundamento es una concepción de los derechos de la defensa que es intrínseca a la ideología del Estado de Derecho vista como una protección de la acción arbitraria de los gobiernos.".*

[90] *Idem*, pp. 54-55.

Em seus apontamentos MacCormick ratifica que as duas realidades, segurança jurídica e caráter argumentativo do Direito, são partes integrantes do ordenamento jurídico de um Estado de Direito, afinal, é preciso que "*los gobiernos presenten una justificación jurídica apropriada para todo lo que hacen, así como en el derecho del individuo a cuestionar la justificación que el gobierno presenta"*.[91] O autor explica que os dois valores convivem na mesma realidade normativa, e que ainda que possam ser entendidos *prima facie* como antagônicos, não o são.

O grande problema no momento de decidir estaria justamente quando ambos os argumentos contrapostos se mostrassem bons e racionais ao mesmo tempo, o que fatalmente criaria maiores dificuldades ao estabelecimento da norma decisora. A busca de uma resposta em casos tais certamente pressuporia um maior aprofundamento em conceitos, normas e valores do ordenamento jurídico, tudo com o objetivo de apresentar uma motivação da decisão que revele que aquela tomada de posição é o melhor espelho do Direito.

Neste ponto é que o conceito de coerência desenvolvido por MacCormick ganha relevância.[92] É diante de situações de difícil resolução que o autor trabalha o seu conceito de coerência, dividido, como adiantado, em duas vertentes, a normativa (envolve a resolução de questões jurídicas) e a narrativa (atinente à justificativa de apontamentos fáticos ou probatórios). Em termos gerais, a coerência tem a pretensão de busca de sentido aos argumentos apresentados pelo órgão de decisão, ou seja, "(...) *coherence in the sense that the multitudinous rules of a developed legal system should 'make sense' when taken together"*.[93] A *contrario sensu*, a falta de coerência do raciocínio decisório seria observada quando os argumentos apresentados não fizessem sentido quando considerados no seu conjunto.

---

[91] Idem, pp. 70.

[92] Cfr. RUBINGER-BETTI, Gabriel e ROESLER, Claudia. As Limitações e Possibilidades dos Critérios Avaliativos Propostos por Neil Maccormick para a Argumentação Jurídica. In *Revista de Direito e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 18, n. 1, p. 133-164, jan.-abr. 2017, versão eletrônica. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Garant_v.18_n.1.07.pdf. Acesso em 10 mar. 2020: "A argumentação a partir da coerência é uma atividade que envolve duas tarefas. A primeira delas é a investigação de princípios e valores que dão sentido às normas jurídicas semelhantes ao caso. Em termos mais apropriados, trata-se na verdade de uma espécie de reconstrução, efetuada pelo aplicador da lei, dos princípios subjacentes que podem justificar a coexistência de normas em questão. A segunda tarefa é a aplicação dos princípios ao caso em questão.".

[93] MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford Clarendon Press, 2003, pp. 152. A linha geral de definição é exatamente a mesma dada pelo autor em seu *Retórica y Estado de Derecho ... Op. cit.*, pp. 320, quando assim destaca: "(...) *una falta de coherencia en lo que se dice implica una falta de sentido"*. Tradução livre: "coerência significa que múltiplas regras de um sistema legal desenvolvido devem 'fazer sentido' quando analisadas conjuntamente.".

A despeito dos vieses normativo e narrativo se complementarem na teoria de MacCormick, entende-se que a análise e a observância da coerência normativa são primordiais para os propósitos aqui defendidos.[94] É salutar que os argumentos jurídicos da controvérsia estejam dispostos dentro de um contexto no qual se sujeitem às leis e aos valores dos quais decorrem, e que não podem conflitar com outros valores igualmente relevantes para o ordenamento. O teor da decisão judicial parte de uma análise inicial da coerência das proposições jurídicas expostas no litígio a ser resolvido.

A ideia de coerência normativa deve ser observada, portanto, dentro de alguns parâmetros. O primeiro é que as leis devam estar sempre subordinadas a um ou mais valores do ordenamento (estes representam propósitos ou fins gerais de uma ordem jurídica), afinal, o sistema coerente pressupõe a edição de atos legislados coesos e racionais com os objetivos maiores do grupo (a sua fundamentação). O segundo é que os princípios da ordem jurídica também precisam ser coerentes entre si, afinal, eles representariam a própria orientação dos valores do ordenamento.[95] Por fim, e mais relevante de todos, pois abrange os dois anteriores, as normas do ordenamento precisam ser coerentes, ou melhor, e como já se viu, elas precisam fazer sentido (o conjunto de normas jurídicas precisa ter uma uniformidade, possuir nexo entre si), afinal "*la coherencia de un conjunto de normas está en función de su posibilidad de justificación según principios y valores de orden superior, siempre que los principios y valores de orden superior parezcan aceptables (...) al ser tomados conjuntamente.*".[96]

Como se deduz, a coerência para MacCormick é basicamente uma ideia de completude do ordenamento, permitindo dentro do seu contexto, que as normas convivam de maneira

---

[94] Não que as decisões deixem de atentar para a narrativa dos fatos e das provas, até porque como reconhece MacCormick, "*na análise das decisões judiciais, ambos os aspectos de coerência devem caminhar juntos*" (Cfr. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira, ROESLER, Cláudia Rosane e JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A Noção de Coerência na Teoria da Argumentação Jurídica de Neil Maccormick: Caracterização, Limitações, Possibilidades. Disponível em https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/199. Acesso em 10 mar. 2020), mas o que faz o órgão de decisão é analisar o caso e aplicar o Direito.

[95] Sobre esta relação entre princípios e valores, é elucidativa a explicação de ALVES, João Vitor de Sousa. *Direito, Hermenêutica e Decisão: o papel da coerência na interpretação/aplicação do fenômeno jurídico*. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a7c20df233e5af0c. Acesso em 10 mar. 2020: "Nota-se, por conseguinte, a existência de uma considerável sobreposição entre 'valores' e 'princípios. Vale dizer, para cada valor há um princípio de acordo com o qual o mencionado valor pode/deve ser perseguido ou realizado. Dessa forma, os princípios acabam fornecendo orientação sobre a busca de valor em um contexto de atividade regulada por regras. Em outras palavras, a observância dos princípios representa um meio intrínseco (e não instrumental) para a realização de valores.".

[96] MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho ... Op. cit.*, p. 326.

harmônica, dentro de um sentido que permitam sua aplicabilidade no momento de decidir, quando então eventuais contradições[97] serão dirimidas em razão do caso posto.

Para o órgão de decisão, a coerência "visa a integração da decisão com o ordenamento e a tradição jurídica como um todo (...), é mais que uma simples contradição, revela a harmonia do precedente com os princípios mais gerais do direito (...)"[98]; ou, no entendimento mais conglobante de seu criador, "*la 'coherencia' puede ser pues al menos parcialmente satisfecha por un sistema que se relacione racionalmente con lo que los responsables de determinar su contenido consideren como valores."*[99].

Essa coerência do ordenamento estabelecida por MacCormick praticamente coincide com o conceito de integridade delineado por Dworkin, notadamente quando se afirma que a decisão judicial, para ser coerente, precisa estar integrada com o ordenamento jurídico como um todo, incluindo-se aí não apenas o direito positivo, mas também os precedentes (pois, quando julgados, foram incluídos dentro do todo normativo que passa a integrar o raciocínio coerente), além de precisar se conectar com um consequencialismo (jurídico), ou seja, atentar para eventuais efeitos da decisão que virá a ser tomada. É justamente por isso que se diz que as decisões judiciais precisam estar escoradas em uma "normatividade conglobante".[100]

---

[97] Para MacCormick, a inexistência de contradição na aplicação do Direito está associada com o conceito de consistência: "*Coherence in reasoning is one important test of its soundness as reasoning. It is a test which is not fully satisfied by mere consistency, in the sense of an absence of self-contradiction. What I say may be free of any internal inconsistency and yet fail to 'hang together' or to 'make sense' as a whole*.", cfr. MACCORMICK, Neil. Coherence in legal justification. In *Theory of Legal Science.* Springer Netherlands, 1984, pp. 235. No mesmo sentido, "*Así que interpreto la consistencia de modo se satisface con la no contradicción. (...)* "*La consistencia completa no es una condición necesaria para la coherencia, pues, a diferencia de la consistencia, la coherencia puede ser una cuestión de grado*. (...) *Evidentemente, como mostraron los ejemplos anteriores, la mera consistencia de un conjunto de proposiciones no es una garantia de su coherencia como historia*.", cfr. MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho ... Op. cit.*, p. 320-321.

[98] ZANETI JR. ,Hermes e COPETTI NETO, Alfredo. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha. In *Derecho y cambio social*. Disponível em <https://www.derechoycambiosocial.com/revista046/OS_DEVERES_DE_COERENCIA_E_INTEGRIDADE.pdf>. Acesso em 04 mar. 2020.

[99] MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho - una teoría del razonamiento jurídico*. *Op. cit.*, pp. 340. Apenas para pontuar, para MacCormick, a coerência do Direito não implica dizer que ele seja necessariamente justo, até porque, por estar escorado em valores eleitos para um determinado momento, estes podem não representar a melhor ou mais dignificante escolha – a exemplo dos tempos passados em que o ordenamento jurídico do Brasil e diversos países albergavam a escravidão como algo "justo". Todavia, na visão do autor, "*Con las manchas que sean, el Derecho coherente es preferible al Derecho incoherente, y las interpretaciones de un Derecho potencialmente incoherente que lo devuelvan en la medida de lo posible a una autoconcepción coerente son preferibles por esa razón."* (pp. 340-341).

[100] ZANETI JR., Hermes e COPETTI NETO, Alfredo. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha. In *Derecho y cambio social*. Disponível em <https://www.derechoycambiosocial.com/revista046/OS_DEVERES_DE_COERENCIA_E_INTEGRIDADE.pdf>. Acesso em 04 mar. 2020.

E sobre a semelhança de suas ideias com aquelas defendidas por Dworkin, é o próprio MacCormick quem chega a afirmar que "*de esta y otras formas intento mejorar lo que he escrito antes, y en el proceso me sitúo más cerca de la posición de Ronald Dworkin de lo que previamente me parecía correcto*.".[101]

Em suma, e reiterando, para MacCormick, a coerência representa um corpo de normas e valores cujo sentido permita extrair respostas justas, racionais e não contraditórias para o caso em si, sem deixar de observar o que já foi decidido e o que está por vir. Como se conclui, a ideia de coerência revela-se como um elemento de verificação de correção e adequação da decisão judicial, assim como um meio de promoção da justiça e da igualdade da decisão, buscando sempre afastar decisões arbitrárias.[102]

1.4.2.A integridade em Ronald Dworkin

Uma das grandes contribuições de Ronald Dworkin para a Teoria do Direito foi o desenvolvimento de seu conceito de integridade.[103] As ideias do autor ganharam espaço por postarem-se contrárias aos dogmas positivistas que exerciam grande influência nos ordenamentos jurídicos da época, mas, ainda que preponderantes, deixavam muitas lacunas sem respostas. O combate à ideia positivista de completude do Direito[104], bem como a necessidade

---

[101] MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho - una teoría del razonamiento jurídico*. *Op. cit.*, pp. 76.

[102] "(...) *let it be conceded that consistency and coherence as between related legal rules in similar areas of law is itself an important legal value, being indeed one aspect of justice, of treating like cases alike and refraining from arbitrary differentiation of cases.", cfr.* MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford Clarendon Press, 2003, pp. 179.

[103] DWORKIN. Ronald. *O Império do Direito***.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271-331. Mais especificamente em p. 271-272: "O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas." e continua: "O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. Elaboramos nossa terceira concepção do direito, nossa terceira perspectiva sobre quais são os direitos e deveres que decorrem de decisões políticas anteriores, ao reafirmarmos essa orientação como uma tese sobre os fundamentos do direito.".

[104] Cfr. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1999, p. 209-210. A completude, na visão dos positivistas, advém da própria ideia de certeza do direito e monopolização da criação jurídica pelo Estado. Em relação às condutas não tipificas, e que são observadas na realidade forense, encontraria respaldo na "norma de clausura", que segundo Bobbio expressaria uma conduta contrária à norma positivada e, assim, tudo que não estivesse previsto na conduta tipificada, estaria permitido.

de interagir e integrar os elementos da ciência jurídica com a teoria do Direito[105] (questões políticas, éticas e morais exerceriam influência sobre as normas jurídicas) eram, *v.g.*, os focos das críticas de Dworkin.

Ao estruturar sua teoria, Dworkin assentou que o Direito seria constituído de regras e princípios, ambos com normatividade, tendo, a partir de então, desenvolvido um "novo modelo de regras"[106], o qual foi a porta de entrada para a apresentação de sua teoria interpretativista do Direito – que, em termos básicos, coincide com a representação da conclusão alcançada com a virada linguística que assentou que texto e norma não se confundem, ou seja, não há norma jurídica pré-fixada nos enunciados linguísticos, elas são extraídas por meio de interpretação.[107]

Dworkin embasa sua teoria em quatro princípios (valores): equidade, justiça, legalidade (devido processo legal adjetivo) e integridade.[108] Essas virtudes seriam a base de uma sociedade democrática, integralmente estruturada por uma comunidade, cujas visões políticas, jurídicas, éticas, etc., seriam exatamente as mesmas de uma "pessoa moral" (por isso que a denomina de "comunidade personificada").[109]

Especificamente sobre a integridade, ela exerce mais que uma função de princípio nesse rol de quatro valores desenhados por Dworkin dentro de uma comunidade moralmente idônea. Ela também se coloca como uma condicionante de efetivação dos demais valores, afinal, "segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou

---

[105] A ausência de relação entre o direito positivo e os demais valores (política, moral, ética, etc), é o tema central da obra de KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
[106] DWORKIN. Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Marins Fontes, 2002, p. 23-126.
[107] Sobre a interpretação, TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la ley*. Trad. Diego Del Vecchi. Lima: Palestra Editores, 2013.
[108] Cfr. DWORKIN, Ronald. *O Império do direito ... Op. cit.*, p. 483. "A justiça diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. O devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu. A supremacia legislativa que obriga Hércules a aplicar as leis, mesmo quando produz uma incoerência substantiva, é uma questão de equidade porque protege o poder da maioria de fazer o direito que quer. As doutrinas rigorosas do precedente, as práticas da história legislativa e a prioridade local são em grande parte, embora de maneira distintas, questões de processo legal adjetivo, porque estimulam os cidadãos a confiar em suposições e pronunciamentos doutrinários que seria errado trair ao julgá-los depois do fato.". Explicação didática e sucinta dos princípios é apresentada por CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridad em Dworkin. In *DOXA* - Cuadernos de Filosofia del Derecho. n. 12, 1992, pp. 155-176. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-concepto-de-integridad-en-dworkin-0/>. Acesso em 12 mar. 2020.
[109] Cfr. CALSAMIGLIA. Albert. El concepto de integridad en Dworkin. *Op. cit.*, pp. 169. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-concepto-de-integridad-en-dworkin-0/>. Acesso em 12 mar. 2020: "*La virtud de la integridad supone que la comunidad como tal es una comunidad que tiene un sustrato de principios que la justifica. Una decisión pública está justificada no sólo si respeta la equidad y la justicia, sino si además respeta la coherencia de principio. La integridad moral de la comunidad es análoga a la integridad moral de la persona.".*

se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.*"*[110]

Dessas breves considerações sobre a teoria interpretativista de Dworkin, pode-se dizer que a integridade acaba cumprindo um duplo papel: ela é o ponto de partida da teoria do autor, além de atuar como elemento balizador da aplicabilidade das demais normas do ordenamento.

Quanto ao primeiro papel, a integridade funciona como exigência normativa e moral de organização da sociedade, quando a "comunidade personificada" em construção revelará seus direitos e deveres comuns embebidos das concepções de justiça e equidade. Neste raciocínio, a integridade tem por escopo dar coerência (moral) ao ordenamento jurídico como um todo, funcionando, pois, como um valor ou uma virtude maior que abraça todo o sistema normativo, ou melhor, como elemento de legitimação da ordem jurídica a ser posta.[111]

Quanto ao segundo papel, de elemento balizador da aplicabilidade das demais normas do ordenamento, a integridade funciona como uma pretensão de razoabilidade no momento da concretização dos demais princípios fundantes da teoria dworkiniana (justiça, equidade e devido processo legal objetivo).[112]

Em suma, a integridade mostra-se como uma virtude que circunda todo o universo do Direito, apresentando-se como seu fundamento de legitimidade e como elemento condicionante da interpretação e da aplicação do próprio Direito. É o que ensina Dworkin, ao destacar "(...) que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e

---

[110] Cfr. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. *Op. cit.*, p. 271-272. Também neste sentido, CALSAMIGLIA. Albert. El concepto de integridad en Dworkin. *Op. cit.*, pp. 164. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-concepto-de-integridad-en-dworkin-0/>. Acesso em 12 mar. 2020. "(...) *la virtud de la integridad supone no sólo la existencia de unos principios, sino también su organización coherente".*

[111] "A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.", cfr. DWORKIN, Ronald. *O Império do direito ... Op. cit,*. p. 264. Também neste sentido, GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica. Trad. de Juan Carlos Velasco Arroyo. In *DOXA* - Cuadernos de Filosofia del Derecho, v. 17/18, 1995, pp. 271-302. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/un-concepto-normativo-de-coherencia-para-una-teora-de-la-argumentacin-jurdica-0/>. Acesso em 16 mar. 2020, segundo o qual: "*Ronald Dworkin emplea un concepto análogo, el de 'integridad', para designar la exigencia de compatibilizar normas jurídicas y comportamiento político, esto es, un requerimiento general para actuar 'sobre una base de principios coherentes y único'."* (p. 272).

[112] Cfr. BARBOSA, Ana Paula Costa. *A legitimação dos princípios constitucionais fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 74, assim descrevendo: "Por integridade, o filósofo entende o estabelecimento de direitos e deveres criados por uma comunidade política no momento da sua organização. A integridade tem fundamento na prática, ou seja, em um contrato real e histórico não fundado em um acordo hipotético nos moldes preconizados por John Rawls. (...) É dessa forma que se pode afirmar, ainda, que a integridade pertence àquele momento prévio à formulação de outros princípios de caráter fundamental, como é o caso da justiça, da equidade (*fairness*), da legitimidade e do devido processo legal. Atua, por conseguinte, como um princípio de razoabilidade de outros princípios, que se inserirão de forma expressa ou tácita no ordenamento constitucional".

o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos (...) de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa".[113]

Ilustrando essa forma de aplicação do princípio da integridade, Dworkin utiliza a metáfora do romance em cadeia: o ordenamento jurídico e a atuação judicial poderiam ser comparados à escrita de um livro aberto, por meio da qual cada escritor inicia novos capítulos, os quais devem ser escritos em observância ao que se escreveu por outros anteriormente.[114] Com esse símbolo, tenta demonstrar que o órgão de decisão atua similarmente aos romancistas, pois "(...) cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora.".[115]

Essa dupla função da integridade revela a equivalência da teoria de Dworkin com as premissas de coerência destacadas por Neil MacCormick.[116] Para ambos, é no momento de decidir que o órgão de decisão analisa os argumentos que possui, olhando para a história já escrita, porém atentando para o consequencialismo daquilo que irá assentar, e sempre observando o ordenamento como um todo – coerência de sua decisão com os princípios da comunidade. Em resumo, visualizar o presente, mas atento ao passado e observando o futuro, é a árdua atribuição daquele que precisa entregar a resposta para o conflito posto.[117] Trata-se de

---

[113] DWORKIN, Ronald. *O Império do direito ... Op. cit.,* p. 291.

[114] Cfr. DWORKIN, Ronald. *O Império do direito ... Op. cit.,* p. 276. "Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.".

[115] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 238.

[116] Sobre a equivalência dos conceitos de coerência e integridade, ver ZANETI JR., Hermes e COPETTI NETO, Alfredo. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha. *Op. cit.*.

[117] Segundo o próprio Dworkin "o direito como integridade pede-lhes [os juízes] que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. (...) O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. (...) as declarações do direito são meramente construtivistas, em virtude de sua própria natureza". Ver em DWORKIN, Ronald. *O Império do direito ... Op. cit.*, p. 273-274. Não se desconhece que Dworkin criou o juiz Hércules para realizar referida função e alcançar a única resposta correta do caso; ainda segundo se sabe, esse juiz teria "*capacidade, sabedoria, paciência, sagacidade sobre-humanas*" (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério ... Op. cit.*, p. 165) para alcançar o seu desiderato. Todavia, a incursão neste ponto da teoria de Dworkin acaba por fugir ao intento da premissa objetivada neste estudo, que é justamente a busca por um ordenamento jurídico uno e coeso, e não uma única resposta correta. Sobre este assunto, remete-se o leitor para OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Motivação e discricionariedade*: as razões de decidir e o contraditório como elementos legitimadores da atuação judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 51-79.

uma interpretação construtiva da prática social do Direito, e justamente por ser interpretativa é que deve considerar as dimensões de equidade, de justiça e do devido processo legal.[118]

É neste sentido que o autor norte-americano desenvolve a sua ideia de única resposta correta, afinal cada caso deve ser analisado em atenção às suas específicas causas e peculiaridades[119], visto que uma pequena variação de fatos, ainda que mínima, pode ensejar resultados diversos; e isso seja quando o caso esteja embasado em uma lei escrita, seja quando seu fundamento jurídico for um precedente.

Como se conclui, para Dworkin, o Direito não é um produto acabado (completo, na leitura dos positivistas), assim como a justiça não se mostra como algo posto ou finalizado. Portanto, "*el enfoque del derecho como integridad exige limitaciones a la persecución del resultado de justicia. La justicia no es el único valor importante en el derecho. Junto a él existen otros como la equidad, el proceso debido, el principio de legalidad y la coherencia".*[120] A concreção de referidos princípios deve ser aferida caso a caso, porém sempre com uma moralidade ínsita, cujo ponto de partida e de chegada é a integridade, tudo com o objetivo de performar a coerência do ordenamento jurídico.

Essa ideia de uma ordem jurídica coerente e/ou íntegra abrange tanto o direito positivo, quanto o direito jurisprudencial, afinal, como se analisará adiante, ambos devem ser tratados como fontes de direitos. A coerência e a integridade são pontos de partida que não podem e nem devem ser ignoradas na aplicação do direito, pois realiza a isonomia/equidade e a

---

[118] Ao concluir sua teoria sobre a integridade e o direito, assim resume Dworkin: "O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. (...) É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter". DWORKIN, Ronald. *O Império do direito ... Op. cit,.* p. 492.

[119] Cfr. CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in) certeza do Direito:* a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 32-33, segundo quem, para Dworkin, a "única decisão correta para o caso assenta-se na unicidade e irrepetibilidade que marca cada caso (...). Por isso mesmo, o caso em sua concretude e irrepetibilidade deve ser reconstruído de todas as perspectivas possíveis, consoante as próprias pretensões a direito levantadas, no sentido de se alcançar a norma adequada, única capaz de produzir a justiça naquele caso específico.".

[120] Cfr. CALSAMIGLIA. Albert. El concepto de integridad em Dworkin. In *DOXA ... Op. cit.*, pp. 171-172. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-concepto-de-integridad-en-dworkin-0/>. Acesso em 12 mar. 2020.

segurança jurídica. Ademais, a coerência e a integridade demandam igualdade na construção das normas legais e na sua aplicação, além de exigirem que a jurisprudência seja estável e previsível (na forma como atualmente disposto no art. 926, do CPC), de modo que os cidadãos tenham ciência do que é permitido ou proibido pelas normas que são obrigados a seguir e a cumprir.

1.5. Constituição, jurisdição e devido processo legal

Um ordenamento jurídico íntegro, coeso e coerente é a base de qualquer sociedade democrática. A mudança do sistema político trouxe consigo perspectivas jurídicas outras, que buscavam alterar o perfil democrático[121] que se estabelecia nos países da Europa continental e que rapidamente se espraiaram para a América Latina. A defesa da segurança jurídica e da igualdade não sobrevive sem a integridade da ordem normativa. E na quadra atual, muito em razão da influência do movimento de constitucionalização[122] pós-Segunda Guerra Mundial, é que os direitos e garantias positivados no Texto Maior clamam por mais proteção.

A partir do momento em que as Constituições são alçadas à condição de epicentro normativo dos ordenamentos, com força suficiente para fazer valer as suas previsões, inclusive, por meio de coação estatal, a aplicação dos direitos torna-se mais volátil. À medida que o Legislativo deixa de ser o órgão mais importante de controle da segurança jurídica e da isonomia dentro do Estado, o Judiciário surge como uma alternativa concorrente, com maiores atribuições e espaços de atuação do que antes, especialmente na realização de direitos fundamentais, os quais contêm normatividade e estão estampados em textos e expressões semanticamente abrangentes e sem grandes possibilidades de determinação abstrata-apriorística.

---

[121] A remissão no ponto refere-se às sociedades democráticas pós-segunda Guerra, que nasceram com a queda dos estados totalitários. Essa mudança do sistema político trouxe novas perspectivas para a formação estatal, inclusive com a alteração do perfil democrático. Sobre o ponto, Lênio Streck destaca que a falsa ideia de democracia pautada pela vontade da maioria nos governos nazistas e fascistas foi a responsável pela reestruturação dos próprios ideais democráticos, agora ancorados por uma jurisdição constitucional que se embasa em um texto dotado de força normativa, cfr. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 39 e ss..

[122] Neste sentido, TARUFFO, Michele. Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 63-91, e ainda CAMBI, Eduardo. Neoprocessualismo e Neoconstitucionalismo. In DIDIER JR. Fredie (Coord.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 139-171.

Em suma, a proteção da isonomia e da segurança jurídica (fundamentos do Estado Democrático de Direito), assim como das demais normas constitucionais, deixam de ser atribuição exclusiva do Poder Legislativo, que a exercia com a edição de leis conformadoras; agora, cabe igualmente aos órgãos jurisdicionais assegurar que os ideias do Estado Democrático de Direito sejam respeitados e, acima de tudo, concretizados.

Dentro dessa linha, as novas Constituições ampliaram o conceito e as funções da jurisdição. Em um primeiro momento, a noção de jurisdição era representada pela atuação da vontade concreta da lei ou de criação da norma para o caso concreto[123] ou, então, "o poder de atuar o direito objetivo (...) compondo os conflitos de interesses e dessa forma resguardando a ordem jurídica e a autoridade da lei",[124] ou, sinteticamente, declarar a decisão do caso concreto.

Já no cenário vigente, marcado, notadamente, pela presença nos textos normativos de termos vagos e com abertura semântica, há uma ampliação da complexidade na interpretação do ordenamento. Agrega-se novas formas de leitura e compreensão da Constituição, somando-as aos clássicos, revelando, assim, o desenvolvimento de uma hermenêutica mais abrangente[125] – a suplantar o dogma da supremacia da lei oriunda do positivismo jurídico.

Assim, e como se adiantou anteriormente, com o movimento inaugurado no segundo quartel do século XX, observou-se o nascimento de uma Constituição com força normativa, a existência de direitos fundamentais positivados e jurisdicionalmente exigíveis, além de um novo modelo de interpretação do texto constitucional, que não aqueles tradicionais, tudo adornado por um efetivo controle de constitucionalidade das leis.[126]

---

[123] Estas eram as ideias propaladas, respectivamente, por Chiovenda e por Carnelutti, cfr. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil* - vol 1 (Teoria Geral do Processo). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 23. A distinção entre as definições dos autores italianos é basicamente conceitual.

[124] Cfr. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil* – vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

[125] Para maior compreensão sobre o tema ver, BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In *Revista da Faculdade de Direito da UERJ (RFD)*. Rio de Janeiro, n. 21, 2012. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>. Acesso em 15 mar. 2020; ÁVILA, Humberto. 'Neoconstitucionalismo': entre a 'ciência do direito' e o 'direito da ciência'. In *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE).* Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan.-mar. 2009. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>. Acesso em 15 mar. 2020 e ainda STRECK, Lenio Luiz. Os dezoito anos da Constituição do Brasil e as Possibilidades de realização dos direitos fundamentais diante dos obstáculos do positivismo jurídico. In CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras Complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 1-24.

[126] Esse resumo das ideias do novo modelo inaugurado com o pós-Segunda Guerra é bem exposto por BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 240, abr.-jun. 2005, p. 1-42.

Se antes tinha-se uma interpretação como uma mera declaração do sentido previamente existente no texto da norma, atualmente, o que se tem como ponto de partida é que texto e norma não se confundem, e que interpretação envolve "conhecer, valorar e decidir (...) uma atividade de reconstrução e adscrição de significados".[127]

A ideia da "nova jurisdição" passa pela necessidade de dar sentido (coerência, com arrimo na teoria de Neil MacCormick) aos casos sob apreciação judicial, notadamente em razão dos fatos sociais. A evolução da sociedade e os acontecimentos cotidianos não têm o seu desenvolvimento acompanhado pelos textos legislados. Cabe, pois, ao aplicador do Direito, no momento da interpretação e concreção da norma, atentar-se para questões éticas, morais, culturais, econômicas, sociais, isso com o objetivo de adequar o Direito à ideia de forma de vida compartilhada pelos seus cidadãos.[128]

---

[127] MITIDIERO, Daniel. *Reclamação nas Cortes Supremas*: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 38. Do mesmo autor, e de forma mais detida, ver *Precedentes:* da persuasão à vinculação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 3. ed., 2017, p. 55-71. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed., 2017, p. 111-115. Mais especificamente sobre o tema, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo, Malheiros, 10. ed., 2009, p. 32-33: "A questão nuclear disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui 'o' sentido correto aos termos legais. Ele tão-só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado – sentidos –, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso. (...) Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. (...) Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso.". E conclui em p. 35: "Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.". Na doutrina estrangeira, ver TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la ley.* Trad. Diego Del Vecchi. Lima: Palestra Editores, 2013, pp. 79-84, bem como pp. 111-154. Eis o que ressalta o autor em pp. 82: "*Antes de la actividad del intérprete, del documento objeto de la interpretación se sabe solo que expresa una o más normas, no cuál sea esta norma o cuáles sean estas normas: 'norma' significa simplemente el significado que ha sido dado, se decide dar o se propone dar, a un documento que se considera, sobre la base de indicios formales, exprese alguna directiva de acción. La expresión corriente debe por ello ser corregida, para no ser ambigua, así: 'el intérprete detecta, decide o propone el significado de uno o más enunciados preceptivos, detectando, decidiendo o proponiendo que el derecho ha incluido, incluye o incluirá una norma'*.", e em pp. 111: "*En cambio, lo que siempre hay caundo consideramos una norma, especialmente si de derecho objetivo, es un documento normativo. En las organizaciones jurídicas modernas, las normas son los significados que se atribuyen a los documentos de las leyes de los otros actos normativos jurídicos*.". Ainda na doutrina estrangeira, ver em sentido semelhante, MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. Trad.: Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 191-192.

[128] A expressão aqui é tomada por empréstimo de MacCormick, para quem: "*Así, la coherencia de las normas (consideradas como algún tipo de conjunto) es una cuestión de que 'tenga sentido' al ser relacionada racionalmente como conjunto, instrumental o intrínsecamente, con la realización de algún valor o algunos valores comunes. (...) Para que los mismos princípios y valores sean coherentes se requiere que puedan concebirse en su totalidad de modo que expresen una forma de vida satisfactoria. Es decir, una en la que sería posible que los seres humanos vivan juntos, como los seres humanos deben, en una armonía razonable y con certa percepción de un bien común en el que todos participen."*, cfr. MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho - una teoría del razonamiento jurídico*. *Op. cit.*, pp. 326.

Essa maior possibilidade de conformação do Direito pelos órgãos jurisdicionais é decorrência lógica da ampla normatividade conferida ao texto das Constituições pós-bélicas. Assim, como a Constituição é o último elemento de fundamentação do pronunciamento do juiz, toda e qualquer decisão pode ser alvo de uma interpretação conforme a Constituição – cujo entendimento deve se dar por meio de um duplo papel, ou seja, funciona tanto como um princípio geral de interpretação, quanto como uma técnica de controle de constitucionalidade[129-130].

Não se tem dúvidas de que as novas funções do poder jurisdicional determinaram um aumento de suas atribuições, afinal não basta conhecer a lei, é preciso ter denso conhecimento da Constituição e da própria realidade social.

Por sua vez, a consequência decorrente desse amplo rol de direitos e garantias é um exponencial aumento de ações ajuizadas perante o Judiciário, principal agente de resolução heterocompositiva de conflitos no mundo contemporâneo. Importante mencionar que a ampliação do número de ações também foi causada por outros fatores, o que foi muito bem explicado na questão das ondas renovatórias do acesso à justiça, conforme se observa da obra coordenada por Mauro Cappelletti e Bryan Garth.[131]

Dentro desse espectro de novas atribuições, os órgãos responsáveis por exercer jurisdição, notadamente o Judiciário, tiveram suas funções questionadas, inclusive taxadas de usurpadoras de poder, muito em razão dessa maior abrangência de atuação por meio da interpretação, sempre criativa.[132] Entretanto, ela é exercida dentro das peculiaridades do caso concreto e conforme limites definidos pelo próprio ordenamento, além de estar sujeita ao

---

[129] Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil* - vol 1 (Teoria Geral do Processo). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 98-101.

[130] Para uma maior profundidade sobre os vieses da interpretação conforme a Constituição, com abordagem filosófica e análise de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, ver ASSIS, Rodolfo. *Interpretação conforme a Constituição e decisões manipulativas*. Rio de Janeiro: Gramma, 2019. Também sobre a função interpretativa e inovadora da Suprema Corte brasileira, ver PELEJA JR., Antonio Veloso. *Sentenças aditivas e jurisdição constitucional:* uma performance diferenciada do juiz constitucional. Curitiba: Juruá, 2017.

[131] CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. Também abordando o tema, CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. *Acesso à Justiça:* Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

[132] Cfr, CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 20. Mas, não pura ou exclusivamente criativa, conforme bem pontua MITIDIERO, Daniel. *Precedentes:* da persuasão à vinculação. *Op. cit.*, p. 70: "Consequentemente, é impreciso sustentar tanto que a interpretação judicial do direito é simples declaração quanto pura criação. Na verdade, a interpretação consiste em uma reconstrução do sentido normativo, com o que não se trata nem de uma declaração de uma norma preexistente e nem de uma criação *ex nihilo*.".

sistema de freios e contrapesos,[133] no qual cada Poder estatal realiza suas atividades em cooperação e vigília do outro.[134]

A realidade atual, portanto, foge daquela compreensão estanque da separação de poderes da França revolucionária, sendo substituída por uma ideia de controles mútuos entre os Poderes, quando então o Judiciário deixa sua função de mero declarante do Direito e passa a exercer a "interpretação como uma atividade adscritiva de um sentido possível empreendida por uma jurisdição reconstrutiva da ordem jurídica.".[135]

Por certo que esse modelo constitucional regente, escorado por novas facetas da jurisdição, deixa mais evidente a aproximação entre as famílias do *civil law* e do *common law*:[136] a ideia de uma tradição arraigada à letra da lei e a outra com sustentáculo nas decisões dos tribunais acaba perdendo um pouco de sentido com o surgimento das Constituições pós-bélicas na Europa continental e países sul-americanos, uma vez que os juízes têm obrigação de auxiliar na concretização dos direitos dos cidadãos.

A aproximação entre as características de cada sistema passou a ser uma constante, da mesma forma como ocorreu na antiga dicotomia entre publicistas e privatistas[137] do processo. E não apenas o fator estrutural do surgimento de um novo modelo de teoria da Constituição colaborou para essa interconexão entre os modelos de *civil law* e *common law*, tradições

---

[133] Sobre a necessidade de controle dos poderes estatais – notadamente Executivo e Legislativo –, conclui Cappelletti que a justiça constitucional da segunda metade do século XIX foi a saída encontrada para coibir os regimes autocráticos vigentes nos países até então; cfr. CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando a Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. In *Revista do Tribunal Regional Federal 4ª região*. Porto Alegre, a. 12, n. 40, 2001, p. 15-49. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/revistatrf4/arquivos/Rev40.pdf>. Acesso em 10 dez. 2020. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil* - proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69 e seguintes.

[134] Sobre assunto, OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. Jurisdição criativa e a motivação das decisões judiciais como seu aspecto legitimador. In *Processo Constitucional*. Coord. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 559-632. E ainda MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil* - vol 1 (Teoria Geral do Processo). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 103-108.

[135] MITIDIERO, Daniel. *Precedentes:* da persuasão à vinculação. São Paulo: Thomson Reuteres Brasil, 2018, 3. ed., p. 74. E continua o autor logo em sequência: "Portanto, deixando-se de lado uma perspectiva cognitivista da interpretação e declaratória da jurisdição que presidiu ao longo de todos os Novencentos a cultura jurídica brasileira.".

[136] É o que parece defender TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. In *Revista de Processo*, São Paulo, v.181, mar. 2010, versão eletrônica. Entende o autor que as duas famílias estão em constante aproximação nos mais diversos ordenamentos, ainda mais no atual momento de globalização, quando é de todo impreciso detalhar um sistema eminentemente embasado na lei prévia (*civil law*) ou uma tradição exclusivamente justificada no precedente (*common law*).

[137] Para síntese das ideias dos publicistas e privatistas ver GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 164, 2008, e ainda BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Neoprivatismo no Processo Civil. In *Temas de Direito Processual Civil* - nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87-101.

jurídicas de países ocidentais,[138] mas a própria globalização,[139] que revela uma contínua e incessante troca de informações, também se mostrou como fator preponderante dessa comunhão de ideias entre os sistemas. [140]

Imbuído destas considerações, não se tem dúvida de que é neste momento que o papel da jurisprudência se exorta para um plano mais social, mas sem descurar da noção individual. As decisões judiciais passam a contar com uma força que vai além do entendimento binário ligado do processo, influenciando a todos aqueles que se encontrem na mesma situação fático-jurídica narrada. O foco, portanto, está também na fixação da tese jurídica formada no processo, cuja conclusão, por razões de segurança jurídica e isonomia, quiçá de liberdade, precisa refletir decisões pretéritas ou influenciar pronunciamentos futuros.

Esse movimento de observação dos precedentes, inclusive com viés obrigatório escorado em determinação legislativa,[141] vem sendo alvo de tratamento desde a edição da Constituição Brasileira de 1988. A consignação da ação direta de inconstitucionalidade, no texto original da Lei Maior, seguida pelas Emendas Constitucionais n. 03 e 45, que estabeleceram, respectivamente, o cabimento da ação direta de constitucionalidade e as súmulas vinculantes, são exemplos de precedentes vinculativos com expressa previsão constitucional.

---

[138] Cfr. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: enfoque comparativo. In *Temas de Direito Processual* - nona série**.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 40.

[139] Neste sentido, OST, François; VAN HOECKE, Mark. Legal doctrine in crisis: towards a European legal science. In *Legal Studies.* 1998, v. 18, pp. 197-215, que assim afirmam em pp. 214-215: "*Secondly, there are the apparent differences, mainly between common law and civil law countries, which serve to cast serious doubts over whether such a European legal doctrine could ever be based on a common paradigm. We are not going to discuss this problem here. We want only to suggest that developments on both sides of the Channel have reduced those differences to such an extent that they are no longer paradigmatic differences*". No mesmo sentido, TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 110, abr.-jun. 2003, versão eletrônica. Também dando enfoque à globalização como fator de minoração das disparidades entre as famílias NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 33.

[140] Ressalte-se, todavia, que apesar do *boom* de influências recíprocas entre as famílias ter sido mais incisivo neste movimento de constitucionalização, as conexões entre o *common law* e o *civil law* já se verificavam desde há muito. Cfr, MONATERI, Pier Giuseppe. *The 'weak law'*: contaminations and legal cultures (borrowing of legal and political forms). Disponível em < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1300298>. Acesso em 20 mar. 2020: "*First of all, I maintain that the process of importing and exporting rules and institutions is an almost unconscious process of integrating them into the ideology of the borrowing system. (...) I also think that the ideology of a system is very often not merely a local product, but a contamination of several local traits by foreign ones. (...) I do not think that these contaminations are new, nor that they are linked with globalization. With the exclusion of particularly insulated legal systems, such as the old classical English common law, rooted in a particular organization of the legal profession, every system, even those in antiquity, has grown through contaminations. The practice of borrowings has always been a normal practice, and it has never been, nor will it ever be, an activity peculiar to comparative lawyers. (...)".*

[141] Uma espécie de "precedentes normativos formalmente vinculantes", na expressão cunhada por ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes* – teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: JusPodivm, 2016.

Já no plano legal, as Leis dos Recursos Repetitivos (Lei 11.418/2006 e Lei 11.672/2008), que cunharam um sistema de vinculação recursal das decisões dos Tribunais Superiores (STF e STJ), seguida pela edição do Código de Processo em 2015, que não apenas aperfeiçoou o sistema de julgados repetitivos, como prescreveu em artigo de lei um rol de decisões cuja observância seria obrigatória para os órgãos de hierarquia inferior,[142] são ilustrações claras de que o modelo veio para ficar.

E nem se diga que o sistema de precedentes oriundo dos países de *common law* jamais poderia ser comparado com o modelo implementado no Brasil, cuja observância de decisões pretéritas derivaria de uma cultura jurídica diferente, até por se tratar de um sistema de *civil law*.[143]

Realmente, a forma de compreensão e estudo do Direito pelas duas mais conhecidas famílias se afastaram a partir dos séculos XII e XIII, como se verá adiante. Todavia, não é menos verdade que a efetiva vinculação dos precedentes no ordenamento inglês teve sua estruturação iniciada com o *Judicature Act* de 1873,[144] firmando-se com o julgamento do caso

---

[142] Para abordagem mais aprofundada sobre os julgamentos repetitivos, inclusive abordando a ideia do novo Código ao criar precedentes obrigatórios, ver OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. O microssistema de casos repetitivos - apontamentos sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos repetitivos. In *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.* Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, p. 477-502.

[143] Sobre o ponto, é preciso atentar que a doutrina mais moderna vem defendendo que o Brasil não poderia ser enquadrado como um país integrante da família de *civil law*. Isto porque possui uma variedade de institutos e preceitos que servem tanto à tradição romano-germânica, como à anglo-saxã. O ideal, portanto, seria classifica-lo como um sistema misto ou híbrido. É o que se lê em DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 67-69, a saber: "O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do devido processo legal) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado no *judicial review* estadunidense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc. (...). Enfim, para bem compreender o Direito processual civil brasileiro contemporâneo não se pode ignorar essa circunstância: é preciso romper com o 'dogma da ascendência genética', não comprovado empiricamente, segundo o qual o Direito brasileiro se filia a essa ou àquela tradição jurídica.". No mesmo sentido, ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo:* a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005, p. 86-92. Disponível em https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4525/000502097.pdf. Acesso em 30 mar. 2020. É o que também parece sugerir, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 17-21.

[144] Neste sentido, DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos.* Trad. Jorge Sánchez Cordero. México: Universidad Autónoma de México, 2010, pp. 265: "*La obligatoriedad de observar las reglas que han sido creadas por los jueces (*stare decisis*) y de respetar los precedentes judiciales, es el fundamento de un sistema de derecho jurisprudencial. La necesidad de certeza y de seguridad, sin embargo, no siempre ha experimentado el mismo grado; de hecho fue después de la primera mitad del siglo XIX cuando la regla del precedente (rule of precedent), que se estableció con rigor y se impuso a los jueces la obligatoriedad de*

Street Tramways Co. Ltd. v. London County Council, em 1898[145], que estabeleceu um sistema hierárquico de cortes na Inglaterra. Já nos Estados Unidos, apenas em 1932, com o julgamento do caso *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*[146], é que a vinculação ao precedente passa a ser efetivamente obrigatória.

Veja-se, portanto, que também nos países de *common law* é observado uma norma determinando a vinculação obrigatória dos precedentes. Na Inglaterra, por meio de um ato legislativo de modificação da organização judiciária, e nos Estados Unidos um caso concreto cujos fundamentos (fonte de direito) revelam o dever de observância das decisões passadas.

---

observar las reglas de derecho creadas por sus predecesores.". Em sentido semelhante, GLENN, Patrick H. *Legal traditions of the world* - sustainable diversity in law. Oxford: Oxford University Press, 2004. Veja, todavia, que Glenn afirma que uma vinculação obrigatória dos precedentes pode ter existido durante a maior parte da história, até porque o respeito aos precedentes é um fundamento do direito jurisprudencial: "*So the common law grew through the accumulation of precedent, though no concept of stare decisis - binding authority attaching formally to each decision could possibly have existed throughout most of its history*". Igualmente, DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 56: "*The introduction of the hierarchical system of appellate courts under the Judicature Acts 1873–75 further helped to consolidate the doctrine of precedent (...) The doctrine of stare decisis did not come about because of the creation of a hierarchy of courts, even though the introduction of that hierarchy did much to consolidate it.*". Essa concepção de que o *Judicature Act* seria o grande responsável pela instituição de uma teoria dos precedentes vinculantes acaba ganhando força em razão de dois casos julgados pela *House of Lords* que consagraram a autovinculação dos precedentes (*Beamish v Beamish*, de 1861 e *London Tramways Co. v. London County Council*, de 1898). Em sentido um pouco diferente, DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?. In FREIRE, Alexandre *et alli*. *Novas tendências do processo civil:* estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 340, para quem: "'Na segunda metade do século XVI e no início do XVII, a regra geral de que casos decididos constituem autoridades estava reconhecida nas *Courts of the Common Law,* na *Court of Chancery* e na Corte de *Star Chamber'.* Desde o início do século XVII e ao longo de todo o século XVIII a teoria moderna do precedente – ou seja, do precedente vinculante – foi gradativamente implantada no Judiciário inglês.".

[145] O caso é detalhado por TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito.* São Paulo: RT, 2004, p. 160-162. Também narrando a formação da doutrina do *stare decisis*, afirmando que o caso *London Tramways Co. v. London County Council*, de 1898, seria o responsável pela instituição "normativa" da teoria dos precendetes vinculantes, MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 58-64.

[146] ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes* – teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 78 e 311, afirma que a atual forma como a doutrina do *stare decisis* é entendida nos Estados Unidos se deu a partir do voto dissidente do Justice Brandeis no *case law Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, datado de 1932. Para uma maior compreensão do sentido do voto dissidente, ver STARGER, Colin P.. The dialetic of stare decisis doctrine. In *University of Baltimore School of Law Legal Studies Reserch Paper*, n. 2013-18. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2251556. Acesso em 05 mai. 2020. O autor divide a aplicação da doutrina do *stare decisis* na Suprema Corte norte-americana em dois momentos, a primeira era, que vai de 1791 até 1916 (que é a data da primeira "*written opinion*" da Corte até Louis Brandeis se tornar "*Associate Justice*") e a era moderna do doutrina do *stare decisis*, que se iniciou com a série de votos dissidentes do Justice Brandeis, culminando com aquele proferido em 1932 no caso *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, cujo voto "(...) *dissident established new discursive standars that effectively gave birth to the Court's modern stare decisis doctrine.",* que, segundo o autor "*dramatically impacted both the substance and form of the Court's stare decisis jurisprudence*.". Ao fim, conclui: "*In short, Brandeis transformed stare decisis from common-law maxim to Supreme Court doctrine.*".

Em retomada da breve digressão, é preciso atentar que o exercício da jurisdição deve ser realizado em atenção a um rito. É preciso assegurar um mínimo de regras que protejam as partes, permitindo-lhes participar desse processo jurisdicional ordenado. A efetivação da segurança jurídica e da igualdade no plano social não pode ser causadora de um alijamento dos direitos individuais, até mesmo porque, quando o cidadão comum ou uma pessoa jurídica procura um órgão jurisdicional para resolver o seu conflito, o foco está, justamente, naquela controvérsia em específico. O Estado Democrático de Direito está escorado em um balanceamento de garantias individuais e sociais. É preciso um equilíbrio.

Neste ponto, e volvendo novamente os olhos para a Constituição[147], é possível observar que seu texto contém uma série de normas procedimentais cujo escopo é a preservação e o alcance de um processo justo[148-149]; é o que se denominou de garantias fundamentais do

[147] Aqui é interessante a referência ao modelo constitucional de processo propalado por ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990, segundo o qual as normas constitucionais cujo conteúdo refira-se ao exercício da jurisdição, permitem ao intérprete formar um complexo normativo que simbolizaria o regramento geral do processo civil. Neste sentido: "*Le norme ed i principi costituzionali riguardanti l'esercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità, consentono all'interprete di disegnare un vero e proprio schema generale di processo, suscetible di formare l'oggeto di una esposizione unitária*." (pp. 13).

[148] Atento ao ponto, e com clara influência das normas processuais previstas na Constituição, o Código de Processo Civil de 2015 fez questão de elencar em seus primeiros artigos aquelas normas que entendia como fundamentais para o processo. A respeito, CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários aos arts. 1° a 15. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim.et al. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2016, p. 73-115. No mesmo sentido, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1o ao 11 do PLS 166/10. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. VI, ano 4, jul.-dez. 2010, p. 49-92. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 15 mar. 2020.

[149] Interessante quanto ao ponto é a visão de HILL, Flávia Pereira. *O Direito Processual Transnacional como forma de acesso à justiça no século XXI:* os reflexos e desafios da sociedade contemporânea para o direito processual civil e a concepção de um título executivo transnacional. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013, que em p. 45-52 aborda especificamente sobre o tema, afirmando em p. 48-49 que "(...) os princípios fundamentais do processo passam a ser considerados um 'fundamento comum universal do processo', sendo responsável pelo fenômeno a que já se vem denominando 'mundialização do processo".

processo.[150] Mas, esse ideal de devido processo legal[151] não se sustenta com um cumprimento formal de normas processuais, é preciso que elas sejam realmente observadas e concretizadas.[152]

Não há consenso doutrinário a respeito das normas processuais que englobariam o cerne deste devido processo legal, há sim um debate aberto sobre quais seriam as normas cujas cogência e observância se revelariam indisponíveis.

Entretanto, há consenso no sentido de que a ordem pública processual[153] existe, porém em um espectro mais amplo, observável para os processos e procedimentos em geral, cujas

---

[150] Cfr. GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacases: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225-286, e COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del 'giusto processo' civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 112, out.-dez, 2003, versão eletrônica. Falando especificamente sobre as garantias fundamentais do processo justo no momento de redemocratização, assinala Comoglio: "*I molteplici valori, di ordine ideologico e tecnico, sui quali si basa la 'giustizia procedurale' o l'equità" nel processo - così come sono progressivamente emersi dall'evoluzione storica degli ordinamenti angloamericani di common law - si sono affermati a livello costituzionale ed internazionale, verso la metà del secolo XX. Essi sono certamente la matrice etico-culturale del "giusto processo" (o, se si vuole, del "processo equo e giusto"), nell'accezione più moderna, sviluppatasi - in Italia, soprattutto dagli anni '60 - per opera di quella importante corrente culturale che, sulla base di raffinate indagini comparatistiche, ha dato vita al c.d. 'giusnaturalismo processuale'.",* em COMOGLIO, Luigi Paolo. Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 133, out. 2002, versão eletrônica.

[151] Apenas para esclarecer que a cláusula do devido processo legal não é uma particularidade dos sistemas de c*ivil law*, veja que desde a quinta emenda da Constituição norte-americana é possível visualizar a previsão do *due process of law*, cuja aplicação, todavia, era bastante limitada, pois cingia-se aos processos contra a "União Federal". Foi com a promulgação da décima quarta emenda, de 1868, que a compreensão da cláusula do devido processo legal tornou-se mais abrangente, sendo oponível também contra violações perpetradas pelos Estados membros da Federação. Mas, o grande avanço de seu entendimento surgiu com a doutrina do *substantive due process of law*, desenvolvida em finais do século XIX e início do século XX, cuja compreensão irradiou efeitos, inclusive, para os países de *civil law*. Para melhor estudo sobre o tema COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado.* Brasília: Thesaurus, 2008. p. 58-59.

[152] Cfr. TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, anno LI, n. 2, 1997, pp. 319-322. Afirma o autor que uma visão puramente formal da concepção de processo justo ou justiça da decisão seria criticável por duas vertentes. Primeiro, porque "*questa definizione non definisce nulla, e rinvia il problema semplicemente mutandone i termini: per sapere se una decisione è 'proceduralmente' giusta bisognerebbe infatti definire quali sono le condizioni generali che occorrono perche si possa avere un processo giusto, il che è tutt'altro che semplice*" (pp. 317); segundo porque "*implica la renuncia a valutare se una decisione è o no giusta per il suo contenuto o per gli effetti che produce, e rimanda l´osservatore alla sola considerazione delle modalità con cui si è svolto il processo che ha portato a quella decisione*." (pp. 317).

[153] Sobre a ordem pública processual, eis o que destacou GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In *Revista Quaestio Iuris*, vol. 04, n. 01, 2012, p. 720-746. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10206/7984>. Acesso em 30 mar. 2020, em p. 726: "A preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo é o que me ocorre denominar de ordem pública processual. Já me referi a essa noção quando tratei das nulidades absolutas, no meu livro sobre Execução, como o conjunto de requisitos dos atos processuais, impostos de modo imperativo para assegurar a proteção de interesse público precisamente determinado, o respeito a direitos fundamentais e a observância de princípios do devido processo legal, quando indisponíveis pelas partes.". Em sentido semelhante, porém escrevendo para procedimentos arbitrais, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo.* São Paulo: Malheiros, 2013, p. 55-56 e 242-243. Também escrevendo sobre a ordem pública processual, ver CARVALHO. Ricardo Aprigliano. *A ordem pública no direito processual civil*. 335 f. Tese (Doutorado em

regras e princípios, a depender do objeto do conflito e da vontade das partes, poderiam estar sujeitos a renúncias, abstenções ou mesmo não aplicação.

Não há questionamentos, por exemplo, de que a paridade de armas entre os sujeitos em conflito, a imparcialidade do órgão julgador, a efetiva oportunidade de participação de ambas as partes para o alcance da solução do litígio, a devida motivação das decisões judiciais e a proibição de que um procedimento se inicie de forma oficiosa, sendo necessária a provocação da jurisdição, bem representam um rol daqueles direitos que precisam ser observados em todo e qualquer procedimento.[154] O reconhecimento da imperiosa observância dessas normas não torna irrelevante ou descartável, aprioristicamente, outras garantias fundamentais, cuja incidência pode ou não realizar-se, a depender do caso concreto, afinal, o próprio direito material em discussão dentro de um processo influencia sua procedimentalização, podendo ensejar ritos diferenciados para objetos dispares; é o caso, por exemplo, das ações que envolvam menores de idade, nas quais a participação do Ministério Público é fundamental para legitimar o procedimento (*v.g.*, veja a análise combinada dos artigos 178 e 693, parágrafo único, ambos do CPC, com as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90).

Como se vê, é a inter-relação destes direitos, cada qual cumprindo as suas atribuições dentro dos respectivos procedimentos, que torna efetivo o devido processo legal, propiciando àqueles em litígio a prévia ciência de como o procedimento se desenvolverá e como participará de sua formação e desenvolvimento, cientes ainda de que o órgão responsável por exarar a decisão tem o dever de cumprir o estabelecido. É nesta "fórmula" que se encontra o proclamado processo justo.[155]

Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Ordem%20pública%20-%20versão%20completa.pdf. Acesso em 15 mar. 2020.

[154] A denominada "escola mineira de processo" também já havia apresentado um rol de garantias processuais que integrariam o núcleo duro do "devido processo constitucional", quais sejam: contraditório, fundamentação das decisões, imparcialidade e ampla argumentação. A respeito ver DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. In *Processo Civil Reformado*. DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 567-576. Os arbitralistas também sugerem a existência de um rol de garantias processuais aplicáveis aos procedimentos arbitrais, o qual estaria encartado no art. 21, §2º, da Lei de Arbitragem. Neste sentido, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo* – um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2007, p. 251-255, e ainda PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 296-300.

[155] Estas definições abraçam o devido processo legal em seus dois aspectos, o formal e o substantivo. A respeito ver LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido Processo Legal Substancial. In DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Leituras Complementares de Processo Civil.* Salvador: JusPodivm, 2008, p. 15-30.

O redesenho da jurisdição contemporânea, com escopo em uma Constituição Democrática dirigente e garantista, é modelo que traz novas definições na proteção dos direitos dos cidadãos, retirando os órgãos jurisdicionais – responsáveis pela resolução dos conflitos de modo a pacificar e estabilizar a controvérsia – de sua posição passiva, ou melhor, da sua condição de legislador negativo,[156] para atuar agora como concretizadores de direitos e garantes das posições jurídico-normativas do Estado como um todo. É neste ponto que o precedente judicial ganha em importância e atenção para a Teoria do Direito.

1.6. Conclusões Parciais

O desenvolvimento do Estado de Direito com o movimento de superação dos Estados Absolutistas teve como mote o estabelecimento de segurança jurídica, liberdade e igualdade, especialmente para a proteção dos cidadãos contra os arbítrios estatais. Todavia, como o seu progresso foi escorado em ideais burgueses – cujo cerne era a proteção da propriedade privada e não ingerência estatal –, não demorou para que novos movimentos sociais começassem a reivindicar a proteção do Estado para dirimir as desigualdades existentes entre os próprios cidadãos.

A ideia de um Estado Social, com a inclusão de ações positivas da Administração para efetivamente proteger os cidadãos, acabou sendo interrompida por equivocados entendimentos e errôneas interpretações sobre o modo de agir estatal, fatos que originaram uma nova onda de regimes autoritários.

Apenas ao final da Segunda Guerra Mundial que se observou no mundo o nascimento de uma nova era democrática, agora embasada na conjunção e comunhão de direitos individuais e sociais expressamente previstos nos Textos Constitucionais. Proteger os cidadãos contra arbitrariedades, concretizar a liberdade individual, mas também prever ações positivas para suprimir desigualdades e disparidades sociais, eram as novas atribuições do Estado Democrático de Direito. Visava-se, portanto e efetivamente, a garantir a segurança jurídica, a isonomia e a liberdade.

Mas, não apenas um novo modelo de Democracia aportou com as Constituições pós-bélicas. A normatividade inerente de seus textos, cujos termos semanticamente abertos e

[156] Como propalado por KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 119-210.

indefiníveis aprioristicamente, ampliou o leque de proteção garantido aos cidadãos. O Poder Legislativo, antes um agente quase que exclusivo de promoção dos direitos através da edição de leis, passou a contar, preponderantemente, com a atuação dos órgãos jurisdicionais, que escorados na nova hermenêutica constitucional, na previsão de direitos fundamentais e no controle de constitucionalidade, também tinham o condão de concretizar direitos.

A nova realidade não significava, todavia, uma liberdade de ação por parte do Judiciário, que possui nas leis editadas, nas garantias fundamentais do processo e no próprio objeto das demandas, seus limites de atuação. Mais do que isso, a Constituição, como elemento de conformidade de todo o ordenamento jurídico, bem como seus valores, fundamentos e normas, mostram-se como elementos de observação obrigatória para toda e qualquer decisão exarada no Estado de Direito – seja legislativa, seja executiva ou seja jurisdicional.

Há, pois, um consenso de que a ordem jurídica deve ser una, a implicar o respeito de todos na observância da coerência e integridade do ordenamento vigente. As normas jurídicas precisam fazer sentido e precisam estar escoradas em valores maiores, compartilhados pela sociedade no momento de sua constituição. Essas noções têm o exato condão de resgatar os ideais de segurança jurídica e isonomia como nortes de atuação do órgão jurisdicional no exercício de sua função decisória.

A atuação do juiz, ampliada pelo novo modelo constitucional e pela positivação de novos textos com força normativa, exige uma intelecção do decisor que vai além da resolução do caso concreto. A sua decisão deve espelhar a Constituição, o seu pronunciamento precisa respeitar o que já foi anteriormente estabelecido como norma jurídica do ordenamento, bem como atentar para as consequências do que pode vir a ocorrer.

Com essa visão, por meio da devida observância dos valores e fundamentos do Estado Democrático de Direito, com atenção aos princípios de justiça, equidade, devido processo legal e integridade, é que o órgão jurisdicional tem permissão e deve agir. Até mesmo porque, não se pode admitir que, dentro de uma ordem democrática igualitária, cuja previsibilidade e estabilidade das normas são fatores de segurança para a sociedade, os cidadãos ignorem a prévia ciência de seus direitos, além de estarem sujeitos a decisões divergentes quando dois casos estejam dentro das mesmas circunstâncias fático-jurídicas.

2. O PRECEDENTE JUDICIAL

"È ormai generalmente condiviso il convencimento che il precedente giudiziario non sia patrimonio esclusivo dei sistemi di *common law*, e che anzi si tratti di un fenomeno diffuso e costante nella maggior parte degli ordinamenti, compresi quelli di *civil law*.". TARUFFO, Michele. Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, anno XLVIII, 1994, pp. 19.

"Portanto, (...), na Europa continental está consolidado o ensinamento segundo o qual a jurisprudência não constitui fonte de direito. Esta impostação apresenta a vantagem de salvaguardar o princípio da 'separação de poderes', mas tutela também os próprios juízes, (...). A orientação tradicional, porém, parece hoje em crise. É mérito da doutrina, sobretudo depois da Segunda Guerra, ter mostrado que as relações entre a jurisprudência e as fontes do direito são infinitamente mais complexas do que poderia parecer em um primeiro exame." PICARDI, Nicola. Notas sobre o precedente judicial. In *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 145-146.

"(...) se o Direito não é apenas revelado pela decisão judicial, se o texto legal não é portador de um único sentido intrínseco que é apenas declarado pelo Poder Judiciário, mas é de algum modo afirmado ('*established'*) pelas decisões judiciais, então a fidelidade ao precedente é o meio pelo qual a ordem jurídica ganha coerência, torna-se segura e capaz de promover o respeito à igualdade de todos perante o Direito, predicados sem os quais nenhuma ordem jurídica poder ser reconhecida como legítima.". MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas:* do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017, p. 119.

2.1 Precedente Judicial: algumas considerações sobre sua origem no *common law* inglês

Um primeiro apontamento a respeito do precedente judicial pode soar como uma negação ao próprio título deste tópico. Adianta-se para dizer que não é o que parece. A ideia de seguir decisões judiciais pretéritas para fins de racionalização e uniformização das decisões não foi uma prerrogativa exclusiva dos países de *common law*.

No período anterior à formação do Estado Moderno, ou seja, entre a difusão do ensino do Direito nas universidades (séculos XII e XIII) até a Era das Codificações (séculos XVIII e XIX), grande parte dos países da Europa continental também adotava um sistema de precedentes com vias a unificar o direito.[157]

Ocorre que, com o advento e a força do mais novo ideal racionalista arraigado ao direito pré-estabelecido (direito positivo), boa parte dos países do continente europeu abandonaram suas regras que determinavam a obrigação de seguir os precedentes para filiar-se à norma legislada, deixando de atentar para a norma judicial como fonte de Direito.

E a despeito das severas críticas de Jeremy Bentham ao poder de legislar dos juízes[158] (*judge-made law*), que, na visão do mesmo autor, somente teria lugar de forma intersticial, ou seja, nas lacunas da lei (poder criativo dos juízes na visão positivista), a Inglaterra conseguiu

---

[157] Discorrendo de forma clara e direta sobre o assunto nos séculos XVII e XVIII, época da instalação dos "Grandes Tribunais" para a unificação da interpretação das leis (com destaque para o Tribunal da Rota fiorentina), ver TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 189-197. Antes mesmo de falar sobre este ponto, veja-se a afirmação do autor logo nas primeiras linhas de sua obra, p. 26: "Constata-se realmente que, considerado o valor, *in abstrato*, dos *precedentes judiciais*, a influência destes é deveras similar em ambos os sistemas: de fato, enquanto naqueles países que seguem o modelo da *common law*, a força vinculante dos anteriores julgados tem-se tornado mais flexível, nos dos ordenamentos codificados é incontestável a difusa e constante tendência de os juízes aterem-se aos *precedentes* na fundamentação da *ratio decidendi*.". Também sobre o assunto, DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais ... *Op. cit.* p. 336-339. Os autores demonstram, ainda, que mesmo no século XIX eram observadas, em alguns países da Europa continental, regras determinando a observância do precedente ("Em linhas gerais, mais do que persuasivos, os precedentes judiciais das cortes supremas, durante todo esse arco temporal, a pretexto de operarem em prol da uniformidade do direito, possuíam eficácia vinculante", vide p. 197). Igualmente, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Uma teoria normativa do precedente judicial:* o peso da jurisprudência na argumentação jurídica. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2007, p. 79-91. Na doutrina estrangeira, ver GORLA, Gino; MOCCIA, Luigi. A 'revisiting' of the comparison between 'Continental Law' and 'English Law' (16th - 19th century)". In *Journal of Legal History*, 1981, 2:2, pp. 147.

[158] Jeremy Bentham era um entusiasta da codificação do direito inglês, cfr. BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for Precedent. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents* - a comparative study. London and New York: Routlege, 2016, pp. 481-483. Na doutrina nacional, ver DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais ... *Op. cit.*, p. 344-345 e TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 197-202.

manter a sua prática judiciária de produção do direito comum, tanto que após as censuras de Bentham é que o precedente passa a ser efetivamente vinculante, caminhando lado a lado com a lei, ambos como fontes de direito.

É por esta razão que o sistema inglês precisa ser analisado e utilizado como ponto de partida para uma explanação sobre a teoria dos precedentes, afinal, manteve-se fiel à criação do Direito pelos tribunais, passando por todas as suas fases, desde a persuasão até a efetiva observação e vinculação.

A partir desta breve introdução explicativa, e para fins deste estudo, deve-se ter em mente que "*a precedent is simple any prior decision of any court that bears a legally significant analogy to the case now before a court. If the prior decision is of a superior court in the same hierarchy, it will be binding precedent that must be followed (...).".*[159]

Na cultura inglesa, a concepção de direito sempre teve sua essência ligada à jurisprudência.[160] Foi a produção advinda dos julgamentos das Cortes Reais, no enfrentamento de casos concretos, que originou as normas de direito material e processual para aquele

[159] BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in United Kingdom. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents* - a comparative study. London and New York: Routlege, 2016, pp. 323. Tradução livre: "um precedente é qualquer decisão prévia de determinada corte que impõe a sua observância para um caso similar que esteja sendo atualmente analisado por um tribunal. Se a decisão anterior é de uma corte hierarquicamente superior dentro de uma mesma estrutura organizacional, será um precedente vinculante que precisa ser observado.". Em termos bem didáticos, eis o que aponta LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. *Adjudication as a private good.* Stanford: National Bureau of Economic Research, 1978, pp. 2-3: "*1. Introduction. A court system (public or private) produces two types of service. One is dispute resolution - determining whether a rule has been violated. The other is rule formulation - creating rules of law as a by-product of the dispute-settlement process. When a court resolves a dispute, its resolution, especially if embodied in a written opinion, provided information regarding the likely outcome of similar disputes in the future. This is the system of precedent which is so important in the Anglo-American legal system although less so in other legal systems*.".

[160] RAÓ, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 133-134. No mesmo sentido, LOSANO, Mario G.. *Os Grandes Sistemas Jurídicos:* introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 335.

ordenamento.[161-162] É uma racionalidade bem diferente daquela decorrente do ensino nas universidades da Europa continental,[163] que culminou com a Era das Codificações – as compilações de leis escritas, obrigatórias para todos, foi a saída encontrada para contrapor-se ao Antigo Regime dos Estados Absolutistas, guiados por decisões aleatórias e dirigidas exclusivamente aos interesses dos soberanos.

Mas, não bastava decidir com base em um direito comum, era necessário que essas decisões fossem compiladas e posteriormente observadas pelas mesmas Cortes Reais que julgaram a causa (o ofício era executado por juízes nominados pelo Rei), com validade para todo o Reino Unido – ainda que esses tribunais estivessem divididos em circuitos.

---

[161] Não se desconhece que a partir do século XV as Cortes Reais passaram a conviver com uma jurisdição paralela, a Corte de Chancelaria, em uma dualidade de competências na judicatura inglesa, divisão esta que influenciou sobremaneira o desenvolvimento do *common law* – inclusive para atingir o grau de confiança e segurança hoje existente. Todavia, a razão para o enfoque nas Cortes Reais é que elas foram as responsáveis pelo estabelecimento de um regime de precedentes (*common law*), até porque, foi em razão do exacerbado formalismo das Cortes Reais, que muitas vezes afastavam o cidadão da verdadeira "justiça", que a Corte de Chancelaria nasceu, desenvolvendo regras próprias e menos rígidas (*equity law*). Com a Lei de Organizaçao Judiciária de 1873, ocorreu uma fusão entre as Cortes (de *common law* e de *equity*) na *Supreme Court*, uma Corte de direito comum, mas sem a rigidez formal de outrora. Cfr. DAVID, René. *O direito inglês.* São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1-15. Ver ainda STRECK, Lenio Luiz e ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013, p. 16-29, bem como RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010, p. 61-64. Evolutivamente, sobre a atual organização judiciária inglesa, estabelecida em termos gerais pela *Supreme Court of Judicature (consolidation) Act* de 1925, ver ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil* – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Trad. e rev. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Para uma visão geral da estrutura atual do judiciário inglês, há elucidativo quadro sinótico na página 20.

[162] Neste período inicial (medieval), o precedente e a decisão judicial eram termos praticamente coincidentes, bastando a inserção da decisão no "*plea roll*" para caracterizar-se como precedente. Neste sentido, DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 32: "*But the notion of precedent which existed in the medieval courts was very different from that which was to emerge later. The medieval judicial precedent was, strictly speaking, nothing more than the judgment entered on the plea roll;* (…)". Frise-se que, na referida época, os precedentes serviam como mera ilustração ou persuasão para os julgados posteriores. Em sentido semelhante, na doutrina brasileira, MITIDIERO, Daniel. *Precedentes:* da persuasão à vinculação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, 3. ed., p. 32-37.

[163] Para ser mais específico, a diferença entre os sistemas de *common law* e *civil law* foi ascendida nos séculos XII e XIII, quando as universidades europeias passaram a desenvolver uma ciência jurídica embasada no estudo do direito romano. Os franceses, embevecidos com a erudição do direito ensinado nas universidades, apostaram que todos os juristas deveriam ser licenciados em direito, com formação universitária, repugnando a aplicação dos costumes locais pelo poder jurisdicional; já os ingleses, apesar de também influenciados pelo ensino do direito romano nas universidades, não deixaram o ambiente acadêmico espraiar sua influência para juízes e advogados (responsáveis pela atuação do direito na prática), mantendo vívida a aplicação do direito comum, notadamente com as Cortes Reais. Cfr. DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos.* Trad. Jorge Sánchez Cordero. México: Universidad Autónoma de México, 2010, pp. 23-75. Uma brevíssima suma das principais diferenças entre os sistemas ainda pode ser encontrada em CAENEGEM, R. C. van. *The birth of the English common law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, pp. 88-89.

E assim se fez, tanto que "o direito inglês só pôde desenvolver-se e tornar-se um sistema porque, desde uma época bastante antiga – desde o século XIII –, existiram coletâneas de jurisprudência e porque os juízes levaram muito em consideração os precedentes. "[164-165]

Entretanto, o procedimento das Cortes Reais era demasiado engessado, o que fez surgir a necessidade de um órgão de julgamento que pudesse suavizar as suas estanques formas e os seus precedentes. A Corte de Chancelaria, que possuía normas próprias e mais flexíveis, inclusive com poder de decisão com base na equidade, fugindo, portanto, daquela "obrigação moral" de seguir as decisões pretéritas, foi a solução encontrada para fugir dos julgamentos pelos Tribunais de Westminster (Cortes Reais).

A dualidade de Cortes e ritos processuais acabou com uma reforma no século XIX, quando os tribunais de *equity* foram extintos, mas com algumas de suas características transferidas para as cortes de *common law*. Assim, as Cortes Reais desenvolveram-se (ou, evoluíram, se preferir) com menos formas e mais preocupadas com o mérito das ações.[166]

Todavia, e independentemente dos juízos equitativos das Cortes de Chancelaria, a tradição de atentar para as causas julgadas já estava assentada. A cultura do *case law* arraigou-se de tal forma ao direito inglês que dessa conjectura inicial de um regime de observância de precedentes para fins de racionalização e uniformização do Direito, passou-se para uma atenção obrigatória aos julgados passados.

Em termos cronológicos, foi a partir do século XIX, com os julgamentos de *Mirehouse v. Rennel*, de 1833 e de *Beamish v. Beamish*, de 1861, com a reforma dos *Law Reports* em 1865, com a edição dos *Judicature Acts*, entre 1873-1875, bem como com a decisão exarada em *London Tramways Co. v. London County Council*, de 1898, que os precedentes ganharam a sua dimensão obrigatória, com força mandamental equiparada aos atos editados pelo Parlamento, tanto assim que somente por atos do Poder Legislativo é que poderiam ser modificados.

Portanto, ainda que compilar e observar decisões pretéritas seja uma prática antiga no direito inglês, foi nos séculos XVI e XVII que a técnica se aperfeiçoou, com uma tentativa de

---

[164] DAVID, René. *O direito inglês.* São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 13.

[165] Não se desconhece, todavia, que o primeiro e real intento destes compilados de decisões, antes mesmo de funcionarem como um repertório de consulta de casos pretéritos, era o de educar e instruir os advogados a respeito da práxis processual-procedimental, cfr. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 53. Ainda que essa consideração das decisões pretéritas não fosse vinculativa como hoje, cfr. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes:* da persuasão à vinculação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, 3. ed., p. 29-43.

[166] DAVID, René. *O direito inglês.* São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 10.

ordenar e racionalizar esses compilados de decisões (*law reports*) que já eram realizados[167] (função uniformizadora/racionalizadora), passando agora a ter uma função persuasiva,[168] ou, nas palavras de Mitidiero, "a partir daí o precedente começa a servir de *critério para a decisão do caso,* desde que conforme ao *Common Law*.".[169]

A verdadeira força vinculante dos precedentes somente veio a surgir no século XIX, e num sentido totalmente oposto às críticas de Bentham para o juiz como criador do Direito. Uma vez mais, é neste período em que os precedentes se tornaram obrigatórios e, mais do que isso, imutáveis pelos próprios tribunais.[170]

Essa fiel observância de precedentes, imutáveis pelos tribunais, tem sua base teórica, ou melhor, "o fundamento do precedente é (...), a autoridade, o poder que é atribuído aos juízes para criar normas jurídicas vinculantes.".[171]

---

[167] Sobre esse histórico evolutivo de compilar decisões pretéritas, ver DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent. Op. cit.,* pp. 53-56.

[168] Todavia, a ideia de persuasão do direito inglês parecia ser mais bem estruturada que aquela justificativa dada por juízes dos países de tradição da *civil law* para não se vincularem às decisões pretéritas (eles simplesmente ignoram a decisão alegando que ela seria meramente persuasiva, ou para melhor comparar, exemplificativa). Sobre a força dos precedentes persuasivos no direito inglês, veja-se a clássica doutrina de BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. ST. Paul: West Publishing Co., 1897, pp. 19-20, que já no longínquo século XVII assim dizia sobre os precedentes e a sua função: "*It is an established rule to abide by former precedents, where the same points come again in litigation. (...) The exception is where the former determination is incorrect, much more if it be clearly contrary to divine law. But even in such cases the subsequent judges do not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation. They do not decide that the former decision was bad law, but that it was not law" (...)* E sumariza o autor em pp. 20: "*The doctrine of the law is this: Precedents and rules must be followed, unless flatly absurd or injust, (...)".* Todavia, em termos práticos, e "como é evidente, ou o precedente é uma norma jurídica – e, portanto, tem força vinculante – e vale independentemente de suas boas razões, ou é um simples exemplo, que obriga apenas nos limites em que a experiência anterior persuade o seu destinatário.", cfr. MTIDIERO, Daniel. *Precedentes:* da persuasão à vinculação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, 3ª ed, p. 37. O autor assim conclui sobre o ponto: "O precedente persuasivo resolve-se na abertura de um amplo juízo de conveniência ao juiz.".

[169] MITIDIERO, Daniel. *Precedentes ... Op. cit.*, p. 33.

[170] A respeito da rigidez adquirida pelo sistema inglês neste período, lembre-se que até a década de 60 do século passado não era permitido aos tribunais modificar seus precedentes. E ainda que essa norma tenha se modificado em 1966, com a edição do *Practice Statement*, desde então pouquíssimos precedentes foram superados (*overruled*) pela Suprema Corte Inglesa e, antes dela, pela *House of Lords*. Cfr. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do Direito: *civil law* e *common law*. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 172, jun. 2009, versão eletrônica. No mesmo sentido, ANDREWS, Neil. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta corte britânica. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. In *Revista de Processo***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 186, ago. 2010, versão eletrônica. Entretanto, apesar da proibição de modificar seus precedentes, a *House of Lords*, antes mesmo da nova política que permitiu a superação ou revogação dos precedentes, já havia desenvolvido uma refinada técnica (aproximada do *distinguishing*) para deixar de observar precedentes considerados equivocados ou não satisfatórios; de toda forma, ainda que atualmente autorizada a modificar precedentes, quando em debate uma eventual superação, costuma-se convocar mais juízes do que o usual para que discutam a respeito da questão e apresentem específicos argumentos sobre a mudança ou não do entendimento pretérito. Cfr. BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in United Kingdom. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents ... Op. cit.*, pp. 325-327.

[171] DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais ... *Op. cit.*, p. 347.

A necessidade de seguir o precedente pelo simples fato de ele equiparar-se com o direito legislado, ou seja, que ele advém de uma autoridade institucionalmente autorizada, sobreviveu até o positivismo perder força. A ascensão do Constitucionalismo contemporâneo, com o resgate da moral através dos princípios jurídicos dotados de normatividade, passa a exigir novos fundamentos para as fontes de direito, inclusive o precedente.[172]

Em conclusão, desde a origem da teoria dos precedentes, nos longínquos séculos XII e XIII, passando pelo próprio Estado Moderno (século XV e seguintes), sempre existiu um interesse de uniformizar o direito por meio das Cortes Reais – seja por razões de unidade ou mesmo de racionalização.

Foi no século XIX que se iniciou um processo de transformação e de deslocamento das zonas de interesse na produção judiciária do sistema inglês, muito por influência do positivismo jurídico. A ideia inicial, capitaneada por Bentham[173], era colocar fim à doutrina do *judge-made law*, porém, acabou tornando a teoria dos precedentes ainda mais forte, pois além de equipará-la à lei como fonte de Direito (autoridade do precedente), tornou-a imutável pelos próprios tribunais.

E como adiantado, foi na segunda metade do século XX, quando o positivismo perde força com a emersão de uma nova ordem de valores, notadamente com o reconhecimento de normatividade aos princípios e do resgate dos valores morais no Direito, que soergue um motivo a mais para observar os precedentes, que não apenas a sua autoridade, a razão prática.[174]

Neste momento, como soa óbvio, a teoria dos precedentes na Inglaterra já se mostrava evoluída para uma adequada e correta conformação do seu ordenamento, que além de contar com atos legislados, possuía o Judiciário estruturado hierarquicamente, com organizados repertórios de reprodução das decisões, os quais bem identificavam os precedentes, além de

---

[172] "(...) o direito sem a moralidade perde seu aspecto ideal e se transforma em uma prática arbitrária, onde o mais forte cria leis para o mais fraco; ao passo que a moral sem a facticidade do direito é um mero sistema de saber cultural que carece de qualquer garantia de eficácia. Não há apenas razões institucionais para se seguir precedentes, mas também razões morais.". DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais ... *Op. cit.*, p. 349.

[173] Vide nota 158, *supra*.

[174] Cfr. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.. Introduction. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents … Op. cit.*, pp. 4. No mesmo sentido, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Uma teoria normativa do precedente judicial:* o peso da jurisprudência na argumentação jurídica. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2007, p. 222, que assim afirma: "Em primeiro lugar, o próprio fundamento da obrigação de seguir precedentes judiciais – seja essa entendida em um sentido frágil (...) ou em um sentido forte (...) – muda radicalmente. Devemos seguir precedentes não mais apenas porque eles constituem direito positivo formalmente produzido por alguma autoridade institucionalmente autorizada a criar direito, mas porque precedentes passam a ser vistos como uma exigência da própria ideia de 'razão prática'".

uma mais que centenária cultura de estabelecimento do Direito pelo *case law*. Inexorável, pois, que os motivos para seguir os precedentes precisam ser adensados, desgarrando-se da autoridade.

É a partir deste instante histórico que as garantias da segurança jurídica e da isonomia começam a ganhar maior relevo, retratando o seu atual entendimento, e passam a ser consideradas como elementos essenciais à teoria (obrigatória) do precedente, normas estas que, como visto anteriormente, são basilares para qualquer ordenamento que se enquadre no conceito de Estado de Direito, e não apenas nos países de *common law*.

2.1.1 Sobre a igualdade na teoria dos precedentes

Em termos gerais, a igualdade na doutrina dos precedentes é ancorada em um princípio de justiça segundo o qual os casos iguais devem ser decididos de forma igual.[175] O fato de sua natureza jurídica ser de um princípio formal de justiça ou de uma norma que representaria um acordo moral no qual o Estado e os juízes se comprometem a observar a lei no momento de sua aplicação[176], não será alvo de maiores aprofundamentos neste trabalho.

Importa, pois, a compreensão de que o Direito busca uma regra de universalização para fins de aplicação equânime das suas normas, dado este praticamente despido de controvérsias, afinal, "não há sistema jurídico que possa desconsiderar por completo os precedentes judiciais na aplicação do direito, (...) sob pena de o direito positivo entrar em contradição com a própria ideia de sistema, a qual pressupõe a aplicação do direito como algo racional e coerente.".[177] E complementando a ideia, "o caráter universalizante se relaciona com a necessidade de o

---

[175] Tradução livre de "*like cases should be decided alike*", em CROSS, Rupert e HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. Oxford: Clarendon Press, 2004, pp. 3. Ainda neste sentido, ALEXY, Robert. *Teoria de la Argumentación Jurídica*: la teoria del discurso racional como teoria de la fundamentación jurídica: Trad: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2007, pp. 377. Na doutrina brasileira, ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 235, set. 2014, versão eletrônica.

[176] Cfr. MIGUEL, Alfonso Ruiz. Equality before the Law and Precedent. In *Ratio Juris*. vol. 10, n. 4, december 1997 (372–91), pp. 372-373.

[177] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Uma teoria normativa do precedente judicial:* o peso da jurisprudência na argumentação jurídica. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2007, p. 84. No mesmo sentido, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. *Op. cit.*, p. 25: "Ora, o elemento crucial que efetivamente justifica a recepção analógica da decisão anterior para a solução da hipótese posterior é o 'princípio da universalidade', entendido como uma exigência natural de que casos substancialmente iguais sejam tratados de modo semelhante.".

precedente abarcar, desde logo, o maior número possível de casos similares, evitando-se futuras decisões distintas para casos iguais".[178]

A pretensão, aqui, é buscar a essência ou o conteúdo que a norma encampa. Neste sentido, deve-se ter em mente que, ao se falar em aplicação equânime da lei para casos iguais, não se faz referência ao tradicional instituto da litispendência do direito processual, que prega pela identidade dos elementos da ação entre as demandas para sua caracterização, até porque, na teoria dos precedentes, "(...) não se exige que os fatos da anterior e da posterior sejam absolutamente idênticos"[179].

O foco da isonomia está mais bem direcionado ao contexto das razões de fato e de direito que embasam a demanda, ou seja, observar a narrativa fática e a sua relação com os fundamentos jurídicos é primordial para o estabelecimento da "igualdade" das causas na aplicação do precedente, pois é desse núcleo, de onde se retira a *ratio decidendi*, que a isonomia será aferida.

Mas, como cada caso é um caso, também é relevante observar e reconhecer os efeitos e as consequências do direito pleiteado, dentro do quadro narrativo desenhado pelo litigante. Isto porque, assim como no direito legislado, a *ratio decidendi*, que representa a norma jurídica que pode ser aplicada no caso subsequente, também é interpretável. Os fundamentos relevantes da decisão funcionam, portanto, como textos normativos passíveis de intelecção e cognição pelo aplicador, o que pode ensejar analogias e interpretações, extensivas ou mesmo restritivas.[180]

---

[178] Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*: recomposição do sistema processual da Corte Suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed., 2017, p. 110, que assim continua: "Trata-se de critério que inibe a imparcialidade [*sic*] e garante a igualdade, a segurança jurídica e a coerência do direito.". E antes mesmo de chegar a essa conclusão, já tinha assentado em p. 106, que a universabilidade é "condição para evitar arbitrariedade" das decisões judiciais.

[179] SCHAUER, Frederick. Precedente. Trad. André Duarte de Carvalho e Lucas Buril de Macêdo. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 56.

[180] No mesmo sentido, afirmando a necessidade de o precedente sofrer um processo interpretativo para sua aplicação aos casos futuros, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação de lei e de precedentes: civil law e common law. In *Revista dos Tribunais*, Porto Alegre, vol. 893, mar. 2010, versão eletrônica, que afirma: "Portanto, a mecânica dos sistemas de *common law* não consiste 'simplesmente' em seguir precedentes. Também estes precisam ser interpretados, assim como, para nós, a lei é, necessariamente, objeto de interpretação. (…) Nos sistemas de *common law*, quando se trata de precedentes 'puros' e não interpretativos de lei, saber-se se o precedente se aplica ou não ao caso é tarefa nem sempre simples. Envolve a descoberta do cerne (*core*) do precedente, que, efetivamente, é a regra (*rule, ratio decidendi*) que deve aplicar-se aos casos subsequentes. Normalmente, despreza-se muita coisa em um precedente, para reconhecer-se, num certo miolo, a regra jurídica.". Em sentido semelhante, STRECK, Lenio; ABBOUD, George. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 175-182.

Reiterando, a identidade com a qual se trabalha na aplicação dos precedentes não se restringe à absoluta igualdade de fatos ou a integral paridade do fundamento jurídico. Há margem interpretativa para o aplicador, inclusive para realizar a distinção entre os casos.

Assim, a isonomia na teoria dos precedentes obriga a uma inteligibilidade conglobada da causa *sub judice*, para que então se possa perquirir se ela se identifica com questões preteritamente julgadas. A atenção deve estar, portanto, na identidade do núcleo dos casos comparados – o pretérito (precedente) e o presente.

Em termos linguísticos, e para facilitar a compreensão, é o contexto da ação que deve ser analisado para aferir eventual incidência do princípio da isonomia e, consequentemente, a observância do caso pretérito para a concretização da igualdade. Havendo identidade entre os enredos de uma ação já julgada e uma outra ainda em análise, não se pode admitir a ocorrência de dois resultados diferentes, até porque, seria contrário aos próprios fins do Direito permitir o alcance de produtos divergentes em ações cuja semelhança impõe o tratamento uniforme.

A grande dificuldade na concretização da igualdade na aplicação dos precedentes está na identificação da *ratio decidendi* do caso. Contrariamente à lei, cujo texto a ser interpretado já está posto, quando se fala de fundamentos determinantes que tornam o precedente vinculante, estar-se-á diante de mais um espaço de indeterminação; no ponto, a dificuldade está na verificação dos fundamentos que comporiam essa "norma criada" pelo Tribunal.

Por óbvio que essa abertura é restrita ao discutido na demanda, mas o intérprete tem duas tarefas escalonadas: a primeira, detectar qual a norma jurídica aplicada ao caso passado e que tem a pretensão de vincular os casos futuros; e a segunda, verificar se as especificidades do precedente são equivalentes ao quadro argumentativo do caso ainda pendente de julgamento, para então constatar se haverá observância da "norma geral" estabelecida pelo precedente.

Não é a pretensão dissertar sobre as várias teses desenvolvidas para determinar como encontrar os fundamentos determinantes do julgado que vincularão os casos futuros,[181] todavia, entende-se que é importante que o Tribunal que julgue o precedente enuncie as matrizes fundamentais do caso por ele analisado, notadamente para auxiliar no balizamento de sua aplicação futura.[182]

---

[181] Dentre os testes mais relevantes, destacam-se: o teste de Wambaugh, o teste de Goodhart (GOODHART, Arthur L.. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 2, dez. 1930, pp. 161-183), a tese de Oliphant e a Fórmula Scalia. Para uma compreensão geral sobre o assunto, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 224-228.

[182] "É importante assentar o seguinte: ao decidir um caso, o magistrado cria (reconstrói), necessariamente, duas normas jurídicas. A primeira, de caráter geral, é fruto da sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na

A sugestão de enunciação pelas cortes tem como mote permitir que os aplicadores do direito tenham um mesmo ponto de partida interpretativo, da mesma forma que ocorre na lei, cujo texto já está posto. Este é claramente um viés da isonomia na aplicação dos precedentes, pois evita-se que o litigante de um caso futuro seja prejudicado com equiparações descabidas, fruto de uma errada assimilação da *ratio decidendi* do precedente.

Essa identificação prévia dos fundamentos determinantes do precedente, reitera-se, não busca engessar ou inibir o intérprete, mas sim unificar o ponto de partida[183], ou seja, deixar pré-estabelecido para todos qual foi a norma jurídica geral pronunciada naquele caso específico pelo órgão prolator da decisão. Uma vez mais, esse "ponto de partida" não eliminará a interpretação, da mesma forma que o direito positivo não o faz; o objetivo é estabelecer as balizas ou as premissas que o intérprete precisa levar em consideração quando quiser se utilizar do precedente (seja para aplicá-lo, seja para afastá-lo, ou seja para superá-lo).[184]

A isonomia na teoria dos precedentes, que engloba tanto a ideia de um princípio formal de justiça, quanto a sua vertente material,[185] tangencia desde a observância das premissas estabelecidas no caso passado, até a sua efetiva aplicação com o fim de permitir que contextos normativos semelhantes recebam o mesmo tratamento, com a incidência da mesma consequência jurídica estabelecida pelo ordenamento. E neste ponto, não há dúvidas em afirmar

causa e da sua conformação ao Direito positivo: Constituição, leis etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para a análise.", cfr. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Processo Civil* – teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 442. Em sentido semelhante, MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e Precedente*: dois discursos a partir da decisão judicial. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, abr. 2012, versão eletrônica.

[183] A ideia aqui é semelhante à exposta por ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25-26, quando diz: "(...) é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; (...). Enfim, é justamente porque as normas são construídas pelos intérpretes a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete". No caso do precedente, o ponto de partida será a *ratio decidendi* expressamente apresentada pelo órgão julgador no caso analisado.

[184] Quem parece discordar dessa ideia de que os fundamentos determinantes (*ratio decidenti*) possam ser interpretáveis como a norma legislada é BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Uma teoria normativa do precedente judicial:* o peso da jurisprudência na argumentação jurídica. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2007, p. 396. Segundo o autor, "A técnica dos precedentes apenas se torna relevante nos casos em que é possível extrair uma *ratio decidendi* que seja capaz de elevar o grau de objetivação do direito. (...) Sem uma estrutura silogística, a universalizabilidade e a igualdade de tratamento *em face de um caso concreto* deixam de ser atingíveis. Se a *ratio decidendi* é uma norma do tipo regra, então se segue que a operação básica necessária para a sua aplicação em um caso futuro será a subsunção.".

[185] Essa segunda ideia, entretanto, será mais bem trabalhada no tópico 2.2.2 *infra*.

que essa noção de igualdade se mostra como uma consequência, ou mesmo um efeito prático, das ideias de coerência e de integridade do ordenamento jurídico assentadas anteriormente.[186]

2.1.2 Sobre a segurança jurídica na teoria dos precedentes

De forma mais ampla, a segurança jurídica na teoria dos precedentes está umbilicalmente ligada à ideia de certeza e previsibilidade. A concepção de segurança para o precedente nos países de *common law* é tão forte que a pretensão de modificar uma decisão assentada anteriormente, ainda que esse precedente possa se mostrar equivocado ou ultrapassado, não era uma prática muito bem quista pelos Tribunais.

A exemplificar, nos Estados Unidos, alguns *leading cases* afirmam, textualmente, que observar o precedente já estabelecido, na maioria das vezes, é mais sábio e mais importante do que decidir o novo caso de forma correta.[187] Na Inglaterra, a questão não é diferente, o que se afirma na própria proibição de a *House of Lords* modificar seus precedentes, norma que vigeu até 1966, quando restou editado o *Practice Statement*.[188]

Especificamente para o direito inglês, a segurança jurídica era um objetivo desde a sua formação, com a confusão entre o *case law* e a própria ideia de precedente, e seu desenvolvimento.[189] E, a despeito de o próprio *common law* ter passado por um período de

---

[186] Neste sentido, ver itens 1.4, 1.4.1 e 1.4.2, *supra*.

[187] Dois exemplos, um mais recente e outro mais antigo, podem corroborar o exposto: "*Stare decisis is the preferred course, because it promotes the evenhanded, predictable and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process. Adhering to precedent is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than it be settled right. (...).*" (Payne v. Tennessee, 501 U.S. 808, 827-8, 111 S. Ct. 2597, 2609), cujo excerto da decisão pode ser encontrado em SELLERS, Mortimer N. S.. The Doctrine of Precedent in the United States of America. In *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, october 2006, pp. 67-88, e ainda "*Stare decisis is usually the wise policy because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right This is commonly true, even where the error is a matter of serious concern, provided correction can be had by legislation (...).*" (Burnet v. Coronado Oil & Gas Co, 285 US 405), cujo excerto da decisão pode ser encontrado em CATLETT. Fred W.. The Development of the doctrine of stare decisis and the extent to which it should be applied. In *Washinnton Law Review*, vol. 21, number 3, 1946, pp. 158-170.

[188] Interessante quanto ao ponto é a crítica que Neil Duxbury faz quanto à afirmação de Arthur L. Goodhart, no sentido de "*the most important reason for following precedent is that gives us certainty in the law*" (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 160), afinal, essa certeza do direito poderia ser algo que efetivamente não representasse o direito, ou seja, uma concepção (no caso, uma certeza) errada sobre o direito; inclusive, exemplifica sua crítica com a modificação, por parte da *House of Lords*, da regra para permitir a modificação de seus precedentes em 1966.

[189] Cfr. BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. ST. Paul: West Publishing Co., 1897, p. 19-20: "*It is an established rule to abide by former precedents, where the same points come again in litigation.*

provação quando da criação das Cortes de Chancelaria, que proferia decisões equitativas[190], a certeza para o estabelecimento do direito comum tinha o fim de assegurar a coerência e a coesão na fixação das normas de interesse do soberano, ou seja, afirmar seus poderes e privilégios de forma uniforme para todo o reino; não se tratava, portanto, de um viés democrático-garantista da segurança jurídica.

A maior legitimidade da concepção de segurança jurídica só viria a ser desenvolvida a partir dos séculos XVII e XVIII, quando se percebeu que a motivação das decisões judiciais seria um importante elemento para a evolução da teoria dos precedentes. E mesmo que nessa época as razões de decidir tivessem o primacial intuito de ratificar a soberania do reino, justificar um pronunciamento também poderia externar uma ideia de consistência legal.[191]

A reforma judiciária que ocorreu no final do século XIX na Inglaterra, e que auxiliou no assentamento da teoria dos precedentes obrigatoriamente vinculantes, pode ser considerada como o marco institucional da atenção às ideias de certeza e previsibilidade como um conceito mais democrático, que é a visão que hoje se busca para referendar a doutrina dos precedentes mais contemporânea.

Mas, para o direito inglês, não se pode descurar que essa construção do precedente como algo que busca coerência, previsibilidade e certeza no estabelecimento da lei deita razões nas

---

This prevents the scale of justice from wavering with every new judge's opinion, and the law in that case being determined, what before was uncertain and perhaps indifferent, is now become a permanent rule, which is not in the breast of any subsequent judge to alter or vary from, according to his private sentiments; he being sworn to determine according to the know laws and customs of the land, not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one.". Lembrando que a primeira edição de seu livro data de meados do século XVIII, retratando a fase em que os precedentes no direito inglês são persuasivos, na esteira do que se destacou no tópico 2.1 deste trabalho.

[190] A demonstrar a tensão existente na relação entre as Cortes Reais e as Cortes de Chancelaria, ver DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. ... *Op. cit.*, pp. 224: "*Las cortes inglesas han estimado que la equity es un conjunto de reglas, que tuvieron su justificación histórica y corrigieron el derecho inglés pero que en la actualidad son parte integrante del derecho inglés. (...). La seguridad de las relaciones jurídicas y la preeminencia del derecho se verían seriamente alteradas si, sob* [sic] *pretexto de la equidad, los jueces aceptarían cuestionar la validez de las reglas de derecho en vigor; los jueces ingleses han expresado en forma inequívoca su determinación de no transitar por esta vía*.".

[191] Cfr. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 48-50: "(…) *By this point in history as we have noted, English judges were increasingly paying attention to precedents even though stare decisis was not yet an established doctrine. The clue to the explanation for this increased attention is there in Hobbes: the authority delegated to judges was not merely authority to issue commands but also authority to provide reasons.", (…) "It is worth pointing out immediately that this is not to claim that reason demanded like cases be treated alike. The requirement was that judgments be consistent with the law as a whole, not with specific earlier decisions.", (…) "The duty of the Hobbesian judge is not to reach decisions which cohere with the law as a whole, but to reach decisions which represent the natural reason of the sovereign – endeavouring to fulfil this duty might, but it does not have to, generate legal consistency.".* Sobre a evolução e as razões para motivar uma decisão judicial, ver OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Motivação e discricionariedade*: as razões de decidir e o contraditório como elementos legitimadores da atuação judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 9-40.

raízes histórico-culturais do direito insular. A observância de decisões pretéritas é algo natural, pois sempre fez parte de sua vida.[192]

O mesmo se diga do direito norte-americano, que bebeu da fonte inglesa para construir seu ordenamento jurídico, fruto da sua colonização pela Inglaterra, ainda que adotando uma Constituição escrita.[193]

O fato, porém, é que mesmo países cujo ordenamento jurídico tenham um histórico cultural de observância dos precedentes, em algum momento de sua biografia tiveram fortes embates e discussões a respeito da obrigatoriedade de vincular-se às decisões pretéritas. Isso é um evidente e claro indício de que o direito ou a norma não pode ser alvo de constantes idas e vindas, de rotineiras mudanças em seu entendimento. É preciso assegurar a estabilidade, a previsibilidade e a certeza do direito como um todo.

Uma comunidade organizada precisa ser pautada por normas que detenham referidos atributos, cuja observância é o guia para as ações (civis, comerciais, pessoais *etc*) de seus cidadãos. A segurança jurídica é o mínimo protetivo que se tem contra o Estado e contra os demais cidadãos da comunidade: "*the certainty generated by the precedent is not itself the end, however, but that which is crucial to achieving an end: i.e. being in a position where we can confidently anticipate how courts will rule on matters important to us.".*[194]

E esse ideal de segurança jurídica, assim como o de igualdade, na vertente da decisão judicial, não pode e nem deve ser exclusivo dos países de *common law*. A força vinculativa dos precedentes precisa ser alvo de atenção de todo e qualquer ordenamento, inclusive nos países

---

[192] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - civil law e common law. In *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 384, p. 53-62, out. 2009, p. 54.

[193] Neste sentido, SELLERS, Mortimer N. S.. The Doctrine of Precedent in the United States of America. In *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, october 2006, pp. 67-88, que citando expressamente a obra de James Kent, Commentarries on American Law, datada de 1826, assim expôs sobre a suma das ideias do *common law* para os Estados Unidos, pp. 72: "(...) *(4) the community has a right to regulate their actions and contracts by law; so that, (5) 'when a rule has been deliberately adopted, it ought not to be disturbed, unless by a court of appeal or review, and never by the same court, except for very cogent reasons, and upon clear manifestation of error.'"*, a revelar que a segurança jurídica também era um objetivo, desde o seu início, para o sistema norte-americano de precedentes. A necessidade de clareza e certeza do direito acabou sendo reforçada com os *Restatements*, criado em 1923, para simplificar e tornar mais clara a aplicação do direito, além de mais adaptável às necessidades sociais. *Idem*, pp. 75-78.

[194] DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent. Op. cit.*, pp. 160-161. Tradução livre: "a certeza gerada pelo precedente não é um fim em si mesma, mas é elemento crucial para alcançar esse fim: ou seja, estar em uma posição na qual podemos antecipar de forma segura como os tribunais irão decidir em questões que nos são relevantes.". Na completude do raciocínio do autor: "*A court's commitment to precedent may provide us with a valuable degree of certainty: when acting and planning we want to be able to foresee the consequences of our actions, and so we may find it very useful to know that if problem X arises because of what we do then the court, given how it has consistently handled this problem in the past, will rule A. (...) The certainty generated by precedent, as has often been observed, enables citizens to obtain definite advice on how to order their affairs*.".

de origem romano-germânico, nos quais, também têm nos seus intérpretes (leia-se, juízes) os personagens que constroem ou reconstroem o próprio Direito no caso concreto. Assim, não se pode ter dúvidas de que, independentemente do sistema jurídico, desde que democrático, por critérios de previsibilidade e estabilidade, bem como por razão de igualdade, a incidência da norma proferida no caso passado deve ser aplicada no caso presente como o direito vigente.[195]

2.2 As justificativas consequencialistas e deontológicas para observância do precedente

No contexto exposto anteriormente, é possível elencar dois grandes motivos filosófico-morais pelos quais entende-se que o precedente deve ser observado: o consequencialista e o deontológico.

O primeiro deles prende-se ao ponto que, se um caso que veicula certas questões fáticas, as quais estão relacionadas com um direito ou um dever que já foi decidido de uma certa forma, então, por corolário lógico-racional, o caso subsequente, que se conecte ao mesmo quadro fático-normativo do anterior, precisa ter idêntico resultado. Trata-se de uma conclusão não apenas consequente de um sistema ordenado e sistemático, mas também economicamente mais viável, afinal menos custoso em todos os sentidos, preservando tempo, trabalho e recursos para algo realmente novo.[196]

Não há dúvidas, porém, que referido argumento – observar o que já foi decidido em razão de eventuais consequências negativas por não fazê-lo, inclusive no âmbito profissional do juiz que rejeita a aplicação de um precedente – não revela toda a força e autoridade que adorna a vinculatividade dos precedentes.

---

[195] É o mesmo que pensa SCHAUER, Frederick. Precedente. ... *Op. cit.*, p. 50: "Confiar em um precedente é parte da vida de um modo geral. A falta de uma reivindicação exclusiva do Direito sobre o manejo dos precedentes indica que devemos nos aprofundar no uso dos precedentes neste ou mesmo em outro sistema jurídico.". Aliás, e como se viu alhures (nota 157, *supra*), a observância dos precedentes nos países que adotaram sistema romano-germânico era comum até o final do século XVIII e início do século XIX, cfr. GORLA, Gino; MOCCIA, Luigi. A 'revisiting' of the comparison between 'Continental Law' and 'English Law' (16th - 19th century)". In *Journal of Legal History*, 1981, 2:2, pp. 143-156.

[196] DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent. Op. cit.*, p. 153-157. A escola que prega pela análise econômica do direito vincula-se, de alguma maneira, em referidos fundamentos. Neste sentido, WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil:* como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da justiça no processo civil brasileiro. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Cfr, também, FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Da mesma forma, é indene de dúvidas que a segurança jurídica sempre foi um grande mote para observância de decisões pretéritas; e por mais consequencialista que o referido argumento seja, sua justificativa também é extremamente relevante para fins de conferir previsibilidade, unidade e certeza ao ordenamento jurídico.

A pauta de ações adotadas pelo Estado e pelos cidadãos devem estar conforme a ordem jurídica vigente, em obediência às normas que regulam referidas condutas e atividades.

Neste sentido, não apenas leis gerais e abstratas cumprem esse desiderato. A análise de casos concretos mostra-se igualmente relevante para fins de averiguar as especificidades e os contornos que o texto da norma legislada alcança – rememore-se que desde a virada linguística texto e norma não se confundem.

E se os precedentes têm a função de construir ou reconstruir a norma do texto legal,[197] ao passo que toda organização social busca desenvolvimento e convivência organizada, é a previsibilidade e a estabilidade das decisões que guiam e solidificam os caminhos desse fértil campo da convivência respeitosa entre os cidadãos.

O Direito como organismo de controle da sociedade, além de precisar estar aberto aos câmbios sociais, necessita de um mínimo de solidez e certeza para a sua contínua progressão sistematizada. E aqui, é inegável que o Judiciário, como órgão de apoio e sustentação da ordem jurídica, funciona como censor e regulador dos rumos para um ambiente propício ao desenvolvimento social, até mesmo para tentar evitar uma arbitrária discrição judicial ao decidir de acordo com sua consciência ou conveniência.

Destarte, estabilidade e previsibilidade do precedente judicial funcionam como os dois alicerces da segurança jurídica na perspectiva de concretização e afirmação das normas pelos Tribunais, afinal "sem segurança de aplicação a segurança jurídica da norma seria anulada pela insegurança da sua aplicação*"*.[198]

---

[197] Como se verá no item 2.4 *infra*, o precedente funciona, ao mesmo tempo, como norma e como fonte de direito. A grande diferença entre a norma legislada e norma judicial é que a segunda não parte do nada, ou seja, o procedente (ou o primeiro precedente, pelo menos nos países de origem romano-germânica) sobre determinada questão é sempre ligado a uma lei previamente editada pelo parlamento. A "(...) reconstrução da norma – geral e abstrata – é tarefa ínsita à atividade jurisdicional em razão da impossibilidade de ser criada uma norma a partir do nada, do vácuo normativo, do vazio textual, devendo o Poder Judiciário reconstruir os significados normativos de acordo com a Constituição Federal, a legislação infraconstitucional e a tradição jurídica (art. 1º, do CPC/2015).", cfr. ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?. In *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 257, jul. 2016, versão eletrônica.

[198] ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica ... Op. cit.* p. 142. De forma semelhante: "*By following precedent, in other words, a court not only generates legal certainty and builds up citizens' trust, but also puts in their minds reasonable expectations as to how particular problems will be treated in the future; would-be litigants might sometimes justifiably rely on these expectations, and a court might feel uncomfortable about departing from a*

Em suma, seguir precedente é necessário "não mais apenas porque eles constituem direito positivo formalmente produzido por alguma autoridade institucionalmente autorizada a criar direito", mas principalmente, porque "não pode haver um sistema jurídico racional sem um método universalista e imparcial de aplicação do direito positivo."[199]

Já a justificativa deontológica está escorada no fato de que observar precedentes é importante por si mesmo, pela própria razão de existir da decisão. Assim, e diferente do consequencialismo, que possui uma série de motivos para mostrar a importância de seguir precedentes, "*a deontological argument supposes that precedent-following is inherently valuable rather than valuable because of the ends that it serves, (...) the claim that precedents ought to be followed because precedent-following is somehow intrinsically good.*".[200]

Este argumento utilizado para justificar a observância e a autoridade do precedente é praticamente uma forma de respeitar o passado, os rituais e a tradição. Trata-se de um comportamento cultural que basta por si só, afinal, e atento à presente questão, realmente não se pode negar que o passado espelha o presente e o futuro, ou pelo menos, influencia todas as demais tomadas de posição, seja para seguir, seja para distinguir, seja para superar o que se fez antes.[201]

Todavia, é preciso ultrapassar as raias dessa explicação autorreferencial. A justificativa deontológica é mais bem compreendida quando observado um outro elemento, que também já foi apresentado neste estudo, e, da mesma forma que a segurança jurídica, é pressuposto do Estado de Direito: a igualdade.

No caso, "igualdade e precedente são, assim, respectivamente, os ramos espacial e temporal do mesmo e maior princípio normativo da coerência"[202]. Ora, a isonomia é

---

precedent if the consequence of doing so is that a party will suffer considerable reliance loss.", cfr. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent. Op. cit.*, pp. 162.

[199] DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais ... *Op. cit.*, p. 347.

[200] DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent. Op. cit.*, pp. 168. Tradução livre: "um argumento deontológico supõe que seguir precedentes é inerentemente valoroso por si só, ao invés de o ser porque serve a algum fim, (...) a afirmação de que devem ser observados os precedentes porque, de alguma forma, isso é intrinsecamente bom.".

[201] A defesa dessa posição da autoridade do precedente pelo simples fato de ser um precedente pode ser encontrada em RADIN, Max. Case law and Stare Decisis: concerning "Präjudizienrecht in Amerika". In *Columbia Law Review*, vol. 33, no. 2 (feb. 1933), pp. 199-212. Eis o que afirma o autor em pp. 200-201: "*To make the act such an application, the previous decision must be followed because it is a previous decision and no other reason. (...) To say that a court reaches a conclusion partly because it is following a precedent and partly because the conclusion is just, is really impossible. We may say, if we choose, that the conclusion is just, and also happens to be in accord with precedent, or that the precedent is being followed and that it also happens to secure a just result. In either case the second clause adds nothing whatever to the reason for the court's action.*".

[202] SCHAUER, Frederick. Precedente. *Op. cit.*, p. 76.

indissociável da ideia de precedente judicial, pois enquanto aquela busca assentar e harmonizar as posições equânimes dentro de determinado espaço temporal para pessoas que se encontram em uma semelhante situação jurídica, a decisão judicial procura replicar essa regra no decorrer do tempo, ou seja, ainda que haja uma diferença entre as questões discutidas, em razão da identidade das situações, elas não poderiam ser tuteladas de forma diferente.

Aliás, e conforme pontua Neil Duxbury, "*the authority of precedent has much to do with the fact that precedents came to be understood, and valued, as sources of reason, not merely as rulings, in materially identical cases*"[203], ou seja, a vinculatividade dos precedentes tem na concretização da igualdade um dos seus mais fortes argumentos de validade e eficácia, afinal busca-se observar o contexto das razões de decidir dos casos pretéritos para que as demandas futuras tenham o mesmo desfecho.

Entretanto, precisa-se ir mais a fundo. É preciso densificar e buscar novos os motivos para seguir precedentes. Ainda que as noções gerais sobre igualdade e segurança jurídica já expressem boas razões para a observância do *case law*, e mesmo que os fundamentos consequencialistas e deontológicos caracterizem-se como uma forma de aprofundamento desses motivos, há outros pontos que precisam de destaque, até porque, "*the capacity of previous decisions to guide and enlighten in the present instance cannot be fully explained by an overarching theory but has to be attributed to a variety of reasons.*".[204]

É com essa perspectiva de variedade de razões para seguir o precedente que se trabalhará abaixo, buscando não apenas destacar alguns fundamentos independentes e autônomos que chancelam a observância de decisões pretéritas, como também esmiuçar aqueles já tratados acima. Esse próximo tópico, ademais, tem o condão de já apresentar essas características dentro de um quadro democrático, mais especificamente no contexto do Estado Constitucional vigente, e já levando em conta algumas características do ordenamento jurídico brasileiro.

---

[203] DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent. Op. cit.*, pp. 57. Tradução livre: "a autoridade do precedente tem muita relação com o fato de que os precedentes passaram a ser compreendidos, e valorados, como fontes de razão, e não como meras decisões pretéritas, em casos materialmente iguais.".

[204] DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent. Op. cit.*, pp. 183. Tradução livre: "a capacidade de decisões pretéritas guiarem e iluminarem o atual momento não pode ser inteiramente explicada por uma teoria centralizadora mas deve ser atribuída a uma variedade de razões.". Uma suma de muitas dessas razões, que por motivos de adequação e abrangências não serão todas abordadas neste trabalho, pode ser encontrada em SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*. New York: Cornell University Press, 1982, pp. 163-164.

2.2.1.Organização judiciária: precedentes verticais, horizontais e o dever de autorreferência

A estrutura organizacional de qualquer ordenamento jurídico é elemento fundamental para uma teoria dos precedentes. Identificar as variadas cortes e a suas respectivas ordens dentro do sistema é fator preponderante para o reconhecimento da força vinculativa dos precedentes. É a posição dos órgãos dentro da organização judiciária que revelará quais são os precedentes que efetivamente obrigam sua observância e quais funcionam como elementos de persuasão.[205] Como bem sintetizou Taruffo, "*el fenómeno del precedente se presenta como un reflejo (...) de la organización jerárquica de los tribunales en los distintos ordenamientos."*.[206]

No Brasil, a hierarquização judiciária é verificada inclusive dentro das próprias cortes. Há órgãos *interna corporis* com maior peso e força em suas decisões que outros. É o caso, por exemplo, dos chamados "tribunais plenos", cuja composição abrange a íntegra dos membros de determinada corte, ou então os "órgãos especiais", geralmente constituídos por membros eleitos dos respectivos tribunais, com decisões sendo impositivas aos colegiados ordinários (turmas e/ou câmaras e/ou seções) daquela corte.

A ordenação e a estrutura do Judiciário influem diretamente na definição dos chamados precedentes verticais e precedentes horizontais.

O primeiro deles, de observância obrigatória, geralmente são emanados por cortes de cúpula ou por órgãos internos dos tribunais cujo regimento lhes outorgam maior envergadura hierárquica.

Já o segundo, os precedentes horizontais, representa uma ideia ou um referencial para os casos futuros, afinal caracterizam-se por decisões emanadas por órgãos que se encontram dentro de uma mesma estatura organizacional nas cortes. Neste caso, a observância de decisões pretéritas emanadas por outras turmas ou câmaras do mesmo tribunal pode até ocorrer, mas não se caracteriza como obrigatória, e sim como um reforço argumentativo ou uma justificativa de

---

[205] Cfr. TARUFFO. Michele. Dimensiones del precedente judicial. In *Páginas sobre justicia civil*. Marcial Pons: Madrid, 2009, pp. 544. No mesmo sentido, ENG, Svein. The doctrine of precedent in English and Norwegian law – some common and specific features. In *Scandinavian Studies in Law*, vol. 39, 2000, pp. 301-302: "*The identification of binding precedents is done by combining on the one hand rules governing which courts bind which, and on the other hand rules governing which statements of the courts qualify as rationes decidendi*". Também defendendo a hierarquia como elemento determinante de observância dos precedentes, STEINER, Eva. Theory and practice of judicial precedent in France. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 29-33.

[206] TARUFFO. Michele. Dimensiones del precedente judicial. *Op. cit.*, pp. 545.

corroboração do entendimento ou, como já também já propalava Taruffo, como um exemplo ilustrativo.[207]

Como visto, nos precedentes horizontais inexiste a vinculatividade das exações judiciais anteriores, até porque o fator hierarquia não se revela presente. É justamente em razão disso que pode surgir uma disparidade de entendimentos e, consequentemente, a insegurança jurídica e a desigualdade imperando.

Para evitar esse conflito de decisões dentro de um mesmo órgão, alguns tribunais possibilitam o tratamento dessa divergência dentro de seu próprio âmbito. No Brasil, exemplos desses remédios procedimentais são os embargos de divergência,[208] no âmbito do Tribunais de vértice (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, conforme artigos 1.043 e 1.044, do CPC vigente), e o incidente de assunção de competência,[209] no âmbito dos Tribunais Estaduais e Federais (conforme artigo 947, do CPC vigente).

Nestes termos, não é correto afirmar que os precedentes exarados por um Tribunal jamais vinculariam os demais órgãos colegiados da mesma corte, ou seja, que esses precedentes seriam classificados somente como horizontais. É possível, como visto, que um tribunal profira decisões vinculativas dentro do seu próprio âmbito de competência, o que vai depender, como se demonstrou, do órgão que prolatou a decisão.

Ainda no espectro dos precedentes horizontais, é preciso chamar a atenção para o dever de observância das decisões exaradas pelos próprios órgãos judicantes. Trata-se do chamado dever de autorreferência,[210] cuja relevância é mais bem notada naqueles casos em que o

---

[207] TARUFFO, Michele. Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, anno XLVIII, 1994, pp. 19-36. Notadamente em pp. 29-30, assim destaca: "*Normalmente una decisione può rappresentare un precedente per la decisione di un caso succesivo quando proviene da un giudice superiore (precedente c.d. verticale), da un giudicedi pari grado (precedente c.d. orizzontale) o dallo stesso giudice (c.d. autoprecedente). Tuttavia, il precedente non sipega la sua efficacia tutte le volte che si verifica una di queste situazioni, poichè tale efficacia è di regola subordinata al verificarsi di ulteriori condizioni (...). Sono d'altronde numerose le situazioni in cui una decisione non è idonea a costituire un precedente in senso proprio, mas può essere invece usata come esempio*.".

[208] FEREIRA NETO, Luiz Antonio. As súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre embargos de divergência e o novo Código de Processo Civil. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 252, fev. 2016, versão eletrônica; ainda, JORGE, Flávio Cheim. Embargos de Divergência: alguns aspectos estruturantes. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 190, dez. 2010, versão eletrônica.

[209] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello. *Incidente de Assunção de Competência*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2020. Cfr., ainda, LEMOS, Vinicius Silva. *O incidente de assunção de competência*: da conceituação à procedimentalidade. Salvador: Juspodivm, 2018.

[210] Sobre o tema, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 119-121. Ver ainda PEIXOTO. Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica.* Salvador: Juspodivm, 2015, p. 193-196, e MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2019, 3. ed. p. 215-217. Já na doutrina estrangeira, por todos, GERHARDT, Michael J.. *The power of precedent.* New York: Oxford University Press, 2008. O autor entende que há uma regra de ouro na teoria dos

precedente foi proferido por órgão de cúpula de determinado tribunal. Isto porque, não existindo grau de hierarquia neste nível, seria defensável dizer que estes órgãos não se vinculariam aos seus precedentes.

A retórica pode até possuir um naco de verdade, todavia, não se pode admitir que a interpretação e aplicação prática-jurídica-sistemática-teleológica de uma teoria dos precedentes, inserida dentro de uma ordem jurídica que se pretenda una, possa se coadunar com uma situação tal. A autorreferência é essencial na teoria dos precedentes, pois impõe aos tribunais o diálogo com suas decisões anteriores, que precisam ser analisadas em decisões futuras semelhantes.

Uma figura de linguagem que bem representa o dever de autorreferência, e já analisada anteriormente, é a ideia de romance em cadeia de Ronald Dworkin, na qual "cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante"[211], ou seja, também os juízes, no momento de decidir, precisam levar em consideração as decisões pretéritas, que equivaleriam aos "capítulos anteriores" do romance no exemplo do jurista norte-americano, tudo como forma de tornar o ordenamento jurídico coerente e íntegro.

Assim, se o próprio Estado Democrático de Direito precisa guiar-se por padrões de coerência e integridade, em busca de uma ordem jurídica cuja aplicação seja uniforme, não é cogitável admitir, pelo menos nos ordenamentos que se guiam pela linha mestra do Estado de Direito, que os tribunais possam, ao seu bel prazer, ignorar e/ou modificar seus entendimentos pretéritos sempre que lhes parecer conveniente, isso por entenderem que não são vinculados por suas decisões anteriores.

A utilização de uma justificativa com esse padrão argumentativo fere de morte as próprias premissas do Direito e da teoria dos precedentes.

E nem se diga que referido dever abalaria ou derrogaria a independência funcional dos magistrados (e aqui a crítica estende-se também aos precedentes verticais), motivo pelo qual

---

precedentes (*The Golden rule*) que equivale justamente aquilo chamado de dever de autorreferência, vide pp. 79: "*On my view, as essential dynamic in constitucional law is what I call the Golden rule of precedent: Justices (...) generally know from experience, training, and temperament they cannot be too disdainful of precedents or else they risk having other justices show the same, or even more, disdain for their preferred precedents." (...) this means that the 81st justice to consider an issue previously decided by the Court will not write about that issue as if he were writing on a blank slate and ignore what the previous 80 justices have said – or the next 80 may say – about the issue before him.*".

[211] DWORKIN. Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 276.

somente poderiam ser modificadas, *verbi gratia*, nos sistemas romano-germânicos, via alteração da lei constitucional.[212] Referidos fundamentos são desprovidos de maior juridicidade e também cientificidade, afinal, os juízes têm por dever observar a legalidade, o que, por certo, vai além da própria lei. O princípio da legalidade não se exaure na definição *stricto sensu* do vocábulo lei,[213] a sua inteligibilidade é aferida analisando o ordenamento jurídico como um todo, do qual os precedentes, por também serem fontes,[214] devem ser analisados e aplicados pelos magistrados.[215]

Indo além, é possível dizer que esse dever de autorreferência imposto aos tribunais deriva da própria função por eles exercida. Ora, a instituição do Poder Judiciário brasileiro, nos moldes regulados pela Constituição de 1988, tem exatamente a obrigação de unificar a interpretação das normas legais e constitucionais. Daí se vê que a necessidade de seguir precedentes alinha-se com os elementos ínsitos que aparelham todo e qualquer Estado Democrático de Direito – segurança jurídica, igualdade, liberdade, uniformidade, racionalidade, entre outras.

---

[212] É o que defende, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.837, notadamente por assentarem pela inconstitucionalidade dos precedentes obrigatórios elencados no art. 927, do Código de Processo Civil. Também parecendo entender pela inconstitucionalidade da previsão, TUCCI, José Rogério Cruz. O regime do precedente judicial no novo CPC. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454: "Salta aos olhos o lamentável equívoco constante desse dispositivo, uma vez que impõe aos magistrados, de forma cogente – 'os tribunais observarão' –, os mencionados precedentes, como se todos aqueles arrolados tivessem a mesma força vinculante vertical. Daí, em princípio, a inconstitucionalidade da regra, visto que a Constituição Federal, como acima referido, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade". Em sentido contrário, entendendo pela constitucionalidade da norma, ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?. In *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 257, jul. 2016, versão eletrônica e PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 2, 2017. p. 93-133.

[213] "A referência [do artigo 8º, do CPC] à 'legalidade' é metonímica: observar a dimensão material do princípio da legalidade é decidir em conformidade com o Direito, com o ordenamento jurídico.", cfr. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil* - teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 467.

[214] Sobre o tema, remete-se o leitor para o item 2.4 *infra*.

[215] Em sentido semelhante, porém defendendo que haveria sim, no caso dos precedentes vinculantes, um atingimento à independência funcional dos juízes, porém legítima, MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 87-97. Lado outro, coadunando-se com o expressado no texto, repelindo uma verdadeira "anarquia interpretativa" dos magistrados, ver THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. In *Revista de Processo*, vol. 189, nov. 2010, versão eletrônica.

Isso não quer dizer, entretanto, que essas decisões sejam imutáveis. Certamente que as decisões exaradas por órgãos que não aqueles de vértice (no Brasil, temos o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, cada qual com sua competência específica[216]) podem ser modificadas justamente pelas cortes de cúpula. Ademais, estes mesmos órgãos terão a possibilidade de modificar seus entendimentos desde que *"razones importantes de orden general justifiquen el abandono del autoprecedente."*.[217]

É o que sói ocorrer com as cortes de vértice, que em suas competências possuem a última palavra a respeito de determinadas matérias. Nestes casos, referidos tribunais não se submetem hierarquicamente a nenhum outro órgão, sendo certo que somente por relevantes razões de ordem cultural, social, econômica e política é que devem alterar seus precedentes, desde que obedecido um forte ônus argumentativo, expondo os relevantes motivos que impuseram a modificação da decisão pretérita.

Curioso sobre o ponto foi o que ocorreu no Reio Unido, que, conforme visto anteriormente, até 1966, a *House of Lords*, então órgão de cúpula do Judiciário, não tinha permissão para alterar seus precedentes – apesar de fazê-lo por vias transversas,[218] em uma espécie de autorreferência distintiva, ou seja, diferenciando o caso atual com o caso passado, de modo a permitir uma decisão diferente.

E apesar de essa proibição ter sido extinta, ou seja, a *Supreme Court of United Kingdom*, atual órgão de cúpula do sistema judicial britânico, tem permissão para alterar precedentes, nem por isso se verificou uma enxurrada de alterações dos entendimentos pretéritos. Há um senso de respeito com as decisões existentes. Mais do que isso, há a necessidade de se atentar para o que foi anteriormente deliberado, que nada mais representa que a incidência do dever de autorreferência, a ser constantemente praticada pelos juízes, tudo com o fim de resguardar as características ínsitas da teoria dos precedentes e do próprio Estado Democrático de Direito.

Como se vê, a ideia de hierarquia, cuja representação é feita por meio dos precedentes verticais e horizontais, assim como o dever de autorreferência, é elemento ínsito de uma teoria dos precedentes, todos originários de uma estruturação de nivelamento da organização judiciária, cujo aparelhamento mostra-se significativo para a vinculação das decisões pretéritas,

---

[216] No caso da Constituição brasileira, e em nível nacional, as funções de unificação e interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais incumbem, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, conforme artigos 102, III e 105, III.
[217] TARUFFO. Michele. Dimensiones del precedente judicial. *Op. cit.*, pp. 545.
[218] Vide nota 170, *supra*.

afinal, "*the doctrine of stare decisis did not come about because of the creation of a hierarchy of courts, even though the introduction of that hierarchy did much to consolidate it.*".[219]

2.2.2.A concretização da igualdade material do Direito

A ideia da igualdade já foi trabalhada neste estudo como aquela concernente a um princípio de justiça formal por meio do qual os casos iguais devem ser tratados da mesma maneira. Na visão de Alexy, "*el fundamento del uso de los precedentes constituye el principio de universalidad, la exigencia que subyace a toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual.*".[220]

E sobre o ponto, praticamente inexiste controvérsia, até porque não se nega que duas causas iguais, sob a proteção de um mesmo dispositivo jurídico, devam ter o mesmo resultado ou consequência.

Mas, a questão da igualdade não se resume neste espaço de universalidade, até porque causas sob a proteção de um mesmo fundamento jurídico, podem ter peculiaridades fáticas que impedem que o mesmo resultado seja determinado. É preciso, assim, ter em mente o nível de semelhança para que se dê a aplicação isonômica das consequências jurídico-normativas,[221] ou seja, causas não exatamente idênticas podem ter desfecho idêntico, até porque o mesmo fundamento jurídico não está necessariamente vinculado a um único fato.[222]

Aliás, é justamente por este motivo que se afirmou acima que a identidade de causas não deveria ser uma importação do instituto da litispendência, pois, na teoria dos precedentes, o que deve ser levado em consideração é todo o complexo argumentativo da causa. A análise dos fatos e dos fundamentos jurídicos é que revelará se uma mesma norma deve ser aplicada ao caso subsequente, ou melhor, se a regra estabelecida no precedente, entendida como fonte de

---

[219] DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 56. Tradução livre: "a doutrina dos precedentes vinculantes não passou a existir por causa de um sistema de hierarquia entre os tribunais, embora a introdução desta tenha sido determinante na sua consolidação.".

[220] ALEXY, Robert. *Teoria de la Argumentación Jurídica*: la teoria del discurso racional como teoria de la fundamentación jurídica: Trad: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2007, pp. 377.

[221] SCHAUER, Frederick. Precedente. Trad. André Duarte de Carvalho e Lucas Buril de Macêdo. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 76-77.

[222] Em sentido semelhante, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 197: "Fala-se em princípio porque, para a aceitação de que o caso não é suscetível ao precedente, não basta que os fatos sejam simplesmente diferentes, sendo importante que os fatos, na lógica da tese jurídica fixada no precedente, não sejam idôneos a provocar a aplicação da mesma tese jurídica.".

direito, pode funcionar como a norma a incidir nos casos seguintes, ainda que os pressupostos fáticos e jurídicos não sejam exatamente idênticos.

A teoria dos precedentes vai muito além da sua relação umbilical com a isonomia como um princípio de justiça formal. A sua compreensão pede que aspectos conteudísticos-materiais das causas já decididas e aquelas que ainda pendem de deliberação sejam analisadas. Eis a verdadeira concretização do seu viés material.

Esse imperativo é uma consequência do fundamento de observância do precedente decorrente da razão prática. Pelo motivo de existir um valor moral inerente à prática jurídica, no qual a observância de questões como a correção, a justiça e a razoabilidade da decisão agregam-se à própria noção de autoridade, é que se busca a verdadeira análise do cerne dos julgados para ver sua dimensão e sua necessidade de vinculação aos casos semelhantes ulteriores.[223] Por certo que essa ideia circunda inclusive os precedentes horizontais, nos quais o elemento autoridade, pela falta de hierarquia, deixa de existir.

É em decorrência desses vieses da moralidade que emerge o fundamento de legitimidade na aplicação isonômica do direito aos jurisdicionados, que impõe para além da aplicação racional do Direito, uma necessidade de tratamento isonômico, com vias a garantir a coerência e unidade do sistema legal.

Para esta concretização, todavia, é preciso descer à procura de semelhanças entre os casos. Dito de outra maneira, o verdadeiro campo de aplicação equânime da norma-precedente está na observância da existência ou não de distinções fático-jurídicas que justificam o afastamento da incidência da decisão pretérita para os casos subsequentes. Os argumentos fáticos e jurídicos de cada caso são os balizadores de comparação para aferir a equivalência de causas que justifica o tratamento equivalente.

O que se deve entender como a concretização da igualdade material por via dos precedentes é justamente a "isonomia nas decisões judiciais"[224].

---

[223] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Uma teoria normativa do precedente judicial:* o peso da jurisprudência na argumentação jurídica. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2007, p. 316-318.

[224] Na expressão utilizada por CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários aos arts. 1º a 15. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim.et al. Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 73. Em sentido semelhante, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 141-149. Na doutrina estrangeira também é possível observar que a ideia de isonomia relacionada ao precedente deve ir além do princípio formal de igualdade, precisando, assim, observar a isonomia na interpretação e aplicação da lei. Neste sentido, e falando sobre a realidade italiana, TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents* - a comparative study. London and New York: Routlege, 2016, pp. 165-166: "*Equal treatment under the law is a basic principle of the system, and it is also required by a*

A ideia de sistema de direitos ou mesmo de ordenamento jurídico parte não apenas de uma compreensão universal de justiça quanto à necessidade de defender a existência de decisões iguais para casos iguais, mas acima de tudo que essa identidade de casos seja observada à luz do conteúdo das decisões proferidas.

Já é sabido que uma decisão advinda de um caso que respeitou as normas fundamentais do processo pode ser vista como inerente a um processo justo, o que não representa, todavia, que a decisão proferida nesta mesma causa seja justa e racional.[225] Para aferir o compromisso do pronunciamento com o devido respeito aos direitos fundamentais das partes, no seu aspecto material, é preciso descer às razões apresentadas pelo juiz. E se são diferentes os conteúdos das decisões sobre casos que possuam o mesmo arranjo fático-jurídico, então é possível afirmar que a isonomia está sendo desrespeitada.

O que salta aos olhos nesse entendimento é que a não observância da isonomia revela-se como um atentado ao direito praticado justamente por aquele que tem o poder de dizer o direito: o juiz. Essa incompreensão, por incrível que possa parecer, acabou sendo por muito tempo seguida, notadamente pelos defensores do positivismo nos países de *civil law* dos séculos XIX e XX, que acreditavam que apenas o direito legislado tinha o papel de dar unidade e estabilidade ao ordenamento, ao passo que caberia aos juízes apenas o papel técnico de conhecer e replicar esses direitos.[226]

Todavia, e aqui embeberado dos ideais das Constituições pós-bélicas, o Judiciário, como Poder que tem a responsabilização de uniformizar a interpretação das normas (legais e constitucionais), especialmente ao dar sentido ao texto na sua tarefa de aplicar a lei ao caso

---

constitutional provision (Art. 3 of the Italian constitution). A widespread opinion holds that equality should be assured also in judicial decisions, so that the same legal issue should always be solved in the same way. Correspondingly, a system of precedent is considered as a means to produce a reasonable degree of equality in the interpretation and application of the law inside the legal process.".

[225] Cfr. TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. *Op. cit.*. Afirma o autor que uma visão puramente formal da concepção de processo justo ou justiça da decisão seria criticável por duas vertentes. Primeiro, porque "*questa definizione non definisce nulla, e rinvia il problema semplicemente mutandone i termini: per sapere se una decisione è 'proceduralmente' giusta bisognerebbe infatti definire quali sono le condizioni generali che occorrono perche si possa avere un processo giusto, il che è tutt'altro che semplice*" (pp. 317); segundo porque "*implica la renuncia a valutare se una decisione è o no giusta per il suo contenuto o per gli effetti che produce, e rimanda l´osservatore alla sola considerazione delle modalità con cui si è svolto il processo che ha portato a quella decisione*." (pp. 317).

[226] A referido respeito ver BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 240, abr.-jun. 2005, p. 1-42. Essas críticas também são trabalhadas por diversos processualistas brasileiros, *v.g.*, ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos* precedentes – teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Juspodivm, 2016, e estrangeiros, *v.g.*, PICARDI, Nicola. Notas sobre o precedente judicial. In *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 145-155.

concreto, não pode permitir que dois juízos antagônicos possam ocorrer. Como diz Marinoni, "é pouco mais que absurdo pensar que o Poder Judiciário, caracterizado por um déficit de legitimidade democrática em relação ao Legislativo, possa ter várias concepções acerca de um mesmo direito fundamental (...) ou mesmo acerca do significado de uma lei federal".[227]

E não há liberdade de atuação do magistrado que legitime duas decisões judiciais diferentes em casos que possuam pressupostos fático-jurídicos equivalentes. É flagrantemente equivocado confundir a liberdade dada aos juízes para expor as razões de decidir com a liberdade de interpretar os textos legais de acordo com a sua maneira ou o seu pensamento.[228]

A ideia de autonomia e independência dos magistrados está ligada à ausência de pressões externas no exercício do seu cargo (notadamente dos Poderes Legislativo e Executivo), sendo certo, todavia, que os juízes estão inseridos dentro de um sistema de distribuição de justiça, no caso, como representantes do Poder Judiciário. E apesar de essa autonomia e proteção contra imposições de condutas possam existir, elas não devem se confundir com a principal atribuição dos órgãos judiciais: interpretar e aplicar o direito.

A ideia de unidade do ordenamento jurídico somente se completa se a função dos juízes for racionalmente ordenada, tudo com vias a permitir que o "Judiciário realmente possa se desincumbir dos seus deveres perante os cidadãos, prestando a tutela jurisdicional de forma isonômica e com coerência.".[229]

Em suma, independência da magistratura não representa salvo-conduto para os juízes decidirem causas conforme sua consciência.[230] Da mesma forma, é inverídico afirmar que a observância de um sistema de precedentes transforma o juiz de primeira instância em subalterno de desembargadores e ministros. O que existe, nesta hipótese, é uma distribuição de competências, própria de uma organização judiciária, que na forma como disposta, inclusive na Constituição brasileira, objetiva a concretização dos demais direitos e garantias fundamentais.

---

[227] MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. Disponível em https://www.academia.edu/218490/O_Precedente_na_Dimensão_da_Igualdade. Acesso em 29 fev. 2020.
[228] Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes* – justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 105-106.
[229] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 206.
[230] Cfr. PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. In *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 2, 2017, p. 93-133, notadamente em p. 116: "Acerca da independência judicial, não há qualquer vinculação entre o seu conteúdo e a garantia – individual – a cada juiz de julgar da forma com a qual julgue mais adequada, independentemente do posicionamento das Cortes Supremas. O Poder Judiciário não pode ser observado como um conjunto de salvadores da pátria, cada um tendo o poder de encontrar a melhor interpretação do direito, de acordo com o seu próprio entendimento. Em outros termos, a existência de precedentes obrigatórios não implica em qualquer violação da independência judicial.".

E dentro dessa perspectiva, resta indelével que a uniformização do entendimento pelo tribunal constitucionalmente encarregado de pronunciar o sentido da norma está longe de caracterizar violação à independência da magistratura. Ao revés, o que se quer é concretizar valores materiais fundamentais da sociedade em geral, aqui representado pelo trato equiparado da lei e de seu produto (o texto interpretado); uma vez mais, isonomia nas decisões judiciais.

Ademais, e muito ao contrário do que se propala, a necessidade de observância dos precedentes acaba por reforçar a própria unidade do sistema em relação ao entendimento sobre a independência da magistratura. Isto porque, caso se entenda que juízes podem livremente interpretar e dar sentido à lei – usurpando, aqui, a competência dos tribunais de vértice, por exemplo –, as próprias garantias da magistratura passam a ser alvo de interpretações que possam dar contornos mais maleáveis sobre seus conteúdos, em claro prejuízo à categoria.

Excepcionalmente pode haver uma margem de maior liberdade do juiz para decidir as causas postas sob sua apreciação. É o caso, por exemplo, em que o sentido da norma ainda não tenha restado firmado. Aqui sim seria possível falar em confusão entre liberdade decisória e a independência do juiz. Porém, e tecnicamente falando, o que existe é uma sobreposição de conceitos, pois, como visto, a liberdade do juiz no momento de decidir não deve ser confundida com a sua garantia de independência.[231]

No caso, há uma momentânea liberdade decisória em razão da inexistência de definição do conteúdo do texto da norma em razão de determinado quadro fático-jurídico. Todavia, essa passageira autonomia se encerra a partir do momento em que as cortes hierarquicamente superiores, na forma da distribuição de competências constitucional e legalmente estabelecidas, definam o sentido do texto.

Veja-se, portanto, que deliberado o sentido da norma, impõe-se a atenção e observância do entendimento externado, sem qualquer afetação à independência do juiz, justamente para fins de concretizar a igualdade e impedir, assim, decisões contraditórias sobre um mesmo assunto. "A eficácia obrigatória não é uma exigência abstrata, desejada por uma determinada

[231] Essa também parece ser a conclusão de WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 274: "(e) Portanto, uma vez decidida a questão pelas Cortes Superiores (com liberdade) devem os demais órgãos do judiciário – e, é evidente TAMBÉM AS PRÓPRIAS CORTES SUPERIORES! – respeitar a opção feita naqueles precedentes (*sem liberdade*).".

forma de compreender o direito, mas uma decorrência da igualdade. (...) Trata-se de algo imprescindível (...) que todos devem ser igualmente tratados perante o direito. ''.[232]

Entretanto, a proteção e a defesa da noção de igualdade material vão além do aspecto particularista dos processos em si, e acaba por refletir um pouco da ideia universal de igualdade (princípio formal de justiça), mas sob um viés jurisdicional. A aplicação isonômica dos direitos pelo Poder Judiciário, além de representar o interesse particular dos jurisdicionados na solução da sua controvérsia, permitindo-os gozar do mesmo direito que o seu concidadão que esteve em situação similar anteriormente, também se mostra responsável pela própria concretização de um ideal de justiça ampliado, aqui representado pela efetiva possibilidade de dar unidade e coerência ao sistema jurídico.

Como se nota, a defesa de uma igualdade diante da interpretação e aplicação da lei está no próprio cerne e objetivo de formação dos precedentes, que precisa descer à fundo na identificação da *ratio decidendi,* para, a partir dela, verificar se o quadro fático-normativo desenhado pelo litigante se assemelha ao outro caso já decidido. Se assim foi feito, e na hipótese de não haver fundamentos para distingui-los ou razões para superar aquele primeiro entendimento, então o direito fundamental ao tratamento isonômico, propalado na sua perspectiva jurisdicional (igualdade diante das decisões judiciais), impõe que o resultado da atual causa seja idêntico àquela primeira decidida.

A razão máxima do Estado Constitucional é que o ordenamento jurídico seja uniforme e coerente, o que não pode, todavia, se resumir em disposições positivadas com aptidão de universalidade. As decisões judiciais também precisam se manter lógicas e coesas, tanto que o legislador reformista do Código de Processo Civil, publicado em 2015, fez expressamente constar em seu art. 926 que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente". Nada adianta defender um Estado Democrático de Direito se, no seu sistema legal, apenas o sentido formal do princípio de justiça possui vigência, olvidando-se, assim, da imperiosa e necessária isonomia na aplicação e na interpretação da lei, que culmina com a isonomia nas decisões judiciais.

Por tudo, é mais do que necessário atentar para a igualdade em sua vertente material, notadamente para a teoria dos precedentes, afinal, dentro de um Estado Democrático de Direito, é na interpretação e na aplicação equânime das leis pelo Judiciário que se mostra efetivamente

[232] MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes* – justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 105.

possível concretizar a garantia constitucional de tratamento isonômico,[233] que vai muito além das ideias de abstração e generalidade pura e simples da lei.

2.2.3. Previsibilidade e certeza jurídica na aplicação do direito: a proteção da confiança

É sabido que previsibilidade e certeza jurídica possuem conceitos próprios, porém, para fins do presente estudo, serão tratadas como expressões sinônimas[234], até porque têm a mesma finalidade: possibilitar aos jurisdicionados que antevejam, com certo grau de solidez e firmeza, a consequência jurídica para determinados tipos de conduta.[235] A existência dessa simbiose se revela porque é a própria previsibilidade sobre o real sentido da norma que influencia no grau de certeza do cidadão a respeito do que pode ser entendido como o significado válido e vigente da lei inserta no sistema jurídico.

Em termos sintéticos, a "previsibilidade requer a possibilidade de conhecimento das normas com base nas quais a ação poderá ser qualificada".[236] Mais do que isso, além de possibilitar essa antevisão na adoção de um comportamento conforme ou contra o ordenamento, inclusive adiantando as presumíveis condutas dos demais sujeitos em razão dessa sua tomada de atitude, possibilitando uma calculabilidade das ações,[237] as ideias de previsibilidade e certeza

---

[233] Neste sentido, ver BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for Precedent. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents* - a comparative study. London and New York: Routlege, 2016, pp. 488, que assim destacam: "*This would be a sham if the law were subject to varying interpretation from case to case, for it would only be nominally the same law that applied to different cases with essentially similar features among themselves. Thus uniformity of law is an essential part of equality of treatment of essentially similar cases, that is, cases which qualify as similar under a given (and stable) interpretation of the law. This is fully acknowledged in all the civilian reports, and likewise in the common law ones.*".

[234] Cfr. GOMETZ. Gianmarco. *La certeza giuridica come prevedibilità.* Torino: Giappichelli Editore, 2005, pp. 295-296: "'*Certezza del diritto' non è allora sinonimo di 'chiarezza' o 'rigore' delle disposizioni nelle quali le norme sono consacrate, né di 'mancanza di antinomie', di 'irretroattività', di 'stabilità della normazione' ecc., ma di (sia pure qualificata) prevedibilità (dei fatti) del diritto*. *(...) In tale accezione, insomma, l'espressione 'certezza del diritto' allude in realtà ad una 'certezza degli individui sul diritto', con particolare riferimento alla prevedibilità delle conseguenze giuridiche concretamente ricollegate ad atti o fatti*." (Livro disponível em https://www.academia.edu/2390532/La_certezza_giuridica_come_prevedibilità. Acesso em 30 ago. 2020).

[235] Em sentido semelhante, ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica ... Op. cit.*. p. 168.

[236] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 124.

[237] "Nessa acepção, a segurança jurídica garante que se possa, em larga medida, antecipar as alternativas interpretativas e efeitos normativos de normas jurídicas. A palavra mais correta para denotar esse sentido, em vez de 'previsibilidade' (*Voraussehbarkeit)*, é 'calculabilidade' (*Berechenbarkeit).*", conforme ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica ... Op. cit.*. p. 125-126. E especificamente sobre a calculabilidade salienta, em p. 587: "Calculabilidade significa a capacidade de o cidadão antecipar as consequências alternativas atribuíveis pelo Direito a fatos ou a atos, comissivos ou omissivos, próprios ou alheios, de modo que a consequência efetivamente aplicada no futuro situe-se dentro daquelas alternativas reduzidas e antecipadas no presente. Sua previsão é bem-sucedida quando a decisão adotada se enquadra no âmbito das alternativas interpretativas antecipáveis e nas consequências abstratamente previstas e capazes de verificação mediante critérios e estruturas argumentativas.".

também autorizam a antecipação da análise a respeito dos seus direitos nas ações perpetradas pelo Estado e pelos demais cidadãos,[238] atuando, desta forma, na promoção estratégica do exercício do direito de defesa.

O simples fato de ter ciência do sentido de um texto normativo é elemento decisivo na escolha dos atos da sociedade em geral. Essa é a função do Direito como regulador político-social, emitir comandos para que seus cidadãos tenham prévia noção de quais são os seus direitos e deveres no universo normativo, impedindo, via de consequência, a arbitrariedade na atuação estatal.[239]

E quando se fala em normas, a referência é para além do direito legislado da tradição do *civil law*, cuja ideia de completude e clareza do ordenamento por meio da edição de leis já se mostra superado.[240]

Aliás, como visto alhures, a inauguração do Estado Constitucional trouxe a reboque uma série de cláusulas gerais, além de conceitos abertos e indeterminados para os textos jurídicos postos, a impor uma necessária complementação de seu sentido, o que se faz, preponderantemente, sob a batuta dos juízes. Apesar de o direito codificado ter em si as noções de certeza e previsibilidade, isso por ter a pretensão de antecipar as consequências normativas por meio das normas previamente legisladas, o que se verifica é que a ampla margem interpretativa das leis deixou um flanco em descoberto, dando a entender que os mais variados sentidos normativos seriam admitidos.

Claro que um entendimento tal não prevalece – uma liberdade decisória ilimitada –, motivo pelo qual o modo de atuação dos sistemas de *common law* chama a atenção por sua lógica, afinal, não partem, apenas, da norma legislada. Eles também, e em grande medida,

---

[238] Em sentido semelhante, MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho* - una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra Editores, 2016, pp. 48: "*Al contrario que la moral, o el orden moral, los sistemas jurídicos comprenden, entre otras cosas, un gran conjunto de reglas enunciadas con autoridad. A menudo están respaldadas por un gran conjunto de precedentes cuidadosamente registrados en los informes de decisiones judiciales, y por discusiones jurídicas y doctrinales sobre los principios y los valores que se exploran en los precedentes y que están implícitos en la legislación. Todo ello establece un marco de previsibilidad razonable en la propia vida y una protección razonable de intervenciones arbitrarias, ya sea de funcionarios públicos o de ciudadanos particulares*.". Na doutrina brasileira, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 122-123.

[239] Cfr. MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. *Op. cit.* p. 114.

[240] Cfr. GOMETZ. Gianmarco. *La certeza giuridica come prevedibilità*. *Op. cit.*, pp. 110-111. Apenas um apontamento para melhor compreensão, a ideia aqui não é criticar o dogma da completude do Direito, defendido pelos positivistas clássicos (como Bobbio) e refutada, de alguma maneira, por positivistas moderados (como Hart), mas sim centrar na ideia de que a edição de leis não é suficiente para criar a previsibilidade necessária ao ordenamento, na qual os cidadãos sintam-se seguros com o sentido da norma expresso no seu texto. Para um melhor entendimento sobre os debates dos dogmas dos positivistas, remete-se o leitor para OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Motivação e Discricionariedade ... Op. cit.*, p. 52-70.

procuram dar foco ao direito aplicado no caso concreto, transpondo referido entendimento para os casos futuros semelhantes.

É a regra do *stare decisis* que nestes países garante a segurança jurídica – previsibilidade e certeza –, notadamente por vincular as decisões futuras àquele entendimento assentado outrora, desde que os pressupostos fático-jurídicos sejam idênticos ou semelhantes (mesmo contexto, como visto alhures).

Essa é a ideia de previsibilidade e certeza que precisa ser trabalhada, ou melhor, as ideias: buscar as melhores concepções de ambas as tradicionais famílias do Direito, até porque o fim último de qualquer sistema é dar vivacidade e concreção à segurança jurídica. O que não se pode aceitar é aquela noção de liberdade interpretativa do texto da norma legislada, na qual o magistrado, com uma deturpada ideia de autonomia decisória, possa decidir causas idênticas com soluções diferentes, de acordo com o seu sentimento ou sua consciência.

Não há sistema ou ordenamento jurídico que se pretenda racional, ou mesmo institucionalizado, em um ambiente de ilimitada liberdade sobre a interpretação e aplicação das normas. O Estado de Direito, como visto, é antônimo de arbitrariedade, justamente o que se alcança com as enviesadas razões subjetivistas para afastar-se das decisões pretéritas.

Portanto, para além do texto normativo legislado, também a decisão judicial cria expectativas a respeito do acerto e do erro quanto aos comportamentos censuráveis ou permitidos, a revelar o quão importante é a definição do sentido do texto da norma pelo Judiciário, notadamente para fins de previsibilidade. Em outras palavras, "a habilidade de prever o que um juiz fará nos ajuda a melhor planejar nossas vidas, ter algum grau de descanso, e evitar a paralisia de prever apenas o desconhecido".[241]

Essa noção de previsibilidade e certeza para a adoção de condutas conforme o entendimento consolidado, o que visa a evitar o cometimento de atos que contrariem a norma interpretada, está no núcleo da teoria dos precedentes, servindo de justificativa, inclusive, para a vinculação dos precedentes emanados por Tribunais que não os superiores.[242]

---

[241] SCHAUER, Frederick. Precedente. Trad. André Duarte de Carvalho e Lucas Buril de Macêdo. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 78.

[242] Neste sentido, CAMINKER, Evan H.. Why Must Inferior Courts Obey Superior Courts precedents?. In *Stanford Law Review*, april 1994, pp. 854-855: "*Uniformity and Supreme Court precedents. According precedential authority to Supreme Court decisions promotes each of the uniformity values outlined above. This arrangement renders legal norms more predictable, facilitates the administration of public law, ensures that similarly people are treated equally, bolsters respect for judicial authority, and provides the authority of a single voice. (...) Unlike obedience to Supreme Court precedent, obedience to circuit courts is not easily explained by the collage of uniformity values. Given intercircuit autonomy whereby circuits do not bind one another, a rigid rule of intracircuit precedent at best secures only the first uniformity value – predictability.".*

E ciente das finalidades para se buscar previsibilidade e certeza no Direito, é possível visualizar um objetivo maior nesse seu ideal de concreção: a proteção da confiança. O seu desígnio é permitir que o cidadão exerça "a sua liberdade, em maior ou menor medida, confiando na validade (ou na aparência de validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual (...)",[243] até porque "não é possível exigir fidelidade ao precedente se o direito não é cognoscível e confiável.".[244]

Também aqui não se está afirmando que o Direito aplicado/interpretado se torna imutável, tampouco que o texto legislado é impassível de modificações. A complexidade e a contingência da vida impõem mudanças de entendimentos e posicionamentos. O diferencial é como e quando fazê-las: que essa alteração precisa ser devidamente justificada por fatos ou acontecimentos que demonstrem a real necessidade de câmbio, é indiscutível. Igualmente, é imprescindível assegurar que as relações cristalizadas com o entendimento pretérito sejam protegidas. Não há previsibilidade ou certeza, tampouco se protege a confiança dos cidadãos, quando as condutas tomadas na vigência de norma anterior sejam julgadas ilegais em razão de uma alteração posterior do seu sentido – *tempus regit actum* deve significar mais do que a norma do momento é que rege o ato, mas também que no futuro esse ato seja julgado ou interpretado à luz do sentido que aquela vetusta norma possuía.

O que se busca impedir, portanto, é que os efeitos da alteração de posição pelo Judiciário possam causar prejuízos para os cidadãos, até porque as ações anteriormente tomadas se espelharam no padrão comportamental outrora exigido e imposto. Se o jurisdicionado conhecia a norma jurídica aplicada e tinha ciência de quais eram os efeitos de sua conduta antes de praticá-la, não é possível ou devido que a mudança posterior de entendimento o atinja.[245]

---

[243] ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica ... Op. cit.*, p. 360.
[244] MITIDIERO. Daniel. *Precedentes ... Op. cit.*, p. 41.
[245] Em sentido semelhante, notadamente quando fala sobre a questão da eficácia retroativa das decisões judiciais, ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica ... Op. cit.*, p. 478: "O indivíduo precisa conhecer a regra que regula a sua ação, de modo a que possa calcular as consequências que serão àquela atribuídas pelo ordenamento jurídico. Não há calculabilidade quando o indivíduo não consegue minimamente antecipar as consequências jurídicas dos seus atos. (...) Isso significa dizer que a cognoscibilidade e a calculabilidade do Direito implicam a capacidade de o indivíduo poder conhecer a regra que regula a sua ação e poder minimamente medir as consequências jurídicas que ela lhe atribui. Conhecendo a regra que regula a sua ação e medindo os efeitos que ela lhe atribui, a decisão de agir envolve um ato de liberdade e de responsabilidade.". Na doutrina estrangeira, "*The predictability of legal norms ensures that unforeseen legal changes do not unsettled legitimate and worthy expectation*." e continua na nota de rodapé 140: "*Indeed, some minimal predictability of legal norms may be crucial to defining and maintain in any community. Cooperative living arrangements require a sense of mutual expectation and trust born of the predictability of community members' behavior based on accepted and social norms*", cfr. CAMINKER, Evan H. Why Must Inferior Courts Obey Superior Courts Precedents?. *Op. cit.*, pp. 850-851.

É neste meandro que a proteção da confiança, como decorrência lógica de previsibilidade e certeza jurídicas, passa a funcionar como elemento de equilíbrio de uma maniqueísta prolação de resultado certo ou errado. Precisa-se pensar na proteção da confiança como um *plus* na garantia dos jurisdicionados, impedindo, assim, que a conduta tomada em observância ao que comumente se adotava como padrão comum, rotineiro e perene (previsível e certo, na visão da sociedade) seja alvo de reprovação estatal em razão de uma mudança na posição que anteriormente se adotava.

A previsibilidade e a certeza, associada à proteção da confiança, portanto, buscam garantir a segurança jurídica nas duas vertentes, tanto na hipótese de manutenção do entendimento sobre qual é o adequado comportamento, como no caso que, respeitado o comportamento antes visto como correto, assegura que eventual mudança de entendimento *a posteriori* não penalize a conduta já praticada.

Em conclusão, é elementar a importância e observância dessas ideias para qualquer ordenamento jurídico que se pretenda uniforme, íntegro e coerente, até porque, e tomando por empréstimo o pensamento de Humberto Ávila, a previsibilidade e a certeza jurídica são formas de densificação e concreção da segurança jurídica, que possui um âmbito de atuação basicamente abstrato, com uma abrangência elástica e não especificamente direcionada, visando a atingir a todos, em uma esfera de proteção coletiva.[246]

2.2.4.Estabilidade do Direito

A noção de estabilidade também pode ser ligada à ideia de certeza jurídica, afinal a manutenção de um entendimento a respeito do sentido dos textos normativos é algo que confere segurança para aqueles que planejam os atos da vida civil dentro do Estado de Direito.[247] E

---

[246] ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica ... Op. cit.*. p. 362-363.

[247] Cfr. GOMETZ. Gianmarco. *La certeza giuridica come prevedibilità. Op. cit.*, pp. 14: "*I giuristi e i filosofi del diritto, in luoghi e tempi diversi, hanno attribuito alla locuzione 'certezza del diritto', o 'certezza giuridica' (Rechtssicherheit, legal certainty, sécurité du droit, seguridad jurídica), molteplici significati, spesso assai diversi tra loro. Senza alcuna pretesa di completezza, si possono elencare i seguenti: (...) prevedibilità dell'esito di ciascun intervento degli organi dotati di competenza giuridica decisionale, ovvero prevedibilità della decisione giuridica concreta; sicurezza dei rapporti giuridici, in virtù di una presumibile stabilità della regolamentazione o della congruenza tra normative susseguentisi nel tempo; controllabilità ex post delle decisioni giuridiche; (...) stabilità del giudicato o comunque incontestabilità dei rapporti giuridici esauriti*". Não que o referido autor concorde expressamente com a afirmação, aliás, a sua definição de certeza jurídica ou certeza do direito está mais ligada à ideia de previsibilidade, como visto anteriormente, item 2.2.3, *supra*; todavia, entende ele que a estabilidade incrementa a noção de certeza jurídica (vide páginas 250-256 e 278-283). Em sentido semelhante, AARNIO. Aulius. Precedent in Finland. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur

neste sentido, pode-se afirmar sem qualquer medo de errar, que a estabilidade e a previsibilidade são conceitos complementares, pois de nada adiantaria ter a prévia ciência do significado atribuído ao Direito, se esse conhecimento não conseguisse se manter perene. Igualmente, não tem sentido falar em manutenção de um entendimento, se esse não for sabido pelas partes.

As duas faces dessa mesma moeda, uma subjetiva, representada pela previsibilidade (pois direcionada à ciência do sentido do texto pelos cidadãos) e a outra objetiva, concebida pela estabilidade (uma vez que relacionada ao elemento tempo de duração da validade e vigência da decisão judicial), são de extrema relevância para a teoria dos precedentes e para o próprio Estado de Direito.[248]

É por isso que Luiz Guilherme Marinoni vaticina que "é preciso que a ordem jurídica, e assim a lei e as decisões judiciais, tenha estabilidade. Ela deve ter um mínimo de continuidade, até mesmo para que o Estado de Direito não seja Estado provisório (...)"[249].

A estabilidade nos sistemas de *civil law* sempre esteve associada à edição de leis e de códigos. Dispensa maiores explicações que a predeterminação da conduta pelo legislador tem o condão de perenizar o entendimento sobre o direito e as condutas permitidas e proibidas. Entretanto, e da mesma forma que salientado no tópico anterior, a sociedade moderna, atrelada ao surgimento do Constitucionalismo contemporâneo, acabou por minar essa certeza unicamente atrelada à legislação previamente concebida, seja em razão do manancial de normas editadas sobre as mais variadas questões, algumas sobrepostas e até contrapostas, seja por causa da indeterminabilidade prévia de alguns termos utilizados nos textos normativos atuais.

A conjugação, portanto, de leis e decisões judiciais, no espectro da proteção da dimensão objetiva da segurança jurídica, representada pela estabilidade, é que traz força ao

---

L.. *Interpreting Precedents … Op. cit.*, pp. 91: "*The stability eases the social integration and coexistence, making the planning of social activities possible. This can be called the rule-of-law rationale*.".

[248] Essa relevância é refletida nos variados autores que listam a previsibilidade e a estabilidade como duas das mais importantes razões para seguir precedentes. Por todos, BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for Precedent. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents … Op. cit.*, pp. 488: "*Clearly, in any legal system, a readiness of the courts to give some weight to the very existence of a precedent, independently of the intrinsic merits of the decision contained in the precedent, can be strongly justified by the needs for stability and predictability both of the law and of the courts' decisions handed down in the name of the law. And all this is of the very essence of giving citizens a tolerable measure of legal security and confidence in their enjoyment of whatever rights the law confers on them.*".

[249] MARINONI. Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios. Op. cit.*, p. 130. Em sentido semelhante, TUCCI, José Rogério Cruz. O regime do precedente judicial no novo CPC. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 448: "Em suma, ao preservar a estabilidade, orientando-se pelo precedente judicial em situações sucessivas assemelhadas, os tribunais contribuem, a um só tempo, para a certeza do direito e para a proteção da confiança na escolha do caminho trilhado pela decisão judicial.".

argumento da imperiosa observância dos precedentes. Não tem sentido confiar na existência da lei, se a sua interpretação é variável.[250] Ora, se aqueles responsáveis pela aplicação da lei não têm uniformidade e pretensão de continuidade na definição do seu sentido, a própria ideia de estabilidade pela legislação perde os seus efeitos.

A necessidade de aguardar a deliberação sobre o sentido da norma jurídica legislada pelo órgão responsável por "dizer o direito" é o que faz com que os países que adotam uma observância obrigatória dos precedentes sejam vistos como mais sensíveis à exigência de estabilidade. É a definição em concreto do sentido da lei, com propensão de estabilização, como sói ocorrer nos países de *common law*, notadamente pela regra do *stare decisis*, que revela maior racionalidade, uniformidade, coerência e segurança para o ordenamento jurídico.

Todavia, e em alinhamento com o exposto anteriormente, especialmente quando tratou da coerência e da integridade do ordenamento jurídico,[251] assegurar perenidade ao sentido dos textos normativos (leis ou decisões judiciais) não se equipara a imutabilidade. Da mesma forma que a lei pode sofrer alterações legislativas (revogação expressa ou tácita por outra lei, por exemplo), é senso comum que a estabilidade pressupõe a possibilidade de alterações de sentido na aplicação do direito.[252] As decisões judiciais não podem padecer do mal da estagnação ou do retrocesso, ainda mais dentro de um natural contexto de mudanças e rotineiro processo de evolução da sociedade e de suas relações.

O aplicador do direito deve estar sempre atento para as mudanças sociais, culturais e econômicas, tendo a sensibilidade de perceber o momento em que aquela decisão, da mesma forma que acontece com as leis, precisa evoluir em seu sentido, seja para ampliar o objeto de proteção da decisão proferida, seja para afirmar a obsolescência daquele entendimento anteriormente assentado.

---

[250] Em sentido semelhante, SUMMERS, Robert S.. Precedent in the United States (New York State). In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents … Op. cit.*, pp. 377: "*As already noted, precedents involving statutory interpretation, particularly ones giving rise to a long line of precedent, are formally binding on courts below to a very high degree. Stability and reliability are thought to be crucial in cases construing statutes*.", e continua o autor em pp. 379: "*American comentators have stated a variety of rationales for following precedent. Two common justifications for precedent are the stability it provides to the structure of society and the certainty that results when known the rules are applied in a consistent and even-handed manner*.".

[251] Sobre o ponto, ver itens 1.4, 1.4.1 e 1.4.2, *supra*.

[252] Também neste sentido, MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.. Further General Reflections and Conclusions. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents … Op. cit.*, pp. 535: "*System of precedent thus not only secure stability but do so without necessarily inhibiting desirable change*.".

Não se pode olvidar, porém, que toda e qualquer mudança em um direito cristalizado ou em uma ideia já preconcebida precisa vir acompanhada de regras bem definidas para reger essa alteração de entendimento, tudo com vias à proteção dos cidadãos, notadamente para aqueles que tiveram as suas ações embasadas na norma anterior vigente. Precisa-se, assim, de "exigências relativamente à transição do Direito passado ao Direito futuro (...) uma estabilidade ou racionalidade da mudança, que evite alterações violentas.".[253]

Estabilidade pressupõe, acima de tudo, segurança de que aqueles comportamentos adotados com base no entendimento antes sedimentado sejam respeitados e chancelados pelo Estado ou pelo órgão responsável por sua defesa.

Não é, entretanto, uma tarefa fácil a exigência de estabilidade dentro do sistema jurídico de um país com dimensões continentais e multicultural como o Brasil. A própria forma de organização judiciária pode depor contra a uniformidade e a duração desta coerência dentro de um ordenamento com múltiplas instâncias de resolução de conflitos e uma dispersa veiculação das informações necessárias para compreender o que já restou decidido.

É dentro dessa perspectiva que deve ser reforçada a observância dos casos e pronunciamentos exarados pelos órgãos de cúpula do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente aqueles responsáveis pela uniformização do entendimento da legislação, (constitucional ou infraconstitucional). A observância dos precedentes advindos das Cortes Supremas é a forma efetiva de conferir estabilidade ao Direito, a quem caberá, eventualmente, a sua modificação ou superação quando o debate retornar à sua competência.

2.2.5.Racionalidade econômica e sistêmica

A ideia de racionalidade sempre foi a base justificativa de qualquer sistema jurídico. As noções de controle e organização social devem pressupor a constituição de um ordenamento com alicerces previsíveis e compreensíveis. E a vertente da previsibilidade que se identifica com a racionalidade já foi suscitada anteriormente, notadamente quando se assentou que um sistema poderia ser caracterizado como previsível se os cidadãos tivessem condições de antever

[253] ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica ... Op. cit.*. p. 124. No mesmo sentido, MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. *Op. cit.* p. 113: "A estabilidade, portanto, não quer dizer a imutabilidade do direito, mas sim o rechaço à mudança desprovida de critérios, por sua perigosa afronta à liberdade e à dignidade das pessoas.".

suas condutas e eventuais consequências de suas ações, prevendo ainda a atuação estatal que poderia ser tomada dentro de suas competências em decorrência do ato praticado.

Todavia, no presente momento, essa calculabilidade das ações precisa ser mais bem analisada sob o seu viés econômico. No caso, a verticalização deste tipo de análise deve se dar no campo dos custos necessários à realização do ato, e tanto na visão do agente que aplica o direito[254], quando na seara daquele que observa o sentido do direito para sua ação.[255]

Obviamente, o propósito aqui não é reduzir a prestação jurisdicional a um racional puramente econômico ou meramente eficiente – seja para o lado daquele que determina ou diz o direito, seja para o lado de quem apenas analisa o sentido do direito para reger a sua vida –, mas, em razão da sociedade atualmente constituída, baseada nos ideais capitalistas, esses atributos precisam ser levados em consideração para a aferição das condutas ativas e omissivas.

Esse racional econômico pode ser justificado por fundamentos variados, desde uma gama de princípios gerais de direito, os quais seriam privilegiados com a observância da vertente financeira da teoria dos precedentes, além de argumentos cuja ordem seria de razão prática.

Ao se imaginar um plano mais teórico e abrangente, a justificativa da racionalidade econômica remontaria às noções de igualdade e de segurança jurídica, cujos ensinamentos podem ser imediatamente associados com a análise de custos.

Na ótica do aplicador do Direito, aquele que dá sentido à norma, não se mostra economicamente eficiente ter que despender valores com a movimentação da máquina decisória para resolver um problema já respondido anteriormente. O gasto de tempo, de dinheiro e de material humano para redizer o que já foi estabelecido é inábil e pouco proveitoso.

Já na visão dos consumidores da justiça, pelo menos aqueles que procuram ter um prévio conhecimento do sentido do Direito para guiar suas ações, a previsibilidade e estabilidade (que

---

[254] Cfr. GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos* – direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. O autor, apresentando a obra de Cass Sunstein e Stephen Holmes, assim resume de forma precisa a finalidade do pensamento dos autores norte-americanos, p. 200: "Na obra em tela – *The cost of the rights* – é possível identificar um objetivo fundamental: demonstrar que todos os direitos são positivos, e, portanto, demandam algum tipo de prestação pública (em última análise, por parte do Estado) para sua efetivação. Além disso, procuram os autores extrair diversas consequências relevantes de tal observação.".

[255] Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes* – justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 109: "Portanto, a variação das decisões judiciais, ao significar falta de critérios para o empresário definir suas estratégias de ação e de investimento, certamente conspira contra a economia. A previsibilidade permite a definição das expectativas do empresário e, assim, colabora para a otimização dos investimentos e para a racionalização dos gastos com estrutura e matéria prima, viabilizando, ainda, a adequada remuneração dos trabalhadores. Os investimentos, na falta de previsibilidade, são mais onerosos e menos eficientes, o que desestimula o incremento dos negócios.".

seriam as duas faces da "moeda" que representaria a segurança jurídica) da norma são elementos que justificariam a resolução do conflito de forma alternativa à heterocomposição ou, caso não dependesse de si, teria certo grau de certeza de que a controvérsia, caso decidida de forma diferente do entendimento anteriormente estabilizado, será reformada pelos tribunais em grau de recurso.[256]

Ainda dentro de uma justificativa mais teórica, a própria duração razoável do processo, direito fundamental previsto na Constituição brasileira (art. 5º, LXXVIII), é garantia que se busca concretizar com a observância de uma teoria dos precedentes na sua vertente econômica. Ora, é verdadeira a afirmação de que em casos em que haja um precedente sedimentado, os juízos posteriores não terão o trabalho de analisar e decidir o mérito da demanda em si, cuja resolução já estaria definida pelo caso anterior. O novo juízo decisório seria uma réplica do que foi decidido anteriormente, bastando ao aplicador a equiparação dos casos para a aplicação da mesma regra. A cognição, portanto, é mais simples, ou seja, é de comparação de contextos fáticos-normativos, e não de efetiva resolução da controvérsia.

Há, nesta variança justificadora, uma tendência a afirmar que a resolução do processo será mais ágil, isso se o próprio conflito for realmente formalizado por uma das partes. O favorecimento à celeridade estará não apenas na resolução mais rápida do caso quando seu mérito já tiver sido julgado em caso anterior, mas, na linha do exposto, também na economia de tempo, custos, além de material e intelecto humano para julgar os demais casos que efetivamente demandem um novo juízo meritório pelo órgão responsável.[257]

Apesar de não existir maiores pesquisas empíricas para colocar à prova os argumentos da duração razoável do processo ao seguir uma justificativa econômica para a observância de precedentes, a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 é um exemplo concreto de que estes fundamentos possuem relevância e atenção pelos operadores do direito, tanto que fez aprovar e constar de seu texto uma série de regras permitindo a prolação de decisões

---

[256] "*Whatever may be the problem-specific individual policies towards which given decisions are instrumentally effective, the practice of respecting precedents once they have been laid down include at least the following: 1 efficiency in the sense of economy of judicial effort - the same point should not be too often re-argued; 2 efficiency in the interest of private parties, who can more reliably reach out-of-court settlements of points in dispute if they regard the law as clearly decided and unlikely to be upset; and 3 avoidance of pointless litigation, if a lower court decides against the standing jurisprudence of courts higher in the same hierarchy of jurisdiction, and is time and again reversed on appeal*.", cfr. BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for Precedent. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents … Op. cit.*, pp. 490. No mesmo sentido, CAMINKER, Evan H. Why Must Inferior Courts Obey Superior Courts precedents? … *Op. cit.*, pp. 841-842 e 851.

[257] Cfr. CHIARLONI, Sergio. Sui rapporti tra funzione nomofilattica della Cassazione e principio della ragionevole durata del processo. In *Rivista Giustizia Insieme*, 2009, pp. 21-33.

monocráticas para casos que envolvam a análise de causas repetitivas cuja questão de direito já tenha se dado em uma das figuras dos precedentes vinculantes elencados pelo legislador (art. 927, CPC).[258] O racional por trás dessa ideia de monocratização dos julgamentos embasados em precedentes vinculantes é a agilização dos pronunciamentos decisórios, o que "permite o gerenciamento, pelo Judiciário, da litigância de massa".[259]

E já adentrando nas justificativas de um plano mais prático, o que se observa é que a teoria dos precedentes encontra na justificativa econômica um forte aliado no desenvolvimento comercial de qualquer país. A ideia de aplicação isonômica e segura do Direito abre as portas para investidores e agentes de mercado, o que intensifica e movimenta o setor comercial, gerando riquezas ao país.[260]

Nesta visão, de nada adianta uma lei geral e abstrata visando a garantir a ordem, bem como permitir segurança e prévio conhecimento, se o significado da norma varia de tempos em tempos ou tem seu sentido diversificado a depender da pessoa competente para assentar a decisão.

Uma aplicação desordenada ou aleatória é mais custosa tanto na visão do Estado, como no espectro dos cidadãos. Na primeira vertente, e como adiantado, não há lógica que o Judiciário dispenda os mesmos materiais para resolver uma questão que já teria sido debatida e sedimentada pelo órgão constitucionalmente responsável por definir, em única ou última instância, o sentido da norma.[261]

Na outra vertente, a do cidadão, é ilógico imaginar o desenvolvimento de uma sociedade e a sua consequente produção de riquezas, quando o sentido das normas a respeito das

---

[258] Como exemplificativamente se verifica na tutela da evidência (art. 311, do CPC), na improcedência liminar do pedido (art. 332, CPC) e também nos poderes conferidos ao relator (art. 932, CPC).

[259] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Altas, 2017, p. 204.

[260] É o que sinaliza o Documento Técnico n. 319, encomendado pelo Banco Mundial, que apresentou parâmetros para a melhora do Poder Judiciário na América Latina e Caribe. Apesar do estudo não falar em questões econômicas diretamente, as suas conclusões permitem que referido juízo seja realizado. O documento pode ser encontrado em <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>. Para uma análise sintética do estudo, ver PELEJA JR., Antonio Veloso. *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 98-100.

[261] Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. Disponível em <https://www.academia.edu/218490/O_Precedente_na_Dimensão_da_Igualdade>. Acesso em 29 fev. 2020: "Assim, por exemplo, não há racionalidade na decisão ordinária que atribui à lei federal interpretação distinta da que lhe foi dada pelo órgão jurisdicional incumbido pela Constituição Federal de uniformizar tal interpretação, zelando pela unidade do direito federal. A irracionalidade é ainda mais indisfarçável na decisão que se distancia de decisão anterior, proferida pelo mesmo órgão jurisdicional em caso similar, ou melhor, em caso que exigiu a apreciação de questão jurídica que o órgão prolator da decisão já definira.".

regulamentações do mercado, por exemplo, seja diferente para comerciantes que se encontrem no mesmo ramo negocial.

Um Estado que possua uma dispersão nos significados de uma mesma norma, e isso para pessoas que se encontrem dentro de um contexto símile, não terá condições de possuir um mercado competitivo ou uma economia forte. Tampouco terá uma maior variedade de interessados em investir quando as normas são voláteis.[262] Não há sistema econômico que consiga sobreviver ou desenvolver-se sem segurança e previsibilidade das normas responsáveis por regular o mercado, o comércio, os tributos *etc*.

Também não se pode deixar de anotar que a racionalidade econômica é um corolário necessário da racionalidade sistêmica. O pressuposto do desenvolvimento financeiro na lógica dos precedentes é a própria ideia de seguir as decisões pretéritas.

Neste sentido, é preciso que os próprios integrantes do Judiciário se sintam responsáveis pelo seu papel social, que é o de dizer o direito e, muitas vezes, definir as próprias normas aplicáveis a partir da interpretação do texto legal. Na forma como bem pontuou Marinoni, "quando o próprio Estado, mediante os órgãos incumbidos de aplicar o direito, mostra-se inseguro e contraditório (...), torna-se impossível desenvolver uma consciência social pautada no sentimento de responsabilidade ou no respeito ao direito.".[263]

A ideia, portanto, nasce da hierarquia entre os órgãos, mas passa necessariamente pelo senso de responsabilidade daqueles integrantes da estrutura (os juízes). É preciso mais que uma sanção para que os magistrados observem precedentes, é imperioso um comportamento centrado na atuação ética e consciente de que a sua função tem repercussão social, econômica e cultural na vida de toda uma comunidade.

Lado outro, essa racionalidade também funciona como meio de controle das decisões, ou melhor, como meio de domínio da organicidade do Direito. É impossível falar em sistema ou ordenamento jurídicos, expressões que denotam formas de controle, de estruturação, de aparelhamento e de organização, se as interpretações dos textos são vacilantes. Se a norma é o

---

[262] Em sentido semelhante, SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*. New York: Cornell University Press, 1982, pp. 163-164: "*3. Similarly, the practice of following precedent facilitates economic and other forms of planning. People know where they stand under the law and can rely accordingly. By comparison, merely ad hoc official decision making would upset more plans and there would be fewer plans to begin with. 4. The practice of following precedent facilitates private dispute settlement and thus serves the value of self-rule, party autonomy, and conservation of private as well as judicial resources. For in some cases, disputants will decides to settle out of court in light of the precedents they think a court will apply if called upon. Precedents provide a preexisting and independent external framework within which the issue between the parties may be defined. (...)*".

[263] MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes ... Op. cit.*, p. 113.

texto interpretado, então o resultado dessa operação precisa ser o mesmo para todas as situações iguais ou símiles. Aqui, o Direito pode ser visto quase que sob o racional matemático, afinal, não importa a ordem dos fatores, se semelhantes, o seu produto deve ser o mesmo. Fora disso, o que reina é a desordem e o descontrole, afinal "ao permitir decisões díspares a casos iguais, o sistema estimula o arbítrio e a parcialidade.".[264]

Para que o Direito cumpra a sua função de instituição de regulação social, de um conjunto de normas visando a ditar condutas e comportamentos, o Judiciário precisa ter uma ordem sistêmica lógica, sem contradições e incoerências, sob pena de perder força a sua autoridade, e isso na mesma proporção de sua indeterminação.[265-266]

2.3 A dimensão ético-normativa: decidir observando os precedentes é corolário da unidade e da coerência do Estado de Direito

As razões para a observância dos precedentes acima esmiuçadas têm por pressuposto o alcance de um ordenamento jurídico estável, íntegro e coerente. Essa exigência, aliás, veio expressamente determinada no art. 926, do CPC vigente, que logo em sequência, no seu artigo 927, apresentou um rol de decisões vinculativas no âmbito do procedimento estatal.

Ainda que este ponto seja melhor abordado posteriormente, adianta-se para afirmar que a diferença entre as duas perspectivas é que, pelo menos na vertente da lei de procedimentos cíveis brasileira, as características outrora destacadas para atentar-se às decisões pretéritas (rol do art. 927) teve uma finalidade muito mais direcionada para a concretização do fator de racionalização econômico-sistêmico de casos idênticos. A exposição de motivos da lei que originou o Código de 2015 é clara ao assentar que a estruturação dos precedentes foi pensada para o sentido de reforçar o regime de julgamento de casos repetitivos, "cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores".[267]

---

[264] MARINONI. Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios. Op. cit.*, p. 175.
[265] MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes ... Op. cit.*, p. 111-113.
[266] Sobre a indeterminação das normas, derivados de textos com conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, ver DIDIER JR., Fredie. Cláusulas Gerais processuais. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 187, set. 2010, versão eletrônica.
[267] Na exposição de motivos da lei que originou o CPC/2015 pode-se ler: "Dentre esses instrumentos, está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos, que agora abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, tanto no juízo de primeiro grau, quanto dos demais recursos extraordinários ou especiais, que estejam tramitando nos tribunais superiores, aguardando julgamento,

Todavia, o objetivo neste tópico está além da análise do Código de Processo Civil. Quer-se demonstrar a existência de uma teoria que justifique a observância dos precedentes para equalizar todos os padrões ético-normativos anteriormente analisados. O foco é revelar que uma teoria dos precedentes possui assento no ordenamento jurídico brasileiro, isso para além (e independentemente) de uma lei formal expressando diretamente essa obrigação – mas, cuja previsão em muito auxilia na sua consolidação, notadamente pela mudança de cultura que ela pode representar, tudo conforme se verá posteriormente.

A justificativa para a afirmação de que uma teoria dos precedentes deve ser verificada no Brasil pode ser resumida em: unidade e coerência do ordenamento.

Não é pelo fato de a teoria dos precedentes ter se desenvolvido com mais solidez e perenidade nos países de *common law* que a sua aplicação se direcionaria apenas aos ordenamentos jurídicos filiados ao sistema anglo-saxão. Ademais, não é porque os sistemas de *civil law* não desenvolveram, no(s) último(s) século(s), o estudo voltado para a análise do caso concreto que a sua tradição impediria o uso de decisões judiciais voltadas para a unificação e coerência do Direito.

Sobre o ponto, aliás, é preciso assentar que, apesar de o Brasil não ter desenvolvido um estudo acadêmico específico, dentro das faculdades de Direito, sobre a teoria dos precedentes (o que vem sendo alterado, notadamente a partir da recente modificação da legislação processual civil pátria), é inconteste que a sua análise e observância prática sempre estiveram presentes no dia a dia forense.[268]

Este fator, inclusive, é característica que pode ensejar comparações com o próprio direito inglês, cujo direito comum foi sendo forjado na sua aplicação prática por juízes e advogados, e que diferentemente dos juristas da Europa continental, não se contaminaram com o Direito ensinado nas universidades[269] – estas as grandes responsáveis pelas ideias de racionalização por meio da compilação de atos normativos legislados, a era da Codificações.

É possível afirmar, assim, que o estudo e utilização prática dos precedentes já é uma realidade no Brasil, pelo menos, desde a Constituição de 1891, quando Rui Barbosa "importou"

---

desatreladamente dos afetados.". Disponível <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em 30 mar. 2020.

[268] O ponto é bem demonstrado ao longo de toda a obra de TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, tanto que assim afirma, p. 257: "Nos horizontes do direito brasileiro, não há dúvida de que, ao longo da história, a atividade judicial sempre desempenhou importantíssimo papel, tanto no exercício da prática forense, quanto no próprio aperfeiçoamento dogmático de institutos jurídicos.".

[269] Sobre o ponto, ver itens 2.1 e 2.2 *supra*.

o modelo de revisão judicial (*judicial review*) do direito norte-americano. Inconteste, pois, que o Judiciário brasileiro, notadamente em razão de sua jurisdição constitucional, desde há muito se utiliza das normas firmadas em casos anteriores para justificar o uso da mesma regra para os casos posteriores.[270-271]

Portanto, já existia (e ainda existe, por óbvio) no Brasil, assim como nas origens do *common law*, a aplicação prática de uma teoria dos precedentes. O que faltava, e aqui também parece existir uma similitude com o direito inglês, era uma norma que obrigasse a observância dos casos pretéritos. E a despeito de o Código de Processo Civil vigente vir sendo indicado como o símbolo dessa mudança legislativa, ou melhor, como o responsável pela virada deontológica na aplicação de uma doutrina do *stare decisis et non quieta movere*, acredita-se, como já sugerido anteriormente, que há uma falácia nessa afirmação.

A corroborar o exposto, e para ficar preso apenas ao período democrático brasileiro, evitando maiores digressões argumentativas sobre o ponto, não se tem dúvidas de que a Constituição de 1988 estabeleceu de forma expressa e implícita a obrigação de observância dos precedentes.

Essa ordem estaria externada, por exemplo, na obrigação de atentar para os julgados das ações diretas de constitucionalidade – *judicial review* presente, aliás, desde a primeira Constituição da República, em 1981; nas regras que instituíram o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como os tribunais responsáveis pela interpretação e unificação das normas constitucionais e infraconstitucionais, respectivamente; além da própria reforma constitucional promovida pela Emenda n. 45, também conhecida como a Reforma do Judiciário, que no ano de 2004 criou a súmula vinculante no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

---

[270] Aliás, segundo DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. In *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, jul.-dez. 2015, versão eletrônica, essa observância já se verifica desde a independência política do Brasil, ou seja, se revela como uma herança do "Direito luso-brasileiro: "(...) a consulta às opiniões dos juristas do Império e dos primeiros anos da República revela um pensamento consciente sobre o problema do precedente judicial e sua função diante do sistema jurídico.". Especificamente sobre a Constituição de 1891, relatam: "(...) a Constituição Federal de 1891 fez referência expressa à aplicação da jurisprudência dos tribunais ao contemplar uma interessante regra, não repetida nas Constituições supervenientes, que determinava a consulta pelos tribunais federais à jurisprudência dos Estados, na hipótese de aplicação de leis estaduais, e a consulta pelos tribunais estaduais à jurisprudência federal, quando tivessem de interpretar leis da União.". O texto, como o próprio nome sugere, traz toda a evolução histórica da observância dos precedentes no Brasil.

[271] Sobre a influência do Direito norte-americano no *judicial review* brasileiro, ver ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo:* a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005, p. 86-92. Disponível em https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4525/000502097.pdf.

Por outro curso, deixando um pouco de lado a atenção para o aspecto dogmático da observância de precedentes, até porque alvo de melhor abordagem adiante, no universo globalizado de hoje, não se pode defender a existência de um fundamento teórico responsável pela divisão estanque das tradicionais famílias jurídicas do *common law* e do *civil law*. O que deve ser atentado, na atual quadra, é para as melhores práticas e ideias de cada um dos sistemas, tudo com o fito de compor um ordenamento que seja o mais uniforme e coerente possível, sempre buscando a proteção dos cidadãos dentro de um espectro de garantias fundamentais. Esta é a verdadeira realização do Estado Democrático de Direito.

A necessidade de unidade do ordenamento jurídico compreende, necessariamente, a aplicação das normas; sejam normas-legisladas, sejam normas-precedentes. Na vertente do que já se pontuou, especialmente sobre as razões para a observância dos casos pretéritos, resta claro que tanto o ordenamento codificado, com aquele sistema que busca construir ou complementar o Direito pela jurisprudência, tem por mote as mesmas finalidades, isonomia e segurança, além da própria liberdade[272] – inseridas dentro daquele rol de garantias fundamentais dos cidadãos.

Bem por isso que cada vez mais se observa uma sinergia de ideias entre as tradições jurídicas e uma (boa) confusão conceitual que não permite uma diferenciação estanque e maniqueísta entre os modelos. As leis invadiram os sistemas jurídicos anglo-saxões, cujo exemplo mais notório é o ordenamento norte-americano,[273] mas, sem se olvidar que também a Inglaterra, berço do *common law*, tem por a rotineira a edição de atos legislados para a regulamentação da sociedade.

---

[272] Em sentido semelhante, fazendo questão de incluir a liberdade, juntamente com a segurança jurídica e a igualdade, como as garantias fundamentais salvaguardadas na questão da vinculação dos precedentes, ver MITIDIERO, Daniel. *Precedentes:* da persuasão à vinculação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, 3. ed., p. 23-27. Ratificando sua posição, mas em outra obra, MITIDIERO, Daniel. *Reclamação nas Cortes Supremas*: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 34-45.

[273] Interessante atentar aqui para o fato de que alguns juristas entendem que os Estados Unidos da América não seriam propriamente um modelo de *common law*. Apenas a título ilustrativo, ver GLENN, Patrick H. *Legal traditions of the world* - sustainable diversity in law. Oxford: Oxford University Press, 2004: "*Legislation in the United States has also assumed civilian proportions and often receives civilian treatment. Codes of civil procedure and criminal law exist in many states; California, the largest state, has a civil code. Legislation, moreover, receives a broad, liberal interpretation, in keeping with civilian doctrine, and this purposive form of interpretation has now returned to English law. Even adversarial procedure is now declining in importance. Under the massive, civilian-style case-load, leaving the conduct of litigation in private hands is seen as creating unnecessary delay and expense, so the 'case management' judge has emerged, drawing closer to the civilian judge's management of procedure (le juge de la mise en etat).*". Na doutrina brasileira, falando sobre a história de formação do direito norte-americano e as pressões sofridas para o movimento pró-codificação, que acabou não vingando, mas deixando perceptíveis raízes, vide o Estado da Luisiana, que desde o século XVIII tem seu Direito identificado como pertencente ao ordenamento da *civil law*, ver RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro*. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2010. p. 64-67.

Não diferente é o embeberamento de ideias do *common law* pelos países de *civil law*. Cada vez mais se observa que acadêmicos, assim como os aplicadores do Direito, nos países de origem romano-germânica estão estudando e aplicando a teoria dos precedentes. A formação jurídica contendo entre as suas disciplinas o estudo do *case law*, com aulas dedicadas à teoria dos precedentes, além de análise e crítica dos casos julgados, é uma notória e feliz realidade para uma tentativa de maior concretização dos direitos fundamentais.

Novamente, a aproximação entre as famílias mais tradicionais do Direito[274] é, além de um fato, uma necessidade de primeira ordem para assegurar as garantias dos textos constitucionais pós-Segunda Grande Guerra.

Assim, se os adeptos do direito legislado rechaçavam a ideia de os tribunais proferirem decisões que pudessem gerar direitos que atingissem além das partes do processo em que decidida a causa, o advento da nova jurisdição constitucional na segunda metade do século XX tratou de relativizar o ponto. Não apenas Inglaterra e Estados Unidos têm a obrigação de atentar para as leis editadas nos respectivos países, sendo inclusive, hierarquicamente superiores aos seus precedentes,[275] como vários países das famílias romano-germânicas têm por praxe adotar a observância dos precedentes.[276]

---

[274] Para um panorama geral dessa aproximação entre as famílias, ver TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 110, abr.-jun. 2003, versão eletrônica.

[275] É que se infere de BANKOWSKI, Zenon, MACCORMICK, Neil. Statutory interpretation in the United Kingdom. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.. *Interpreting Statutes* - a comparative study. London and New York: Routledge, 2016, pp. 388: "*The main priority rule would seem to be implied in one of the fundamental doctrines of the British Constitution, namely that statutes duly enacted by parliament override all and any prior rules and principles whatever. If is not quite as simple as that, though*.". É o que se tem chamado de "doutrina da Supremacia do Parlamento". Todavia, conforme se lê da frase final do excerto destacado, e da própria continuidade do texto, essa regra de prevalência não é tão estanque quanto se possa imaginar, até porque inexiste uma Constituição escrita no Reino Unido, tampouco um tribunal que faça um controle de constitucionalidade das leis, sendo certo que a palavra final sobre a interpretação das leis é dos próprios tribunais de *common law*. Neste sentido, vê-se mais para frente no texto, ainda em pp. 388: "*In terms of direct conflict too, the statutory text will prevail but this does not mean that it will necessarily be extended far into the common law. Thus in some cases the courts will treat legislation that reverses a judgement as not undermining the underlying principles of these judgements.*". No mesmo sentido, porém para os Estados Unidos, onde existe uma Constituição escrita e um tribunal maior responsável pela análise da compatibilização das leis, ver SUMMERS, Robert. Statutory interpretatiton in the United States. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.. *Interpreting Statutes* - a comparative study. London and New York: Routledge, 2016, pp. 406-459.

[276] Sobre o ponto, MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2019, 3. ed., p. 70-71. Na doutrina estrangeira, MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents* - a comparative study. London and New York: Routlege, 2016. O livro representa uma coletânea de textos que bem elucida o que se expôs. Aliás, essa divisão entre *civil law* e *common law*, além do suposto afastamento dos países da Europa Continental do *case law*, já foi trabalhada no item 2.1 *supra*.

A realidade brasileira, por óbvio, não é diferente. Como assentado, antes mesmo do Código de Processo Civil de 2015 já se defendia a necessidade de atenção aos precedentes – e estes sempre foram observados. Afinal, e como bem destacado por José Rogério Cruz e Tucci, é "simplesmente indispensável, para o exercício profissional, a consulta em repertório de julgados e em coletâneas de jurisprudência selecionadas, por matérias tópicas e/ou anotadas (...).".[277]

Assim, e retomando a assertiva acima, a lei processual de 2015 não foi a responsável pela utilização ou vinculação dos precedentes no ordenamento brasileiro. Em verdade, ela foi a responsável pela sua utilização massificada; ela teve o condão de popularizar a sua aplicação, notadamente para os casos repetitivos, como já apontado.

Ademais, a inovação verificada pelo Código de Processo Civil foi apresentar um rol de decisões formalmente vinculativas, cujo atenção é de observância obrigatória para qualquer juiz estatal que se posicione dentro da hierarquia institucional da decisão proferida. E como soa elementar, algumas das decisões elencadas no art. 927, do CPC, não têm validade para fora do Judiciário, como no caso das arbitragens e da própria jurisdição administrativa *lato sensu*, afinal, não é a lei que rege referidas formas de resolução de conflitos.

De toda forma, e de acordo com as razões ora apresentadas, sequer seria necessária uma lei que elencasse diversos precedentes como vinculativos. Isto porque, é sim despicienda a existência de uma norma jurídica para afirmar que um caso anteriormente deve ser decidido de igual maneira para quem se encontrar dentro da mesma (ou de uma semelhante) realidade fática.

Essa conclusão decorre, como visto, dos próprios ideais do Estado Democrático de Direito. A atenção ao que foi decidido antes é consectário dos valores constitucionais da segurança jurídica e da isonomia, assim como da própria liberdade. Mais do que isso, é uma determinação do mandamento constitucional da uniformidade do ordenamento jurídico, corolário da unidade da jurisdição. Reitera-se: não é preciso lei afirmando o exposto, tampouco

---

[277] TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedentes Judiciais e a atuação do advogado. In *Advocacia*. TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 107. Sobre o mesmo ponto, mas falando de outros ordenamentos de *civil law*, TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents* - a comparative study. *Op. cit.* pp. 457: "*The growing practice of using precedents is present also in the work of lawyers. In the pleadings, mainly in proceedings before supreme courts, precedents are usually quoted and discussed. Even in France, where precedents are not cited or quoted by the highest courts themselves, they are normally used and quoted by counsel. The knowledge and the analysis of precedents is fundamental for any practicing lawyer. From this point of view, no significant differences exist in modern systems*.".

se mostra necessário que o país esteja mais propenso ao sistema do *common law* para se admitir que casos iguais devam ser tratados de maneira diferente.

As noções de uniformidade, integridade e coerência são inatas ao Estado Democrático de Direito.

Dentro de todo esse contexto de confluência de ideias entre os sistemas romano-germânico e anglo-saxão, o que precisa sobressair, notadamente a respeito das razões pelas quais um precedente deve ser observado, é que as justificativas antes apontadas como motivos para seguir precedentes não conflitam e nem concorrem entre si, elas "*convergono verso la necessità che l'interpretazione e l'applicazione del diritto siano il più possibile uniformi e costanti*".[278]

É essa necessidade de unidade e coerência que precisa ser elevada no momento de prolação das decisões. A noção de ordenamento tem como fator de pressuposição a sua uniformidade, afinal de contas, inexiste ordem sem igualdade de proposições com paridade de tratamento na sua aplicação. Essa função cabe, preponderantemente, às Cortes Supremas, que por estarem no ápice da estrutura judiciária e pelas atribuições que lhes cabem, e aqui de acordo com o próprio texto constitucional brasileiro, são as responsáveis por organizar a administração da justiça e garantir a convergência da aplicação do Direito.[279]

O que precisa ser desmistificado de uma vez por todas, pelo menos nos países de tradição romano-germânico, assim como no Brasil, é que apenas o direito previamente escrito seria fonte de garantia da segurança jurídica e da isonomia.

Esse dogma criado pela Era das Codificações, propalado, inclusive, por Jeremy Bentham – ao criticar o próprio uso dos precedentes na Inglaterra –, mostra uma realidade que não mais subsiste (se é que um dia vigorou). É preciso que, associado ao corpo de leis escritas, outras formas de criação de direitos ou novas fontes sejam conjugadas para que se extraia o

---

[278] TARUFFO, Michele. Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 252. Tradução livre: "convergem sobre a necessidade que a interpretação e a aplicação do direito sejam o mais uniforme e constante possível.".

[279] Nesse sentido. MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 3. ed., p. 80-81: "Sendo a função da Corte Suprema a outorga de unidade ao Direito, a sua adequada interpretação é *ponto de chegada*, sendo a decisão recorrida em que se consubstancia o caso concreto apenas o seu *ponto de partida*. Isso quer dizer que a Corte Suprema, como corte de interpretação, é uma verdadeira *corte de precedentes*, sendo o precedente judicial ao mesmo tempo *encarnação da adequada interpretação do Direito* e *meio de obtenção da sua unidade."*. Na doutrina estrangeira, TARUFFO, Michele. Le funzioni dele corti supreme tra uniformità e giustizia. *Op. cit.*, pp. 252-253.

melhor e o mais preciso conteúdo do sentido do corpo de normas que compõem o ordenamento – que, muitas das vezes, não tem sua direção certa previamente definida pela lei.[280]

É por isso que se afirma que o precedente, visto como fonte de direito – aqui entendido como verdadeira fonte de produção de normas com efeitos gerais, porém não mais abstratas, até porque o precedente, entendido como a decisão que "concretiza" a lei, acaba por construir o sentido do texto normativo interpretado –, representa uma dessas soluções, especialmente se se quer alcançar um direito íntegro, uniforme e coerente.

2.4 Precedentes como fonte de direito

A decisão judicial, quando transitada em julgada, transforma-se na norma jurídica regedora daquela relação discutida. O fim dos debates em contraditório, por meio de uma cognição exauriente por parte do Judiciário, respeitadas as demais garantias fundamentais do processo, tem o condão de sedimentar o sentido do direito referente à pretensão outrora resistida.

Essa norma do caso concreto pode até vir a ser desconstituída, por meio dos remédios processuais próprios que o ordenamento jurídico coloca à disposição dos jurisdicionados, todavia, a regra é que aquela decisão exarada é a norma do caso concreto e que resolverá e regerá o conflito antes existente.

Portanto, se há uma conclusão impassível de controvérsia é que o precedente judicial é norma jurídica, notadamente uma regra,[281] afinal devidamente pensada e construída para aquela ação em que discutida. Por ser a própria lei do caso concreto, possui força impositiva e autoridade suficientes para, inclusive, impor o seu cumprimento em caso de eventual resistência por uma das partes que integraram aquela relação jurídico-processual.

O ponto de discórdia estaria, justamente, na hipótese de a decisão judicial também ter a aptidão para se equiparar à lei geral e abstrata como produtora de direitos e deveres; verificar se o precedente também pode ou deve servir como guia de comportamento para os cidadãos e orientação decisional para os órgãos jurisdicionais.

---

[280] Especificamente sobre indeterminação e direito processual, ver DIDIER JR., Fredie. Cláusulas Gerais processuais. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 187, set. 2010.

[281] Cfr. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil* – teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: Juspodivm, p. 451: "A norma em que se constitui o precedente é uma regra. A *ratio* é o fundamento normativo da solução de um caso; necessariamente, será uma regra. Não por acaso, a norma do precedente é aplicável por subsunção.".

Na lição de Miguel Reale, importa perquirir se a decisão possui "uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória",[282] De forma resumida, importa saber se o precedente tem caráter normativo generalizante e pode, assim, ser considerado fonte de direito.[283]

Em coerência com o presente trabalho, é importante que se faça menção, ainda que rasa, sobre referida questão no direito inglês, berço dos precedentes. E a superficialidade se dá, justamente, porque nos países de origem anglo-saxônico é pressuposto que a decisão judicial é, juntamente com a norma legislada, fonte de direito.[284]

É indene de dúvidas, pois, que o precedente judicial constitui a base de estruturação do direito inglês, com os juízes colaborando de forma efetiva e decisiva para a interpretação e para o estabelecimento da ordem jurídica.

Para ilustrar e corroborar a questão, nada melhor que um exemplo pontual e elucidativo, inclusive em linha de consonância com o presente estudo. Em 2016, o *Lord* Thomas of Cwmgiedd, então *Lord Chief Justice* de Inglaterra e País de Gales,[285] cargo de maior hierarquia do Judiciário nos referidos países, afirmou, de forma categórica, que as modificações na lei de arbitragem datadas de 1979 e 1996, que limitaram as incursões judiciais contra as decisões

---

[282] REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 95.

[283] REQUIÃO, Maurício. O caráter normativo do precedente. *In Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 223, set. 2013, versão eletrônica. Sobre o que se entende por fonte de direito, ver REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. *Op. cit.*, p. 139-141.

[284] Cfr. MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho* - una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra Editores, 2016, pp. 97, a saber: "*La cuestión con los sistemas de common law es que tratan los precedentes judiciales como 'fuentes de Derecho'. Esto implica que las reglas generales de conducta y de responsabilidad se suponen implícitas en los casos, contenidas en las opiniones judiciales pronunciadas por los jueces en sus decisiones de los casos*.". Ainda, BANKOWSKI, Zenon, MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents … Op. cit.*, pp. 327, para quem "*It is quite clear, as a matter of common law (hence, arguably, as dependent ultimately on the general custom of the realm), that precedent is binding de jure in all jurisdictions; hence precedent is properly deemed a source of law in its own right in them*.". No mesmo sentido, GRAY, John Chipman. *The Nature and Sources of the Law*. New York: The Macmillan Company, 1921, reprinted in 1972, pp. 211: "*While on the Continent of Europe jurists have insisted and still insist that a decision by a court has, apart from its intrinsic merit, no binding force on a judicial tribunal, even on a tribunal from which an appeal lies to the court rendering the decision, it is Law in England and in the United States that, apart from its intrinsic merits, the decision of a court is of great weight in that court and all coordinate courts in the same jurisdiction, and that it is absolutely binding on all inferior courts*.". Também assim, BANKOWSKI, Zenon, MACCORMICK, Neil. Statutory interpretatiton in the United Kingdom. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.. *Interpreting Statutes* - a comparative study. London and New York: Routledge, 2016, pp. 359-406.

[285] O Sistema jurídico do Reino Unido possui peculiaridade interessante que é sua divisão em três competências judiciárias bem definidas entre os países que compõe o bloco: (i) Inglaterra e País de Gales, (ii) Irlanda do Norte; e (iii) Escócia. Todavia, todos os sistemas têm na Suprema Corte do Reino Unido, antiga *House of Lords*, o órgão máximo do Judiciário, cfr. BANKOWSKI, Zenon, MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents … Op. cit.*, pp. 315 e seguintes. Igualmente, BANKOWSKI, Zenon, MACCORMICK, Neil. Statutory interpretatiton in the United Kingdom. … *Op. cit.*, pp. 359-360.

arbitrais direcionadas para os tribunais ingleses, estariam dificultando o desenvolvimento do *common law*. Na visão do *Lord Chief Justice*, a menor amplitude da possibilidade de rediscussão judicial dos conflitos resolvidos por meio da arbitragem estaria reduzindo o potencial de afirmação e de interpretação do direito inglês, isto porque poucas questões comerciais e negociais aportariam no Judiciário.[286]

No seu raciocínio, o Direito, que era cunhado e vivificado pelas cortes inglesas, não estaria se formando e nem evoluindo, permanecendo estagnado em razão de um suposto ostracismo do Judiciário, isto pelo fato de as partes elegerem os tribunais arbitrais para dirimir os conflitos, conjugado com a limitação da sua impugnação pelas suscitadas reformas legislativas. A proposta de *Lord* Thomas of Cwmgiedd era que a relação entre o Judiciário e Arbitragem deveria ser rebalanceada.[287]

Apesar de ser uma afirmação forte, desacompanhada ainda de outros dados que pudessem ratificar as suas razões de que a queda da produção judiciária e a falta de desenvolvimento e formação do direito comum estaria ocorrendo por causa das reformas na lei de arbitragem britânica, a proposição também merece ser criticada pelo fato de contrariar a própria autonomia privada das partes, que igualmente tem fundamento no ordenamento jurídico inglês.

Ora, se o sistema permite que as partes escolham a jurisdição arbitral para a resolução de seus conflitos, cientes das consequências previstas no ato normativo legislado a respeito, então qualquer crítica em abstrato sobre as escolhas do próprio parlamento (ao reformar a lei em 1979 e 1996) acabam não possuindo maiores fundamentos.

Ademais, a assertiva do *Lord Chief Justice* também parece desconsiderar que as causas de menor complexidade ou de valor econômico mais baixo, cujas soluções, via de regra, não são dirimidas via arbitragem[288], sabidamente auxiliam de forma direta e constante na evolução

---

[286] CWMGIEDD, Lord Thomas of. Developing commercial law through the courts: rebalancing the relationship between the courts and arbitration. In *The Bailii Lecture 2016*. Disponível em https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/03/lcj-speech-bailli-lecture-20160309.pdf. Acesso em 30 mar. 2020.

[287] CWMGIEDD, Lord Thomas of. Developing commercial law through the courts: rebalancing the relationship between the courts and arbitration. *Op. cit.*. Entre as propostas apresentadas para este rebalanceamento, destacou: (a) tornar as irresignações contra as decisões arbitrais para o Judiciário mais flexíveis, (b) encorajar o maior uso da previsão da *section 45* do *Arbitration Act* (que permite ao tribunal arbitral decidir algumas questões de direito antes da proferir a decisão final), o que representaria uma maior uso da recorribilidade de decisões interlocutórias proferidas na arbitragem, e (c) maior utilização do próprio Judiciário, ao invés da arbitragem, para algumas determinadas matérias.

[288] No Brasil até existe a previsão da arbitragem para causas de menor valor e ou complexidade, como o texto do art. 24 da Lei 9.099/95, todavia, trata-se de instrumento anacrônico e que pouco foi utilizado na prática forense brasileira. Para maiores detalhes sobre referido dispositivo legal, ver MAZZOLA, Marcelo; OLIVEIRA,

do direito. Uma vez mais, a afirmativa relacionando falta de evolução do direito e reformas na lei de arbitragem precisaria de outros dados para corroborá-la, especialmente empíricos, além de se mostrar imperiosa uma prévia demonstração do quanto se produziu de precedentes com base em questões que não foram (e nem poderiam) ser resolvidas pelo Tribunal Arbitral e aqueles precedentes formados pelas causas julgadas no dia a dia das cortes.

A despeito das críticas, as quais representam mero *obiter dictum* sobre o objetivo para o exemplo dado, a atenção deve estar na mensagem externada, ou seja, a preocupação com a formação dos precedentes para o direito inglês. O ponto é que no direito inglês as decisões judiciais são responsáveis por construir e reconstruir as hipóteses de incidência dos direitos, deveres, garantias, responsabilidades e encargos dos cidadãos.

Em resumo: os precedentes são fontes de direito responsáveis por assegurar a previsibilidade das ações e comportamentos, a isonomia na interpretação e aplicação do direito, além da previsibilidade e estabilidade das decisões proferidas. Aliás, essa última característica é elemento chave da confiabilidade no direito inglês, pois possui baixíssimo número de revisões ou superações de seus precedentes – muito por este cenário é que Londres se tornou uma das cidades mais procuradas para figurar como sede de arbitragens.[289]

Assentado o óbvio, cumpre verificar se nos países ligados à tradição de *civil law* também seria possível falar em precedente como fonte produtora de normas jurídicas gerais. A resposta aqui não pode ser diferente de um sonoro sim, ainda que o passado recente possa revelar diversos estudos acadêmicos contrários ao exposto.[290]

Como visto anteriormente, a ideia de precedentes vinculativos, pressuposto para sua atenção como fonte de direito, jamais foi uma prerrogativa exclusiva dos países que seguem a família anglo-americana, até porque "os sistemas de direito codificado também conheceram,

---

Humberto Santarosa de. As implicações materiais e processais que obstam a implementação do juízo arbitral nos juizados especiais. In *Juizados Especiais Cíveis Estaduais* – reflexões e perspectivas nos 25 anos na Lei 9.099/1995. Org. GAIO JR., Antônio Pereira e CUNHA, Maurício Ferreira. Londrina: Thoth Editora, 2021, p. 101-121.

[289] "*This is due in great part to the fact that English law is based on precedent which provides a significant degree of certainty and predictability in the interpretation and application of the law. These precedents are created by the judiciary sitting in the English Courts which have rightly won a reputation for impartiality, acuity and efficiency: it follows that London has become a preeminent centre for dispute resolution*.", cfr. WESCOTT, Matthew. Quod me nutria me distruit - London as a centre for international arbitration and the threat to the common law. In *Young Arbitration Review*, edition 21, apr. 2016, pp. 54.

[290] Por todos eles, GRAY, John Chipman. *The Nature and Sources of the Law*. New York: The Macmillan Company, 1921, reprinted in 1972, pp. 211: "*While on the Continent of Europe jurists have insisted and still insist that a decision by a court has, apart from its intrinsic merit, no binding force on a judicial tribunal (...)".*

além da força natural dos precedentes persuasivos, precedentes com eficácia vinculante, sendo certo que entre estes sobressaía a jurisprudência de cortes superiores (...)".[291]

E nem se diga que os países que seguiram a tradição romano-germânica, influenciadas pela racionalização da Revolução Francesa, do Iluminismo e, sequencialmente, pela Era das Codificações, plasmavam-se apenas na centralização da produção de normas pelo Poder Legislativo, isso dentro de uma estrutura estatal de separação de poderes praticamente estanque. A própria história, além da realidade social, tratou de desmistificar o dogma da plenitude do direito legislado, tanto que sempre se permitiu ao juiz alçar-se para fora do texto legal quando a resposta não se mostrava escrita na "letra da lei" – é aqui, aliás, que surge o embate entre positivistas e pós-positivistas sobre a discricionariedade judicial.[292]

Veja-se, portanto, que o papel conformador e formador dos juízes jamais deixou de existir na tradição do *civil law*. Até mesmo o antigo juiz *bouche de la loi* tinha que se atentar para o que havia sido previamente decidido pelos seus pares em casos semelhantes e quando a subsunção da norma legislada ao fato discutido não se mostrava perfeita.[293] Aliás, "seria extremamente ingênuo (...) se imaginar que em algum sistema de civil law os juristas não sigam precedentes."[294].

A diferença do pós-Era das Codificações para a contemporaneidade está justamente na sua "valoração teórica", ou melhor, na efetiva necessidade de reconhecimento dos precedentes como fontes de produção normativa, até porque é inegável o papel da atividade judicial no desenvolvimento e na própria evolução do Direito.[295]

---

[291] TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 23. E continua o autor em p. 24: "Se olharmos ainda mais para o passado, iremos verificar que o *usus* do *precedente*, acentuado na casuística, constitui um método cuja característica fundamental independe da época, do sistema jurídico ou da natureza da função exercida pelas pessoas que o empregam.". Para mais detalhes sobre o ponto, ver item 2.1 *supra*, nota 157. Já na doutrina estrangeira, ver ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. In *Louisiana Law Review*, vol. 65, n. 2, 2005, pp. 787-788. Disponível em <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol65/iss2/6/>. Acesso em 23 dez. 2020.

[292] Uma vez mais, sobre o tema ver OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Motivação e discricionariedade ... Op. cit.*, 2020, p. 51-79.

[293] Em sentido semelhante, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 201.

[294] BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 288.

[295] Segundo Robert Alexy, "*La importancia, al menos fáctica, que tienen los precedentes también en el Derecho europeo-continental es hoy subrayada desde todos los lados. Lo que se discute es sua valoración teórica. La discusión se centra ante todo en la cuestión de si se les puede atribuir el caráter de fuente del Derecho. Esta cuestión no puede ser discutida aqui. (...)" (Teoria de la Argumentación Jurídica*: la teoria del discurso racional como teoria de la fundamentación jurídica: Trad.: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2007, pp. 376). E apesar de o autor afirmar que não entraria no cerne da questão debatida neste tópico, o próprio desenvolvimento

O que precisa ficar claro, portanto, é que as decisões judiciais devem ser valoradas como textos normativos dentro do ordenamento jurídico, não podendo ser ignoradas pelos aplicadores do direito por não terem sido produzidas pelo Poder Legislativo. A ideia rígida de separação de poderes, bem como o ideal racional do século XVIII, no sentido de que apenas a vontade popular seria fonte legítima de produção normativa, é vetusta e não acompanha a própria evolução da vida, na qual os vetores consequencialistas e pragmáticos igualmente precisam ser considerados no momento de aplicação e argumentação do Direito,[296] – função esta que se encaixa à perfeição para os precedentes judiciais.

Os precedentes devem ser vistos, analisados e estudados como mais um tipo de norma a ser considerada pelos aplicadores do Direito – as quais podem, aliás, ser interpretadas. Eles devem possuir as mesmas funções e atribuição do direito legislado, até porque, são eles, os precedentes, que vivificam, especificam e, muitas vezes, concretizam, a norma previamente constituída, embebida de valores e princípios cambiantes e conflitantes.[297]

Notoriamente que, para os países de tradição romano-germânica, o processo inicial de formação do procedente tem que ser dependente ou conectado ao direito positivo. [298] A norma legislada, portanto, funcionaria como o ponto de partida e também como limite para o estabelecimento do precedente, afinal, ele seria o produto de sua interpretação.[299]

---

da teoria do discurso desenvolvida no livro é revelador da natureza jurídica de fonte do direito dos precedentes. Tanto que no decorrer do seu trabalho afirma: "*El uso de un precedente significa la aplicación de la norma que subyace a la decisión del precedente. 'El Derecho del precedente es también un Derecho de normas.'"* (pp. 382), assim como, *"El uso de los precedentes se muestra así como un procedimento de argumentación que viene exigido como tal por razones práctico-generales (principio de universalidad / regla de la carga de la argumentación) y que es, en esa medida, racional, y cuyo uso presupone argumentos adicionales, especialmente, argumentos prácticos de tipo general."* (pp. 383).

[296] Remete-se, aqui, às lições de Manuel Atienza: "Uma teoria da argumentação jurídica deveria cumprir, basicamente, três funções: a primeira é de caráter teórico ou cognoscitivo, a segunda tem uma natureza prática ou técnica e a terceira poderia ser qualificada de política ou moral." (*As Razões do Direito:* teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 224).

[297] Sobre o ponto, ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil* – Ley, Derechos, Justicia. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011, pp. 9-20.

[298] Sobre o ponto, Neil MacCormick faz a seguinte observação sobre a ideia de um precedente independente de normas legisladas, inclusive sem distinguir os países de *common law*: "*Para el momento actual, al menos, debe añadirse la salvedad de que, incluso en los países del 'common law', la jurisprudencia pura es bastante rara. Gran parte de la jurisprudencia toma hoy la forma de comentários sobre las leyes parlamentarias*" (In *Retórica y Estado de Derecho ... Op. cit.*, pp. 251).

[299] Especificamente sobre a questão de o precedente estar conectado a uma norma legislada prévia em países de origem romano-germânica, ver TARUFFO, Michele. Institucional factors influencing precedents. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents ... Op. cit.,* pp. 458: "*There are, however, some significant variations in the functions ascribed to courts when they use precedents (...) Generally, the function of precedents is defined as that of interpretive devices which may be used in order to elicit the meaning of the existing law (as in Germany, for instance). Sometimes the interpretive function of precedents is extended to solving interpretive doubts arising in the application of the law (as in Poland and the EC) or to filling gaps in the law in order to solve cases not explicitly regulated by the law (as in Finland, the EC,*

Todavia, não se pode descurar que, a partir do momento em que estabelecido o precedente, a sua autenticidade e aplicação acabam, de alguma maneira, se desconectando e ganhando certa autonomia em relação àquela lei prévia da qual originou-se, afinal ele passa a ser uma nova norma a ser considerada dentro do ordenamento. Inclusive, novos casos podem ser analisados e interpretados, agora, tomando como ponto de partida o próprio precedente formado.

Como se vê, e nos termos já anotados anteriormente, se os precedentes possuem pretensão de universalidade, isso para que casos iguais/semelhantes sejam decididos da mesma forma, a evitar tratamentos díspares aos cidadãos, então resta desarrazoado e até mesmo equivocado distinguir a aplicação do precedente da aplicação do direito positivado, pois seguir o precedente significa exatamente pegar aquela norma estabelecida em determinado caso passado e assentá-la ao caso presente/posterior[300] – passa-se a tratá-lo como uma verdadeira norma geral, porém concreta, afinal desenhada para um caso específico, mas por sua construção ou reconstrução de sentido, deve ser observada pelo aplicador como uma autêntica fonte primária de Direito.

Essa função integrativa do precedente, colocando os juízes na posição de verdadeiros intérpretes descortinadores de direitos – e afastando-os da atuação "meramente declarativa" – tem seu ápice no movimento de redemocratização ocorrida na segunda metade do século XX, quando se verificou uma revalorização dos ordenamentos jurídicos. Tratava-se, como se viu acima, de uma atuação jurisdicional concretizadora de direitos fundamentais, que buscava extrair do texto constitucional a máxima efetividade dos direitos e das garantias assegurados aos cidadãos, interpretação esta que, por medida de isonomia, deve ser estendida a todos aqueles em situações semelhantes ou idênticas.

Poland and Italy).", e continua o autor em pp. 459: "*New precedents are usually created in several systems, but this often happens tacitly, probably in order not to raise conflicts with the idea of an interpretative role of courts. The express creation of a precedent occurs in civil law systems, but a new precedent is most often presented as a new interpretation of a pre-existing law, rather than as the creation of new law*.". A distinção se faz necessária, pois, no Reino Unido o precedente também pode ser usado para fins de interpretação de leis, inclusive quando se entende que a matéria já estaria bem regulamentada por essas leis, a saber: "*In the absence of a single documentary constitution (as distinct from a body of statute law constitutional in character), the two main documentary sources of legal argumentation are statutes (together with subordinate legislation) and precedents. (...) Even where a body of law is mainly drawn from statute, or where a branch of law has effectively been codified, as with income tax, or company law, or consumer credit law, the prior body of decisions about the various provisions of the statutes (quasi-codes, even) in question are of great importance in interpreting the statute in new situations.*", cfr. BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in United Kingdom. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents ... Op. cit.,* pp. 324-325.

[300] Cfr. TARUFFO, Michele. *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria. Op. cit.*, pp. 33-34.

É indene de dúvidas, portanto, que essa nova atribuição da função jurisdicional, que se utiliza efetivamente dos precedentes para decidir casos atuais, vem ganhando força nos mais variados ordenamentos.[301] E diferente não poderia ser, afinal para assegurar isonomia e segurança aos cidadãos, é preciso ir além de uma interpretação literalista da lei prévia. É imperioso garantir que na hora de interpretar e aplicar a norma, todos tenham a oportunidade de gozar e desfrutar dos mesmos direitos, bem como tenham as mesmas responsabilidades e deveres. E a mais ampla possibilidade de concretizar a segurança jurídica e a igualdade, garantindo, via de consequência, a própria liberdade,[302] é através de um ordenamento jurídico que reconheça o caráter de fonte normativa aos precedentes judiciais, questão a ser observada não apenas nos ordenamentos de *common law*, mas também nos sistemas de *civil law*.[303]

---

[301] "*However, the role of precedents is relevant and growing also in the ordinary courts of all systems. Even in France, where precedents are not explicitly cited, their importance is considerable in the development of the law by means of judicial interpretation. If compared with other legal sources, the role of precedents is generally important*.". E continua o autor: "*On the other hand, the growing use of precedents even by civil law courts, and even in areas of the law that are regulated by statutes, suggests that the actual current role of courts in modern developed systems is much more complex, flexible and varying than the one once defined, as it was in the middle of the eighteenth century, by Montesquieu. Also because of the extremely important experience of constitutional adjudication, the role of courts needs to be redefined in much more sophisticated terms*."; para então finalizar: "*The differences and variations sketched above reflect the influence of different institutional settings upon the ways in which courts make and use precedents. Beyond these differences, and notwithstanding their importance, the massive and intensive use of precedents is a general and growing trend in all the modern systems of justice*.", cfr. TARUFFO, Michele. Institucional factors influencing precedents. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents ... Op. cit.*, pp. 456, 458 e 460.

[302] Cfr. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: ... Op. cit.*, p. 23-27. Do mesmo autor e no mesmo sentido, *Reclamação nas Cortes Supremas*: *... Op. cit.*, p. 34-45.

[303] Para uma análise mais detalhada do papel do precedente em alguns dos principais países de *civil law*, ver MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents* - a comparative study. London and New York: Routlege, 2016. O livro, que possui estudos sobre os precedentes nos principais países europeus, na União Europeia e também nos Estados Unidos, demonstra que em alguns países cuja tradição está ligada ao sistema de *civil law*, como França, Alemanha, Itália e Espanha, apesar de não terem formalizado em seu ordenamento a obrigação de seguir precedentes, o que se visualiza da prática judiciária é justamente o oposto (quase que uma "obrigação moral" de seguir precedentes, principalmente aqueles emanadas das Cortes hierarquicamente superiores). Apenas a título de ilustração, cita-se duas passagens significativas, de dois países diferentes, que atestam a afirmação retro. O primeiro falando a respeito da situação na França: "*In that respect, the role of precedents in the French system can be considered either very small or very important, according to whether one looks at the justificatory material that is cited or to the material that is in fact used by the courts. The courts very rarely cite precedents and must not base their decisions on them, because the only legitimate source of law consists of statutes. On the contrary, if one looks at the material that is in fact used, one realizes that precedents are the most important*.". (…) "*Today, French scholars recognize the fact that 'jurisprudence' is a source of law and therefore that a reversal inflicted by a higher court on a lower court's decision can be based on the violation by the latter of a rule based on precedent. Lawyers looking for a substantive rule will obviously today not be content with statutes, but will have to look for precedents*." (In TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France, pp. 112-113 e 119). E o segundo narra a situação na Itália: "*It has been argued that, because of these two articles, the decisions issued by the Corte di Cassazione, though not binding, nevertheless have a legal, normative force. They are not only factually relevant; they have legal authority, insofar as they should be respected in order to secure the uniform application of the law. This normative force prevails unless there are good reasons based on values which are considered stronger than coherence of the legal system and formal equality. Any decision to deviate from the precedent should be explicit and properly justified*." (In TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy, pp. 184).

Especificamente sobre a realidade brasileira, o que se observa é que a vinculação dos precedentes também não é uma novidade.[304] Como já destacado, e apenas quanto ao período de redemocratização, o que se verifica é que desde a promulgação da Constituição de 1988 já se observava o estabelecimento de fonte de direito ao precedente judicial, notadamente pelas decisões exaradas pelos Tribunais Superiores. [305]

Mas, também na legislação infraconstitucional foi possível verificar diversas modificações normativas com vias a formalizar o precedente como fonte de direito, afinal, e seguindo o roteiro da Constituição, buscava-se atribuir força vinculativa às decisões exaradas pelos Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.[306] Aliás, é essa tradição pátria de observar precedentes que justifica a posição de alguns juristas de escol ao classificar o Brasil como um país de tradição jurídica híbrida, ou seja, nem filiado especificamente ao *civil law*, tampouco enquadrável perfeitamente ao direito do *common law*.[307]

O Código de Processo Civil de 2015 foi, por assim dizer, o ápice dessa representação ambivalente do Direito brasileiro – com características próprias dos ordenamentos romano-germânicos, mas também atento aos predicados dos sistemas anglo-saxões –, tanto que assentou de forma expressa, direta e irreversível a vinculatividade dos precedentes, indicando, inclusive, sistemática e metodologicamente, quais seriam as decisões judiciais passíveis de caracterizar-se como fontes de direito (art. 927).

Essa visão a respeito dos precedentes que o Código de 2015 buscou assentar irradiou seus efeitos para a própria produção do direito positivo, pois notou-se, a partir de então, uma série de alterações legislativas objetivando a modificação do vocábulo "lei" para "ordenamento jurídico"[308], justamente para descolar-se do paradigma legalista (lei prévia como única fonte de

---

[304] A doutrina clássica já atentava para o ponto, cfr. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito. Op. cit.* p. 167-172. Em p.169, destaca o autor: "Se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de fonte do Direito, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser 'de direito' no caso concreto. (...) Numa compreensão concreta da experiência jurídica, como é a da teoria tridimensional do Direito, não tem sentido continuar a apresentar a Jurisprudência ou o costume como fontes acessórias ou secundárias.".

[305] O tema será melhor trabalhado abaixo, por ora, e a título de exemplo, ver BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 294-297.

[306] A título de exemplo, cita-se as leis 11.672 de 8 de maio de 2008 e 11.418, de 19 de dezembro de 2006, as quais modificaram o Código de Processo Civil de 1973 para estabelecer, respectivamente, os recursos repetitivos e o requisito da repercussão geral para a ação ser recorrível para o Supremo Tribunal Federal.

[307] Ver item 1.5, especialmente nota 143 *supra*.

[308] O próprio CPC deu o exemplo ao realizar essas modificações, merecendo destaque três delas: (i) ao falar da legitimidade extraordinária, mencionando que a sua autorização decorre do "ordenamento jurídico", e não mais da lei (art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento

produção normativa), demonstrando que a normatividade de um sistema está muito além das regras e princípios editados pelo Poder Legislativo.[309]

É a respeito dessa noção brasileira de observância aos precedentes que se atenderá nos próximos tópicos, notadamente com a análise mais detida dos chamados precedentes judiciais vinculativos extraídos da Constituição Federal e do Código de Processo Civil.

2.5 Precedentes explícitos na Constituição Federal: as ações diretas e as súmulas vinculantes

Apesar de a doutrina rotineiramente identificar o Brasil como tendo um ordenamento de tradição romana-germânica,[310] há consideráveis vozes doutrinárias, com robustos argumentos, que colocam em dúvida referida afirmação, defendendo que o país possuiria características das duas clássicas famílias do Direito.[311]

A iluminar as vozes divergentes citadas, revelando, assim, a ausência de novidade quanto às decisões vinculativas no ordenamento jurídico brasileiro, o Decreto 2.684, de 1875, publicado nos primórdios do Direito pátrio, dotou o Supremo Tribunal de Justiça de poder para editar "assentos" com força de lei. Tratava-se de figura derivada do instituto de mesmo nome e exarado pela Casa de Suplicação de Lisboa,[312] sendo que "tal regime de assentos revestidos de eficácia vinculante perduraria até o advento da República".[313]

Um pouco mais para frente na história, precisamente com a Constituição de 1934, começou-se a desenhar o controle abstrato de constitucionalidade das normas, naquela época

---

jurídico); (ii) ao falar sobre o *non liquet*, ao estabelecer que o juiz não deixará de decidir alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico (art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico); (iii) ao discorrer sobre as funções do Ministério Público, assentando que sua atuação se dá na "defesa da ordem jurídica", e não mais da lei (Art. 176. O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis).

[309] Interessante aqui é a ponderação de ENG, Svein. The doctrine of precedent in English and Norwegian law – some common and specific features. In *Scandinavian Studies in Law*, vol. 39, 2000, pp. 306: "*Previous judgments are just one type of such legally relevant arguments. Others are statutory texts, parliamentary and pre-parliamentary materials of statutes ('forarbeider', 'legislative history', "travaux préparatoires"), administrative decisions, customs, legal scholarship, and considerations relating to fair and reasonable results in the present case*.".

[310] Neste sentido, ver na doutrina clássica, REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito. Op. cit.*, p. 141-142. Já na doutrina contemporânea, cfr. MITIDIERO, Daniel. *Persuasão ... Op. cit.*, p. 73.

[311] A respeito, ver nota 143 *supra*.

[312] Cfr. TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil – da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 180-181. No mesmo sentido, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. *Op. cit.*, p. 233 e seguintes.

[313] TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. *Op. cit.*, p. 234.

realizada por meio da representação interventiva.[314] Verifica-se, assim, uma nova forma ou um novo instituto cuja consequência poderia impor a vinculação das decisões judiciais, bastando, para tanto, de uma decisão do Senado Federal[315] para que a sua eficácia fosse *erga omnes* (a exemplo do que existe hoje no art. 52, X, da CRFB/88).

Somente em 1965, com a Emenda Constitucional n. 16, é que foi inserido um verdadeiro e autônomo modelo de verificação de compatibilidade dos textos normativos com as leis constitucionais. Porém, a eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em controle abstrato apenas veio a ser reconhecida em 1975, quando em parecer do Ministro Moreira Alves, assentou-se que, diferentemente do controle concreto, não seria necessário o referendo do Senado Federal para a sua ampla vinculação.[316]

A Constituição de 1988 foi promulgada com influência de todo esse caldo histórico, que desde o final do século XIX já sinalizava com a vinculação das decisões judiciais, e teve nas Constituições da primeira e início da segunda metade do século XX as grandes fontes de inspiração para o desenvolvimento do que se poderia chamar de um sistema de observância obrigatória de precedentes – ainda que neste entremeio tenha-se verificado alguns retrocessos em razão de institutos e textos pouco democráticos.

Ato contínuo, não é ousado afirmar que a Constituição de 1988 é a grande responsável pelo avançar e pelo desenvolvimento de uma teoria dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. O seu texto original replicou a previsão da ação direta de inconstitucionalidade, ampliando, todavia, os seus legitimados, bem como trazendo a reboque a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Entretanto, essa última figura somente veio a ser

---

[314] Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 4. ed., 2004, p. 60-64. A representação interventiva tinha por princípio a composição de conflitos federativos, todavia, antes de verificar a existência de possível ofensa, era necessário, quase que de forma preliminar, verificar a compatibilidade do ato estadual com as leis constitucionais. É justamente por isso que autor afirmou que a utilização do referido instrumento, cuja legitimação cabia o Procurador-Geral da República, "(...) convertia a representação interventiva em um processo de controle de normas de conteúdo positivo (ação declaratória de constitucionalidade)". Isso teria ocorrido entre 1946 a 1965 (vide p. 62 da obra).

[315] A Constituição de 1891 consolidou a importação do modelo de *judicial review* norte-americano, prevendo apenas o controle concentrado de constitucionalidade das normas, o qual se realizava de forma incidental e a pedido das partes. O seu resultado tinha eficácia apenas para as partes do processo, até porque não cabia ao Judiciário intervir na elaboração e nem na aplicação geral da lei. Apenas na Constituição de 1934 é que se começa a admitir a irradiação, para fora do processo, dos efeitos daquela decisão individual, o que, todavia, era competência do Senado Federal. Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:* Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2. ed., 1999, p. 235-240 e 394-395.

[316] MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 4. ed., 2004, p. 66 e nota n. 90. Em sentido semelhante, apontando a EC n. 16/65 como o ato que introduziu o controle concentrado-abstrato no ordenamento jurídico brasileiro, NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 13. ed. 2018, p. 205.

efetivamente utilizada no ano de 1999, após a sua regulamentação por lei ordinária[317] (Lei 9.882), com característica marcante que a distinguia das outras demandas: por ter um caráter subsidiário em relação às demais ações diretas, essa figura admitia os mais diversos tipos de questionamentos, em nível abstrato, sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos perante o Supremo Tribunal Federal.[318]

A ações que visavam ao controle abstrato de constitucionalidade das leis ainda tiveram uma expansão logo em sequência à promulgação do texto constitucional originário. Em 1993, por meio da Emenda n. 3, assentou o legislador derivado para a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da ação direta de constitucionalidade. Entretanto, a novidade dessa medida era praticamente inexistente, uma vez que desde a vetusta representação de inconstitucionalidade de 1965 já se declarava o seu caráter dúplice, ou seja, a sua utilização poderia ocorrer tanto para ver decretada a inconstitucionalidade, quanto a constitucionalidade de atos estatais.[319] E a respeito da regulamentação das ações diretas, em 1999 foi editada a Lei 9.868, com vias a melhor precisar o processamento e julgamento destas ações.

Deste brevíssimo histórico, o que chama a atenção é a manutenção daquele entendimento existente desde 1975, qual seja, de que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal "nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta (...)".[320] Por

---

[317] "A pouca importância dada ao mandado de injunção pelo Poder Judiciário somente é comparada com o desprezo que, tanto a doutrina constitucional, o Poder Legislativo e o próprio Poder Judiciário, deram ao dispositivo constitucional que estabeleceu a arguição de descumprimento de preceito fundamental (...). Desde o advento da Constituição até a edição da lei regulamentadora, a falta de lei regulamentadora foi utilizada como argumento para o não-conhecimento, e portanto, rejeição, das arguições de descumprimento intentadas junto ao Supremo Tribunal.", cfr. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 629-630. Em sentido semelhante, MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* São Paulo: Atlas, 2006, p. 707-708.

[318] A subsidiariedade da ADPF refere-se ao fato de que ela será o remédio possível quando as hipóteses de cabimento das demais ações diretas não forem verificadas – ou mesmo outros remédios processuais estabelecidos pelo ordenamento. No caso, como as ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade têm hipóteses de cabimento taxativas, tudo que estiver fora do referido rol poderá ensejar o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Neste sentido, MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional. Op. cit.*, p. 709, e ainda STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica ... Op. cit.*, p. 642-644.

[319] Neste sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. *Op. cit.*, p. 81-85. Tanto que assim afirma em p. 84: "Essa análise demonstra claramente que, a despeito da utilização do termo representação de inconstitucionalidade, o controle abstrato de normas foi concebido e desenvolvido como processo de natureza dúplice ou ambivalente.". Em sentido semelhante, MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade ... Op. cit.*, p. 258-264.

[320] Texto do art. 102, §2º, da CRFB/88.

questão de simetria, referida determinação foi replicada nos artigos 28, parágrafo único,[321] da Lei 9.868/99 e no art. 10, §3º[322], da Lei 9.882/99 – aqui, e pelo fato já destacado anteriormente, no sentido de que referida lei, quando regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, alocou-a como integrante do controle de constitucionalidade abstrato brasileiro.[323]

E a despeito de o foco principal dessas ações estar no seu resultado, ou seja, a declaração de validade ou não dos atos estatais em atenção ao texto constitucional, é de suma importância a sua fundamentação. Daí a sua relevância para a evolução do sistema de precedentes. Quando do julgamento de total procedência de uma ação direta de inconstitucionalidade (ou improcedência de uma ação direta de constitucionalidade, elas são ações de sinal trocado), pode-se afirmar que as razões de decidir acabam perdendo um pouco de sentido pelo resultado, afinal, a norma discutida deixa de existir no ordenamento.

Todavia, quando se fala em procedência da ação direta de constitucionalidade, ou mesmo das figuras da interpretação conforme e da declaração de nulidade sem redução de texto, o grande foco desses instrumentos de controle está nas razões de decidir; e é justamente neste terreno que mora o germe da teoria dos precedentes.

No primeiro caso, no julgamento de procedência da ação direta de constitucionalidade, os fundamentos da decisão se mostram determinantes, por exemplo, para o fim de permitir que o mesmo dispositivo normativo possa ser novamente questionado, porém sob nova roupagem argumentativa. Já nas outras duas figuras, cujo uso o Supremo Tribunal Federal não costuma observar a melhor técnica,[324] o que se verifica da fundamentação do julgado é a sua determinância para saber a adequada ou equivocada interpretação do texto constitucional. Ou

---

[321] Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

[322] Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamenta. (...) §3º. A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

[323] Irrelevante, aqui, o fato de os efeitos vinculantes estarem previstos na lei e não na Constituição. Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, livro digital, p. 1.458: *"(...)* não impressiona, igualmente, o fato de o efeito vinculante ter sido estabelecido em lei (e não estar expressamente previsto na Constituição). É que [...] o efeito vinculante configura apanágio da jurisdição constitucional e não depende, por isso, de regra expressa na Constituição.*"*.

[324] Cfr. ASSIS, Rodolfo. *Interpretação conforme a Constituição e Decisões Manipulativas*. Rio de Janeiro: Gramma, 2019.

seja, se apenas por meio dos fundamentos usados é que se poderá verificar qual a razão para que determinada lei foi considerada constitucional ou qual interpretação do texto normativo terá ou não residência na Constituição, então esses fundamentos são vinculativos para todos os demais juízes nacionais na aplicação daquele dispositivo analisado/interpretado.

Estes institutos, portanto, são verdadeiros exemplos de uso da técnica dos precedentes, principalmente por atentarem que o cerne de uma teoria que busca vincular os casos passados aos casos futuros está na compreensão dos fundamentos existentes no debate realizado, que podem relacionar-se a fatos, como a argumentos jurídicos.

A ideia de observar decisões pretéritas com caráter obrigatório continuou evoluindo – ou, a depender do contexto, involuindo – por meio da Constituição Federal. No ano de 2004, editou-se a Emenda Constitucional n. 45, que fez uma ampla reforma no Judiciário brasileiro e atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o poder de editar súmulas vinculantes – em semelhança aos assentos previstos no Decreto 2.684, de 1875.

Este instrumento, assim como as demais súmulas (não vinculantes) editadas, basicamente representam uma compilação de entendimentos extraídos de várias decisões reiteradas e no mesmo sentido pelo Supremo Tribunal Federal. Ao formar a "tese jurídica" que representaria a súmula, este instituto poderia adquirir diferentes funções.

Enquanto as súmulas (não vinculantes) tiveram uma função inicial de guiar os Ministros do Supremo sobre a orientação do Tribunal a respeito de determinada matéria, e apenas com o passar do tempo é que também adquiriram um papel de evitar rediscussões no âmbito das cortes superiores (função preventiva)[325], as súmulas vinculantes já nasceram com a atribuição de servir de guia para os jurisdicionados e demais órgãos públicos sobre o significado (genérico) do Direito.

A afirmação desse caráter vinculante expresso tem arrimo no *caput* do art. 103-A, do texto constitucional, segundo o qual as súmulas teriam "efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (...)"[326].

A crítica ao instituto, porém, está na redução da tese a um texto pronto, o que jamais a qualificaria como um precedente, cujo cerne são os fundamentos da decisão, e não um

[325] Cfr. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*: da persuasão à vinculação. *Op. cit.*, p. 74-79.
[326] Texto do *caput* art. 103-A, da CRFB/88. A regulamentação do instrumento, como a sua edição, a revisão e o cancelamento, foi posteriormente realizada por meio da lei 11.417/06.

compilado de palavras para formar este novo texto.[327] Assim, ao ser reduzida em um texto pronto, a súmula vinculante (assim como as não vinculantes) passa de resultado a premissa, ou seja, elas deixam de representar a decisão do caso concreto e passam a funcionar como texto normativo, ou seja, passível de interpretação (como qualquer outro texto).

É neste sentido que se entende que as súmulas não poderiam ser encaradas como precedentes, pois a sua estrutura em forma de texto, descola-se do contexto, e é no todo argumentativo que o precedente precisa ser analisado.

Entretanto, e aqui faz-se um contraponto, não é pelo fato de sua redução a um texto geral e (quase) abstrato que as súmulas deixam de ter função no ordenamento. Da mesma forma quando concebidas, elas funcionam como guias de entendimento e convencimento dos julgadores, além de também ter o atributo de buscar desestimular ou barrar a litigância. Inclusive, há, nesta concepção, amplas possibilidades de julgamentos monocráticos para as causas cujo entendimento já tenha sido consolidado em uma tese (é o caso, por exemplo, da improcedência liminar, da negativa de seguimento a recurso por parte do relator, do não conhecimento dos recursos extraordinários pelos presidentes ou vice-presidentes de Tribunais Estaduais ou Regionais).

Todavia, para que toda essa engrenagem funcione, a inteligibilidade das súmulas não pode ser descontextualizada. A sua aplicação ao caso em julgamento também depende da interpretação. Portanto, mesmo quando utilizadas como forma de repressão ao exercício indiscriminado do direito de ação, as súmulas precisam passar pelo crivo da interpretação, o que somente se verifica com o conhecimento e análise do seu contexto de formação.

É um equívoco comparar as súmulas com os precedentes, pois enquanto o primeiro mais se assemelha a um compilado e resumo de dispositivos de decisões reiteradas, o segundo, o precedente, situa-se em outro elemento da decisão, a fundamentação, representando a junção dos motivos determinantes apresentados para a afirmação de uma norma. Em suma, a súmula é interpretável, como todo e qualquer enunciado.

Mas, e como se adiantou, isso não quer dizer que as súmulas devam ser totalmente ignoradas nesse meandro de aplicação de precedentes, bastando sua leitura ser agregada com

---

[327] Neste sentido, e por todos, STRECK, Lenio Luiz e ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Há recente e didático texto de opinião a respeito, escrito por NERY JR., Nelson. *Súmulas também precisam ser interpretadas*. Disponível em https://www.conjur.com.br/2021-jan-28/nelson-nery-junior-sumulas-tambem-interpretadas. Acesso em 15 jan. 2021.

os contextos de formação, notadamente com olhos voltados para a facticidade inerente aos casos responsáveis por sua origem.

Apenas analisando o contexto de sua criação (leia-se, decisões pretéritas que auxiliaram na sua formação), por meio de juízos interpretativos, é que se completará o melhor entendimento sobre o verdadeiro precedente que uma súmula pode veicular – no caso, não a súmula em si, mas os casos que a originaram.[328]

De tudo o que se atentou até aqui, vale reiterar que a obrigação de seguir decisões judiciais no Direito brasileiro vem sendo paulatinamente formada desde o final do século XIX, tendo alcançado o seu grande momento com a Constituição de 1988 e suas posteriores emendas. E a própria evolução sobre o conceito e função da atividade jurisdicional, dentro da nova ordem jurídica vigente a partir da segunda metade do século XX, colaborou para este cenário.[329]

Esse momento histórico, aliás, é que abre a porta para os debates sobre a existência de uma teoria dos precedentes no Brasil, especialmente por começar a ser compreendido que a vinculação que o texto constitucional faz menção está atrelada aos fundamentos da decisão, e não ao dispositivo, que apenas revela o resultado do caso julgado, bem como pela percepção de que a concretização de garantias fundamentais asseguradas pelo Estado Democrático de Direito vai além da norma legislada, cujo texto é muitas vezes vacilante.

É essa compreensão sobre a necessidade de analisar e explorar o contexto das decisões, de debruçar sobre os fundamentos determinantes do pronunciamento, que torna eficaz e efetivo a expressa previsão de vinculação existente na Constituição, afinal, todo texto (aqui representado pelo resultado de um caso julgado) precisa ser interpretado à luz da conjuntura

---

[328] Este também parece ser o entendimento de STRECK, Lenio Luiz e ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 49-56. Sobre o ponto, e escrevendo sobre o caráter subsidiário da ação de descumprimento de preceito fundamental, NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 13. ed. 2018, p. 247: "Tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos, embora possam existir outros meios específicos igualmente eficazes na espécie, como, por exemplo, o procedimento para *interpretação*, revisão e cancelamento de súmula vinculante (Lei 11.417/2016).". Na jurisprudência, falando sobre a interpretação das súmulas vinculantes: "(...) A arguição de descumprimento de preceito fundamental não é a via adequada para se obter a *interpretação*, a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante." (ADPF 147-AgR, rel. min. Cármen Lúcia *DJE* de 8.4.2011).

[329] Uma suma de dessas decisões vinculantes expressas do texto constitucional é feita por WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil* – vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 16. ed., 2016, p. 698: "A eficácia vinculante está presente nas decisões liminares e nos pronunciamentos finais de acolhimento ou improcedência do pedido na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, na arguição de preceito fundamental e na súmula vinculante. (CF/1998, arts. 101, §§ 1º e 2º, e 103-A; Lei 9.868/1999, art. 11, §1º , art. 12-F, §1º, art. 21, art. 28, parágrafo único; Lei 9.882/1999, arts. 5o, §3o, e 10º, §3º; Lei 11.417/2006, art. 7º etc).".

fático-jurídica que determinou aquele resultado, para assim poder chegar ao novo resultado, que será a norma geral a ser aplicada posteriormente.

O ponto nodal, como se viu, é teórico. A partir do momento em que a norma passa a ser representada como produto da interpretação de um texto normativo, então a medida lógico-racional é reconhecer ao Poder Judiciário a função de complementar o Direito por meio da sua atuação, afinal, a vagueza do texto legislado representa que o contexto de justificação do pronunciamento judicial transforma-se em norma concreta e fonte, pois a sua afirmação pode construir ou reconstruir um sentido para o Direito.

A Constituição de 1988, por se tratar de um diploma de viés democrático, com expressa previsão de garantir segurança jurídica, igualdade e liberdade, tem em seus textos claros indicativos de replique desse entendimento teórico na aplicação de suas normas, notadamente ao prever a eficácia vinculante de alguns pronunciamentos judiciais. E como se notou, isso acaba passando ao largo das diferenças entre as tradições de *civil law* e *common law*, afinal, como ambas as famílias, dentro de um Estado Constitucional de Direito, acabam tendo os mesmos escopos, então a confluência de ideias e troca de experiências é uma consequência natural.

A tônica da defesa da vinculação, ainda que expressamente estabelecida no texto constitucional, está na própria percepção do que se entende por Estado Democrático de Direito e, precipuamente, em como se entende ou concretiza o próprio Direito (qual o seu sentido ou sua significação). E partindo da inquestionável premissa de que é impossível reconhecer apenas no texto legislado a regulamentação das mais variadas condutas gerais e abstratas, bem como ante a incontroversa existência de vagueza e indeterminação na linguagem jurídica, então resta claro que a jurisdição entra como elemento de auxílio na compreensão e conformação da ordem legal.

Portanto, o que faz a Constituição ao prever o efeito vinculante para as decisões é meramente equipará-las ao texto legislado no sentido de afirmar, de forma peremptória e sem margem para dúvidas, que as decisões proferidas em determinados casos são comandos gerais sim, com observância obrigatória para todas as situações semelhantes ou iguais, porque este é o império do Direito. Todavia, o que realmente vinculará, ou seja, para que o precedente possa ser replicado, é preciso compreender o seu contexto de formação, que, da mesma forma que a norma legislada, pode precisar de interpretação para aplicar-se aos casos futuros.

É nesta medida e dentro deste quadro que a Lei Maior concede ao Judiciário o seu papel de guia uniformizador do Direito, e no mesmo patamar e grau de relevância que a legislação. Todavia, na leitura aqui realizada, esse papel judicial de conferir unidade ao Direito também é observado em outros dispositivos normativos da Constituição que não aqueles que expressamente preveem a vinculação como mandamento. É o que se abordará no próximo tópico.

2.6 Precedentes implícitos na Constituição: os julgamentos recursais objetivando a uniformização da legislação

Parece ser inegável que o Direito brasileiro possui características que o alocam em uma categoria intermediária entre as tradicionais famílias dos ordenamentos de *civil law* e *common law* – apesar de tradicionalmente ligado aos sistemas romano-germânicos. Todavia, no atual estado da arte, não se tem dúvidas de que a vinculatividade das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, na forma como textualmente previsto na Constituição de 1988, decorre do caráter assumido pela jurisdição na contemporaneidade, que além de tutelar o direito no caso concreto, também precisa assegurar a unidade e a coerência da ordem jurídica.

Essa atribuição, exaltada com a virada linguística e o reconhecimento de que texto e norma não se confundem, é afirmativa no sentido de que a norma é um produto da interpretação do texto. Essa concepção ascendeu o papel da jurisdição, deslocando sua atribuição de mero declarante dos direitos previamente estabelecidos na lei para, necessariamente, atuar na construção (ou melhor, reconstrução) de sentido ao próprio Direito.[330]

A partir do momento em que a interpretação é vista como o meio de minorar a indeterminação do Direito, que advém de seus termos vagos, a jurisdição assume papel de, conjuntamente com o direito legislado, preencher o significado do texto normativo, concretude essa que precisa, por autoridade do Estado de Direito, ter a mesma incidência para todos os demais casos que sejam iguais ou semelhantes – em atenção à coerência, unidade e integridade do ordenamento.

---

[330] Vide nota 127 *supra*. Este também parecer ser o entendimento de REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito. Op. cit.*, p. 169-172.

A breve justificativa acima, um resumo do que já se expôs anteriormente quando se falou do movimento de constitucionalização da segunda metade do século passado e a consequente evolução de sentido do papel da jurisdição, é explicação pressuposta para se avançar na atenção para as demais normas existentes na Constituição brasileira que, apesar de não possuírem texto professando, de forma direta e explícita, a sua vinculação aos demais órgãos jurisdicionais, possuem tal atribuição por imperativo do próprio Direito – pelo menos quando se tem em mente os pressupostos de qualquer Estado de Democrático de Direito (especialmente segurança jurídica e igualdade).

Assentados referidos pontos, é textual que ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça são conferidas as funções de uniformizar a interpretação das normas constitucionais e das normas infraconstitucionais, cada um em sua respectiva competência. Esse papel, inerente à atribuição de julgar os recursos extraordinários (notadamente, mas não exclusivamente, art. 102, III, "a", da CRFB/88) e especiais (notadamente, mas não exclusivamente, art. 105, III, "a" e "c", da CRFB/88), deve ser compreendido como parte integrante da ideia de conferir às respectivas Cortes o papel de zelar pela unidade e coerência do ordenamento jurídico,[331] funcionando como verdadeiras Cortes de Precedentes.[332]

---

[331] É o que assenta MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes ... Op. cit.*, p. 108, ao dizer: "A ideia de contrariar a lei aponta para a existência de uma interpretação exata ou correta da lei. Só a lei cuja interpretação é exata ou correta pode ser contrariada.". Já sobre o Supremo Tribunal Federal, ver SOUZA, Artur César de. *Recurso extraordinário e recurso especial:* pressupostos e requisitos de admissibilidade no novo C.P.C. de acordo com a lei 13.256 de 4/2/2016. São Paulo: Almedina, 2017, p. 64: "O Supremo Tribunal Federal mantém, na realidade, a função precípua de guardião da Constituição Federal, competindo-lhe a guarda da Constituição, preservando e interpretando as normas constitucionais, especialmente por meio de uniformização da jurisprudência constitucional nacional quanto à interpretação das normas constitucionais.".

[332] Em sentido semelhante, sobre esse movimento de elencar as Cortes Superiores como responsáveis pela unificação e uniformização do Direito, ver TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents … Op. cit.*, pp. 184: "*A third stage began with the establishment of a unique Corte di Cassazione in 1924 dealing with private law cases and in particular with the new codes (...). A very important role is also played by the Act on the Organization of the Judiciary of 30 January 1941. In this act we find a provision (Article 65) which prescribes that the supreme court (Corte di Cassazione) ought to guarantee 'the uniform interpretation of the law, the unity of national law'*.". Também conforme o ponto, porém elencando as Cortes Constitucionais de diversos países de tradição romano-germânica como efetivas Cortes de Precedentes, TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents … Op. cit.*, pp. 455-456: "*The role of the reference to precedents seems to be especially significant in judgments delivered by constitutional courts, as in Spain, Italy, Germany and Poland, since their function is a step-by-step concretization of general principles and guarantees. The same happens in judgments on constitutional matters delivered by the other supreme courts, for just the same reasons. It seems that deciding constitutional matters requires in any case an intensive use of precedents, probably because of the generality and openness of constitutional provisions. From this point of view, the differences concerning the nature and the structure of courts deciding constitutional matters seem to be relatively less important*.". Na doutrina brasileira, por todos, MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas ... Op. cit.*

A justificativa para tanto, mais uma vez, remete aos objetivos mínimos de um Estado de Democrático de Direito, no qual também cabe ao Judiciário, como Poder integrante de um sistema no qual deva existir uma autêntica e verdadeira distribuição de atribuições, auxiliar na resolução do conflito particular posto sob sua análise, bem como colaborar com a estrutura do ordenamento como um todo, garantindo, de forma primordial, segurança e isonomia, além da própria liberdade.

E nem se diga que o exercício de sua função de julgar recursos denotaria que a atribuição seria uma mera instância de rejulgamento da causa, ainda que limitado pela suposta impossibilidade de revolver fatos – o que se verá logo em sequência.

Primeiro, porque o exercício da atividade jurisdicional no âmbito individual jamais foi empecilho para a concretização de objetivos para além da resolução do caso concreto. É o que se verifica, por exemplo, no exercício do controle concreto de constitucionalidade, existente na ordem jurídica brasileira desde a Constituição de 1891 e cuja extensão dos efeitos dessa decisão para toda a ordem jurídica é consagrada desde 1934, quanto atribui-se ao Senado Federal referido poder.[333]

Segundo, porque ao enfrentar o caso concreto, o que invariavelmente faz o julgador é observar o próprio ordenamento como um todo, justamente para verificar qual a melhor e mais adequada forma de decidir aquela controvérsia. E se todo o sistema é analisado para decidir o caso individual, todas as fontes de produção normativas são observadas (leis e decisões pretéritas). Também nesta atuação concreta do Direto é preciso ter em vista segurança jurídica e igualdade, pois pressupostos de um Estado Constitucional.

Terceiro, e quase um efeito prático do ponto acima destacado, a própria ordem jurídica se desenvolve e constrói por meio dos casos particulares. Aliás, são as individualidades e as complexidades do dia a dia que geram situações não antevistas no momento da produção legislativa da norma. Essa particularidade da vida, que acaba sendo replicada em momento posterior, precisa receber o mesmo tratamento jurídico daquele caso anteriormente resolvido, do contrário, os primados basilares do Estado de Direito não se concretizam.

---

[333] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:* Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2. ed., 1999, p. 238: "Por outro lado, a Constituição consagrava a competência do Senador Federal para 'suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário', emprestando efeito erga omnes à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (arts. 91, IV, e 96)." No mesmo sentido, mas sem maiores detalhes, MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. *Op. cit.*, p. 66 e nota n. 90.

Portanto, também nos casos particulares, julgados como recursos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, tem-se a finalidade de legitimar as respectivas atribuições de Cortes Supremas, que é a de tutelar para além do direito objetivo, ou seja, busca-se não apenas resolver o caso concreto, mas também a formação de um entendimento (precedente) para a consolidação da ordem jurídica e concretização dos valores constitucionalmente assentados.[334]

Quarto, não há que se falar em vedação de sua análise para formação de precedentes, pois, segundo a regra geral vigente (por meio de súmulas impeditivas de recursos), impossível analisar fatos em sede de recursos especial e extraordinário. Aqui é preciso compreender adequadamente os textos das súmulas de n.7 e n. 279, de STJ e de STF, respectivamente. A proibição veiculada em referidos atos cinge-se à revisitação da compreensão dos fatos ou sua ressignificação. Portanto, o que não se permite em nível de cortes formadoras de precedentes é a modificação do quadro fático incontroverso.

A interpretação das súmulas acima referidas (como já visto, as súmulas são sim passíveis de interpretação) jamais obstou a análise dos fatos da causa pelas Cortes Supremas, até porque, para trabalhar com precedentes a compreensão dos fatos é primordial. Todavia, o que fazem estes tribunais no exercício da sua jurisdição é olhar para os fatos como definitivamente postos pelas cortes responsáveis por sua delimitação. Em suma, o fato considerado pelas Cortes Supremas é aquele já pronto e acabado, sem possibilidades de alteração ou nova compreensão, e, a partir dele, busca-se a melhor e mais correta interpretação do Direito – seja para construir, seja para reconstruir o seu significado.[335]

Insiste-se, assim, que a interpretação do Direito passa pelo conhecimento e análise dos fatos, até porque, é do mundo da vida que nascem as controvérsias que deságuam nas cortes de justiça. Assim, o impedimento existente na "análise fática" por parte das Cortes Supremas em sua atribuição recursal é o seu funcionamento como uma terceira instância de julgamento da

---

[334] Neste sentido, MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas:* do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 3. ed., 2017, p. 40: "As Cortes Supremas estão vinculadas a uma compreensão não cognitivista e lógico-argumentativa do Direito, a jurisdição é entendida como reconstrução e outorga de sentido a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica e o escopo consiste em dar unidade ao Direito mediante a formação de precedentes, entendidas as razões adotadas nas decisões como dotadas de eficácia vinculantes.". No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes ... Op. cit.*, p. 109 e 111-115. Em p. 114, assim pontua de forma lapidar o autor: "(...) as decisões de uma Suprema Corte que exerce função de desenvolvimento do direito se projetam perante toda a sociedade, obrigando os tribunais ordinários pela simples circunstância de significarem o sentido do direito.".

[335] MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes ... Op. cit.*, p. 104-109. No mesmo sentido, MITIDIERO, Daniel. Reclamação nas Cortes Supremas ... *Op. cit.*, p. 34-45.

causa – revisitando os fatos e as provas sobre eles produzidas, para verificar sua compatibilidade com o direito.

Essa proibição não engloba, por exemplo, a requalificação jurídica dos fatos, que não equivale a reanalisar ou a reordenar estes mesmos fatos, mas sim a pegar os fatos postos e enquadrá-los dentro da norma jurídica. O próprio entendimento "(...) do STJ admite que se promova a requalificação jurídica dos fatos ou a revaloração da prova, desde que a existência e o modo pelo qual ocorreram os fatos tenham sido expressamente referidos (....) com base nas provas produzidas pelas partes".[336]

Pelo que se lê, qualquer interpretação em sentido diverso do exposto até então, especialmente nessa distinção entre fato e direito para fins de julgamento de recursos pelas Cortes Supremas, atenta contra a estrutura e a lógica das normas constitucionais, afinal impedem STF e STJ de alcançarem o papel de intérpretes últimos da lei.

Como a Constituição concede um poder de uniformizar e unificar o Direito para os Tribunais de maior envergadura do sistema jurídico brasileiro, é inimaginável que possam exercer essa atribuição sem perpassar pelos fatos; pensar ou compreender de forma diferente configura sabotagem da própria Constituição, pois impossível o exercício do mister. Se a propalada uniformização estabelecida no texto constitucional é função de referidos tribunais, então solução outra não pode haver que o seu funcionamento como Corte de Precedentes, afinal, "o que determina a amplitude horizontal da cognição dessas Cortes é o critério teleológico, ancorado na função desempenhada por essas no nosso Estado Constitucional.".[337]

Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça têm, portanto, uma atribuição que vai além de julgar o caso concreto. Mesmo no julgamento de recursos extraordinários é preciso fazer uma projeção das discussões e consequências do julgamento para o futuro (efeitos prospectivos), uma vez que as suas atribuições como cortes de unificação da interpretação do

---

[336] Cfr. AgInt na Rcl 38.994/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 18/02/2020, DJe 20/02/2020. No mesmo sentido AgInt no AREsp 1437144/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/09/2019, DJe 30/09/2019; AgInt no REsp 1494266/RO, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 17/08/2017, DJe 30/08/2017; REsp 1369571/PE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 22/09/2016, DJe 28/10/2016; AgRg no REsp 1582638/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016; AgRg no AREsp 938.492/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/09/2016, DJe 06/10/2016. Aliás, este é o entendimento desde há muito sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, o que se comprova por meio de julgado do ano de 1999, da Corte Especial: "Recurso especial. Não ofende o princípio da Súmula 7 emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados." (AgRg nos EREsp 134.108/DF, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Corte Especial, julg. em 02/06/1999, DJ 16/08/1999, p. 36).
[337] Cfr. MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas ... Op. cit.*, p. 106.

Direito impõem que a decisão a ser proferida sirva de modelo para os casos que virão. Inclusive, são as razões de decidir que efetivamente importam nesse papel de reconstrução de sentido, pois é por meio da fundamentação (que envolve fatos e direito) que a sociedade terá o conhecimento necessário do verdadeiro significado do Direito vigente.[338]

A conclusão, portanto, é lógica – a despeito da interpretação teleológico-sistemática que a Constituição precisa receber. Além das decisões judiciais expressamente referidas como vinculantes, o texto constitucional também permite que outros pronunciamentos judiciais recebam o mesmo qualificativo, afinal, a leitura das atribuições direcionadas às Cortes Supremas revelam um inexorável exercício de Cortes de Precedentes, ainda que julgando recursos extraordinários e especiais, quando também atuam com a nobre e exata atribuição de unificar e promover a coerência do Direito.[339]

Por óbvio, esses precedentes vinculam a todos os órgãos jurisdicionais, e não apenas judiciais, afinal, o que se está em jogo neste meandro de debates, é a própria força normativa da Constituição.

2.7 Precedentes no Código de Processo Civil de 2015 e sua função racionalizadora – a legislação como padrão de mudança de cultura

Afirmou-se acima que a observância de precedentes não foi uma novidade introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015. A experiência de seguir decisões pretéritas tem raízes

---

[338] Neste sentido, e por todos, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 12. ed., 2017, livro digital, p. 1.215: "Nesses termos, resta evidente que o efeito vinculante da decisão não está restrito à parte dispositiva, mas abrange também os próprios fundamentos determinante. Como se vê, com o efeito vinculante pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquele objeto do pronunciamento jurisdicional (...)".

[339] Cfr. MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas ... Op. cit.*, p. 93-152. E apesar de o entendimento em questão ser mais fácil de compreender nos recursos extraordinários pelo Supremo Tribunal Federal, isso em razão da repercussão geral ser um requisito de cabimento de referida irresignação, a doutrina entende que este mesmo papel é observado no âmbito do STJ, ainda que sem o requisito da repercussão geral, vide MARINONI, Luiz Guilherme, *O STJ enquanto Corte de Precedentes ... Op. cit.*, p. 113: "O Judiciário, no contexto da dissociação entre texto e norma e de elaboração da norma a partir do caso concreto e da Constituição, tem no STJ a Corte Suprema com função de definir o sentido que deve ser extraído do texto legislativo. (...) O STJ é o órgão que, dentro do Poder Judiciário, coloca-se ao lado do Legislativo para fazer frutificar o direito federal infraconstitucional ajustado às necessidades sociais.".

históricas no Direito brasileiro, bastando lembrar, por exemplo, que os assentos da Casa de Suplicação portuguesa aplicavam-se obrigatoriamente no Brasil colônia.[340]

Portanto, se há alguma ideia vanguardista que possa ser atribuída à lei processual não é o fato de prever a observância obrigatória de seguir precedentes, mas sim de tentar popularizar e espraiar a cultura dos precedentes. Assim, a existência de uma previsão legislativa dentro da lei de procedimentos utilizadas no dia a dia do foro é uma grande evolução para um país que, a despeito de suas vetustas raízes de observar precedentes, ainda encontra-se muito presa à retrógrada ideia de que o Judiciário apenas declara a lei do caso concreto, como se ignorasse a hoje incontestável ideia de que norma e texto são dois conceitos e institutos distintos; como se os juízes não contribuíssem para o ressignificado do Direito, que é o que costumeira e faticamente se observa.

A imposição de um texto legal afirmando de forma peremptória que "os juízes e tribunais observarão" (art. 927, do Código) determinadas decisões judiciais, representa essa grande novidade inaugurada pelo CPC/15,[341] motivo pelo qual é alvo de constantes e acalorados debates, inclusive sobre a constitucionalidade do dispositivo.[342]

Apesar de ser verdadeiro o argumento de que graduais mudanças de condutas e hábitos em uma sociedade são as molas propulsoras das alterações dos padrões estabilizados, não se tem dúvidas de que uma modificação legislativa também teria esse poder.[343]

---

[340] DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. In *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, jul.-dez. 2015, versão eletrônica, assim como TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte de direito. São Paulo: RT, 2004, p. 233-246, e ainda TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil – da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 180-181. Especificamente sobre o Código de 2015, e fazendo um breve histórico sobre as reformas do Judiciários e as constantes inclusões de decisões vinculativas entre 1998 e 2015, eis o que afirma BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 295: "O legislador brasileiro inequivocamente já havia importado, portanto, mesmo antes da promulgação do Novo CPC, a técnica do precedente vinculante ou obrigatório.".

[341] Em sentido semelhante, afirmando que a existência de um "rol de precedentes normativos formalmente vinculantes a ser observado por todos" é "uma das maiores novidades da nova legislação, senão a maior", ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modeLo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?. In *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 257, jul. 2016, versão eletrônica.

[342] Sobre essa discussão, que não cabe no presente trabalho, ver as indicações da nota 212 *supra*.

[343] Discordando do exposto, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. *Op. cit.*, p. 296. Todavia, logo em sequência, no mesmo parágrafo, "contrariando" a sua afirmação de que uma cultura não se muda por um "golpe legislativo", assenta o autor: "A nossa história ensina que é possível, sim, mudar um paradigma jurídico a partir de uma decisão política racional, como foi feito em Brasil e Portugal no final do Século XVIII com a Reforma Pombalina e a denominada 'Lei da Boa Razão'.".

Exemplos mais antigos, assim como alguns mais atuais, talvez ajudem a elucidar o ponto. As modificações legislativas a respeito do uso do cinto de segurança (datada de 1997), assim como o uso da cadeirinha de bebês em carros (do ano de 2008), são demonstrações claras de alterações legislativas que moldaram novos comportamentos da população. Já nos dias mais atuais, a Lei Anticorrupção e a Lei Geral de Proteção de Dados são dois grandes exemplos de documentos normativos editados que realmente alteraram padrões de conduta. A primeira teve o claro resultado de espraiar seus efeitos para as normas de *compliance*, com especial direcionamento para as empresas do setor privado; já a segunda, visa a dar maior proteção às informações, com mais clareza e prestação de contas, o que se mostrava necessário ante o questionado modo que as empresas (principalmente as de tecnologia) vinham tratando os dados de cidadãos em seu poder.

A ratificar o exposto, ou seja, de que modificações legislativas também podem alterar a cultura, basta atentar para o crescimento exponencial dos estudos e trabalhos científicos publicados especificamente sobre o tema dos "precedentes", aumento esse diretamente relacionado com a edição do Código de Processo Civil de 2015.[344] A correlação é sintomática: mais textos, mais estudos, mais conhecimento, novas ideias, novas associações e novas práticas.[345] Uma nova cultura, pois.

Interessante notar, ainda, que a esperada mudança cultural no entorno do uso dos precedentes pelos operadores e aplicadores do Direito, motivada pelo texto normativo obrigando a sua observância, tem relações diretas com que se denominou alhures de fatores de

---

[344] Essa questão foi demonstrada em OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Motivação e discricionariedade*: ... *Op. cit.*, fl. 194, especialmente em nota 389. Naquela oportunidade comparou-se a quantidade de artigos publicados até agosto de 2014 na prestigiosa Revista de Processo, quando se inseria no campo de pesquisa o termo "precedente". O resultado seria um total de 33 trabalhos; ao fazer a mesma pesquisa, porém aumentando a busca para todos os periódicos editados pela atual editora Thomson Reuters Brasil, o número de artigos crescia para 62 no total. Veja-se que no referido ano, 2014, a lei processual que estabeleceu a vinculação dos precedentes ainda estava em debate. A mesma pesquisa foi realizada no final do ano de 2019, quando o livro foi remetido para a editora. Nesta pesquisa, efetuada da mesma maneira, no mesmo sítio eletrônico, mostrava que o número de trabalhos editados até novembro daquele ano era de 130 artigos na Revista de Processo e 242 trabalhos em todos os periódicos da mesma editora. O considerável aumento do número de estudos (mais que quintuplicou), e apenas atentando para esta editora, fala por si só. Outra pesquisa mais recente, realizada em fevereiro de 2021, já demonstra um novo, porém mais módico, crescimento dos estudos, com 280 documentos encontrados na pesquisa realizada com a palavra-chave "precedente" em todos os periódicos da editora, e 149 textos apenas na Revista de Processo.

[345] No mesmo sentido, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. *Op. cit.*, p. 296: "Para terminar esse trabalho com alguma dose de otimismo, talvez possamos imaginar que o CPC na verdade já é o resultado de uma nova cultura jurídica em formação: uma cultura radicalmente democrática e pautada por uma reflexão crítica sobre o processo pautada pela Constituição. Existe pelo menos um indicativo de que isso pode estar acontecendo: a crescente melhora qualitativa da nossa produção científica e acadêmica sobre o precedente judicial e a fundamentação adequada das decisões judiciais, que atingiu elevado patamar de qualidade nos últimos anos".

racionalização sistêmica e econômica do precedente, que, também como já anotado, foi a principal justificativa apontada na exposição de motivos da lei processual para a inserção de dispositivos que tratavam da vinculação das decisões pretéritas aos casos futuros.

A própria construção do sistema processual vigente foi pensada para esta ideia de moldar uma nova cultura da litigância, tanto que o Código foi expresso ao buscar barrar novas ações que contrariassem o entendimento consolidado em casos repetitivos. A exemplificar, basta ver as previsões que obstam ações e recursos de forma liminar e monocrática que contrariem precedentes,[346] bem como que concedem medidas provisórias antecipatórias quando a pretensão é *prima facie* convergente com os precedentes obrigatórios.[347] A finalidade destes dispositivos, por certo, é impedir o desgaste de tempo, recursos e pessoal na resolução daquilo já assentado, bem como acelerar o cumprimento do direito quando este já estiver concretamente definido. O pensamento maior por trás dessas normas é a tentativa de desestimular a litigância aventureira, muito comum por causa de divergências e contradições em variadas decisões que analisam a mesmas questões jurídicas. Uma verdadeira loteria judicial!

E foi partindo dessa impressão praxista, até porque o Brasil pouco conhece sobre pesquisas empíricas que estudaram as verdadeiras causas para a lentidão e o abarrotamento de demandas nas cortes judiciais,[348] o legislador reformista derivado elegeu a repetição de processos como o grande vilão a ser combatido pelos precedentes (repetição aqui entendida como identidade de questões jurídicas debatidas nas ações judiciais).[349] E é bom que assim

---

[346] Exemplo do exposto é visto nos artigos 332 e 932 do CPC, que trata da improcedência liminar do pedido e dos poderes monocráticos do relator dos processos nos tribunais.

[347] É o caso da previsão do art. 311, II, do CPC.

[348] Essa afirmação é ratificada pelo "Justiça em Números", que anualmente apresenta os dados da atuação judiciária do ano anterior à sua divulgação. E pelo que se verifica dessas recorrentes informações, indubitável o abarrotamento das cortes brasileiras. E nem se diga que a culpa da lentidão é dos juízes e juízas brasileiros, até porque o mesmo "Justiça em Números" é prova da quantidade de decisões proferidas por cada um desses funcionários públicos (não que quantidade seja sinônimo de qualidade, mas a grande quantidade de pronunciamentos acaba por exonerá-los da culpa pela lentidão). As íntegras das pesquisas judiciárias realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça podem ser encontradas em https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Último acesso em 20 fev. 2021.

[349] Aliás, essa eleição parece não ter sido aleatória. Conforme ensina THEODORO JR., Humberto. Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil - demandas repetitivas. In *Revista de Processo.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, vol. 255, mai. 2016, versão eletrônica, quando falava da igualdade e da segurança jurídica como fundamentos para a utilização de uma teoria dos precedentes nos países de *common law*, assim vaticinou sobre o Brasil: "Essas mesmas garantias constitucionais têm inspirado o direito brasileiro a adotar e aperfeiçoar ao longo de mais de meio século o sistema de valorizar a jurisprudência por meio de súmula dos julgados que se tornam repetitivos e que são capazes de sintetizar teses consolidadas, principalmente nos tribunais superiores do país.". Muitas são as vozes que criticam a utilização do julgamento de casos repetitivos como aplicação da teoria dos precedentes, por todos, RODRIGUES, Marcelo Abelha. Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angústias e desconfianças. In *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 259, set. 2016, versão eletrônica.

tenha ocorrido, até porque não há lógica em tratar casos idênticos (questões jurídicas iguais) de maneiras diferentes, muito menos perder tempo com novas análises sobre questões normativas já previamente decididas – pelos menos quando estas não tenham elementos novos a respeito do que foi deliberado.

Em termos de "precedentes normativos formalmente vinculantes",[350] e conforme o texto do art. 927, do CPC/15, a mais relevante novidade inaugurada com o Código espelha essa ideia. O incidente de resolução de demandas repetitivas teve como mote replicar a unificação de teses jurídicas inicialmente realizada por meio dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, só que no âmbito de Tribunais Estaduais e/ou Regionais. Foi a partir da criação desse instituto que se passou a falar sobre a existência de um microssistema de casos repetitivos, na esteira do texto do art. 928, do Código.[351]

É possível, também, afirmar que o incidente de assunção de competência poderia ser encarado como outra novidade adotada pelo Código, porém, em razão de seu espectro mais limitado, a sua utilização como elemento de padronização decisória é notoriamente mais restrita.

Já com relação às demais decisões listadas no art. 927, do Código, cuja finalidade, como indica o próprio art. 926, seria concretizar os valores da estabilidade, integridade e coerência dos processos estatais, novidade alguma se verifica, uma vez que sua utilização como decisão de observância obrigatória já derivava de outros textos normativos, seja de forma expressa, como os enunciados de súmulas vinculantes, as ações diretas de constitucionalidade, os recursos repetitivos, seja implicitamente, como as súmulas do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, além das decisões tomadas pelo órgão especial dos tribunais em geral.

Ratifica-se, pois, que a positivação de uma regra que obriga aos juízes atentarem para determinados tipos de decisão tem na própria positivação da norma e, consequentemente, no seu ideal de racionalização, os grandes e principais diferenciais. A premente necessidade de solução massificada das demandas repetitivas, ou seja, resolver (ou estancar) o manancial de

---

[350] Com o perdão para usar, novamente, a precisa expressão de ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes* – teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: JusPodivm, 2016.

[351] Sobre o microssistema de casos repetitivos, por todos, OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. O microssistema de casos repetitivos - apontamentos sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos repetitivos. In *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.* Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, p. 477-502.

ações entrantes que possuem o mesmo substrato de direito, é a grande aposta do Código para esta mudança de cultura na defesaa da aplicação de uma teoria dos precedentes.[352]

Interessante, aqui, não menosprezar esse desiderato do legislador, até porque estabelecer formalmente uma vinculação obrigatória de decisões pretéritas em razão de casos repetitivos é corolário lógico para evoluirmos de uma sociedade que adira a um modelo de "cultura da aceitação" ou "cultura da compreensão" quanto aos pronunciamentos do Poder Judiciário.[353] Essa ideia é uma verdadeira oposição ao combatido juízo de "cultura da sentença" na feliz expressão cunhada por Kazuo Watanabe,[354] muito comum no Brasil, cujo respeito aos direitos e o cumprimento de deveres estaria sempre vinculado à decisão impositiva de um terceiro imparcial.

É de se ressaltar que a criação de uma "cultura da aceitação" não é uma alternativa à sentença, como o seria no caso da "cultura da conciliação" [355], outro ideal também a ser buscado em sociedades beligerantes como a brasileira, cuja imposição de um pronunciamento pelo terceiro deveria ser superada pela composição entre as partes (com ou sem a ajuda de outrem). No cenário da aceitação, se está diante de uma situação em que aquela posição jurídica entendida pelo jurisdicionado como violadora do seu direito não ocorreu, motivo pelo qual não há razão para nova decisão ou mesmo para autocomposição. A aceitação pressupõe a compreensão do sistema e o convencimento de que a sua mentalidade a respeito de determinado fato precisa ser modificada. Até porque, não há razão para buscar uma nova decisão sobre algo já decidido, tampouco há estímulo ou lógica em transacionar a respeito de questões já declarados como legais ou ilegais para fins de adequação ao texto normativo.

Como a solução é entender que não há direito violado (ou, se houver, não resistir à pretensão da outra parte), bem como que a sua resolução pelo Judiciário já ocorreu, ou seja, o sentido da norma já foi construído pelo órgão competente, basta ao jurisdicionado aceitar a decisão e não litigar. Essa é a mensagem que se observa de uma leitura sistemática do Código fincada em uma tentativa de resolver uma desenfreada litigância de massa.

---

[352] Essa também parece ser a conclusão de ARAÚJO, José Henrique Mouta. Os precedentes vinculantes e o novo CPC: o futuro da liberdade interpretativa e do processo de criação do Direito. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 439.

[353] Este também parece ser o entendimento de MARINONI. Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 185: "De modo que o respeito aos precedentes constitui importante fator para a despersonalização das demandas e, portanto, para a aceitabilidade das decisões e a afirmação do poder estatal.".

[354] WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In *Estudos em homenagem à professora Ada Pelegrini Grinover.* Org. Flávio Luiz Yarshell e. São Paulo: DJP Editora, 2005.

[355] WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In *Estudos em homenagem à professora Ada Pelegrini Grinover. Op. cit.*.

Claro que esse fator de racionalização, de busca pelo aprimoramento de solução de questões jurídicas repetidas, revela-se como mote principal do Código[356] ao inserir em seu texto a obrigação de seguir decisões pretéritas, mas, por certo, que ele não é o único. Para além da ideia de mudar uma cultura, que se afigura evidente, ante as análises ora realizadas, também é possível verificar, pela própria exposição de motivos da lei, a afirmação de que "a dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário".[357]

Ora, toda e qualquer preocupação que envolva a teoria dos precedentes, como também se afirmou anteriormente, é, de um modo geral, com os ideais de isonomia e segurança. E diferente não poderia ser com o Código de Processo Civil vigente, que possui uma linha mestra bem definida, mas não se descurou de outras razões igualmente importantes para assentar a obrigatoriedade de observar os precedentes, até porque, vive-se em um Estado Democrático de Direito, no qual a defesa dos valores constitucionais inclusivos e bem estruturados é uma bandeira que deve estar sempre em riste.[358]

Portanto, e salvaguardadas as vozes destoantes da validade do sistema de precedentes adotado pela lei processual de 2015,[359] é salutar a previsão do Código que traz texto normativo direto e expresso afirmando as decisões vinculativas no sistema judicial brasileiro, cuja positivação teve sim o claro intento de modificar uma cultura, o que já não era sem tempo,

---

[356] THEODORO JR., Humberto. Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil - demandas repetitivas. In *Revista de Processo.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, vol. 255, mai. 2016, versão eletrônica, chega a afirmar que "O NCPC, ao [sic] inserir o sistema de precedentes em nosso direito processual civil, o fez a partir do mecanismo da identificação da tese e não do caso (...)".

[357] Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Último acesso em 21 fev. 2021.

[358] Expressivo quanto ao ponto é a ideia de ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 235, set. 2014, versão eletrônica, para quem: "Portanto, um modelo de precedentes é racional porque completa o círculo de interpretação jurídica, propondo um ulterior fechamento do discurso jurídico por uma metodologia de controle de sua aplicação, na qual prepondera a função das cortes de vértice, das Cortes Supremas. Um modelo de precedentes é igualmente racional porque fundado na regra da universalização, ou seja, no controle das decisões exaradas pelos juízes e tribunais que devem atender a premissa de serem decisões universalizáveis para os casos análogos futuros.".

[359] Para além daqueles que entendem pela inconstitucionalidade, vide nota 212 acima, é possível encontrar interpretações variadas sobre a questão da vinculação dos precedentes elencados no art. 927, do CPC. É o que se verifica, *v.g.*, em CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro.* São Paulo: Atlas, 3. ed., 2017, p. 440-441, notadamente ao afirmar que a força vinculante das decisões elencadas no art. 927 não derivaria do referido artigo, mas sim dos dispositivos que regulam cada uma das decisões previstas no referido rol. Assim, e exemplificativamente: "as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, I) têm eficácia vinculante por força do disposto no art. 102, §2º, da Constituição da República (...)" (p. 440); "os acórdãos proferidos no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 927, III) também têm eficácia vinculante, a qual decorre do disposto no art. 985 (...)", etc.

principalmente ante a nova realidade dos ordenamentos modernos, especialmente com o Direito dos Estados Democráticos das Constituições pós-bélicas.

Por fim, dois apontamentos se fazem imperiosos. O primeiro, é claro que a previsão normativa em questão não equipara o sistema de precedentes do Código àquele dos ordenamentos jurídicos de origem anglo-saxã; e nem poderia, seja por questões jurídicas, seja por questões fáticas. Cada sistema tem suas peculiaridades[360-361] e suas prioridades no tratamento de suas fraquezas e debilidades. O importante, e essa parece ter sido uma das mensagens do Código de 2015 ao trabalhar o tema dos precedentes, é a tentativa de afastar, de uma vez por todas, a cultura brasileira da vetusta e retrógrada ideia que alinhava a atividade jurisdicional à função meramente declarativa do Direito, o que já é superado e equivocado desde que se passou a compreender que texto e norma não se confundem.

Já o segundo, não se tem dúvidas que a lei processual tem validade para os casos regidos por suas previsões. O seu debate aqui se faz necessário pois, como dito, a inserção de uma lei obrigando atentar-se para precedentes é uma conquista cuja ideia, essa sim, ultrapassa as raias do processo judicial em que proferida a decisão. Todavia, e isso precisa ficar assentado de forma direta e expressa, as normas do Código de Processo Civil aplicam-se aos processos judiciais cíveis, quando muito aos procedimentos eleitorais, trabalhistas e administrativos, na forma do art. 15 da lei processual em vigor, ou mesmo quando outras determinações normativas assim expressarem.[362] O que não se pode admitir é a sua aplicação para todo e qualquer órgão que exerça jurisdição; definitivamente não é disso que se trata.

---

[360] "(...) Isto é, não é adequado afirmar que, porque o *stare decisis* no direito inglês ou estadunidense é diferente, ele não pode servir a um fim específico e diverso no sistema jurídico brasileiro. Aliás, é fundamental que o sistema de precedentes brasileiro guarde diferenças com os modelos recepcionados, exatamente para que possa dar conta das necessidades bastante peculiares da sociedade e da distribuição de justiça nacionais – peculiaridades essas que são bem evidenciadas nos dados fornecidos sobre os entraves e problemas do Judiciário.", cfr. MACÊDO. Lucas Buril de. Algumas considerações sobre o regime processual das demandas repetitivas. In *Revista de Processo*. São Paulo: Thomson Reuters, v. 296, out. 2019, versão eletrônica. Também ressaltando a diferença entre o precedente brasileiro e o precedente do *common law*, ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 399-405.

[361] Como bem salienta TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In *Paginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons. 2009, pp. 543-545, há diferenças entre a teoria dos precedentes nos próprios países de *common law*: "*Se sabe, en enfecto, que el precedente inglés se diferencia fuertemente del americano por ser más rígido y vinculante, mientras* [sic] *que los tribunales americanos rechazan los vínculos formales y cultivan una concepción elástica y sustancialmente persuasiva del precedente*.".

[362] Como no caso da Lei de Arbitragem, que em seu artigo 14 assim prevê: "Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.".

2.8 Conclusão parcial

Como se observou acima, apesar de o precedente judicial ter sua origem ligada ao direito inglês, o que se verificou é que antes da formação dos Estados Modernos boa parte dos ordenamentos jurídicos europeus tinham suas decisões guiadas pelos entendimentos exarados pelos tribunais. A verdadeira cisão entre as famílias de *common law* e *civil law* foi verificada no final do século XVIII e início do século XIX, muito influenciado pela doutrina iluminista da Revolução Francesa e pelo positivismo jurídico, cuja base teórica estava ligada à uma rígida ideia de Separação dos Poderes.

A justificativa para essa rotineira associação entre precedente e direito inglês ocorre porque a prática judicial da ilha não sucumbiu pelas frequentes críticas recebidas em razão da criação judicial do Direito, encabeçadas, no caso do Reino Unido, por Jeremy Bentham. Todavia, ainda que seguir precedentes seja uma prática antiga no território britânico, foi apenas no século XIX que se verificou uma verdadeira obrigação normativa de observar os precedentes. Basicamente, foi com o enfrentamento dos casos *Mirehouse v. Rennel,* de 1833, *Beamish v Beamish*, de 1861 e *London Tramways Co. v London County Council*, de 1898, assim como em razão da reforma dos *Law Reports* em 1865 e com a edição dos *Judicature Acts*, entre 1873-1875, que se consolidou uma teoria dos precedentes com força vinculante, os quais, inclusive, passaram a ser imutáveis pelos tribunais, o que apenas se alterou em 1966.

Todavia, seguir precedentes, pelo menos até o advento do Constitucionalismo contemporâneo, justificava-se por sua proclamação advir de uma autoridade institucionalmente autorizada, ou seja, a razão para se observar os casos passados era porque havia um Tribunal competente para tanto. Foi apenas no limiar da segunda metade do século XX, especialmente pela ascensão das Constituições pós-bélicas ao epicentro legislativo dos ordenamentos, que as nuances democráticas passaram a ser trabalhadas para fins de justificar a vinculação dos precedentes.

De toda forma, os precedentes têm em sua base de sustentação, têm como seus pressupostos, dois elementos inderrogáveis: isonomia e segurança jurídica. Essas garantias, aliás, são as mesmas daquelas usadas para justificar a legiferação da Era das Codificações, o que já começa a iluminar os motivos pelos quais um sistema de precedentes não pode ser associado apenas com os ordenamentos de *common law*.

Neste sentido, a ideia de isonomia está ligada à imperiosa necessidade de buscar uma regra de universalização para fins de aplicação equânime das normas dos ordenamentos (incluindo-se nessa os precedentes). Essa aplicação isonômica da lei, todavia, não se escora em uma rígida identidade fático-jurídica (como se fosse uma litispendência), mas sim em uma análise contextualizada da causa em julgamento e a sua equivalência com o precedente. Verificando que a *ratio decidendi* do caso pretérito é "igual" ao discutido no caso presente, então pelo imperativo da igualdade, a solução dos casos deve ser a mesma.

O que precisa estar bem assentado é que a igualdade para a teoria dos precedentes, pelo menos nesse viés atual, precisa encampar não apenas um princípio formal de justiça, que é básico de qualquer sistema jurídico, mas também a sua vertente material, através da qual a isonomia na aplicação da lei deve ser uma consequência natural em um Estado Democrático de Direito.

Já a segurança jurídica desde sempre veio escorada na ideia de certeza e previsibilidade. A noção destes conceitos, todavia, mostrava-se inicialmente estanque, o que se refletia, por exemplo, na proibição de os tribunais ingleses de modificar os seus precedentes – o que vigorou até 1966. Claro que um Estado Democrático não pode guiar-se por decisões fixas e imutáveis, uma vez que a alteração é também um imperativo de evolução sistêmica. Assim, o relevante para esta abordagem geral sobre a segurança é a defesa de uma perenização do entendimento, pois, além de influente para o desenvolvimento e o progresso do Estado, é a prévia ciência e conhecimento das normas por parte dos cidadãos que regem suas condutas de acordo com os entendimentos estatais a respeito do sistema. E isto engloba não apenas a norma legislada, mas a sua própria concretização, que pode ser uma reconstrução ou construção de sentido da lei.

Apresentado os elementos básicos de uma teoria dos procedentes, e já com a ideia de democracia e Estado de Direito em mente, o que se observou foi a necessidade de aprofundamento na teoria dos precedentes, atentando para dois grandes e gerais fundamentos para seguir decisões pretéritas: o consequencialista e o deontológico.

O primeiro, o consequencialista, está mais ligado à ideia de segurança jurídica apresentada anteriormente, porém com olhos voltados para a sua atual vertente, afinal, não seria lógico e nem razoável um rotineiro câmbio de entendimentos sobre o significado das normas legisladas. A alteração cotidiana do Direito, ou melhor, do seu sentido, não é albergado em um Estado que busca garantir previsibilidade e certeza aos seus cidadãos. Aliás, a evolução da

sociedade passa pela necessidade de conhecimento prévio das normas, cuja construção de significado é tarefa do Judiciário.

Já o segundo, o deontológico, está associado a um ideal filosófico de que seguir precedentes é bom por si só, pois inerente a uma noção de coerência sistêmica. Por trás dessa razão deontológica encontra-se o princípio da igualdade, porém dentro da sua vertente material. Não basta enunciar que casos iguais precisam ter tratamento equiparado, é imperioso que a aplicação da regra seja a mesma quando assim for verificada a equivalência das causas. A ideia é de efetiva igualdade na aplicação da lei.

Mas, esses dois grandes fundamentos, bem relacionados com os pressupostos para observar precedentes (isonomia e segurança jurídica), não revelam toda a base de razões que impõe o fiel seguimento ao decidido anteriormente pelos tribunais. Veja-se, as razões consequencialistas e deontológicas são sim suficientes para justificar uma teoria de vinculação dos órgãos jurisdicionais aos casos pretéritos, mas, dentro de um Estado Democrático de Direito, é preciso perscrutar outras boas razões para tanto.

Neste rol de novas razões para seguir precedentes, quando já se buscou referências com o direito brasileiro, elencou-se a forma de organização judiciária, cuja hierarquia entre os tribunais é fator mais do que decisivo e relevante na teoria dos precedentes. Ponto nodal a referido respeito está no dever de autorreferência, que impõe aos próprios órgãos prolatores das decisões observarem suas exações anteriores, sob pena de as próprias bases fundantes do precedente (isonomia e segurança) perderem sentido.

Também procurou-se esmiuçar a ideia de proteção material do princípio da igualdade. Apesar de já adiantado em tópicos iniciais, o objetivo foi demonstrar que a verdadeira nuance da igualdade somente se garante com uma interpretação equânime realizada pelos tribunais, cuja consequência inexorável é a igualdade das decisões proferidas pelo órgão jurisdicional. Mostrou-se que, neste entendimento, havia elementos de razão prática que justificavam a observância dos precedentes, e não apenas o argumento de autoridade. O fundamento da isonomia, portanto, é a própria ideia de justiça do caso concreto, porém analisando o ordenamento como um todo, leis e casos pretéritos, tudo com vias a garantir uniformidade e coerência no Direito e na sua aplicação.

No mesmo caminhar, procurou-se adensar os conceitos de previsibilidade e certeza jurídica, inerentes à ideia de segurança jurídica. Essa noção, inclusive, foi estruturada dentro da nova realidade jurídica mundial, que tem na norma legislada textos com uma linguagem que

pode ser ambígua, cuja consequência não seria determinada *prima facie*, a tornar igualmente imprecisa a esperada previsibilidade e certeza jurídicas. A única forma de minorar essa ambiguidade do texto normativo seria observando e atentando para as decisões judiciais, que por auxiliarem na construção de sentido das normas legisladas, tem no pronunciamento exarado a forma de conceder a ciência e a boa informação para que os cidadãos controlem ou moldem suas ações. E como corolário lógico dessa compreensão da segurança jurídica, a proteção da confiança ganha importância e destaque no sistema jurídico, afinal, apenas com normas previsíveis e certas é que o cidadão poderá ver assegurada a sua confiança na atuação do Estado como cumpridor de seus deveres, responsabilidades e obrigações.

Para além de densificar o conteúdo da segurança jurídica na sua vertente subjetiva, ou seja, nessa sua essência voltada para a proteção dos cidadãos, demonstrou-se, ainda, a faceta objetiva da segurança: a estabilidade. Não adianta ter prévia ciência do sentido do direito se esse entendimento é rotineiramente alterado. A necessidade aqui é de permanência, ou melhor dizendo, é preciso que o significado do texto, que a fixação da norma, seja perene para permitir a sua aplicabilidade de forma universal. Não se trata, por óbvio, de imutabilidade de sentido, mas uma cristalização que conceda segurança aos cidadãos no sentido de permitir a observância daquele entendimento sufragado pelo Judiciário, isso dentro de determinado quadro fático-normativo, e confiar de que aquela decisão é que regerá as suas ações dali em diante.

E para fechar esse rol de novas razões elencadas para seguir precedentes, tratou-se das racionalidades econômica e sistêmica.

A racionalidade econômica tem suas raízes deitadas tanto para o Estado, nesse caso em sua atuação como órgão de decisão, como para os jurisdicionados, destinatários da norma. Reserva de custos, material, tempo, pessoal e intelecto são claros exemplos de como se mostra imperiosa a observância de um racional econômico ao defender uma teoria dos precedentes.

Noção semelhante é defendida para a ideia de racionalidade sistêmica, afinal, atrelado ao racional econômico, o que precisa vingar é o ordenamento jurídico orgânico e bem estruturado, com efetivo combate às arbitrariedades. E esse ideal somente existe dentro de um sistema ordenado e com os sentidos e significados das normas bem definidos.

Pelo que se pôde perceber, os motivos elencados para cada uma das referidas razões para seguir precedentes se entrelaçam. Alguns de forma mais direta, como no caso das noções de estabilidade e da previsibilidade, duas faces da "moeda" que representaria a segurança

jurídica, outras de maneira mais circunstanciada, como as noções de hierarquização das cortes e racionalidade econômica, além de isonomia e racionalidade sistêmica.

O que não se pode olvidar, e foi o que se pincelou para, posteriormente, adensar, é que referidas justificativas, dentro de uma dimensão ético-normativa, também são motivos que se subsumem para a defesa da aplicação da teoria dos precedentes em ordenamentos jurídicos de origem romano-germânicos.

Aliás, o que se verificou no texto, e procurou-se sempre explorar, é que o atual momento histórico, cujo marco são as Constituições pós-bélicas, datadas da segunda metade do século XX, tem em sua essência um corpo de normas legisladas com uma tessitura claramente aberta, ou melhor dizendo, uma linguagem vaga que revela ser impossível delinear direitos e deveres sem a participação do Judiciário. Todas as garantias fundamentais insertas nos textos constitucionais democráticos, a exemplo da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade, igualmente indeterminadas linguisticamente, são valores cuja concreção não podem ficar à mercê de um texto geral e abstrato prévio produzido pelo Poder Legislativo, como se fosse sua única e exclusiva atribuição.

Assim, se o redesenho dos três Poderes é uma condição do atual estado de desenvolvimento da Teoria do Direito, então o Poder Judiciário não pode deixar de atentar para a sua função integralizadora do ordenamento, ou seja, o significado das normas que podem e são atribuídos ou redefinidos pelos tribunais precisa ser analisado e avaliado também como textos normativos.

O caso brasileiro não difere do exposto, onde, inclusive, é frutífera e antiga a prática de observar precedentes. Portanto, se hoje existe uma afirmação incontroversa em termos de teoria dos precedentes, é que há uma verdadeira convergência entre as famílias de *civil law* e *common law*, cuja confluência de ideias permite dizer que as decisões pretéritas integram os ordenamentos romano-germânicos, até porque todo e qualquer ordenamento que se preze democrático e regido pelo Direito, busca coerência e uniformidade, o que, na realidade atual, só se alcança com um sistema verdadeiramente híbrido, atentando para a força dos precedentes judiciais.

A consideração de que o precedente vincula as decisões futuras, conforme motivos acima, revela que, além de norma jurídica, moldada para o caso concreto, ele também funciona como fonte de direito.

Esta constatação, como visto, não levanta controvérsias nos sistemas jurídicos de origem anglo-saxã, porém, nos países de tradição romano-germânica, ainda há relutância em sua aceitação. Entretanto, e como demonstrado, trata-se de uma aversão sem maior sentido, que precisa urgentemente ser superada, pois desconsiderar a função do precedente como gerador de direitos e obrigações equivale a prender-se a uma percepção sobre o Direito que não tem mais espaço na contemporaneidade. A partir do momento em que texto e norma são encarados como dois fenômenos distintos, não há espaço para isolar a compreensão de fonte de direito como ínsita ao texto legislado.

A conclusão, elementar, é válida para todo e qualquer ordenamento que se preze democrático e pautado pelo Direito, ou seja, aplica-se para os sistemas jurídicos de forma indiscriminada. E o caso brasileiro pode ser considerado um grande exemplo desse rotineiro uso de precedentes vinculantes, ou seja, como um país que tem nas decisões judiciais verdadeiras fontes de direito, isso fora do universo dos países ligados ao *common law*.

O Brasil, pelo que se analisou, desde há muito namora com um modelo de vinculação de decisões, o que se afirma, *v.g.*, pela influência dos assentos portugueses, passando pelos primeiros decretos autônomos, que também consagraram referido instituto que era editado pelo antigo Supremo Tribunal de Justiça, culminando com as Constituições promulgadas após a Proclamação da República, especialmente a de 1937 e posteriores emendas.

O período de redemocratização, todavia, é o verdadeiro marco da retomada da força pujante dos precedentes, até porque já embebido com o novo ideal de textos normativos com cláusulas gerais e conceitos indeterminados, além da consolidação do entendimento de que texto e norma não se confundem. A Constituição de 1988, assim, é o mais relevante diploma normativo com referência à teoria dos precedentes, sendo possível, inclusive, verificar textos normativos expressos e implícitos veiculando a obrigação de seguir decisões judiciais.

Exemplo do primeiro caso são as ações diretas, cujo manejo, pelo menos da ação direta de inconstitucionalidade, é verificado desde a origem do texto constitucional democrático, mas com raízes que remetem a instrumentos estabelecidos na Constituição de 1937. E pode-se afirmar que a evolução do sistema de controle de constitucionalidade das leis no Brasil é praticamente coincidente com o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes, pois foi com a evolução do controle de compatibilidade das normas constitucionais que a análise sobre os fundamentos da decisão passou a ser melhor realizada.

Especificamente no texto constitucional vigente, computando, assim, suas emendas, é possível elencar quatro figuras com expressa disposição afirmando sua vinculação obrigatória: a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a súmula vinculante – sempre guardadas as devidas análise e atenção para o que foi destacado sobre esta última figura.

Já em relação às previsões constitucionais implícitas, os recursos especial e extraordinário, cujas funções são de unificar a interpretação dos textos normativos (constitucional e infraconstitucional), são exemplos salutares da dita vinculação. Isto porque, por mais que não exista determinação expressa para que referidas decisões sejam observadas, a estrutura da Constituição e, notadamente, as funções atribuídas às Cortes Supremas, não permitem qualquer conclusão diferente.

O reflexo lógico da exposição sobre esses precedentes previstos na Constituição, expressos ou implícitos, é que seus efeitos se irradiam para (ou seja, vinculam) todo e qualquer órgão que exerça jurisdição, e não apenas as instâncias judiciais.

Para fechar o estudo sobre os precedentes, abordou-se a nova sistemática de vinculação prevista pelo Código de Processo Civil de 2015. Diferentemente da previsão constitucional, cujos efeitos são amplos e praticamente irrestritos, a lei de ritos cíveis é limitada e direcionada. Suas previsões, com exceção do permissivo do seu art. 15, somente abarca os procedimentos regidos por suas disposições, ou seja, os processos judiciais cíveis.

Todavia, o Código de 2015 tem uma importante e pouco explorada função que merece encômios: a de tentar implantar e modificar uma cultura ainda vigente no sentido de que o Judiciário não poderia inovar na ordem jurídica, ou seja, que os juízes possuem apenas uma função de declarar o direito previsto na norma legislada.

Como assentou-se acima, ainda se vive em um mundo em que se nega o caráter de fonte de direitos aos precedentes. Entretanto, e reafirmando a ideia de que norma e texto não se confundem, a lei processual, com rara felicidade, consegue inserir em seu texto não apenas uma obrigação de atenção aos precedentes com uma clara intenção econômico-racionalizadora, mas também acaba redefinindo uma forma de atuar que, pela prática do dia a dia, tem o nobre intento de modificar os vetustos entendimentos sobre o papel dos juízes como declaradores do direito – e não como construtores de sentido.

Como o Código é a lei de procedimentos da praxe forense, usado e empregado cotidianamente, por sua amplitude e alcance, ele tem grandes chances de influir no consciente

dos operadores e aplicadores do Direito, buscando, assim, transformar uma mentalidade anacrônica e sem amparo teórico em uma visão mais ampliada sobre o atual estágio evolutivo da ciência jurídica que não desqualifica o papel judicial de construir e reconstruir o sentido da norma.

Aliás, esse forte ideal de mudança de cultura reflete-se na própria repetição pela lei processual das previsões já existentes no texto constitucional. É o que se infere ao elencar como precedentes vinculantes aquelas decisões que já possuem referida força pela norma presente na Constituição. O excesso cometido é válido, mais uma vez, por sua altiva função. E assim espera-se que o jurista brasileiro se aproxime da melhor e mais evoluída técnica de compreensão do Direito, sem desprezar as funções da teoria dos precedentes que, por suas razões, devem ser observadas em qualquer ordenamento jurídico que se diga democrático.

3. A ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

"A natureza jurídica da arbitragem (...) é questão que atormenta os estudiosos. De um lado colocam-se, irredutíveis, (...): a arbitragem origina-se de uma convenção, os poderes dos árbitros são apenas aqueles concedidos pelas partes, (...). Para outros, (...), a jurisdição dos árbitros só deve ser admitida se puder integrar-se a tal serviço; assim, a decisão arbitral é um julgamento, ao qual chega o árbitro através de um procedimento animado pelo contraditório e com a garantia maior da imparcialidade (...).". CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. In *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 58, abr.-jun. 1990, versão eletrônica.

"Enquadrados por esta (longa) cobertura legal e constitucional, os tribunais arbitrais são, deste modo, como referimos, verdadeiros e próprios tribunais que exercem a função jurisdicional, julgando litígios, sendo a sentença arbitral equiparada à sentença de um tribunal estadual (...). A arbitragem é, assim, uma '*atividade jurisdicional*', isto é, constitui um modo de resolução de controvérsias por forma unilateral e vinculativa, visando a tomada de uma decisão que produza efeitos típicos de um acto jurisdicional (...).". MONTEIRO, António Pedro Pinto. *O princípio da igualdade e a pluralidade de partes na arbitragem:* os problemas na constituição do tribunal arbitral. Coimbra: Almedina, 2017, p. 173.

"A jurisdição, em tese, enquanto autoridade abstrata de dizer o direito (...), é conferida ao Estado (...) e também excepcionalmente aos particulares (pelo modelo arbitral na forma estabelecida em nosso sistema jurídico); a Lei (...) estabelece regras, requisitos e condições para a jurisdição privada ser exercida (...)." (CAHALI, José Francisco. *Curso de Arbitragem* – mediação, conciliação, tribunal multiportas. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 133).

3.1 Arbitragem é jurisdição

3.1.1. O fundamento legal (e jurisprudencial)

A arbitragem, método privado de solução heterocompositiva de conflitos, é atividade jurisdicional. A afirmativa, clara e direta, é justificada legalmente, o que se afirma com escopo no texto do art. 18, da própria Lei que regulamenta o instituto, notadamente quando expressa que "o árbitro é juiz de fato e de direito".[363]

Mais do que isso, o próprio dispositivo legal antecedente, art. 17, também traz salutar informação ao confirmar a jurisdicionalidade da arbitragem, especialmente ao afirmar que "os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.".

O exercício da atribuição do juiz estatal é, portanto, idêntica a do juiz privado, sem qualquer grau de subordinação entre elas. A Lei 9.307, no mesmo artigo 18 anteriormente citado, reforça essa conclusão ao assentar que a decisão proferida pelo árbitro "não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário", a demonstrar a equivalência das atividades exercidas em cada um dos procedimentos.[364]

Também no mesmo sentido, a lei de processo estatal, em seu art. 515, inciso VII, faz questão de anotar que a sentença arbitral é título executivo judicial, ideia esta que aprofunda a própria noção inserta no art. 31 da Lei de arbitragem, que se referia à decisão como um título executivo (sem expressar de qual espécie se trataria, se judicial ou extrajudicial). O fato de a sentença arbitral ser considerada um título executivo judicial é revelador da identidade entre a natureza e ausência de hierarquia entre os pronunciamentos dos juízes privados e estatais,

---

[363] Em específico sobre o artigo, eis o que comenta CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n. 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009, 2. ed., p. 229-230: "É possível que o legislador, ao empregar a consagrada expressão 'juiz de fato e de direito', tenha tido em mente a ideia de que em alguns juízos separam-se as decisões de fato e de direito (como ocorre com o julgamento do júri, onde apenas os fatos são submetidos aos jurados, enquanto toca ao juiz togado aplicar o direito), querendo deixar consolidada a ideia de que no juízo arbitral não se fará tal separação; talvez tenha o legislador querido ressaltar que, por conta de sua investidura privada, os árbitros são juízes de fato (privados), mas sua decisão produz a mesma eficácia da decisão estatal (daí serem também juízes de direito); talvez tenha o legislador querido ressaltar que o árbitro lidará tanto com as *questiones facti* quanto com as *questiones iuris*. Seja como for, resulta claro desta fórmula, verdadeiramente histórica, que o intuito da lei foi o de ressaltar que a atividade do árbitro é idêntica à do juiz togado, conhecendo o fato e aplicando o direito".

[364] Cfr. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* São Paulo: Malheiros, 15. ed., 2013, p. 107: "A doutrina vale-se também, para justificar essa natureza [jurisdicional da arbitragem], da dispensa de qualquer homologação da sentença arbitral, como requisito para que possa ser eficaz (LA, art. 18).".

estando ambas condicionadas ao mesmo procedimento de execução forçada dos seus comandos, isso caso necessário (na forma do artigo 525 e subsequentes do Código de Processo Civil, cuja cerne está replicado no artigo 33 da Lei de arbitragem).

A correspondência entre os atos decisórios dos juízos privado e estatal, cada qual dentro da sua esfera de competência, é igualmente elevada pela previsão do art. 14, da Lei 9.307/96, notadamente quando equipara o regime de impedimento ou suspeição ao Código de Processo Civil – cujas normas serão aplicadas subsidiariamente. Claro que os árbitros têm no dever de revelação a mais importante e basilar norma de regulação de impedimento e suspeição, todavia, funciona a lei de ritos estatal como norma de clausura do regramento do instituto, até para que se tenha uma objetividade no assentamento de quais são as condutas que podem ser caracterizadas como impeditivas ou suspeitas da atuação do árbitro.[365]

O Código de Processo Civil de 2015 sedimentou ainda mais a vertente jurisdicional da arbitragem, o que se infere da previsão do §1º do art. 3º, inserido no capítulo referente as normas fundamentais do processo,[366] além do próprio art. 42, alocado no capítulo destinado à competência, que resguarda às partes o direito de instituir juízo arbitral quando convencionado.

Aliás, foi seguindo essa diretriz de maior especificidade da natureza jurídica da arbitragem, assim como o seu caráter vinculativo para as partes que elegeram essa forma de resolução de conflitos, que o art. 485, inciso VII, melhor especificou os efeitos no processo estatal em casos nos quais o réu alega a existência de convenção de arbitragem, que parece não deixar muita margem de atuação para o juiz quando o procedimento arbitral já tiver sido instaurado. É o que se infere da parte final do dispositivo, impondo ao Judiciário a extinção do feito sem julgamento do mérito "(...) quando o juízo arbitral reconhecer sua competência.".

---

[365] Apesar de direcionadas para as arbitragens internacionais, não se desconhece a existência de normas e diretrizes elaboradas pela *International Bar Association* (IBA), bastante usadas no contexto das arbitragens nacionais, em que se listou e dividiu uma série de condutas nas cores verde, amarela e vermelha, as quais representariam a obrigação ou não de revelar pelo árbitro, além de essa revelação influir ou não no impedimento direto ou indireto de sua atuação. As diretrizes podem ser encontradas em https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918. Acesso em 23 jun. 2021. Para uma análise mais específica destas normas, ver VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Reflexões atuais sobre o dever de revelação (duty of disclosure) à luz do princípio da confiança na arbitragem e a análise do caso Tecnimont. In *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015* – v. 2. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Leonardo Greco, Humberto Dalla. (Org.). 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 215-238. Lembre-se, apenas, que referidas diretrizes são meras orientações (*soft law*), não substituindo ou sobrepondo-se a eventuais normas regentes a respeito do tema nos ordenamentos de cada país.

[366] APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e Arbitragem no Novo Código de Processo Civil. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 251.

O dispositivo revela que o próprio Código de Processo Civil deu prevalência aos árbitros na aferição de sua competência, dando concretude expressa a um dos princípios basilares do procedimento arbitral, o "competência-competência".[367]

Ademais, é preciso que se atente para a "carta arbitral", figura criada pelo legislador do CPC/15 para facilitar os atos de comunicação entre o juiz estatal e o privado, concretizando outra norma fundamental do processo, a cooperação,[368] a demonstrar a ausência de dúvidas no âmbito dogmático a respeito da jurisdicionalidade da arbitragem.

Todo o arcabouço legal apresentado é ratificado por decisões dos Tribunais. E seguindo a própria linha de entendimento do trabalho, de que o precedente é norma jurídica, então algumas decisões já assentadas pelas Cortes Supremas brasileiras revelam-se também como fundamentos legais para o assentamento da jurisdicionalidade da arbitragem.

A mais importante de todas estas decisões é aquela que discutiu exatamente a constitucionalidade da Lei de Arbitragem – mais precisamente de alguns de seus dispositivos, os quais, todavia, representavam o coração do sistema arbitral estabelecido pela Lei 9.307/96.[369] Apesar de o julgamento ter sido decorrente de um caso concreto, o incidente suscitado em homologação de sentença arbitral estrangeira no Brasil (SE 5.206 / ES) acabou por tornar os efeitos dessa decisão *erga omnes*. No caso específico, o Ministro Moreira Alves levantou a hipótese de, à época, a recém aprovada Lei 9.307/96 ser inconstitucional por alguns de seus dispositivos dificultar o acesso à justiça. Entrou em debate justamente a inafastabilidade da tutela jurisdicional, prevista no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, pois o instituto, notadamente em razão da permissão da instituição da arbitragem por meio de cláusula compromissória (e não

---

[367] Em brevíssima suma, o princípio em questão tem duas acepções, a positiva e a negativa, que analisadas conjuntamente assentam a premissa basilar que é o árbitro quem tem preferência no reconhecimento de sua competência para julgar o conflito, ao passo que, reconhecida essa competência, cabe ao Judiciário deixar de julgar o mesmo conflito. Para maior compreensão do assunto, que não cabe no presente trabalho, ver TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. In *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 13, n. 50, jul.-set. 2016, versão eletrônica; BRANCHER. Paulo M. R.. Ilegalidade *prima facie* como limitador do princípio da competência-competência. uma análise em relação a matérias de ordem pública. In *Revista de Processo*. v. 53, abr.-jun. 2017, versão eletrônica; ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.

[368] É pressuposto do presente trabalho que a arbitragem se insere dentro da Teoria Geral do Processo. Neste sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. Aliás, esta parece ser a conclusão maciçamente defendida pela doutrina; merece destaque, todavia, o fato de que estar inserida dentro de uma teoria geral do processo não confunde ou não coloca a arbitragem como automaticamente integrante do sistema judicial de resolução de conflitos, os quais são regidos pelo Código de Processo Civil.

[369] A constitucionalidade da lei de arbitragem foi didaticamente trabalhada por GAIO JR., Antonio Pereira. *Teoria da Arbitragem.* São Paulo: Rideel, 2012, p. 13-18.

do compromisso arbitral) poderia configurar óbice ao princípio estabelecido no referido dispositivo constitucional.[370]

Apesar de a decisão não chegar a debater de forma explícita a jurisdicionalidade do instituto, o que foi assentado pela maioria dos votos proferidos que aderiram à tese da constitucionalidade, era que a arbitragem se configurava como um meio alternativo/adequado de resolução de conflitos pois decidia a controvérsia em caráter definitivo e obrigatório para as partes, ou seja, um autêntico exercício de jurisdição.

Anota-se que o debate sobre a constitucionalidade se cingiu à cláusula compromissória, relacionado, portanto, aos negócios firmados que, *prima facie*, delegavam ao árbitro ou ao tribunal arbitral o enfrentamento e a resolução de eventual conflito que pudesse vir a existir em razão daquele contrato. Este ponto, inclusive, é revelador de que nenhum dos dispositivos colocados em dúvida e enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal (quais sejam, art. 6º, parágrafo único, art. 7º e seus parágrafos, bem como artigos 41 e 42 da Lei de Arbitragem) tratavam de características do instituto que poderiam colocar em xeque o seu caráter jurisdicional.[371]

E como se tratava apenas da constitucionalidade da cláusula compromissória, ou seja, admitindo a instituição do compromisso arbitral para julgar os conflitos surgidos, então estava mais do que claro que a natureza e a função da arbitragem, cuja Lei 9.307/96 veio legislativamente afirmar, não poderiam ser colocadas em dúvida, afinal, e ratificando a afirmativa, o Supremo Tribunal Federal sequer cogitou debater a constitucionalidade de dispositivos que entonavam elementos característicos da jurisdicionalidade do instituto.

Por fim, mas não menos importante, os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, corte responsável pela unificação da legislação infraconstitucional, não destoa do esposado. Há uma miríade de pronunciamentos externando o caráter jurisdicional da arbitragem, pontuando que o "propósito legislativo de a tudo equiparar, mormente em relação aos efeitos, a sentença

---

[370] SE 5.206-Espanha (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12.12.2001.

[371] Eis o que ficou consignado na ementa do julgado: "'Votos vencidos, em parte – incluído o do relator – que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, consequentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parag. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX, do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário.' Constitucionalidade – aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos da decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).". A íntegra do acórdão pode ser encontrada em https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889. Acesso em 25 mar. 2021.

arbitral à sentença judicial, o que decorre, naturalmente, do reconhecimento de que a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui a natureza jurisdicional.".[372]

3.1.2.O fundamento jurídico

A jurisdição não pode mais ser concebida como uma atribuição monopolista do Estado.[373] Aliás, a exclusividade do seu exercício é algo que surgiu com o Estado Moderno, quando a monarquia, com o ímpeto de controlar todas as ações e atribuições, aloca a jurisdição como um dos Poderes dentro do Estado. É neste período que o juiz passa a atuar como uma extensão do poder real. Anos mais tarde, com o enfraquecimento dos monarcas e a solidificação do Estado Legal (ou Estado Liberal de Direito, vide item 1.1.1 *supra*), é que o juiz passa a

[372] REsp 1735538/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 06/10/2020, DJe 14/10/2020. Entre outras decisões, veja-se: AgInt nos EDcl no AREsp 1660417/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 08/02/2021, DJe 23/02/2021; AgInt nos EDcl no AgInt no CC 170.233/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 14/10/2020, DJe 19/10/2020; AgInt no CC 156.133/BA, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 22/08/2018, DJe 21/09/2018; SEC 14.408/EX, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 21/06/2017, DJe 31/08/2017; SEC 9.412/EX, Rel. Ministro Felix Fischer, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 19/04/2017, DJe 30/05/2017.

[373] Em sentido contrário, CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem: Lei No 9.307/96. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997, p. 10-11, que sustenta, além do monopólio estatal da jurisdição, a impossibilidade de estabelecimento da relação jurídico-processual na arbitragem, isso porque o Estado-juiz também a integraria. Também negando caráter jurisdicional à arbitragem, MARINONI, Luiz Guilherme. *Rápidas observações sobre arbitragem e jurisdição.* Disponível em https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/arbitragem-e-jurisdicao_marinoni.pdf. Acesso em 13 jun. 2021. O mesmo autor, em obra posterior, porém escrita em coautoria, ratifica seu entendimento, vide MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: vol. 1, Teoria Geral do Processo – 3. ed. rev. atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, e-book, assim afirmando: "Ocorre que a outorga de julgamento de um conflito a um árbitro e o afastamento do Poder Judiciário em relação a ele não obrigam a que se aceite a atividade de um órgão privado – como o tribunal arbitral – como jurisdicional. (...)", e após diversas outras críticas, assentam os autores: "A jurisdição somente pode ser exercida por uma pessoa investida na autoridade de juiz, após concurso público de provas e títulos. (...) A jurisdição é indelegável, pois nenhum dos 'Poderes', como é óbvio, pode delegar poderes que lhe foram atribuídos pela Constituição.". Na doutrina estrangeira, também comungando com a natureza contratual da arbitragem, por todos, CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Trad.: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 3. ed., 1969.

funcionar efetivamente como um funcionário público autônomo, colaborando para a cristalização da jurisdição como uma atividade exercida pelo Estado.[374-375]

O fato é que o Estado Contemporâneo parece não admitir qualquer tipo de atribuição exclusivista. Nem mesmo o uso da força estaria sob a privativa atuação estatal, o que se verificaria pelas várias formas de atuar ou fazer valer o direito material resistido sem necessidade alguma de prévia intervenção do Judiciário. É o que se verifica, por exemplo, e no processo civil, nas hipóteses que admitem a autotutela.[376]

Portanto, é ultrapassado reduzir a função jurisdicional ao exercício exclusivo de um poder pelo Estado,[377] concepção esta que revelaria uma compreensão deturpada da atividade

---

[374] Neste sentido, GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição.* Salvador: Juspodivm, 2020, p. 119-122. Igualmente, GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil* – introdução ao direito processual civil, vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 5. ed., 2015, p. 69: "Com o surgimento do Estado Moderno, os soberanos chamaram para si o monopólio da jurisdição, sistematizando-a, a partir de Luís XIV, em códigos emanados da sua própria autoridade.". Não diferente é a opinião da doutrina estrangeira: "*Rotto il collegamento inscindibile tra sovranità e giurisdizione, collegamento che risale all'epoca della formazione dello Stato moderno e del quale sono state messe in luce la storicità e la relatività* (...)", cfr. PUNZI, Carmine. Le nuove fronteire dell'arbitrato. In *Revista di Diritto Processuale*. Milano: Cedam, anno LXX (seconda serie), n. 1, gennaio-febbraio 2015, pp. 3.

[375] Apenas a título de elucidação sobre essa questão histórica do exercício da atividade jurisdicional por entes não estatais, rememore-se que no processo civil romano, *v.g.*, pelos menos nas suas duas primeiras fases (*legis actiones* e *per formulas*), era o cidadão comum (*judex*) – e não o pretor, órgão estatal – o responsável por solucionar os conflitos, dizendo o direito a quem cabia. As linhas gerais sobre o processo civil romano pode ser encontrada em SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. I, p. 37-40. Já sobre as especificidades dessa atuação da jurisdição no período, ver ABBOUD, Georges. Jurisdição Constitucional *vs*. Arbitragem: os reflexos do efeito vinculante nas atividades dos árbitros. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 214, dez. 2014, versão eletrônica.

[376] A legislação brasileira tem vários exemplos de procedimentos admitindo a autotutela, o mais conhecido deles, e muito comumente aplicado, é a excussão extrajudicial de bens imóveis decorrentes de hipoteca e de alienação fiduciária, estabelecidos, respectivamente, pelo Decreto-lei 70/66 e Lei 9.514/97. No caso, permite-se ao credor hipotecário ou fiduciário o poder de expropriar o imóvel quando não quitadas as parcelas devidas pelo financiamento, o que ocorre sem qualquer intervenção judicial (aliás, sem qualquer intervenção estatal). Não se veda, todavia, o acesso à justiça, mas cabe ao devedor buscar a tutela jurisdicional, seja para suspender e/ou obstar a alienação, seja para impedir a expropriação do bem. É importante destacar que ambos os institutos tiveram a sua constitucionalidade suscitada perante o Supremo Tribunal Federal. No caso do Decreto-lei 70/66, sua constitucionalidade já foi enfrentada (tema 249 de repercussão geral), tendo sido fixada, por maioria, a seguinte tese: "É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-lei no 70/66" (STF, Pleno, RE 627.106 / PR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 14/06/2021). Já a constitucionalidade da alienação fiduciária (prevista na Lei 9.514/97) ainda está pendente de julgamento (tema 982 de repercussão geral), mas, pelo teor do julgado que decretou a constitucionalidade do Decreto-Lei 70/66, dificilmente o resultado será diferente. A título de elucidação, outros exemplos a respeito do tema são: a homologação do penhor legal, vide art. 703, §2º, do CPC, bem como a exclusão de sócio de sociedade empresária, na forma do art. 1.085, do Código Civil.

[377] GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil ... Op. cit.*, assenta que o Brasil ainda possui um sistema exclusivista, notadamente ao afirmar, p. 70: "Na maioria dos países, contudo, ainda que tenham sido implementados mecanismos não estatais de solução de conflitos, como, entre nós, a arbitragem, através da Lei 9.307/96, eles não receberam a totalidade dos poderes que caracterizam a jurisdição. Portanto, nesses países, neles incluído o Brasil, ainda a jurisdição é uma função tipicamente estatal.". Todavia, linhas para frente, o autor acredita que o conceito de jurisdição, em razão de sua constante evolução, acabará por desgarrar a jurisdição de sua ligação umbilical com o Estado. Na doutrina norte-americana, ambiente no qual o teor pragmático é mais acentuado, colhe-se assertiva cuja simplicidade e precisão sobre o tema é reveladora: "*In theory, at least, arbitrating, rather than litigating, a case is only a choice of a private, rather than a public, forum. With that, understanding, the private*

em si, afinal não é o agente materializador do ato (seja ele estatal ou não) o requisito precípuo da jurisdição, mas sim o seu próprio conteúdo, além de sua função e/ou finalidade – no caso, resolução de uma controvérsia por um terceiro imparcial.

E não é pelo fato de a arbitragem ter relação direta com o princípio da autonomia da vontade, afinal, a sua previsão e instituição depende, exclusivamente, de uma livre e consciente manifestação de vontade das partes, que o caráter jurisdicional lhe seria retirado.[378]

Uma vez mais, essa contratualidade inerente ao instituto revela-se apenas na sua formação, na escolha da forma de resolver o litígio, nada interferindo no desenvolvimento do procedimento, quando se tem uma imposição legal de respeito às garantias fundamentais do processo, inércia do julgador na instauração, decisão final com força impositiva, caracterizando-se como título executivo judicial, cujo conteúdo é abraçado pela preclusão, além de ser um instrumento hábil à pacificação social com a eliminação do conflito entre os sujeitos em litígio.[379] Daí que torna imperioso compreender o caráter inegavelmente jurisdicional da arbitragem, até porque, "atos de poder exercidos como o fito de pacificar com justiça, afirmando-se em cada um deles a prevalência do ordenamento jurídico, constituem jurisdição".[380]

De toda sorte, ainda que pudesse haver nesgas de dúvidas sobre a não exclusividade do exercício da jurisdição pelo Estado, como visto acima, a declaração de constitucionalidade da Lei 9.307/96, que adentrou nos debates a respeito da atuação da arbitragem no cenário de resolução de conflitos, substituindo o Judiciário como *locus* de deliberação sobre o Direito, sem

---

forum is still deciding cases under largely the same substantive law that a court would apply.", BURGE, Mark Edwin. Without Precedent: legal analysis in the age of non-judicial dispute resolution. In *Cardozo Journal of Conflict Resolution*. 143 (2013), p. 163. Disponível em https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/40. Acesso em 20 ago. 2021.

[378] Esse é um dos argumentos defendidos contra o caráter jurisdicional da arbitragem, afirmando, pois, sua natureza contratual, cfr. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: vol. 1 ... , *Op. cit.*, e-book. No mesmo sentido, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil* – teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2003, p. 586-587. Em sentido contrário, DINARMARCO, Cândido Rangel. *Arbitragem na teoria geral do processo*. *Op. cit.*, p. 48-49.

[379] "(...) a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social. Mesmo quem postule a distinção funcional muito nítida e marcada entre os dois planos do ordenamento jurídico (...) há que aceitar que direito e processo compõem um só sistema voltado à pacificação de conflitos.", DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. *Op. cit.*, p. 188-189. E assim afirma DINARMARCO, Cândido Rangel. *Arbitragem na teoria geral do processo*. *Op. cit.*, p. 39: "Assumindo enfaticamente que a jurisdição tem por escopo magno a pacificação de sujeitos conflitantes, dissipando os conflitos que os envolvem, (...), não há dificuldade alguma para afirmar que também os árbitros exercem jurisdição, uma vez que sua atividade consiste precisamente em pacificar com justiça, eliminando conflitos.".

[380] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. *Op. cit.*, p. 147. O trecho em questão é apresentado pelo autor para refutar as diferenças doutrinariamente propagadas entre jurisdição voluntária e contenciosa, algumas delas, inclusive, que assentariam para ausência de jurisdicionalidade da chamada jurisdição graciosa. De toda forma, o apontamento do processualista serve à perfeição para as ideias ora defendidas.

qualquer necessidade de sua homologação,[381-382] acabou se tornando o marco de desconstrução de uma discussão com "colorido excessivamente acadêmico e, pior, pouco prático, de sorte que não parece útil alimentar a celeuma*."*.[383]

O conceito de jurisdição é visto hoje de forma multifacetada, no qual se insere uma gama de novas funções, dentre elas, o próprio poder de "adscrever sentido definitivamente ao direito"[384], colaborando de forma decisiva para um dos seus fins últimos: a justa resolução do conflito e a pacificação social.[385]

Portanto, as vetustas, mas sempre lembradas definições de jurisdição como o poder de dizer o direito, seja por meio da justa composição da lide, seja pela atuação da vontade concreta

---

[381] Um dos poucos países que ainda exigem a homologação da decisão arbitral, mas isso apenas para fins de execução forçada no seu território, é a Itália, que em seu artigo 825, com nova redação dada pelo *decreto legislativo n. 40 del 2 febbraio 2006* assim dispõe: "*La parte che intende fare eseguire il lodo nel territorio della Repubblica ne propone istanza depositando il lodo in originale, o in copia conforme, insieme con l'atto contenente la convenzione di arbitrato, in originale o in copia conforme, nella cancelleria del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato. Il tribunale, accertata la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto. Il lodo reso esecutivo è soggetto a trascrizione o annotazione, in tutti i casi nei quali sarebbe soggetta a trascrizione o annotazione la sentenza avente il medesimo contenuto* (...).". Em ratificação da ideia de que a homologação é apenas para fins de execução da decisão arbitral, o artigo 824-bis do *Codice di Procedura Civile* é claro ao reconhecer a identidade dos efeitos da decisão arbitral com a decisão judicial, a saber: "*Salvo quanto disposto dall'articolo 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*.".

[382] Particularmente sobre o assunto na Itália, interessante é a abordagem de PUNZI, Carmine. Le nuove fronteire dell'arbitrato. In *Revista di Diritto Processuale*. Milano: Cedam, anno LXX (seconda serie), n. 1, gennaio-febbraio 2015, pp. 1-15, que em uma narrativa sobre a arbitragem no país, o que faz passando pelas origens do Código de 1940, embebido das ideias do fascismo (que assentava que todo e qualquer poder somente poderia emanar do Estado), e pela edição da Constituição pós-Segunda Grande Guerra, de origem republicana, mas que igualmente ao Código (e isso apesar de suas ideologias políticas antagônicas), deixou o instituto da arbitragem em segundo plano, até chegar aos dias mais atuais, quando observando e citando decisões da Corte de Cassação e, principalmente, da Corte Constitucional italiana, conclui: "*Ritengo, dunque, di poter concludere che è questa la nuova frontiera raggiunta dall'arbitrato: il riconoscimento che gli arbitri, pur se derivano la própria* potestas judicandi *da um atto, qual è il patto compromissorio, che è e resta squisitamente privato e di natura negoziale, e non certo da un'investitura della sovranità, svolgono una funzione che, pur non essendo in alcun modo riconducibile nell'ambito della organizzazione giudiziaria statale, può essere definita oggettivamente giruisdizionale*." (pp. 15). De toda maneira, a defesa da jurisdicionalidade da arbitragem não é algo recente na Itália, cfr. VINCENZO, Vigoriti. Verso um diritto comune dell'arbitrato: note sul lodo e la sua impugnazione. In *Il Foro Italiano*, vol. 117, parte quinta: Monografie e Varietà, 1994, pp. 210-219, que assim conclui em pp. 215: "*Per finire, davvero non si vede perché e come si dovrebbe affermare la natura negoziale di un atto che sul piano formale deve rispondere agli stessi requisiti di una sentenza, che di una sentenza ha gli effetti, e che non può neppure essere controllato con le impugnazioni di carattere negoziale. Né prima né dopo l´exequatur*.".

[383] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 26-27. Para maiores incursões a respeito da vetusta controvérsia, ver CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. In *Participação e Processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (coord.), São Paulo, 1. ed., RT: 1988, p. 296-307.

[384] MITIDIERO, Daniel. *Reclamação nas Cortes Supremas*: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 39-40.

[385] Mais recentemente sobre o tema, praticamente chancelando as ideias de Dinamarco, ver PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Jurisdição e Pacificação*: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Rio de Janeiro: Editora CRV, 2017, especialmente os capítulos 3, 5 e 7.

da lei, derivadas da etimologia do termo em si (*ius dicere*), acabam se tornando um padrão descontextualizado por excessivamente vinculados à atribuição pública da jurisdição.[386] A variada gama de atividades exercidas por aqueles que exercem o poder jurisdicional não pode ser resumida na simplória definição de que a jurisdição é o poder de expressar e/ou definir a norma que o texto legal contém. Muitas vezes, essa sequer é a atuação estatal em um processo judicial, o que se verifica, por exemplo, nos procedimentos de jurisdição voluntária, quando se tem a atribuição de um terceiro independente e imparcial em tutelar e/ou proteger interesses particulares que a lei, por algum motivo, conferiu proteção.[387]

A jurisdição atual, assim, tem por fim, "a tutela dos interesses particulares juridicamente relevantes"[388]. O importante para que o exercício da jurisdição se desenvolva é que a questão posta seja resolvida por um terceiro imparcial, ou seja, sem demonstrar interesse ou preferências pelas questões em debate e pelas partes envolvidas, bem como que esse órgão tenha independência, ou seja, não sofra qualquer forma de pressão, coação ou imposição nas suas atribuições.[389] Ademais, não se descura que a inércia é ponto nodal de sua regular função, ao passo que o seu desenvolvimento precisa se dar em constante diálogo, dentro daquilo que já se convencionou a chamar de contraditório participativo.[390]

E apenas para que se registre, o exercício do poder de coerção jamais pode ser atribuído como algo inerente à jurisdição. Não é o uso da força que define referido poder, apesar de muitas vezes complementar e efetivar o que restou decidido pelo órgão jurisdicional. O relevante na atuação de um ente que exerce a jurisdição está na sua característica de "poder saber"[391], ou seja, o conhecimento e a sapiência são os pressupostos por trás da afirmação do

---

[386] As definições são respectivamente atribuídas a CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Trad.: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 3. ed., 1969, p. 3; e CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de derecho procesal* - vol. II. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 5.

[387] A respeito do assunto, ver GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária Moderna.* São Paulo: Dialética, 2003.

[388] GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil ... Op. cit.*, p. 76. No mesmo sentido, GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição.* Salvador: Juspodivm, 2020, p. 426-445. Em termos legais, o artigo 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos parece bem glosar a jurisdição ao assentar: "Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.". Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 21 jun. 2021.

[389] Cfr. GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil ... Op. cit.*, p. 71-72.

[390] Neste sentido, e por todos, OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Motivação e Discricionariedade ... Op. cit.*, p. 96-123.

[391] TARUFFO, Michele. Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In *Páginas sobre justicia civi.* Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 28-29. Apesar de escrever sobre

Direito (sempre de forma independente e imparcial), alvo última de atuação da jurisdição – tutelar e/ou proteger interesses, como visto acima.

Em síntese, não é a falta do poder de coerção (*coertio* e *executio*) do árbitro que delimitaria o seu ofício jurisdicional. A possibilidade de execução de decisões não se mostra como elemento ínsito à função jurisdicional, tanto que há países que já desjudicializaram a execução,[392-393] providência esta que vem sendo paulatinamente debatida pela doutrina brasileira, existindo hoje uma candente discussão sobre projeto de lei em tramitação no Poder Legislativo.[394]

Igualmente, não é o fato de determinados conteúdos estarem excluídos do âmbito de atribuição de alguns órgãos que lhes retiraria a sua função jurisdicional – como no caso da limitação da arbitragem para os litígios envolvam apenas direitos patrimoniais disponíveis. Aliás, é preciso que se diferencie a competência da jurisdição, sendo certo que a primeira é uma mera divisão das atribuições de diferentes órgãos que exercem a segunda, ou, como desde há muito propalou Liebman, "ela [a competência] determina em que casos e com relação a que

---

a legitimação da atividade criativa na atividade jurisdicional dos magistrados, o argumento em si é válido para o exposto neste trabalho.

[392] É o caso, por exemplo, de Portugal. Para maior aprofundamento ver FREITAS, José Lebre de. Agente de execução e Poder Jurisdicional. In *Revista Themis*, n° 7, 2003.

[393] Para Fredie Didier, o fato de o árbitro não executar suas funções é porque lhe falta competência funcional, o que não se relaciona com jurisdição, vide, DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil ... Op. cit.* p. 173. ainda sobre o tema, importante destacar que o assunto vem ganhando força nas discussões que envolvem a arbitragem – tentativa de desvelar um poder de império dos árbitros –, o qual pode ser visto em GONÇALVES, Marcelo Barbi. Arbitrabilidade cautelar e monopólio estatal da coerção: revisitando a titularidade do ius imperium no Estado Contemporâneo. In *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015* – v. 1. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Leonardo Greco, Humberto Dalla. (Org.). 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 187-207, sobretudo quando assenta que "o mito do monopólio estatal da violência legítima não mais se sustenta, pois se admite a delegação do poder de império para agentes extraestatais." (p. 199), concluindo que "nem toda providência coercitiva pressupõe o exercício do poder de autoridade para sua implementação (p. 201), motivo pelo qual "atribuir às partes o poder de escolha de um agente privado para a prática de atos de constrição (...) não deveria despertar o temor habermasiano de *refeudalização da esfera pública"* (p. 203).

[394] Por todos, ver FARIA, Márcio Carvalho. Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei n.º 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte 1). In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 313, mar. 2021, versão eletrônica; FARIA, Márcio Carvalho. Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei n.º 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte 2). In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 314, abr. 2021, versão eletrônica; FARIA, Márcio Carvalho. Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei n.º 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte 3). In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 315, mai. 2021, versão eletrônica; FARIA, Márcio Carvalho. Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei n.º 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte 4). In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 316, jun. 2021, versão eletrônica; FARIA, Márcio Carvalho. Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei n.º 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte 5). In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 317, jul. 2021, versão eletrônica. O conjunto dos textos representa o trabalho de conclusão de pós-doutoramento do autor na Universidade Federal da Bahia, orientado pelo professor Dr. Fredie Didier Júnior.

controvérsias tem cada órgão em particular o poder de emitir provimentos, ao mesmo tempo em que delimita, em abstrato, o grupo de controvérsias que lhe são atribuídas.”.[395]

Em retomada, e atento aos propalados contornos da função jurisdicional, não se pode negar que o seu exercício pode se dar por outros agentes que não os estatais. Respeitadas as suas características, notadamente a inércia, a imparcialidade, a independência, o contraditório e a motivação das decisões, é salutar que outras esferas de deliberação sejam reconhecidas como ambientes que exerçam a função jurisdicional. [396]

É de se ver, pois, que pululam razões para a consideração da arbitragem como esfera jurisdicional de resolução de conflitos,[397] não apenas porque os árbitros precisam atentar para

---

[395] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil* – v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 55. No mesmo sentido, TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira* – competência internacional e imunidade de jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 21-24. Sobre a competência, notadamente a relação entre árbitros e juízes, interessante é a ponderação de LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário*: a definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 39: “É preciso reconhecer a complementariedade entre o sistema público e o privado de justiça; não há entre juiz e árbitro hierarquia, há divisão de competências e momentos de atuação, há uma rede de comunicação e cooperação.”.

[396] Os argumentos acima destacados são suficientes para provar o ponto em debate, a natureza jurisdicional da arbitragem. De toda forma, para uma maior atenção aos demais argumentos que defendem a contratualidade do instituto, remete-se o leitor para CREMASCO, Suzana Santi. *A responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional do árbitro*. Disponível em <http://www.editoramagister.com/doutrina_23276140_A_RESPONSABILIDADE_PELO_EXERCICIO_DA_FUNCAO_JURISDICIONAL_DO_ARBITRO.aspx>. Acesso em 18 mar. 2021. Também sobre o assunto, DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil* - Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 169-174.

[397] Não se desconhece a existência de corrente que entende pelo caráter híbrido ou misto da natureza jurídica da arbitragem, uma vez que, a sua existência deriva da manifestação de vontade das partes (natureza contratual), ao passo que o seu desenvolvimento e a sua função se equiparam à atividade jurisdicional praticada pelos entes estatais. Todavia, referida corrente não desmente em nada o que se defendeu neste tópico, aliás, apenas reforça que há jurisdicionalidade na função dos árbitros, sendo que a sua previsão por acordo de vontade pouco contribui para a definição do instituto em si, ainda mais em tempos de negócios processuais no processo judicial. Em relação ao último tópico, sobre o maior espaço de autonomia privada no processo estatal, o que revela que o caráter contratual da instituição da arbitragem pouco a distancia da jurisdição estatal, ver VIGORITI, Vincenzo. Verso un diritto comune dell’arbitrato: note sul lodo e la sua impugnazione. In *Il Foro Italiano*, vol. 117, parte quinta: Monografie e Varietà, 1994, pp. 210: “*Poi, per vari motivi che vanno dalla diffusione delle grandi convenzioni di New York e di Ginevra alla crisi generale degli apparati statali di giustizia, a partire dalla fine degli anni '50 l'atteggiamento è decisamente cambiato. E lo è nel senso di ri conoscere spazi sempre più ampi all'autonomia privata anche in campo processuale e quindi favorire l'affermazione e il consolidamento degli istituti dell'arbitrato che è una delle manifestazioni di maggior rilievo, se non quella più rilevante in assoluto di tale autonomia*.”. Na doutrina brasileira, concordando com a posição da natureza mista, mas cuja contratualidade nada infere nas atribuições e funções do instituto, ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito* – o julgamento do mérito na arbitragem. São Paulo: Almedina, 2018, p. 65-66 e ainda ALVIM, Eduardo Arruda; DANTAS, André Ribeiro. Direito Processual Arbitral. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 234, ago. 2014, versão eletrônica. Também trabalhando essa noção de natureza híbrida do instituto, ver LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. In *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 686, dez. 1992, versão eletrônica. Na doutrina estrangeira, falando especificamente das arbitragens internacionais, assim aponta GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration.* The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 11 e 22: “*In our view, arbitration should be defined by reference to two constituent elements which commentators and the courts almost unanimously recognize. First, the arbitrators' task is to resolve a dispute. Second, the source of this judicial role is a contract: the arbitrators' power to decide a dispute originates in the*

a sua imparcialidade e independência, além de o Tribunal somente se formar após provocação da parte (inércia) e atentar para o ambiente dialógico-discursivo (contraditório), pressupostos estes estabelecidos pela própria Lei de Arbitragem (art. 21, §2º da Lei 9.307/96), mas sobretudo porque, ao decidirem, eles dão uma resposta aos litigantes na forma de proteção ou tutela daqueles interesses colocados sob sua esfera de deliberação, e cujo resultado valerá como a lei do caso concreto para as partes do procedimento, concretizando, assim, a esperada pacificação social.[398]

3.2 O procedimento arbitral e o devido processo legal

A constatação da jurisdicionalidade do procedimento arbitral deságua no reconhecimento de que esse meio privado de resolução de conflitos se insere dentro uma teoria geral do processo.[399] Apressa-se para assentar que isso não tem como consequência a aplicação

---

common intention of the parties. Thus, arbitration comprises both a judicial (§ 1) and a contractual element (§ 2). (…) *One of the main characteristics illustrating the judicial nature of the role of arbitrators is that, in their award, they resolve a dispute between two or more parties.*". Interessante anotar que ao abordar o caráter contratual da arbitragem internacional, sustentam os autores que a autonomia da vontade tem visto o seu papel diminuído em razão das arbitragens institucionais, o que permite concluir (apesar de esta consequência ser expressamente negada pelos autores) para o aumento da preponderância da natureza jurisdicional do instituto, a saber, pp. 29, 31 e 33, respectivamente: "*The fact that the basis of arbitration is contractual is not disputed: an arbitrator's power to resolve a dispute is founded upon the common intention of the parties to that dispute.' (...)*; "*In other words, the judicial nature of international arbitration in no way weakens the equally firm principle of party autonomy (A). However, the importance of party autonomy has diminished in practice, because international arbitration owes its success to the development of permanent arbitral institutions, and the involvement of these institutions has in fact reduced the role played by the parties*. (…)", "*International practice has witnessed a trend which is not entirely in keeping with the principle of the primacy of the parties' intentions. It is becoming increasingly rare for the parties to choose their arbitrators and organize their procedure directly. Instead, permanent arbitral institutions have been set up throughout the world and now handle the vast majority of international commercial arbitrations. The existence of an institution and the application of its procedural rules may lead to greater efficiency, but will also entail a corresponding reduction of the role of the parties in selecting the arbitrators and in the conduct of the proceedings*.".

[398] Apenas a título de ilustração, interessante sobre o ponto é a posição de NAVARRETE, Antonio Maria Lorca. ¿Garantías Ordinarias versus Garantías Constitucionales en el arbitraje?. In *Arbitragem* - Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *In Memoriam*. LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. São Paulo: Atlas, 2007, p. 230-253, especialmente quando aponta que a arbitragem não teria nem natureza jurisdicional, nem contratual, mas sim processual, isto porque "*En la LA, la función que asume el árbitro es procesal pero no jurisdiccional. El abitraje es un ejemplo de una actividad en la que se residencia la sustantividad del processo a través de la técnica procedimental que se prefiera pero sin que ello suponha, en modo alguno, una conceptuación jurisdiccional ni del proceso ni de las actuaciones arbitrales. (...). En mi opinión, el arbitraje justifica su naturaleza jurídica porque resuelve 'contraoversias' y esa finalidad no se alcanza mediante su adjetivación contractual o jurisdiccional.* (...)" (pp. 246 e 247). E conclui em pp. 248: "*Frente a las denominadas teorias contractualistas, jurisdiccionalistas y mixtas, la naturaleza jurídica resolutiva del arbitraje es de procedibilidad negocial*.".

[399] Até porque a moderna teoria geral do processo tem a jurisdição como seu centro de gravidade, ou, para alguns, tem nela o seu "polo metodológico", cfr. PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Jurisdição e Pacificação ... Op.*

subsidiária ou supletiva do Código de Processo Civil, o que poderia ser inferido, por exemplo, de uma interpretação extensiva do texto do art. 15, do CPC.[400]

A própria forma de escolha do procedimento arbitral para tutelar os interesses, embasado na voluntariedade das partes – caráter contratual de sua eleição –, é fator que denuncia contra a aplicação das normas do procedimento estatal de resolução de controvérsias.

Portanto, cabe às partes o alcance de um consenso sobre eventuais lacunas a respeito do procedimento a ser seguido e, na hipótese de dissenso, ao tribunal arbitral é dada a tarefa de decidir a referido respeito.

Isso não quer dizer que a aplicação das normas do Código de Processo Civil jamais será utilizada na arbitragem. As próprias partes podem eleger o regramento procedimental do CPC como aplicável de forma supletiva, ou até mesmo principal, no rito da arbitragem para a resolução dos interesses em análise. Da mesma forma, os árbitros podem entender por aplicáveis dispositivos da lei processual.[401]

Ademais, não se pode olvidar que a própria Lei de Arbitragem faz referência à aplicação subsidiária do CPC em determinadas situações, como no caso do art. 14, que ao dispor sobre os impedimentos dos árbitros para arbitrarem os interesses em discussão, faz referência às mesmas regras "que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se, no que

---

cit., p. 23-60. Em sentido semelhante, GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição.* Salvador: Juspodivm, 2020, p. 355. Também expressando esse entendimento, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* São Paulo: Malheiros, 15. ed., 2013, p. 90-96 (e apesar de o autor ressaltar o caráter publicista do processo, ele não ignora que "a jurisdição é exercida, fora dos quadros do Estado e de seu Poder Judiciário, pelos árbitros, assim constituídos pelas partes litigantes segundo a sua vontade bilateral.", p. 107).

[400] Discorda-se, neste sentido, de TUPINAMBÁ, Carolina. Comentários ao art. 15. In *Comentários ao novo Código de Processo Civil.* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 49. A autora, comentando especificamente sobre o art. 15, afirma que o Código de Processo Civil teria instituído uma verdadeira teoria geral do processo, com uma "síntese indutiva das diretrizes metodológicas e de princípios elevados ao grau máximo de generalização útil (...), amarrou no art. 15 o desígnio do mais amplo diálogo de fontes normativas processuais.". Essa interpretação também parece ser defendida por MAZZEI, Rodrigo. Embargos de declaração no processo penal: breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 529. Apesar de escrever sobre a aplicação subsidiária do CPC para o processo penal, eis o que sustenta o autor de forma generalizada: "(...) o art. 15 possui rol meramente exemplificativo, tendo sido construído para ser o eixo central do processo nacional. Na verdade, percebe- se que o novo diploma processual civil funciona como fonte que emana um processo comum, para tanto, que ocorra omissão na legislação externa e que haja compatibilidade da regra de transporte e absorção.".

[401] No mesmo sentido, FARIA, Marcela Kohlbach de. *Participação de Terceiros na Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 42-43: "(...) d) o Código de Processo Civil não se aplica de forma automática ao processo arbitral, o que não impede que, no silêncio das partes, os árbitros dele se utilizem no que for compatível com o procedimento arbitral."; já em p. 168, afirma: "No entanto, nada impede que as partes prevejam na convenção de arbitragem, ou no termo de arbitragem, que alguns dos aspectos do procedimento previsto no CPC para a intervenção de terceiros serão observados caso surja alguma das hipóteses de intervenção de terceiros nele contidas.".

couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.".

O que precisa ser entendido, neste ponto, é que a teoria geral do processo define que o exercício da jurisdição precisa ser realizado dentro de um devido processo legal, com a asseguração de garantias processuais mínimas para que qualquer rito seja desenvolvido de forma legítima dentro do ordenamento jurídico – o que é pressuposto, de acordo com o teor do exposto anteriormente, de qualquer Estado Democrático de Direito ou de um Estado Constitucional.

Há consenso doutrinário, pelo menos entre aqueles que defendem a jurisdicionalidade do procedimento arbitral, que a arbitragem se desenvolve dentro daquelas regras mínimas denominadas de devido processo legal – tanto que, para alguns, alcunhado de devido processo legal arbitral.[402-403]

A própria Lei 9.307/96, especialmente, mas não exclusivamente[404], estabelece em seu art. 21, §2º, que "serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.". Há, portanto, fundamento legal a impor o respeito às referidas garantias – passível de invalidação da própria sentença se não respeitado, conforme se verificará no item 4.4, *infra* –, o que afasta qualquer controvérsia a respeito.[405]

---

[402] Esse consenso, diga-se logo, parece se dar em nível mundial, como esclarece VIGORITI, Vincenzo. Verso um diritto comune dell'arbitrato: *Op. cit.*, pp. 211: "*In tutti i paesi il procedimento arbitrale è caratterizzato da libertà di forme e dal diritto delle parti e degli arbitri di organizzarne lo svolgimento, con il limite del rispetto dele regole fondamentali dei giudizi civili, tradizionalmente riconducibili al* procedure due process*, e quindi al principio del contraddittorio nelle più varie implicazioni*.".

[403] No ponto, interessante é o pensamento de NAVARRETE, Antonio Maria Lorca. ¿Garantías Ordinarias versus Garantías Constitucionales en el arbitraje?. Op. cit, pp. 230-253, que apesar de não entender pelo caráter jurisdicional da arbitragem, e sim de natureza negocial-processual, entende que ainda assim existe um mínimo de garantias processuais a serem observadas, as quais, todavia, "(...) *no van a poseer una justificación constitucional*." (pp. 250). Para o autor, "*Existe un garantismo del arbitraje de desarollo procesal común u ordinario que no es un garantismo jurisdicional y, por tanto, de justificación constitucional."* (pp. 250). E conclui: "(...) *mediante as garantías comunes u ordinárias que asume el arbitraje justificadas en el principio de autonomia negocial de la voluntad deve afrontarse la vulneración del orden píublico tanto en el laudo arbitral interno o domestico como comercial internacional no tanto como infracción de garantías constitucionales comprendidas en el artículo 24 de Constitución Española que impliquen el translado al laudo arbitral de las garantías del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cuanto más bien como un modelo garantista que responde al desarollo de unas garantías procesales comunes u ordinárias basadas en el principio de autonomia negocial de la volutad exigibles también en el ámbito de la tutela judicial efectiva.".*

[404] Há outros dispositivos presentes na Lei 9.307/96, porém menos propagados, que revelam outras importantes garantias processuais fundamentais, como no caso do art. 13, §6º e do art. 14, §1º.

[405] DINAMARCO, Candido. *A arbitragem na teoria geral do processo.* São Paulo: Malheiros, 2013, p. 23. "A incidência daquelas garantias constitucionais sobre o processo arbitral é um ponto incontroverso em toda a doutrina (...)". No mesmo sentido, PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo Arbitral e sistema.* São Paulo: Atlas, 2012, p. 60-66, notadamente quando fala que os princípios elencados nos artigos 13, §6º e 21, §2º são em muito

O dissenso doutrinário está justamente na definição do que compreenderia o devido processo legal na arbitragem, se apenas os princípios estabelecidos pelo art. 21, §2º, da Lei 9.307/96[406], ou se todo o rol de princípios processuais do procedimento estatal,[407] ou se alguma outra ideia menos restritiva que a letra da lei e, ao mesmo tempo, não tão extensiva quanto à íntegra das garantias fundamentais do processo.

Uma resposta maniqueísta a respeito da amplitude do devido processo legal arbitral representaria uma quimera. É possível e desejável imaginar uma terceira via, na qual, como adiantado, nem uma interpretação literal do disposto na legislação, tampouco uma amplitude demasiada para fins de equiparar as garantias fundamentais do processo estatal ao procedimento arbitral, seria viável. Uma possível sugestão, neste sentido, seria a utilização dos princípios que englobariam a chamada ordem pública processual[408] ou mesmo a atenção "(...) dos princípios e garantias constitucionais, particularmente os do *due process* e do contraditório.".[409]

É imperioso, portanto, encontrar um denominador comum, do contrário, o próprio sentido de teoria geral do processo se perde, pois passa-se da generalização, comum a toda e

---

semelhantes com aqueles do processo estatal, a revelar uma proximidade que, segundo o autor, decorre da Constituição Federal.

[406] Esta parece ser a ideia defendida por PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 67-71 e 103-107, tanto que diz: "(...) o processo estatal é influenciado por princípios processuais do modelo estatal, mas que não está amarrado a ele." (p. 71), tendo ainda afirmado anteriormente sobre uma "ordem pública arbitral, ou princípio arbitral informativo do devido processo legal, que é o respeito ao contraditório, à igualdade das partes, à imparcialidade do árbitro e ao seu livre convencimento." (p. 44); bem como por LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. In *Revista dos Tribunais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 686, dez. 1992, versão eletrônica. No mesmo sentido, ARAUJO, Yuri Maciel. *Contraditório, imparcialidade e independência no processo arbitral: uma releitura à luz da Teoria dos Sistemas*. 245 f. Dissertação (mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

[407] Cfr. DINAMARCO, Candido. *A arbitragem na teoria geral do processo.* São Paulo: Malheiros, 2013, p. 24-26. Comungando com tal entendimento, GRECO, Leonardo. Controle jurisdicional da arbitragem. In *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015* – v. 1. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Leonardo Greco, Humberto Dalla. (Org.). 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 7; bem como ALVIM, Eduardo Arruda; DANTAS, André Ribeiro. Direito Processual Arbitral. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 234, ago. 2014, versão eletrônica. É o que também parece pensar VIGORITI, Vincenzo; CARMONA, Carlos Alberto. Em busca de um direito comum arbitral: notas sobre o laudo arbitral e sua impugnação. In *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 91, jul.-set. 1998, versão eletrônica: "Também para o segundo ponto verifica-se comunhão de tendências: em todos os países, o procedimento arbitral é caracterizado pela liberdade de formas e pelo direito das partes e dos árbitros de organizar o desenvolvimento da arbitragem com o limite do respeito das regras fundamentais dos juízos cíveis, tradicionalmente resumidas na fórmula do *procedural due process* (ou seja, o princípio do contraditório nas suas mais variadas implicações).".

[408] O sentido aqui seria aquele mesmo empregado por GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In *Revista Quaestio Iuris*, vol. 04, n. 01. p. 720-746, Disponível em https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10206/7984. Acesso em 30 mar. 2020, p. 726. Conforme já reproduzido em nota 150 *supra*.

[409] DINAMARCO, Candido. *A arbitragem na teoria geral do processo. Op. cit.*, p. 55-56.

qualquer teoria que se pretenda universal, para a especialização, com cada procedimento arbitral definindo as suas regras mínimas.[410]

Assim, e volvendo aos pontos, uma resposta estritamente legal, focada nos princípios elencados na Lei 9.307/96, não seria a mais adequada, afinal, pela leitura dos seus dispositivos, e apenas a título ilustrativo, observa-se que ela deixa de fora de seu espectro princípios como o da inércia, que é elemento típico de todo e qualquer procedimento que se julgue jurisdicional.

Há, ainda, o problema de sentido dos termos e dos textos legais. Como a redação do dispositivo é desprovida de maiores explicações sobre os seus entendimentos em concreto, afinal, não se expressa se o que se entende por igualdade, abarcaria os seus vieses material ou formal, se o livre convencimento deveria ser motivado ou não, e sendo motivado, qual o alcance dessa fundamentação, se o contraditório exige uma resposta para todas as questões debatidas pelas partes (efetiva participação e direito de influir na decisão), se a competência para decidir sobre determinada questão é limitativa (interpretação restritiva do pedido) ou admite ampliação para questões conexas (interpretação do pedido tendo em vista o conjunto da postulação ou mesmo a coligação de contratos).

Uma breve ilustração para o exposto, corroborando a afirmação de que o sentido das garantias elencadas na Lei de Arbitragem pode sofrer variações ou conter entendimentos variados, o Superior Tribunal Justiça, no julgamento da Sentença Estrangeira Contestada nº 9.412- US, [411] negou a homologação de uma sentença estrangeira por entender que ela violaria a ordem pública, fato justificado pela falta de imparcialidade do árbitro presidente de um tribunal arbitral constituído em Nova Iorque. Na visão da Corte Superior brasileira, como o árbitro presidente integrava escritório de advocacia que seria representante, em outros casos, de interesses de empresa subsidiária de uma das partes, este fato em si, mesmo que o árbitro presidente desconhecesse essa informação e não tivesse atuado diretamente nos tais outros casos, a sua parcialidade, de acordo com a lei brasileira, já estaria configurada. O interessante, e que chancela a riqueza do exemplo para este ponto, é que este mesmo argumento da

[410] Em sentido semelhante, DIDIER JR., Fredie. A Reconstrução da Teoria Geral do Processo. In *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo.* Org. DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 15-46, que discorrendo sobre a ideia geral de elaborar uma teoria geral do processo, assim, destaca em p. 25: "é uma disciplina dedicada à elaboração, à organização e à articulação dos conceitos jurídicos fundamentais (lógico-jurídicos) processuais". E continua: "São conceitos lógico-jurídicos processuais todos aqueles indispensáveis todos aqueles indispensáveis à compreensão jurídica do fenômeno processual, onde quer que ele ocorra, tais como: processo, competência, decisão, cognição, admissibilidade, pretensão processual, capacidade de ser parte, capacidade processual, capacidade postulatória, prova, presunção e tutela jurisdicional.".

[411] SEC 9.412/EX, Rel. Ministro Felix Fischer, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 19/04/2017, DJe 30/05/2017.

parcialidade já havia sido analisado por duas instâncias judiciais norte-americanas, todavia, para referidos tribunais, a imparcialidade somente se configuraria com a sua respectiva prova, ou seja, caberia à parte demonstrar que o árbitro, ao presidir o tribunal arbitral, teria ciência de que seu escritório tinha atuado na defesa de uma das partes (no caso, uma subsidiária). Ora, não há dúvidas de que a imparcialidade é uma garantia de todos os procedimentos de resolução de conflitos, notadamente o arbitral, entretanto, ela pode ter variados sentidos.

É assertivo, pelas ponderações acima, que uma interpretação literal a respeito dessas garantias fundamentais não sobrevive ao pragmatismo que a própria arbitragem busca atender, afinal seria fora de realidade deixar escapar sentidos dos textos que são atualmente garantias insofismáveis dos cidadãos, os quais somente vieram a assim se tornar com o passar dos tempos e a evolução dos estudos. A letra da lei é sempre o ponto de partida e um eventual limite ao intérprete, mas jamais pode vir a se tornar o parâmetro de concreção dos princípios fundamentais,[412] o que inviabiliza uma interpretação restritiva dos princípios componentes do devido processo legal arbitral.

Indo além, também se entende que é igualmente desprovido de razão defender que toda aquela gama de garantias fundamentais do processo elencadas pelos mais renomados doutrinadores[413] seria integralmente aplicável ao procedimento arbitral. O motivo é bastante simples, boa parte delas sequer seriam enquadráveis no procedimento arbitral. Ilustrativamente, é o caso da permanência da jurisdição, a inexistência de obstáculos ilegítimos (como no caso dos custos), a legalidade estrita no poder de coerção e, ainda, da própria publicidade – que apesar de ser a regra das arbitragens envolvendo entes da administração pública, não se aplica para as demais arbitragens, o que ocorre por força de normas regulamentares dos órgãos que administram a resolução privada dos conflitos.

Todavia, as negativas acima não impedem a falta de uma resposta íntegra e coerente quanto à imperiosa atenção aos ideais do devido processo legal arbitral. Há, como adiantado,

---

[412] Inviável, assim, a ideia de interpretar o texto legal tendo como parâmetro final a redação do dispositivo, até porque impossível encontrar ali qualquer definição de sentido mais concreta. Essa parece ser a sugestão de PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo Arbitral e sistema. Op. cit.*, p. 104: "Se por um lado podemos dizer que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório fazem parte de um conceito largo de devido processo legal, conforme a Constituição Federal, por outro cremos ser na lei que o princípio do devido processo legal atinge o seu alcance efetivo, o que significa que todo processo é regrado por institutos que dão concretude também à própria ideia de ampla defesa e contraditório e, assim, consequentemente, de devido processo legal.". E continua o autor: "A nosso ver, portanto, não obstante autorizadas pelas garantias que a lei, e não a Constituição, traz para o ambiente processual voltadas à comprovação dos faros ligadas às alegações das partes.".

[413] Por todos, GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo. In *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225-286.

uma terceira via. Assim, e retomando a ideia já apresentada de que a virada linguística revelou que texto e norma não formam um mesmo elemento, muito ao contrário, várias normas podem emanar de um mesmo texto, ao passo que vários textos normativos podem gerar uma única norma, é preciso compreender que o texto da norma pode significar mais do que aquilo que efetivamente expressado, ou melhor, aquilo que se encontra anotado na lei pode variar o seu sentido em razão de novas perspectivas.

Não é a Constituição, tampouco a lei em si, que definirá, solitariamente, o escopo de abrangência do devido processo legal arbitral. Os textos legislados acabam se tornando premissas balizadoras da atuação de um Tribunal Arbitral, mas o sentido final das normas pode ser dependente de complementos ou definições mais específicas.

Remonta-se, aqui, à linha de desenvolvimento estruturante deste trabalho, especialmente aquela em que assume que alguns juízes, por atribuição constitucional, têm o dever de desvelar e/ou reconstruir o sentido da norma a partir do texto. É neste ponto que a relação entre Judiciário e Arbitragem se torna mais comensal, pois a definição específica dos princípios integrantes do devido processo legal arbitral dependerá, necessariamente, daquilo que o Judiciário, especialmente os órgãos de interpretação e unificação do Direito, conforme ordena a Constituição Federal, entendem pelo sentido das garantias fundamentais.

E diferente não poderia ser, até porque "há importantes razões de ordem pública que determinam a intervenção do Poder Judiciário (...) [como] controlar o devido processo arbitral, em sentido amplo.".[414]

Em conclusão, o que se verifica no presente ponto é que a definição do sentido do texto pelos Tribunais Superiores, ou seja, quando exarados precedentes vinculantes a respeito de eventual alcance ou dimensão das garantias processuais fundamentais que tocam à arbitragem – que não podem se restringir a uma interpretação literal da Lei 9.307/96, tampouco é ampliativa ao ponto de abranger todas as garantias processuais do procedimento estatal, mas apenas aquelas fundamentais e que, de alguma maneira, ornem com o procedimento arbitral –, é indene de dúvidas a necessidade de sua observância, até para o fim de preservar o instituto, bem como aquilo que os litigantes buscam ao escolher a arbitragem como meio para solucionar os seus conflitos: segurança jurídica.

---

[414] LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário*: a definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 37.

3.3 Arbitragem de direito e a observância do ordenamento jurídico

A partir do momento que as partes elegem a arbitragem para dirimir uma controvérsia, atual ou futura, e desde que essa forma de decidir conflitos seja nacional, abre-se às partes, segundo a própria Lei de Arbitragem vigente, duas possibilidades: ou essa disputa observará o direito de determinado ordenamento ou ainda um conjunto de leis, normas ou princípios escolhidos pelas partes,[415] ou então a análise se dará por um juízo de equidade. É o que prescreve o art. 2º, da Lei 9.307/96.

Caso a escolha se dê pela arbitragem de direito, e mais especificamente, caso a eleição recaia sobre a lei brasileira[416] como o conjunto de normas a ser observado na resolução da controvérsia, então fica bastante clara a vinculatividade dos árbitros ao corpo de normas que deve observar.

No caso, o foco aqui é sobre o direito material, na exata medida em que dispõe, a título elucidativo, o art. 28 (1) da Lei modelo da Uncitral, quando afirma "(...) *any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State* (...)",[417] até porque as regras procedimentais geralmente são remetidas àquelas estabelecidas em centros ou câmaras de administração de conflitos, notadamente quando se tratar de arbitragens institucionais.[418] Entretanto, e ainda na questão procedimental, não se pode olvidar que nas arbitragens nacionais, ou cuja execução

---

[415] Cfr. SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem: mediação e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, e-book, ao tratar sobre a arbitragem, assenta: "(...) as partes podem escolher quais normas de direito material serão aplicadas pelos árbitros. Logo, podem escolher: a) leis internacionais de comércio; b) *lex mercatória*; (...); c) leis internacionais; d) leis corporativas; e) equidade (...); f) princípios gerais de direito.". No mesmo sentido, MUNIZ, Joaquim de Paiva. Escolha de Norma Material em Arbitragem. In *Manual de Arbitragem para advogados*, p. 42-48. Disponível em <https://cacb.org.br/cbmae-publicacoes/manual-de-arbitragem-para-advogados/>. Acesso em 31 ago. 2021.

[416] Scavone Júnior afirma, também, que caso as partes elejam a arbitragem de direito, porém sem escolher qual o direito aplicável, e caso o contrato com a convenção de arbitragem tenha sido constituído no Brasil, então aplicar-se-ia ao referido caso a lei nacional, na forma do art. 9º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem: mediação e conciliação*. *Op. cit.*

[417] Disponível em em <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf>. Acesso em 15 set. 2021. Tradução: "Qualquer designação da lei ou do sistema jurídico de um determinado Estado será considerada, salvo indicação expressa em contrário, como se referindo diretamente à lei substantiva desse Estado (...)" (a lei modelo, traduzida para o vernáculo, pode ser encontrada em <https://s.conjur.com.br/dl/lei-modelo-arbitragem-elaborada.pdf)>.

[418] Há, basicamente, quatro formas de definição das normas de procedimento nas arbitragens: i) as partes definem no próprio contrato em que firmaram a convenção quais são as regras de processo aplicáveis; ii) as partes, juntamente com o árbitro ou o painel arbitral, definem as regras dos procedimentos; iii) as partes elegem uma norma jurídica estatal pré-existente aplicável; iv) as partes se reportam às regras de alguma instituição administradora de conflitos como aplicáveis ao caso, sendo que, em caso de lacunas, essas serão resolvidas pelas próprias partes ou pela decisão impositiva do(s) árbitro(s).

deve se dar no Brasil, há um rol de garantias fundamentais do processo que precisam ser observadas – tudo conforme visto no tópico anterior, inclusive quanto à controvérsia a respeito da amplitude cognitiva dessas garantias.

A breve contextualização serviu para estabelecer premissa fundamental nas arbitragens de direito: a partir do momento em que se escolhe a norma brasileira para dirimir a controvérsia oriunda de contrato com cláusula compromissória, ou simplesmente elegem a lei nacional quando da assinatura de um compromisso arbitral, então o conjunto de regras e princípios de direito material brasileiro deve ser observado pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral[419] – além de também se vincularem às garantias fundamentais do processo estabelecidas na própria Lei de Arbitragem, reitera-se.

E quando se fala em conjunto de regras e princípios de direito material observáveis, a inteligibilidade deste signo está na atenção do ordenamento jurídico como um todo, até porque o "(...) Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo".[420]

A conclusão é basilar: a partir do momento em que as partes elegem um determinado sistema de direito para reger o seu conflito, esse deve ser considerado em seu todo. A sua unidade, a sua coerência, assim como a sua integridade, precisam ser observadas pelos julgadores. Inclusive, eventuais controvérsias que possam surgir em decorrência da aplicação de normas ou conjunto de normas e a sua possível incidência na relação jurídica em debate, essa respectiva resolução ou a definição de qual ato normativo aplicável caberá ao árbitro – da mesma forma que cabe ao juiz definir, por exemplo, se determinada relação deva ser protegida pelas leis consumeristas ou se aplicar-se-ão as regras gerais do Código Civil.

---

[419] A respeito dessa necessária observância e atenção do árbitro à legislação eleita pelas partes nas arbitragens de direito nacionais, ALVES, Rodrigo Francisco. *Árbitro e Direito:* o julgamento do mérito na arbitragem. *Op. cit.*, p. 54: "Dentro da perspectiva do direito interno, parece claro que a lei sempre precederia o árbitro, inclusive para lhe conferir os poderes para julgar determinado conflito. O direito estatal seria, portanto, o fundamento de validade da arbitragem e dos poderes dos árbitros. Referida constatação é válida para parcela significativa dos procedimentos arbitrais, em que não há qualquer elemento estrangeiro em questão, quando, por exemplo, a arbitragem é doméstica e as partes definiram, de antemão, o direito doméstico como aplicável.". Apesar da assertiva, na sequência do texto o autor parece concluir de modo diverso, tanto que afirma: "(...) o presente trabalho compartilha a premissa de que o árbitro não está, sempre e necessariamente, vinculado a uma ordem jurídica pré-estabelecida e que parte da sua missão pode ser, justamente, encontrar o direito aplicável. (...) Antes de haver uma lei ou um foro, há um árbitro. Por isso, a autoridade do árbitro vem em primeiro lugar." (p. 56).

[420] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 9. ed., 1997, p. 21.

Assim, por mais que se admita que um ordenamento possua normas conflitantes em abstrato, é na observância do caso concreto que se define a lei específica incidente em cada relação. As noções de integridade, unidade e coerência devem ser analisadas no caso concreto em relação ao sistema, na exata forma como já exposto sobre os institutos em linhas transatas.

E se esses atributos definem e qualificam o ordenamento, não se pode conceber arbitragens de direito com a eleição da lei nacional, mas que aplique apenas de forma parcial o sistema jurídico pátrio.[421] Caso se verifique essa última hipótese, pode até se entender que a arbitragem seja de direito, tudo a depender da escolha das partes, mas o fato é que não se estará diante de uma arbitragem de direito com a eleição da lei nacional para decidir o conflito, pois insista-se, a definição do ordenamento jurídico brasileiro como o Direito a ser aplicado em determinada arbitragem, implica que o sistema como um todo deve ser observado.

É claro que na definição do direito, na decisão a ser proferida, aos árbitros são dados poderes de inclusão e exclusão de regras e princípios que incidam na relação jurídica que se qualificou por uma pretensão resistida. O que não se pode admitir é a prévia exclusão ou a deliberada supressão de normas em abstrato, isso quando se elegeu a lei nacional para dirimir aquele conflito.

As assertivas se alinham com perfeita adequação ao que se expôs anteriormente, e seguindo toda a linha do estudo até então apresentada, de que "(...) uma definição satisfatória do Direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico".[422]

Importante frisar que as definições de Direito e ordenamento jurídico acima expostas, dentro de uma concepção da escolha da lei brasileira para dirimir um conflito por meio da arbitragem, apesar de tomadas da lição de um positivista, notadamente de Norberto Bobbio,[423]

---

[421] Entendendo de forma contrária, ainda que defendendo a obrigação dos árbitros observarem os precedentes judiciais, AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration*: are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?. London: Wildy, Simmonds & Hill, 2017, pp. 74-79. Especificamente em pp. 77, afirma: "*In other words, parties can choose a set of rules – even combining rules from different states or limiting the sources of law available to the arbitrators –, there bring no limit other than public policy and mandatory laws*." E continua em pp. 78: "*Hence, if parties wanted to entirely avoid any binding effects of judicial precedents on their arbitration, they could simply limit the sources of law applicable to the substance of the dispute".* Por coerência com este trabalho, deve-se entender que os argumentos apresentados por referido autor podem ser caracterizados como uma arbitragem de direito pelo simples fato de se referirem a um conjunto específico e aleatório de normas pré-existentes, mas jamais como uma arbitragem de direito em que um determinado ordenamento foi eleito para dirimir um conflito. O que não se pode admitir é que fragmentos de leis sejam excluídas, de forma deliberada e propositada, e ainda assim considerar aquela lei como aplicável à arbitragem. A partir do momento em que isso se verifica, não se tem mais a referida lei como aplicável ao conflito, mas sim um direito aleatório e "criado" pelas próprias partes.

[422] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico. Op. cit.*, p. 22.

[423] Especificamente de suas obras *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 9. ed., 1997 e *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1999.

não se antagonizam com a proposta de um sistema eivado de princípios jurídicos dotados de força normativa, porém sem uma consequência jurídica expressa no seu texto. Tampouco as ideias aqui debatidas sobre unidade, coerência e integridade, também derivadas de autores que rechaçam o positivismo, conflitam ou nulificam quaisquer dos apontamentos expostos.

A disparidade que eventualmente possa existir encontra-se no ambiente de teoria das normas, que é o *locus* do debate em que relevantes fissuras e distanciamentos se verificam na relação entre as correntes de pensamento dos positivistas e dos pós-positivistas. Assim, partindo da premissa que os princípios são normas dotadas de força normativa, não há impedimentos para a utilização da sua conceituação e natureza jurídica a partir da ideia de ordenamento jurídico desenvolvida por um positivista.

Assim, e apenas para que se faça o mandatório apontamento, se alguma adaptação ou remodelação se mostra necessária para melhor adequação do conceito de ordenamento jurídico dentro do marco teórico deste trabalho, este se verifica na questão afeta à completude do Direito.

A ideia de positivistas, como Bobbio, que defendem a existência de uma norma de clausura,[424] ou mesmo a ideia de que essa noção de completude não seria estática, podendo se falar em ordenamento "completável"[425], para também se referir a Bobbio, precisa aqui ser afastada para utilizar-se de uma propositura mais consentânea com a prática vivida e que melhor espelha a atual sociedade globalizada e multipolarizada.

A defesa de uma completude do Direito pode e deve estar inserida num contexto maior, ou seja, dentro de um ambiente que conjugue a possibilidade de criação normativa dentro dos Poderes Legislativo e Judiciário. Se as normas legisladas não são as únicas fontes de Direito, como já apontado anteriormente (vide item 2.4 *supra*), então a noção de ordenamento jurídico tem que atender a todo o plexo normativo do sistema, que possui normas-regra e normas-princípio, bem como aquilo já denominado de normas-precedente, estas exaradas pelas Cortes

---

[424] Nos dizeres de BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1999, p. 209-210: "O ordenamento jurídico resulta do conjunto de todas as normas particulares e de todas as normas gerais exclusivas; estas últimas podem ser expressas numa única norma que diz: 'É permitido tudo que não é proibido nem comandado'. Tal norma é dita *norma de clausura*, visto que assegura a completude do ordenamento, garantindo a atribuição de uma qualificação jurídica a todos os fatos não previstos pelas outras normas. Mesmo um sistema normativo constituído por uma única norma é um ordenamento completo, pois aquela única norma é acompanhada por uma segunda norma implícita que fecha o próprio sistema, atribuindo a qualificação de ilícito a todos os fatos não previstos pela primeira norma".

[425] Essa possibilidade de completar o ordenamento é sugerida por Bobbio através das noções de heterointegração e autointegração. Na primeira delas, a recurso seria observar normas de ordenamentos diversos ou mesmo fontes diversas que não a lei. Já na segunda, o jurista lança mão da observância das noções de analogia e princípios jurídicos. Cfr. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico. Op. cit.*, p. 146-160.

Supremas, isso dentro das suas atribuições constitucionais que permitem a reconstrução, a ressignificação ou mesmo a construção de sentido dos textos normativos – mas sempre atento para o fato de que a decisão judicial jamais surge de um total vácuo legislativo, a sua exação tem como ponto de partida uma norma legislada.

Portanto, a ideia de ordenamento jurídico aqui defendida leva em consideração essa específica atribuição dos tribunais de vértice, ou seja, à definição tomada por empréstimo precisa ser complementada com a especificidade dos atuais sistemas jurídicos, que além dos princípios jurídicos, tem nas decisões das Cortes Supremas verdadeiros elementos de completude do sistema. Assim, se o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal possuem dentro de suas competências constitucionais a atribuição de dirimir controvérsias e ditar os significados das normas legais e constitucionais, respectivamente, então não se pode ter dúvidas que "a recusa de autoridade à interpretação judicial empreendida por essas cortes significa recusa de vinculação à própria ordem jurídica."[426]

A noção de integridade, coerência e unidade, na forma como apresentada no primeiro capítulo, precisa ser exatamente a mesma para toda e qualquer esfera de decisão de controvérsias com força jurisdicional. Sejam as decisões emanadas pelo Judiciário, sejam as decisões externadas pelos Tribunais Privados, todos esses pronunciamentos devem obediência ao ordenamento jurídico brasileiro, isso se a opção das partes tiver sido por uma arbitragem de direito com escolha da lei nacional para dirimir a controvérsia. Uma vez mais, e com arrimo na doutrina, "quando a arbitragem é de direito, a atividade do árbitro se equipara à atividade do juiz togado, com a única diferença de ser um julgamento convencional, nos limites do que houverem as partes disposto na convenção arbitral.".[427]

Há, neste ponto, uma verdadeira composição entre os entendimentos apresentados sobre jurisdição, arbitragem de direito e ordenamento jurídico. Ao partir-se do pressuposto que arbitragem é jurisdição, bem como que este último signo tem entre as suas funções a ideia de compor conflitos (pacificar a controvérsia por meio de uma decisão impositiva), e conjugando ainda a noção de que a arbitragem de direito que escolha a lei nacional para resolver a lide tem

---

[426] MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas ... *Op. cit.*, p. 119. E continua: "Portanto, do ponto de vista institucional, que é justamente aquele que deve ser levado em consideração pelo sistema encarregado de tutelar judicialmente os direitos, o Direito encontra sua expressão na interpretação que é dada à Constituição e à legislação pelas Cortes Supremas a partir de casos concretos. (...) Isso quer dizer que a recusa à aplicação de precedente judicial constitui recusa de vinculação ao Direito.".

[427] CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários à Lei de Arbitragem* (Lei n. 9.307, de 23/9/2016). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 35.

que observar o ordenamento jurídico brasileiro, o qual é composto por um sistema de normas (legislada e jurisprudencial), então não pode haver dúvidas de que nas arbitragens de direito que escolhe a lei nacional aplicam-se sim os precedentes judiciais, na forma como aqui foram definidos, os quais precisam ser observados pelos árbitros, pois o pronunciamento de decisões pelas Cortes Supremas deriva de um poder atribuído pela Constituição e integram, *tout court*, a ordem jurídica nacional.

A conclusão deste tópico não pode ser outra que toda e qualquer arbitragem de direito que elege a lei brasileira, mas que simplesmente refugue, de forma deliberada, na aplicação do ordenamento jurídico nacional, da qual fazem parte todas as normas do sistema jurídico, inclusive os precedentes emanados das Cortes Supremas, podem ser passíveis de questionamento em razão de um desrespeito à autonomia das partes – afinal, escolheram a arbitragem de direito com a aplicação da lei brasileira. O tema será mais bem trabalhado no próximo capítulo, todavia, fica aqui a ressalva, em adiantamento, que a arbitragem que ignora as normas do sistema jurídico nacional não são nulas de pleno direito ou mesmo *prima facie* nulificáveis, até porque existe todo um regramento para o desafio de decisões arbitrais, inclusive um espinhoso debate sobre a possibilidade ou não impugnar o mérito de referidas sentenças.

3.4 Arbitragem de equidade e a decisão sem a observância da legalidade estrita

Como visto acima, e com a ressalva para as arbitragens envolvendo a administração pública (art. 2º §3º, da Lei 9.307/96), as partes são dotadas de liberdade para eleger que o seu conflito, submetido à jurisdição arbitral, seja dirimido por equidade.

A despeito das diversas acepções que a palavra equidade possa receber,[428] para o contexto ora proposto parece não haver controvérsia de que o julgamento por equidade tem por objetivo permitir que os julgadores possam se soltar das amarras do direito positivo, a significar

[428] CORREA-LIMA, Osmar Brina. Eqüidade (julgamento com eqüidade e julgamento por eqüidade). In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 27, 2000, p. 221-234, que em p. 223 destaca: "Os dicionaristas da Língua Portuguesa consignam os seguintes sinônimos de '*eqüidade*': '*igualdade, imparcialidade, retidão, justiça, serenidade, moderação*' (...). Uma leitura acurada dos textos legais nos quais aparece empregado o vocábulo 'eqüidade' deixa transparecer que o seu conceito não é unívoco.". Também apresentando vários sentidos para o termo, LEMES, Selma Ferreira. A Arbitragem e a Decisão por Eqüidade no Direito Brasileiro e Comparado. In *Arbitragem:* Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *In Memoriam*. Coord. LEMES, Selma Ferreira et al. São Paulo: Atlas, 2007, p. 189-229.

que o senso de justiça do julgador, para aquele caso específico em análise, prevaleceria sobre qualquer norma.[429]

Isso quer dizer que o ordenamento jurídico, aquele mesmo acima analisado, que precisa ser compreendido dentro de suas características de unidade, coerência e integridade, seria simplesmente ignorado por aquele julgador dotado de poderes decisórios por equidade. Nada impede, todavia, que no exercício do juízo de equidade, entendam os árbitros que o direito escrito é, ou melhor, continua sendo, a solução mais justa e adequada para o caso concreto.

O julgamento por equidade não é uma atribuição que seria exclusiva de litígios arbitrais. O próprio sistema estatal de resolução de conflitos, regulado pelo Código de Processo Civil, permite ao juiz togado decidir "por equidade nos casos previstos em lei".[430] É o próprio ordenamento jurídico, em determinadas matérias, que estabeleceria as hipóteses em que se permitiria ao juiz seguir o seu senso pessoal de justiça, analisando a facticidade e as complexidades do caso para deliberar a respeito da *quaestio juris* sob sua apreciação.

Não apenas no exemplo acima narrado, em que o juiz pode atuar deixando de aplicar a lei (equidade substitutiva), é que se verifica contornos relevantes para a ordem jurídica. O juízo equitativo exercido quando o direito escrito não possui uma consequência normativa expressa para a hipótese de incidência tratada no texto, denominada de equidade supletiva, também tem

[429] Cfr. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo ... *Op. cit.*, p. 76-77, CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários à Lei de Arbitragem .... Op. cit.*, p. 37, bem como LEMES, Selma Ferreira. A Arbitragem e a Decisão por Eqüidade no Direito Brasileiro e Comparado. *Op. cit.*, que em sua conclusão, p. 226-227, expõe: "No direito da arbitragem, a sentença arbitral por equidade representa a autorização para os árbitros decidirem em consciência e conforme sua percepção de justiça, com prudência, alcançando o justo e equânime, pautando-se nos princípios morais básicos da convivência social, afastando ou temperando as regras do direito escrito, observando o bom-senso jurídico. (...).", e continua em p. 227: "Ao autorizar que o árbitro julgue por eqüidade, as partes esperam mais do que a simples subsunção do fato à norma legal. Desejam que a sentença seja justa e equilibrada e, para isso, o árbitro estará liberado do direito escrito.".

[430] Texto do art. 140, parágrafo único do CPC/15. Como se verá adiante, um claro exemplo do julgamento por equidade na jurisdição estatal se encontra no art. 723, parágrafo único do Código de Processo Civil, que ao tratar dos procedimentos de jurisdição voluntária afirma que "o juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.".

importante utilização e aplicação no ordenamento, e é mais comum do que se possa imaginar – tanto que pode até vir a ser confundida com os juízos de equidade substitutivos.[431-432]

O caso mais emblemático de julgamento por equidade supletiva ou integrativa tolerado pelo ordenamento jurídico é o estabelecido pelo art. 413,[433] do Código Civil, que permite ao juiz togado, reduzir, de forma equitativa, a penalidade estabelecida em um negócio jurídico, o que se verificaria em duas hipóteses, alternativamente, ou em caso de cumprimento parcial do negócio ou em caso de manifesto excesso no montante da sanção, tudo levando em consideração a natureza e a finalidade do pactuado.

Mas também é possível verificar essa possibilidade, por exemplo, nos casos em que verificada onerosidade excessiva do contrato, isso para fins de evitar a resolução do negócio (art. 479, do CC), a indenização estabelecida para os danos cometidos por incapaz (art. 928, parágrafo único, do CC), a indenização nas hipóteses em que a extensão do dano for desproporcional à gravidade da culpa (art. 944, parágrafo único, do CC), a indenização devida em casos de cometimento de injúria, calúnia ou difamação, isso quando não for possível ao ofendido provar o prejuízo material (art. 953, parágrafo único, do CC).

---

[431] Sobre os tipos de juízos de equidade, ver CARMONA, Carlos Alberto. Julgamento por equidade em arbitragem. In *Revista de Arbitragem e Mediação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 30, jul.-set. 2011, p. 229-244, que sobre o tema aponta em p. 234: "O alcance dessa autorização para julgar por equidade conduz, grosso modo, a três formas de atuação da função jurisdicional: (a) preencher lacunas no ordenamento (equidade formativa); (b) determinar as consequências não previstas na Lei (equidade supletiva); e (c) afastar a incidência da norma que normalmente disciplina a matéria, mas que é reputada injustiça em razão das circunstâncias do caso (equidade substitutiva).". A equidade formativa, que menos interessa ao caso, pode ser legalmente justificada no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que apesar de não falar expressamente em "equidade", abre espaço para referida inferência ao assentar: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.". Ainda sobre os diferentes tipos de equidade, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo ... Op. cit.*, p. 77; CONTE, Francesco. *Sobre a motivação da sentença civil.* Estado constitucional democrático de direito. Discurso justificativo. Legitimação do exercício da jurisdição. Rio de Janeiro: Gramma, 2016, p. 586. Definição semelhante também é encontrada em LEMES, Selma Ferreira. A Arbitragem e a Decisão por Eqüidade no Direito Brasileiro e Comparado. *Op. cit.*, que em p. 196 parece se confundir ao dizer que a regra de aplicação de honorários advocatícios no CPC/73 (art. 20, §4º) seria equivalente à equidade substitutiva. Ver ainda CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários à Lei de Arbitragem .... Op. cit.*, p. 38-39, que também diferencia os tipos de equidade, porém nomina como integrativa "aquela consistente num juízo fundado numa norma que remete à equidade apenas para especificar elementos não configurados em abstrato na lei (...)", o que parece corresponder ao mesmo sentido de "equidade supletiva" dos demais doutrinadores. Na doutrina estrangeira, VERDE, Giovanni. *Profili del Processo Civile*. Nápoles: Jovene, 2002, p. 125-126.

[432] A equidade supletiva ou integrativa é muitas vezes equiparada com os juízos discricionários. A relação transborda ao presente trabalho, mas, para maiores inserções no tema da discricionariedade, por todos OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Motivação e discricionariedade ... Op. cit.*, p. 51-88.

[433] Art. 413. A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Outra utilização bastante comum da equidade supletiva, mas esta sem uma previsão legal que expressamente fale em juízo de equidade, está na fixação de indenização por danos morais. O instituto, que é regulamentado pela conjugação do *caput* dos artigos 186[434] e 927[435], ambos do Código Civil, não possui qualquer referência à expressão equidade, porém, é sem dúvidas um dos institutos que mais utilizam do juízo ou do senso de justiça pessoal do julgador, afinal, fica ao seu talante deliberar a respeito do valor cabível nos casos de indenizações em que reconhecida a violação da ordem de valores extrapatrimoniais da pessoa. É preciso mencionar que o Código de Processo Civil de 2015 tentou contemporizar essa aplicação aleatória do senso de justiça pessoal do julgador, ainda que direcionado ao caso concreto, ao positivar, em seu art. 292, V[436], a obrigatoriedade da parte, em sua inicial, indicar o valor que pretenderia receber a título de indenização, inclusive aquelas fundadas em dano moral. Por certo que a previsão não resolve de forma absoluta o problema, até porque o juiz não se vincula aquele valor, mas certamente a referida indicação limita a indenização a ser fixada equitativamente pelo juiz, até porque jamais poderia o magistrado deferir um valor acima daquele que pretendido pela própria parte que entende ser a contraprestação pecuniária para a ofensa contra a sua esfera de direitos extrapatrimoniais.[437]

Veja-se que todos esses dispositivos têm em comum o fato de a lei não estabelecer a consequência jurídica da norma, todavia, a hipótese de incidência, ou seja, a *fattispecie* legal existe, a sua "sanção" é que se mostra omissa. Portanto, à falta de critérios objetivos e

---

[434] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
[435] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (...).
[436] Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: (...) V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido; (...).
[437] Diferente seria a questão dos chamados danos morais *in re ipsa*, entendendo-se que, nestes casos, por se tratar de uma questão objetiva, ou seja, a mera configuração da situação vexatória já faria presente o dano a ser indenizado (e desde que não haja outras repercussões alegadas pela parte, as quais devem ser provadas por quem que alega), seria possível a fixação ou estabelecimento de valores tabelados, tudo com vias a minorar ou evitar desigualdade. A doutrina parece refutar o entendimento, o que se infere do enunciado 455, da V Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, assim aprovado: "Art. 944: Embora o reconhecimento dos danos morais se dê, em numerosos casos, independentemente de prova (*in re ipsa*), para a sua adequada quantificação, deve o juiz investigar, sempre que entender necessário, as circunstâncias do caso concreto, inclusive por intermédio da produção de depoimento pessoal e da prova testemunhal em audiência.", complementado pelo enunciado 550, da VI Jornada de Direito Civil, assim aprovado: "A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores.". Veja-se, ademais, que, conforme se observa da justificativa deste último enunciado, inclusive com menções de decisões do STJ em busca de um tabelamento dos danos morais, não se fez qualquer destaque ou diferenciação em relação ao dano moral *in re ipsa*. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf>. Acesso em 31 ago. 2021.

legalmente estabelecidos para fixar valores a título de indenizações ou de penalidades, *v.g.*, a lei material permite ao julgador dispor de seu senso de justiça para fixar o montante devido.

A mesma ideia também é encontrada nas previsões dos artigos 85, §8º[438], 139, IV[439] e 835, §1º[440], todos do CPC, quando há maior liberdade de atuação do juiz, seja para fixar honorários, seja para escolher os melhores e mais adequados meios de coerção ou sub-rogação, além dos meios indutivos, para compelir uma das partes a cumprir o comando judicial, seja para fins de escolher os bens a serem penhorados. Em todas estas hipóteses, o juízo de equidade exercido pelo magistrado é enquadrável dentro da moldura legal, porém, pela falta de uma consequência normativa expressa, ela é construída com maior liberdade decisória pelo julgador.

Em suma, na equidade supletiva e/ou integrativa, e como o próprio nome enseja, o julgador está atuando em adição, complementando a norma positivada, ou caso se preferira, estabelecendo o sentido final e acabado da lei – dando-lhe, pois, concreção.

Mas, como já adiantado, há grande disparidade entre os juízos de equidade supletivo e substitutivo, este previsto como possível de ocorrer, *v.g.*, em arbitragens e por meio de uma cláusula geral permissiva, *vide* art. 140, parágrafo único, da lei processual. Essa diferença é escancarada no próprio conceito de cada qual, pois enquanto na primeira o que se verifica é um juízo de integração normativa, com adição de elementos omissos no texto da lei, no último caso, o que se tem é que "(...) ao autorizar o juiz (árbitro) a julgar de acordo com a eqüidade, a lei o autoriza a agir como se fosse, a um só tempo, legislador e juiz",[441] ou seja, o julgador define a própria norma do caso concreto, o que o faz com a sua ciência e consciência.

A norma legal aberta do CPC/15 tem exemplo de sua aplicação na previsão do art. 723, parágrafo único, do referido diploma: "o juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.".

Apesar de a doutrina já ter sinalizado que a referência legal (quase uma réplica do Código de Processo revogado) não conferiria "uma ampla autorização para julgamentos

---

[438] Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. (...) § 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

[439] Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

[440] Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: (...) §1º.É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

[441] CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários à Lei de Arbitragem ... Op. cit.*, p. 38.

contrários à lei com fundamento numa ilusória justiça do caso concreto ou de equidade"[442], o que se verifica da letra da lei é justamente o contrário. Aliás, se há limitações ao juízo de equidade na jurisdição voluntária, essas restrições se verificariam apenas para as hipóteses cujos procedimentos tenham prévia regulação no Código (caso dos artigos 726 a 770, do CPC). Para essas hipóteses, e conforme bem destaca a lei processual, a aplicação das disposições gerais dos procedimentos de jurisdição voluntária (art. 719, do CPC[443]) somente se verificaria de forma subsidiária, como expressamente estabelece o art. 725, parágrafo único[444], do CPC.

Todavia, ainda que vista como a possibilidade de fazer a justiça do caso concreto, a equidade substitutiva não é unanimidade. Há contundentes críticas repugnando essa forma de julgamento, seja por representar um ataque mortal aos preceitos constitucionais,[445] uma censura mais incisiva à referida forma de julgar, seja por criticar apenas a sua possível falta de limites, afinal, "o respeito à lei pelos juízes, como por qualquer autoridade, é uma garantia inerente ao Estado de Direito e à eficácia concreto dos direitos de todos, proclamada enfaticamente no inc. XXXV e no §1º do art. 5º da CF.",[446] e neste sentido, qualquer juízo contrário à lei, possível no julgamento por equidade substitutiva, violaria a própria ideia de ordenamento jurídico e democracia.

De toda forma, o fato é que o julgamento por equidade, e aqui cinge-se àquela denominada de substitutiva, mostra-se válida e vigente, com previsão que encerra autêntica liberação das amarras legais pelo julgador, prevalecendo o seu senso pessoal de justiça, mas sempre dentro daquilo que debatido pelas partes e dentro dos contornos do caso concreto, ou seja, não pode e nem deve o julgador inventar fatos ou ignorar os fatos postos.[447]

Isso não quer dizer, reitera-se, que o julgador tem que ignorar a lei quando diante de uma das hipóteses em que legisladamente estaria autorizado a deixar de observar o direito. A

---

[442] GRECO. Leonardo. Comentários ao art. 723. In *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1671.
[443] Art. 719. Quando este Código não estabelecer procedimento especial, regem os procedimentos de jurisdição voluntária as disposições constantes desta Seção.
[444] Art. 725. Processar-se-á na forma estabelecida nesta Seção o pedido de: (...) Parágrafo único. As normas desta Seção aplicam-se, no que couber, aos procedimentos regulados nas seções seguintes.
[445] Cfr. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Projeto do novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado – exame técnico e constitucional. In *O futuro do processo civil – uma análise crítica ao Projeto do novo CPC.* Org. ROSSI, Fernando *et al*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 551-566.
[446] GRECO. Leonardo. Comentários ao art. 723. *Op. cit.* p. 1671
[447] No mesmo sentido, CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários à Lei de Arbitragem* (Lei n. 9.307, de 23/9/2016), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 37-38.

lei pode sim ser o referencial,[448] mas a depender das circunstâncias, a sua observância não espelharia uma melhor solução para o caso.

Não se desconhece que a definição de justiça é um tanto quanto fragmentária,[449] ensejando a inserção de um sempre combatido voluntarismo decisório. Mas, é justamente neste ponto que se encontra a correção, ou se permite uma tautologia, a justeza da decisão, pois há situações em que a legalidade estrita jamais poderá antever ou mesmo descrever a melhor situação jurídica em uma sociedade marcada por complexidades e contingências.[450] O reconhecimento prévio de situações que possam ensejar juízos equitativos, aliás, já é um prestígio ao Estado de Direito, permitindo-se, assim, que nessas situações, o magistrado ponha-se a buscar a melhor solução do caso, sempre respeitando duas garantias fundamentais de todo e qualquer processo, contraditório e fundamentação das decisões.[451]

É exatamente neste ponto que se volta ao juízo de equidade na arbitragem. Apesar de as justificativas de política legislativa para a sua previsão serem as mesmas dos julgamentos de conveniência por parte do Judiciário, há relevante diferenciação no seu fundamento para permissão do instituto: a autonomia da vontade.

Há, portanto, fundamento constitucional para que as arbitragens possam ser dirimidas com base no senso de justiça dos árbitros. Se a liberdade é um dos pilares do Estado

---

[448] LEMES, Selma Ferreira. A Arbitragem e a Decisão por Eqüidade no Direito Brasileiro e Comparado. *Op. cit.*, p. 227.

[449] Uma comprovação do exposto é apresentada por SANDEL, Michael. J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020, que em seu livro, fruto de suas reflexões em aulas na Universidade de Harvard, mostra as diferentes concepções de justiça na visão de diversas correntes de pensamento e seus respectivos filósofos.

[450] "Em outros termos, sendo a norma abstrata, criada para reger fatos-tipo, pode acontecer que em dado caso concreto ocorra circunstância que o legislador não havia previsto, tornando a incidência da norma injusta e inadequada. É nesta hipótese que atuaria a equidade, autorizando o legislador a mitigar a severidade da norma.". CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo ... Op. cit.*, p. 76.

[451] Cfr., por todos, OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Motivação e Discricionariedade ... Op. cit.*. Há, todavia, ordenamentos que permitem a decisão arbitral sem motivação, como no caso do art. 52 do *Arbitration Act* de 1996 do Reino Unido (*52. Form of award. (1) The parties are free to agree on the form of an award. […] (4) The award shall contain the reasons for the award unless it is an agreed award or the parties have agreed to dispense with reasons. […]*. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>. Acesso em 03 set. 2021). A Espanha possuía previsão semelhante, conforme texto original do art. 37.4 da Ley 60/2003 (art 37. (...) *4. El laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior*. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646&b=46&tn=1&p=20031226#a37>. Acesso em 03 set. 2021). Todavia, a Lei foi reformada para estabelecer que toda decisão arbitral deve ser motivada, vide nova redação do art. 37.4 dada pela *Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado* (Art. 37. (...) 4. *El laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior*. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-8847>. Acesso em 03 set. 2021).

Democrático de Direito,[452] e se o instituto da arbitragem já foi considerado constitucional no sistema jurídico brasileiro,[453] a permissão de que as partes possam deliberar, consciente e autonomamente, se querem ou não um juízo de legalidade estrito, é equivalente ao seu próprio direito de decidirem se as suas controvérsias serão julgadas ou não pela justiça estatal.

Registra-se, de toda forma, que o julgamento por equidade previsto para as arbitragens, diferentemente das previsões dos Códigos Civil e de Processo Civil, possui expressa referência aos limites em que referido julgamento possa ocorrer.[454] A ordem pública e os bons costumes[455] são as duas balizas legalmente estabelecidas (art. 2º, §1º, da Lei 9.307/96) que demarcam a atuação dos árbitros, ainda que a definição destes institutos não seja envolta de um esperado consenso,[456] há uma moldura restritiva do poder jurisdicional de decidir o conflito.

O apontamento necessário, neste momento, é que diferentemente das arbitragens de direito, cujos limites de atuação dos árbitros são as próprias amarras do ordenamento jurídico, dentro do qual se incluem as normas legisladas e as suas aplicações e interpretações pelo Poder Judiciário, mais precisamente aquelas decisões que, nos termos da previsão constitucional, revelam-se como compositivas do Direito nacional, nas arbitragens decididas por equidade, isso em razão da escolha das partes, nenhuma das balizas jurídicas acima apontadas se aplicam, tanto que se pode decidir *contra legem*. Em salutar síntese, nenhuma das situações que se discutam "(...) constitucionalidade das leis, (...) súmula vinculante ou outras decisões judiciais de efeitos *erga omnes* se colocará [nas arbitragens por equidade], simplesmente por não ser preciso que os árbitros julguem a matéria que lhes foi submetida de acordo com o direito e a lei (...)".[457]

---

[452] A liberdade consta expressamente do preâmbulo e do caput do art. 5º, da CRFB/88.
[453] Sobre o ponto, vide item 3.1, *supra*.
[454] Apesar da falta de referência expressa legislativa, há quem defenda que "(...) o juízo equitativo não pode, em hipótese alguma, atentar contra a ordem pública.", cfr. CONTE, Francesco. *Sobre a motivação da sentença civil ... Op. cit.*, p. 595.
[455] "O que precisa ficar bem claro é que, de forma alguma, seja a arbitragem de direito ou de equidade, poderá a decisão arbitral violar os princípios de ordem pública e os bons costumes.", cfr. FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Manual da Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 162.
[456] A exemplificar a miríade de entendimentos sobre o termo ordem pública, ver OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. Anulação da sentença arbitral nacional por violação da ordem pública. In *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015* - v. 1. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; DALLA, Humberto (Org.). 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 167-186.
[457] FONSECA, Rodrigo Garcia da. Reflexões sobre a sentença arbitral. In *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 6, jul.-set. 2005, versão eletrônica. Há, todavia, doutrinadores que parecem discordar dessa posição, entendendo que o julgamento por equidade não poderia contrariar as normas constitucionais, vide NERY JÚNIOR, Nelson. Julgamento Arbitral por Equidade - Limites - Ordem Pública e Constitucionalidade. In *Soluções Práticas de Direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 5, set. 2014, versão eletrônica: "Em síntese, está vedado ao árbitro proferir qualquer decisão contrária aos dispositivos legais considerados matérias de ordem pública. Por conseguinte, com muito maior razão é inadmissível que o árbitro

Não se tem dúvidas de que se tratará de um tipo de julgamento extremamente instável e sem maiores condições de controlabilidade, ou seja, a segurança jurídica, que é a base de qualquer ordenamento, não seria, *a priori*, aferível e defensável nestes tipos de julgamento. Esta, aliás, é a grande razão para os sistemas de *common law* não permitirem as arbitragens de equidade, pois a certeza do Direito é elemento crucial para referidos ordenamentos.[458]

De toda forma, ratifica-se o exposto anteriormente, a despeito da inexistência de segurança jurídica nas arbitragens em que se permite o julgamento por equidade, há, nestas hipóteses, outros pilares fundamentais em jogo, pelos menos do ordenamento jurídico brasileiro, tais como: a liberdade e a autonomia da vontade. Assim, o que se verifica é que existe uma prevalência, *prima facie*, dos princípios da liberdade e da autonomia privada, ambos com assento constitucional, nas arbitragens de equidade, a permitir que o árbitro, por expressa manifestação de vontade das partes, e somente assim,[459] possa decidir para além ou contra a lei,

possa proferir decisão contra constitutionem. Assim, o árbitro, mesmo ao decidir por equidade, tem sua atividade vinculada a todos os preceitos constitucionais e também a todos os dispositivos infraconstitucionais que possuam natureza de matéria de ordem pública. De fato, não seria crível admitir que o árbitro, ainda que estivesse julgando por equidade, pudesse se afastar e contrariar preceitos constitucionais e matérias de ordem pública para proferir sua decisão.".

[458] Cfr. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International Arbitration* - Law and Practice. Kluwer Law International, 2001, pp. 2: "*An example of this situation is arbitration in equità (equitè or equidad, i.e. according to natural justice), which is not acceptable by common law systems, either from a technical point of view (since courts would not be able to review the decision of the arbitrators), or on a more profund level, since the notion of natural justice is less acceptable to these systems than the application of specific rules of law, and it conflicts with their need for certainty in the law. The notion of natural justice consequently introduces in their opinion a subjective element and an uncertainty which are both unsatisfactory*.". Também ressaltando a proibição de juízos de equidade nos países de *common law*, GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration.* The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 835: "*This is hardly surprising, given that the concept of amiable composition is often considered as being a product of French law although, despite hesitations in common law countries, it is now recognized in most legal systems*.". Essa aversão dos ordenamentos de *common law* para os juízos equitativos parecem derivar da mesma época em que as Cortes de *Equity* foram extintas no direito inglês. Sobre o tema, remete-se o leitor para o item 2.1, supra.

[459] Neste sentido, demonstrando que apenas se houver uma expressa autorização para o juízo de equidade é que se autoriza sua prática, GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Op. cit.*,, p. 835: "*To allow amiable composition only where the parties have expressly provided so is an approach widely accepted in comparative law. The 1965 Washington Convention takes the same position, as do most institutional arbitration rules*. A título exemplificativo, dentre as previsões normativas sobre a necessidade de escolha expressa pelo juízo de equidade, isso além do já citado *caput* do art. 2º da Lei 9.307/96, tem-se ainda o art. 28 (3) da Lei Modelo UNCITRAL ("*The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so*". Disponível em <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf>. Acesso em 15 set. 2021), bem como o art. 21 (3) das regras de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional ("*The arbitral tribunal shall assume the powers of an amiable compositeur or decide ex aequo et bono only if the parties have agreed to give it such powers"*. Disponível em <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_21>. Acesso em 15 set. 2021).

embasando-se no seu senso de justiça, ou, como preferem os espanhóis, segundo seu leal "*saber y entender*"[460] diante do caso que analisa.[461]

3.5 Precedentes judiciais e arbitragem

A escolha das partes pela arbitragem de direito, especialmente quando este direito é a lei brasileira, representa uma eleição pela íntegra do ordenamento jurídico pátrio, pois qualquer exclusão de normas deve se dar sempre de forma expressa – não se aceita, assim, uma rejeição tácita de dispositivos normativos específicos ou determinados. A exemplificar, não é aceitável a escolha da lei brasileira para resolver o conflito (atual ou futuro) sujeito à arbitragem, partindo da premissa que as partes, ao entabular uma convenção arbitral tinham por intuito a exclusão dos dispositivos que compunham a Lei de Representação Comercial (Lei 4.886/65) ou mesmo a parte do Código Civil que trata das regras aplicáveis aos contratos de agência e distribuição (art. 710 a 721 da Lei Cível brasileira).

Não se nega, todavia, que as partes podem escolher algumas determinadas leis do ordenamento jurídico brasileiro para dirimir sua controvérsia, entretanto, essa eleição precisa ser expressa e constar de forma clara e objetiva na convenção de arbitragem, que deve indicar especificamente quais seriam os atos normativos incidentes na relação ou mesmo quais seriam as normas jurídicas passíveis de utilização pelos julgadores para resolver a lide que vier a ocorrer ou que já tiver ocorrido. Trata-se, no caso, de uma arbitragem de direito, porém com as normas a serem observadas devidamente especificadas pelas partes – as quais podem, inclusive, abranger ou pertencer a ordenamentos jurídicos diferentes.

---

[460] A expressão estava expressamente prevista no art. 4.1 da Lei 36/1988, de 5 de dezembro, de Arbitragem, assim destacando: "*Artículo 4. 1. Los árbitros decidirán la cuestión litigiosa con sujeción a derecho o en equidad, según su saber y entender, a elección de las partes*." (Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-28027>. Acesso em 03 set. 2021). Apesar de a expressão não ter sido replicada na lei atualmente vigente (Lei 60/2003, reformada pela Lei 11/2011), ela continuou sendo utilizada pela doutrina e jurisprudência espanholas. Para os apontamentos históricos da expressão, ver COCA PAYERAS, Miguel. Notas sobre el arbitraje de equidad. In *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, no. 16, 2016, pp. 279-290. Disponível em <http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_2/015_t016/_279.dir/Bajlib_2015_t016_279.pdf>. Acesso em 15 set. 2021.

[461] Na arguta definição de CONTE, Francesco. *Sobre a motivação da sentença civil. ... Op. cit.*, p. 587: "Neste caso, ao juiz é franqueado adotar, com ampla liberdade, conforme o seu próprio critério e desgarrado da desconfiança do formalismo amiúde excessivo do direito positivo, solução razoável para o problema, que repute mais oportuna, útil, justa e aderente às circunstâncias do caso particular, com a finalidade de melhor salvaguardar os interesses em efervescência.".

De toda forma, ainda que eleita uma arbitragem de direito, porém daquela espécie em que se elegeu diferentes leis ou alguns institutos jurídicos específicos, isso não significa, por certo, a dissociação da respectiva lei do seu sentido ou do seu significado que veio a ser dado por um órgão jurisdicional com competência para tanto. E a explicação é simples, caso os árbitros ignorem o significado da lei, ainda que dado pelo Judiciário, o que ocorrerá é a própria negativa da própria autonomia da vontade, ou seja, será negada a escolha das partes sobre a juridicidade da arbitragem, afinal a definição judicial do sentido da norma integra o seu corpo para todos os fins – é uma autêntica fonte de direito como visto linhas transatas.

O excerto supra é uma breve suma do tópico anterior, realizado apenas para reafirmar balizas: há arbitragens de direito que não representam a escolha de um ordenamento em si; ainda que essa arbitragem de direito escolha leis e institutos jurídicos esparsos, o sentido concreto daquela lei que foi eleita pelas partes deve ser respeitado, o que, no caso da lei brasileira, importa a observância dos precedentes judiciais a referido respeito (nos termos definidos pelas competências constitucionais); havendo a escolha de um ordenamento jurídico em específico, toda esta ordem normativa deve ser respeitada e observada, ou seja, todas as fontes de direito são vinculativas aos árbitros (especialmente em relação ao direito material); as normas processuais, pelo menos no que diz respeito às arbitragens nacionais, devem ser observadas conforme definidos pela legislação arbitral de regência, porém dentro do significado que a ordem jurídica brasileira lhe empresta, o que compreende tanto a extensão como a redução de conteúdo e sentido dos princípios elencados pela Lei de Arbitram pelas Cortes Supremas brasileiras; impossível às partes excluir as decisões judiciais que conferem sentido ou ressignificam as normas por elas eleitas para dirimir o conflito, pois neste caso, essa exclusão, por consequência, transformaria a arbitragem em passível de resolução por equidade.

O enquadramento da arbitragem nacional em alguma dessas premissas dependerá, como soa óbvio, da convenção de arbitragem, afinal são as partes quem têm o poder de eleger a forma de resolução de conflitos, bem como o conteúdo que sua controvérsia (atual ou futura) será julgada – lógico que elas também têm o poder de escolher as normas procedimentais, mas isso é irrelevante neste momento.

E reiterando, mesmo que se eleja, detida e especificamente, algumas leis nacionais para julgar a disputa, o que não se caracterizará por um julgamento de direito com base em determinado ordenamento jurídico, mas sim em uma arbitragem de direito moldada pelas partes (arbitragem de direito customizada), ainda assim não seria possível excluir os precedentes

judiciais atinentes às referidas leis, pois, pelo menos no sistema jurídico brasileiro, a sua qualificação como fonte de direito, insere-o dentro do mesmo patamar que a lei.[462] Portanto, dentro de um sistema de justiça que precisa ser uniforme, íntegro e coerente, ainda que se escolha alguns atos normativos desta ordem, os sentidos e os significados dos institutos desta lei específica precisam ser estudados e analisados dentro de sua sistemática e ordenação; qualquer tentativa de exclusão de entendimentos pretorianos cujos efeitos são *erga omnes*, desnatura o conteúdo da lei[463], além da própria unidade do sistema, o que somente pode ser entendido, reitera-se, como um julgamento de equidade.

Essa noção de uniformidade reflete-se, necessariamente, para os conceitos de segurança jurídica e isonomia, cujas matrizes constitucionais revelam a necessidade de sua concretização em todo e qualquer ambiente jurisdicional, cuja função mais basilar é, como visto, dizer o direito. Aliás, é justamente o que se revela ao estudar as próprias decisões proferidas em procedimentos arbitrais, em que a formação de um corpo de decisões coerentes e isonômicas tem o justo intuito proteger as mesmas garantias constitucionais destacadas. A doutrina, sobre o ponto, é certeira ao afirmar que "o precedente arbitral é uma realidade (...) [e visa a] dar maior

---

[462] Diferentemente do exposto aqui é o pensamento de DINAMARCO, Julia. O Árbitro e as Normas Criadas Judicialmente: Notas Sobre a Sujeição do Árbitro à Súmula Vinculante e ao Precedente. In *Arbitragem* - Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *In Memoriam*. LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. São Paulo: Atlas, 2007, p. 47-71. A autora afirma que nem mesmo as súmulas vinculantes poderiam ser entendidas como fontes de direito, tampouco os precedentes, motivo pelo qual os árbitros não se vinculariam aos seus textos. A saber, p. 70: "Já no que toca a Súmula Vinculante, a conclusão é bem outra. O respeito à Súmula Vinculante somente é obrigação, na acepção jurídica do termo, para os destinatários indicados no art. 103-A da Constituição, entre os quais não se incluem particulares e tampouco árbitros. (...) Com efeito, a despeito da obrigatoriedade de atendimento ao teor da Súmula Vinculante prevista no art. 103-A da Constituição pelos destinatários daquela norma, essa não passou a ser fonte de direito em nosso sistema.". No mesmo sentido, BERALDO, Leonardo de Faria. Os precedentes judiciais na arbitragem. In *Direito Internacional e Arbitragem* - Estudos em Homenagem ao Prof. Cláudio Finkelstein. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 195-214. Também discordando da aplicação do precedente judicial na arbitragem, mas por razões outras, as quais serão trabalhadas e refutadas ao longo deste estudo, MARIANI, Romulo Greff. *Precedentes na Arbitragem.* Belo Horizonte: Fórum, 2018. Eis o que afirma o autor em p 172: "A arbitragem constitui um sistema autônomo, o qual nada obstante sofra influência de outros sistemas, trabalha com uma lógica e ferramentas a ela muito próprias. (...) O árbitro, assim, não está vinculado às decisões ou entendimentos fixados em nível estatal.".

[463] Em sentido semelhante, NASSER, Paulo Magalhães. *Vinculações arbitrais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 140: "Portanto, se a jurisprudência é elemento constitutivo da norma jurídica e exerce função substancial na apreensão do conteúdo normativo e no consequente direcionamento de comportamentos da sociedade, os árbitros devem estar vinculados à jurisprudência formada pelos tribunais brasileiros, nos casos em que o direito brasileiro se aplica à relação jurídica objeto da controvérsia e ao mérito da disputa. Trata-se de consequência lógica da unicidade do ordenamento jurídico, da prevalência da segurança jurídica e do tratamento isonômico, que devem se sobrepor a eventuais caprichos cerebrinos de julgadores privados investidos de poder para o desempenho de uma função jurisdicional em substituição ao ser exercício pelo Poder Judiciário para resolução de conflitos.".

segurança às partes, contribuir para a evolução do Direito, consolidar a prática arbitral e diminuir a assimetria de informação entre as partes litigantes.".[464]

A razão para a existência dos chamados precedentes arbitrais é exatamente a mesma para a existência de precedentes judiciais. Ora, não se revela possível e crível defender uma ampla autonomia decisória dos árbitros, sem qualquer tipo de atenção às premissas anteriormente decididas sobre os mesmos fatos e o(s) mesmo(s) direito(s), sob pena de chancelar uma miríade de soluções diferentes sobre um mesmo assunto, mas aplicáveis aos *players* de mercado que se encontram na mesma situação. Qualquer diferenciação de tratamento para agentes em situações símiles impõe sérias consequências negativas na inteligibilidade e aplicação de normas concorrenciais, além de malferir a própria racionalidade mercadológica, na qual igualdade e segurança jurídica são verdadeiros alicerces.[465]

A mesma lógica é aplicada nas arbitragens esportivas. Atletas de alta performance não podem ser beneficiados ou prejudicados por entendimentos discrepantes sobre uma mesma questão, basta pensar, *verbi gratia*, nos casos de *doping*, cujas decisões conflitantes podem levar esportistas a participar de determinados eventos, ferindo de morte o *fair play* e a própria

---

[464] MARIANI, Romulo Greff. *Precedentes na Arbitragem.* Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 268-269. Ainda na doutrina brasileira ver, CREMASCO, Suzana Santi e SILVA, Tiago Eler. O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral. *In Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 59, jul.-dez. 2011, p. 367-404. Disponível em http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/159/147. Acesso acesso em 1º set. 2021, e ainda KUYVEN, Luiz Fernando Martins. O necessário precedente arbitral. In *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, jan.-mar. 2013, versão eletrônica. Já na doutrina estrangeira, ver KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?. *In Arbitration International*, vol. 23, n. 3, 2007, pp. 357-378. Disponível em http://www.arbitration-icca.org/media/4/77507134886347/media012319143087130009500001.pdf. Acesso em 18 set. 2021, bem como WEIDEMAIER, Mark C.. Toward a Theory of Precedent in Arbitration. In *William & Mary Law Review*, vol. 51, 2010, pp. 1895-1958. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1594970. Acesso em 18 set. 2021. Entretanto, o que se observa aqui é que para esta situação se mostra efetiva, necessário maior publicidade das decisões.

[465] É o que se observa nas arbitragens de investimento, que apesar de não existir qualquer regra ou mesmo não se admitir de forma expressa e generalizada que o precedente arbitral seria uma fonte primária de direitos (e sim secundária), é exatamente desta maneira, como fonte primária, que ele é entendido e aplicado na prática. Cfr. CHENG, Tai-Heng. *Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration*. In *Fordham International Law Journal*, v. 30, 2006, pp. 1014-1049. Disponível em https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol30/iss4/3/. Acesso em 30 set. 2021. O autor em pp. 1030-1031 aponta: "*Because arbitral tribunals are not organized in a hierarchy, there are no decisions from superior tribunals to follow. But there is a system of precedent in arbitration that accounts for prior decisions in a manner similar to the way in which trial or appellate courts account for prior decisions of hierarchically equal courts. Like the U.S. Supreme Court's decision-making, investment treaty arbitration tribunals tend to: (1) identify prior relevant decisions; (2) compare the aggregate costs of departure from prior decisions with the aggregate consequences of following prior decisions, taking into account whether the policies underlying those prior decisions remain relevant under contemporary conditions; (3) decide which prior decisions to follow or depart from; and (4) articulate reasons for their decision*." No mesmo sentido, SCHILL, Stephan W.. Sources of International Investment Law: Multilateralization, Arbitral Precedent, Comparativism, Soft Law. In S. Besson, & J. d'Aspremont (Eds.), *The Oxford Handbook on the Sources of International*. Oxford University Press, 2017, pp. 1095-1115. Disponível em https://doi.org/10.1093/law/9780198745365.003.0051. Acesso em 30 set. 2021.

competição entre os participantes. Da mesma forma, entidades esportivas não podem ser sancionadas ou inocentadas de forma diferente em razão da prática de um mesmo ato, tudo sob pena de colocar a igualdade de tratamento em risco, gerando uma verdadeira anomalia na compreensão do universo de regras que regem o desporto.[466]

Diga-se, em apartado, que os exemplos acima são excelentes argumentos a corroborar a justificativa já utilizada em sede de teoria dos precedentes que assenta para o fato de ser melhor seguir a regra do precedente do que aplicar corretamente o direito,[467] afinal é a aplicação do precedente, ainda que supostamente contrário à letra da lei, que daria supedâneo à concretização da segurança jurídica e da igualdade.

A despeito do *obiter dictum* do parágrafo anterior, que apenas confirma a relevância e importância da teoria dos precedentes dentro de um ordenamento uniforme e coeso, o ponto de atenção aqui é que no atual momento de desenvolvimento jurídico-social, a teoria dos precedentes e também a atividade legislativa se revelam como pressupostos integrantes da própria ideia de Direito. Essa constatação, como visto, decorre da virada linguística, notadamente quando afirma que texto e norma não se confundem, isto porque a interpretação da lei efetuada pelos órgãos que exercem jurisdição tem uma função para além de declarar o direito ou a norma do texto legal no caso concreto.[468]

Inviável, neste ínterim, qualquer tentativa de afastar a ideia e a relação entre precedente e a própria concepção de Direito. Ao dizer o direito, o Tribunal não apenas declara a norma do caso concreto, ele interpreta o texto legal existente, redefine ou reconstrói o seu sentido, agregando valor, conhecimento e, a depender do seu resultado, "novos" direitos ao ordenamento jurídico. Até porque, como afirmava Cappelletti, todo ato de interpretação é um ato de criação.[469]

---

[466] Cfr. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?. *In Arbitration International*, vol. 23, n. 3, 2007, pp. 357 a 378. Disponível em http://www.arbitration-icca.org/media/4/77507134886347/media012319143087130009500001.pdf. Acesso em 18 set. 2021, que em pp. 366 salienta: "*Ever since, CAS panels consistently have adopted the same reasoning. Inevitably, the analysis of the growing number of precedents has become more elaborate. In one of the latest awards, the panel referred to no less than 11 previous precedents before reaching its conclusion. In sum, I submit that these cases demonstrate the existence of a true stare decisis doctrine within the field of sports arbitration*."

[467] Vide notas 187 e 188 *supra*.

[468] Vide nota 127 *supra*.

[469] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 20. No mesmo sentido, ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. A autora, ao referir-se ao tema da modulação, afirmando que se trata de assunto a ser estudado com mais empenho, especialmente para conferir-lhe efeitos prospectivos, afirma em p. 17: "(...) é necessidade que se impõe e que decorre da constatação da evidência de que a atividade jurisdicional é criativa.".

Essa descrição da atividade jurisdicional, embebida de uma adequada compreensão da teoria dos precedentes, revela que a observância e a aplicação de casos pretéritos têm estreita ligação com as atribuições das Cortes Supremas, afinal coerência e integridade são hoje elementos fundamentais para assegurar a preservação de boa parte dos maiores e mais expressivos valores e garantias constitucionais, a saber: igualdade, segurança jurídica e, também, liberdade.

Isto não quer dizer que os precedentes sejam apenas aplicados pelos juízes dos tribunais de maior hierarquia, todavia, como uma de suas funções é exatamente a de uniformizar a interpretação e a aplicação do Direito,[470] então resta claro que "a teoria dos precedentes é uma teoria para Cortes Supremas".[471]

A Constituição brasileira, inclusive, possui diretrizes específicas e expressas quanto à validade e aplicabilidade das normas legisladas, da mesma forma que possui dispositivos cuja leitura enunciam uma clara função dos Tribunais em definir o próprio Direito, unificando ou uniformizando a sua interpretação. Essa atribuição, em ratificação ao exposto anteriormente, é salutar na compreensão de que a atribuição jurisdicional das Cortes Supremas não mais se coaduna com a mera declaração do direito, mas sim com a própria construção de sentido para os termos vagos existentes na lei, quando a jurisdição, na sua atribuição de dizer o direito, tem a clara e nítida atividade de complementação do ordenamento jurídico, sempre com vistas a assegurar a uniformidade, a coerência e a integridade sistêmica.

Há, como se pode perceber, dois discursos no momento de decidir, um direcionado para o caso em si e outro direcionado para fora do âmbito do processo. A decisão resolve o processo em específico, que pode estar qualificado por uma controvérsia subjetiva (conflito entre dois ou mais sujeitos) ou objetiva (decisão sobre lei em tese), e o precedente, que segundo lapidar lição de Mitidiero, "são as razões necessárias e suficientes para a solução de uma questão devidamente individualizada do ponto de vista fático-jurídico, obtidas por força de generalizações empreendidas a partir do julgamento de casos (...) de uma Corte Suprema.".[472]

---

[470] Por todos, notadamente quando fala em precedente e nomofilaxia, TARUFFO, Michele. Precedente y Jurisprudencia. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In *Paginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons. 2009, pp. 567-569.

[471] ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 235, set. 2014, versão eletrônica.

[472] MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos*: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 31. O entendimento já havia sido afirmado pelo autor em obra anterior, *Precedentes ... Op. cit.*, p. 91-92: "O Código de Processo Civil

Toda essa exposição teórica, suma das ideias já debatidas neste trabalho, tem reflexos diretos e imediatos na arbitragem. Os árbitros, a partir do momento que constituídos na função de dirimir conflitos, o fazem como terceiros imparciais, dentro de um procedimento que se desenvolve em contraditório, resolvendo a lide entre os contendores; ou seja, uma típica atividade jurisdicional. E como jurisdição, além de inserida no contexto de uma teoria geral do processo, a arbitragem encontra-se dentro da estrutura de legalidade e legitimidade do ordenamento jurídico brasileiro, a demonstrar que, mesmo constituindo-se como um sistema autônomo e independente de resolução de conflitos (isso no comparativo com a estrutura estatizada), a sua posição no sistema legal brasileiro impõe a observância das decisões exaradas pelos tribunais que têm a função de uniformizar e/ou unificar o Direito.

Portanto, não há disparidade procedimental ou diferença na forma de resolução do conflito, inexiste patrimonialidade do direito discutido, tampouco autonomia das partes ou escolha do direito aplicável, muito menos confiança nos julgadores e uma suposta liberdade decisória no momento de exarar seu pronunciamento, que teria o condão ou a aptidão para excluir a observância dos entendimentos exarados pelas Cortes Supremas sobre o direito constitucional ou infraconstitucional. A partir do momento em que a arbitragem é vista e compreendida como jurisdição, ou melhor, como o exercício de uma atividade jurisdicional, bem como tratando-se uma arbitragem nacional de direito que elegeu o ordenamento jurídico brasileiro, então, os árbitros estão automaticamente vinculados às normas do sistema legal pátrio e todas as consequências e interpretações daí derivadas.

Por mais direto, preciso e lógico que o entendimento acima possa parecer, até porque construído e estruturado a partir de uma visão sistemática e teleológica de ordenamento jurídico, pensado à luz dos princípios constitucionalmente assegurados da isonomia e da segurança jurídica, há uma série de argumentos críticos que negam a vinculação dos precedentes judiciais nos procedimentos arbitrais.

A suma dessas críticas e os argumentos, que são confrontosos com a conclusão do presente trabalho, mostram-se muitas vezes atécnicos e contraditórios, confundindo,

---

introduziu o conceito de precedentes no direito brasileiro. Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razoes generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial e colabora de forma contextual para a determinação do direito e para a sua previsibilidade. Em outras palavras: decisão e precedente estão em níveis discursivo diferentes. O precedente é um discurso elaborado a partir do discurso da decisão.". No mesmo sentido, ainda do mesmo autor, *Fundamentação e Precedente*: dois discursos a partir da decisão judicial. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, abr. 2012, versão eletrônica.

rotineiramente, teoria e prática, direito material e processual, sistemas e subsistemas. Com o fito de sistematizar estes pontos, elencou-se abaixo os principais fundamentos utilizados para negar a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais, os quais serão, logo em sequência cotejados com suas antíteses, tudo com o fito de demonstrar que a síntese conclusiva ora defendida deve prevalecer.

3.5.1. As razões e as contrarrazões para a não observância dos precedentes judiciais nas arbitragens domésticas de direito

Há variadas razões defendidas para a não vinculação dos precedentes judiciais na arbitragem, algumas delas soam, inclusive, contraditórias com a própria conclusão de que o árbitro não deveria observar as decisões judiciais. Chega-se ao contrassenso de afirmar que as "decisões e súmulas judiciais vinculantes da forma como estabelecida na esfera judicial, apesar de constituírem essas últimas fontes de direito da lei brasileira e, portanto, deverem ser objeto de aplicação pelo árbitro quando a legislação nacional for eleita como aplicável",[473] não vinculam os julgadores nas arbitragens.

Com o perdão para a repetição, mas é uma contradição em seus próprios termos dizer que os árbitros devem observar decisões e súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, mas, logo em sequência, afirmar que elas não vinculariam os árbitros.[474] Para que se faça um

---

[473] Cfr. MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. In *Kluwer Arbitration*. Kluwer Law International, Wolters Kluwer Company, 2013, p. 136-137. Disponível em file:///C:/Users/usuario/Downloads/Inexistencia_de_vinculacao_do_arbitro_as.pdf. Acesso em 23 set. 2021.

[474] Até mesmo nas arbitragens internacionais (indo, portanto, além do foco deste trabalho, que cinge-se às arbitragens nacionais que escolheram a lei brasileira para dimirir o conflito), quando as partes elegem um determinado corpo de normas para dirimir o conflito, há vozes doutrinárias defendendo a vinculação dos procedentes. Neste sentido, REIS, Christiane Freire de Paula. Is the arbitrator obliged to follow a judicial precedent in international arbitration?. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 118, 2018, versão eletrônica, especialmente quando assenta: "*So, once recognized as binding sources of law, judicial precedents must be followed or distinguished. Theories that connect the arbitrators' power and legitimacy to the state would demand that arbitrators behave exactly as domestic judges and, consequently, being bound by judicial precedents. And theories that deny any relationship between arbitrators and the state claim that the arbitrator's power legitimacy rest solely on the will of the parties to the arbitration. Therefore, if the parties choose arbitration in law rather than in equity (...), based on their party-autonomy, the arbitrators are bound by the law in its totality, which includes statute and judicial precedent, whenever they are binding sources of law; and cannot, without arbitrariness and illegality, replace the law with his own sense of equity or justice*". No mesmo sentido, BORN, Gary. *International commercial arbitration*, volume II. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 2963: "*Judicial precedent applying a state's law should have the same binding effects in international arbitral proceedings as it possesses in national court proceeding. As discussed above, save where parties have agreed to arbitration ex aequo et bono or amiable compositeur, the arbitrators' mandate is to resolve the parties' dispute in an adjudicative manner, in accordance with the applicable law. If a national (or international) legal system accords, binding, precedential weight to judicial decisions, then arbitral tribunals*

paralelo, é como se dissesse que a lei brasileira foi eleita pelas partes para resolver o conflito, mas os árbitros não estariam obrigados a observar as disposições legislativas.

A leitura das críticas revela, em verdade, a existência de uma resistência da doutrina arbitralista em seguir os precedentes judiciais por uma questão de ordem topológica, cuja causa tem como epicentro o fato de os precedentes terem ganhado mais terreno e estudos com a edição do Código de Processo Civil de 2015. A conclusão, equivocada, diga-se logo, é que quando se fala em precedentes, o objetivo seria defender a aplicação da lei processual vigente nos procedimentos arbitrais. Não é disso que se trata. Aliás, como sinalizado anteriormente, a lei processual brasileira teve seus méritos e suas justificativas para a positivação de dispositivo legal que obriga a atenção dos julgadores aos precedentes judiciais, todavia, são as razões de ordem teórica que revelam o verdadeiro sentido da vinculação às decisões judiciais pretéritas.

É dentro deste quadro que se procurará refutar, fundamentadamente, as seguintes críticas: a diferença entre os procedimentos arbitrais e estatais impedem que decisões judiciais vinculem os árbitros; a eleição da jurisdição arbitral representa uma fuga ao sistema estatal de resolução de conflitos e, via de consequência, impede qualquer atenção aos seus precedentes; a formação dos precedentes e as razões para sua implementação no Brasil impedem a sua atenção para os árbitros; a falta de hierarquia entre as jurisdições arbitral e judicial impede a observância dos entendimentos exarados pelo Judiciário; as decisões arbitrais não são revistas pelos juízes, pelo menos que diz respeito ao seu mérito, a demonstrar a falta de razão para obrigar a sua observância.[475]

---

should give those decisions no less effect than would a court in that system: this conclusion follows inevitably from the arbitrators' adjudicative function of applying the law to the evidence.".

[475] AMARAL, Guilherme Rizzo de. *Judicial Precedent and Arbitration*: … *Op. cit.*, pp. 62-65, elenca ainda uma justificativa questão literal para a não observância dos precedentes pelos árbitros. No caso, como se fala em lei e o vocábulo não abarcaria, pelo menos no sentido literal, o termo "precedente", então não haveria que se falar em vinculação dos árbitros às decisões judiciais. Após discorrer sobre a questão, que na visão deste trabalho não encontra maiores razões para sua abordagem, conclui o autor em pp. 64-65: "*Hence, regardless of wheter the parties chose the applicable 'law' or, in Portuguese, the* lei aplicável, *such choice must logically be understood as the choice of lawin the wide sense of the English word unless the parties specify a narrower choice".*

3.5.1.1. A diferenciação procedimental como justificativa para a não aplicação dos precedentes judiciais na arbitragem. Uma confusão entre procedimento e direito material.

A primeira crítica selecionada costuma afirmar que, ao eleger a arbitragem como método de resolução do conflito, o que as partes procuram é uma forma própria e especial de resposta à sua controvérsia, que por suas peculiaridades e particularidades impedem qualquer tipo de ressonância de decisões judiciais. E em decorrência desta distinção de procedimentos, é que "não estão os agentes envolvidos na arbitragem submetidos a institutos próprios do processo estatal, notadamente (...), às técnicas de julgamento e vinculação estabelecidas no diploma processual estatal".[476]

O marco teórico dessas críticas está na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.[477] A doutrina brasileira, embeberando-se das ideias e conceitos do sociólogo alemão, buscou demonstrar que aqueles institutos criados pela Teoria dos Sistemas se adequariam às características dos procedimentos arbitrais, concluindo, com isso, que a arbitragem seria um subsistema sem qualquer tipo, ou com um mínimo, de comunicação com o sistema estatal de resolução de conflitos. A par das hercúleas tentativas de demonstração da conclusão,[478] o que se afirma é que se trata de um trabalho improfícuo, pois o que se faz é um teste de adequação, sem qualquer utilidade, buscando demonstrar se os aspectos teóricos de uma assaz complexa doutrina sociológica se enquadrariam nas características e funções da arbitragem. Nesta empreitada de tentativa e erro empreendida, pode-se afirmar que alguns frutos são colhidos, afinal é inegável que algumas premissas basilares da Teoria dos Sistemas se subsumem na lógica da arbitragem; da mesma forma que se enquadram em vários outros sistemas de resolução de conflitos, ou mesmo em diferentes campos do próprio Direito.

---

[476] MARIANI, Romulo Greff. *Precedentes na Arbitragem.* Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 87.

[477] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*, v.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. Ainda sobre a teoria do sociólogo alemão, ver KUNZLER, Caroline de Morais. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. In *Estudos de Sociologia*, Araraquara, n. 16, 2004, p. 123-136. Disponível em https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/146. Acesso em 16 set. 2021. O grande difusor destas ideias no Brasil ocorreu com o livro de PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo Arbitral e sistema.* São Paulo: Atlas, 2012.

[478] Apenas a título exemplificativo, e para além da obra seminal de Eduardo Parente de Albuquerque, eis mais dois exemplos de autores que se preocupam demasiadamente com esse desnecessário enquadramento, MARIANI, Romulo Greff. *Precedentes na Arbitragem.* Belo Horizonte: Fórum, 2018. ARAUJO, Yuri Maciel. *Contraditório, imparcialidade e independência no processo arbitral: uma releitura à luz da Teoria dos Sistemas*. 245 f. Dissertação (mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

O ponto nodal é que se mostra improfícuo ou, caso se prefira, inútil, enveredar-se por conceitos sociológicos, alguns deles altamente controversos, para defender a autonomia da arbitragem em relação ao sistema estatal. A diferença tanto existe que cada procedimento tem a sua própria lei a ser observada, além de características bastante notáveis que impedem maiores aproximações; é o que basta.

Aliás, se há uma tendência de aproximação entre os sistemas de julgamento, essa propensão está muito mais para o procedimento estatal em relação ao arbitral, a se ver pela cláusula geral que permite a realização de negócios jurídicos processuais no Código de Processo Civil – isso além dos vários negócios processuais típicos existentes.

Independentemente da diferenciação dos sistemas de resolução de conflitos, o fato é inexiste argumento sociológico ou jurídico que consiga dissociar a arbitragem de direito do Direito. Não é porque a arbitragem se reveste de um meio diferenciado de resolver conflitos que as regras jurídicas a serem observadas difiram daquelas utilizadas pelos juízes togados. A falta de comunicação entre diferentes instâncias de julgamento não diferencia o direito material a ser aplicado, desde que eleito o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, não tem qualquer sentido negar a aplicação dos precedentes porque o procedimento estatal seria regulamentado pelo Código de Processo Civil, ou porque qualquer outra lei procedimental. Ademais, não é porque as decisões do Judiciário seguem um rito diferente que os seus pronunciamentos não valeriam para a arbitragem. Mais equivocado ainda é pensar em diferença entre "jurisdições"[479] para justificar a não vinculação, sendo que na verdade o que existe é uma divisão de competências, porém todos (arbitragem e Judiciário) submetidos à Constituição.

Não há que se falar em exclusão de precedentes judiciais por questões processuais-procedimentais. A inexistência de comunicação entre os "diferentes sistemas de resolução de conflitos" está no rito a ser seguido para referida resolução, jamais na decisão proferida, que representa a resposta à lide instaurada. A confusão do argumento para aqueles que defendem a não aplicação dos precedentes na arbitragem fica bastante clara aqui: não é porque os ritos são diferentes que a resposta do mérito tenha que ser discrepante. O procedimento pode perfeitamente ser diferenciado como a forma de resolver conflitos, ainda que os casos sejam

[479] É o que afirma BERALDO, Leonardo de Faria. Os precedentes judiciais na arbitragem. In *Direito Internacional e Arbitragem* - Estudos em Homenagem ao Prof. Cláudio Finkelstein. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 213: "Não penso que todos os padrões decisórios constantes no art. 927 do CPC vinculam os tribunais e juízos de primeiro grau. E, mesmo se fossem, ainda assim não acredito que o árbitro estaria vinculado a eles, tendo em vista que a arbitragem é uma jurisdição diferente do Judiciário.".

idênticos, o que não se pode admitir é que o direito material, nestes casos símiles, seja diferente pelo simples fato de se ter um meio discrepante de resolver o conflito.

A liberdade das partes na escolha do procedimento, muitas das vezes referindo-se ao rito regulado pela própria instituição escolhida para reger o conflito, em nada se confunde com o mérito do pedido, aqui comumente atrelado ao direito material. Assim, esclarecendo essa necessária diferenciação entre direito material e direito processual, não se pode ter dúvidas de que os precedentes que veiculam normas de direito material devem vincular os árbitros, afinal também são fontes de direito,[480] cuja obrigação inserta na norma-precedente, pelo menos nas arbitragens de direito e que tenha escolhido a lei brasileira para dirimir a controvérsia, é a mesma que aquela exercida pela lei formal de caráter geral e abstrato.

E preciso, todavia, fazer uma necessária ressalva, até porque é questão que possui relevância e pode dar guarida para as críticas aqui refutadas. Trata-se da imperiosa diferenciação que precisa ser realizada entre os precedentes judiciais que podem veicular normas de direito material e normas de direito processual.[481] Quanto aos últimos, é preciso sim ter em mente a diferenciação procedimental entre os sistemas de resolução de conflitos.

Se a arbitragem segue um rito diferenciado, com maior flexibilidade e deliberação pelas partes no seu desenvolvimento, então ressoa evidente que estes tipos de precedentes não se aplicam às arbitragens, e aqui por razões de ordem lógica: normas de procedimento estatal não se comunicam, via de regra, com as normas rituais das arbitragens (leia-se, o Código de Processo Civil, a não ser que expressamente eleito pelas partes e desde que sem remissão expressa legal, não se aplica nos juízos privados).

Há, porém, uma exceção da exceção, ou seja, há hipóteses em que precedentes que veiculam normas de direito processual devem ser observados pelos árbitros. A própria Lei de Arbitragem elenca em seu texto uma série de princípios constitucionais processuais que devem ser obrigatoriamente seguidos em toda e qualquer arbitragem, inclusive as internacionais que precisam ser executadas no Brasil. Neste caso, e seguindo a linha de que os precedentes

---

[480] A questão do precedente como fonte de direito já foi trabalhada no item 2.4 *supra*. Interessante aqui é a posição de GRECO, Leonardo. Controle Jurisdicional da Arbitragem. In *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015* – v. 1. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Leonardo Greco, Humberto Dalla. (Org.). 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 1-3, para quem o fato de ser uma fonte principal ou secundária acaba se mostrando irrelevante para sua observância, uma vez que, "de observância obrigatória pelos juízes e tribunais, embora não constituam fontes formais de direito, são apenas as decisões judiciais e administrativas dos tribunais a que a Constituição confere essa autoridade, nos limites em que a concede (...)" (p. 3).

[481] A diferença entre os precedentes que veiculam normas de direito material e normas de direito processual será alvo de abordagem nos tópicos 4.2 e 4.3, *infra*.

obrigatórios se amoldam ao Direito a partir do momento em que pronunciados definitivamente pelos órgãos constitucionalmente competente para uniformizar a lei, estes específicos precedentes que veiculam normas relacionadas com os princípios processuais aplicáveis nos procedimentos arbitrais devem sim ser observados pelos julgadores privados, e isso independentemente de a decisão ter ampliado ou reduzido o espectro de ação do princípio.[482]

Em conclusão, o que fica de relevante aqui é que a razão para se negar a vinculação dos precedentes judiciais na arbitragem simplesmente não se sustenta, uma vez que acaba por aglutinar razões díspares entre si, lembrando sempre que direito processual e direito material não se confundem, motivo pelo qual não se pode ignorar os precedentes judiciais simplesmente porque os ritos do julgamento são diferentes.

3.5.1.2. A eleição da jurisdição arbitral representa uma fuga ao sistema estatal de resolução de conflitos, inclusive com a possível desconsideração do direito material vigente. Árbitros arbitrários, uma afirmação sem qualquer "precedente".

Uma segunda crítica direcionada contra o sistema privado de resolução de conflitos é no sentido de que "(...) o compromisso que a arbitragem tem com a realização do direito estatal é mínimo, havendo nítido privilégio para a função pacificadora por ela exercida".[483] Em abrandamento da afirmação, os mesmos autores sugerem, posteriormente, que a arbitragem é "(...) idealizada para direitos pertencentes a uma classe bastante restrita da população (...) preocupada com a solução de controvérsias que dizem respeito a um mundo particular (...) [e]

[482] Um exemplo claro do exposto é a necessidade de observância do sentido de imparcialidade conferido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do chamado caso Abengoa, no qual ficou afirmado que a imparcialidade no regramento jurídico brasileiro é matéria de ordem pública e que encerra um conceito objetivo, a revelar que a mera existência de fatos que ensejam a quebra de fidúcia ensejaria o reconhecimento da parcialidade do árbitro, sendo despiciendo provar ou mesmo demonstrar a sua ciência a respeito do fato. Eis parte da ementa do julgado que corrobora o exposto: "(...) 2. (...) imparcialidade do julgador é uma das garantias que resultam do postulado do devido processo legal, matéria que não preclui e é aplicável à arbitragem, mercê de sua natureza jurisdicional. A inobservância dessa prerrogativa ofende, diretamente, a ordem pública nacional, razão pela qual a decisão proferida pela Justiça alienígena, à luz de sua própria legislação, não obsta o exame da matéria pelo STJ.3. Ofende a ordem pública nacional a sentença arbitral emanada de árbitro que tenha, com as partes ou com o litígio, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes (arts. 14 e 32, II, da Lei n. 9.307/1996). 4. Dada a natureza contratual da arbitragem, que põe em relevo a confiança fiducial entre as partes e a figura do árbitro, a violação por este do dever de revelação de quaisquer circunstâncias passíveis de, razoavelmente, gerar dúvida sobre sua imparcialidade e independência, obsta a homologação da sentença arbitral. (...)". (SEC 9.412/EX, Rel. Ministro Felix Fischer, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 19/04/2017, DJe 30/05/2017).

[483] Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: teoria geral do processo civil, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 486.

trata de conflitos que dependem (...) do (...) manejo de conhecimentos técnicos específicos.".[484] Segundo a doutrina especializada, o que se afirma é que os árbitros seriam "(...) *a 'different beast', to which no restraints could arise from procedural law, which is only applicable to judges"*.[485]

A suma dos argumentos deságua na conclusão de que a arbitragem tem por pressuposto resolver conflitos para que as partes mantenham-se negociando, funcionando quase como um motor contínuo responsável pelas relações comerciais, mostrando que o seu objetivo precípuo seria eliminar rapidamente as controvérsias para que a relação mercantil perdure. Na bem exposta lição de Leonardo Greco, o cerne do argumento nestas situações envolve a própria escolha das partes pela arbitragem como forma de resolver conflitos, sendo a liberdade de contratar a verdadeira fonte do instituto, consequentemente, a confiança dos partícipes nos árbitros "inclui a autonomia para aplicarem ou interpretarem a lei, os costumes, os precedentes, ou a jurisprudência de tribunais judiciais ou arbitrais, vinculantes ou não (...)".[486]

Trata-se, entretanto, de argumento sem qualquer tipo de comprovação, seja de ordem lógica, científica ou mesmo finalística.[487] Aliás, como visto acima, a crítica à vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais mais se assemelha a um fundamento místico, contra o qual nenhuma espécie de contra-argumento seria aceitável. Ademais, a referida justificativa parece

---

[484] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil ..., Op. cit.*, 2017, e-book. No mesmo sentido, ARAUJO, Yuri Maciel. *Contraditório, imparcialidade e independência no processo arbitral: ... Op. cit.*, p. 43: "As funções 'públicas' da arbitragem correspondem fundamentalmente à eliminação de conflitos e ao estímulo das atividades empresariais, não abarcando, por exemplo, o propósito de efetivação do direito objetivo ou o alcance de outras metas políticas absolutamente externas à solução do litígio.".

[485] AMARAL, Guilherme Rizzo de. *Judicial Precedent and Arbitration*: … *Op. cit.*, pp. 51. Na tradução livre: "(...) um animal diferente, sendo que nenhuma intervenção do direito processual seria aceitável, a qual somente é aplicável aos juízes.". Também falando em arbitragem como um animal diferente, MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. *Op. cit.*, p. 117: "Na arbitragem, como se sabe, está se falando verdadeiramente de outro 'animal', seja se referindo a uma arbitragem com sede no Brasil ou fora dele.".

[486] GRECO, Leonardo. Controle Jurisdicional da Arbitragem. *Op. cit.*, p. 1-3.

[487] A corroborar o argumento, basta ver a pesquisa realizada pelo CBar – Comitê Brasileiro de Arbitragem, realizada no ano de 2012, contando com a opinião de "(...) árbitros, advogados, membros de departamentos jurídicos de empresas e câmaras arbitrais" (p. 3), quando convidou-se os entrevistados a "(...) apontar quais seriam as principais vantagens concretas da arbitragem, quando comparada ao processo judicial, a maioria dos entrevistados indicou em primeiro lugar '*o tempo necessário para ter uma solução definitiva para o conflito*' (37% das respostas), seguido do '*caráter técnico e a qualidade das decisões*' (27% das respostas)." (p. 11). O fato é que nenhuma das respostas disponíveis contemplava a "fuga do sistema estatal" como motivo para a escolha da arbitragem (que pode estar dentro do 1% de entrevistados englobados dentro da resposta "outros", mas que só por este motivo, ausência de uma causa específica e a irrisória representatividade do número de pessoas, já pode ser desconsiderado para fins de argumento plausível). A pesquisa está disponível em https://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf. Acesso em 05 out. 2021. O argumento supra também é usado por AMARAL, Guilherme Rizzo de. *Judicial Precedent and Arbitration*: … *Op. cit.*, pp. 58-59.

legitimar a arbitrariedade dos árbitros, uma vez que estariam livres para decidir e deliberar da forma que melhor lhe conviesse, sem qualquer tipo de limites que não a sua própria consciência.[488]

É desafiador, para dizer o mínimo, afirmar que o mercado não se preocupa com o direito material. Aliás, se há algo de concreto em tal situação é que a economia somente se desenvolve dentro de um ambiente com estabilidade e segurança jurídica. A concessão de créditos ou a injeção de investimentos dentro de um país não se faz em contraposição às normas jurídicas das relações materiais, muito ao contrário, o mercado somente se aquece se os agentes responsáveis pela "realização do ordenamento jurídico"[489] demonstram certa homogeneização no trato das leis materiais, incluindo, no ponto, os conflitos a serem dirimidos via arbitragem.[490]

É possível, sim, afirmar que os conflitos societários ou mesmo os grandes contratos mercantis, que muito comumente têm nas arbitragens a forma de resolver seus conflitos, encerram controvérsias pouco comuns, muitas vezes que sequer chegam a ser analisadas pelo Judiciário, a justificar, inclusive, os propalados conhecimentos técnicos e específicos dos

---

[488] É a visão de MARIANI, Romulo Greff. *Precedentes na Arbitragem.* Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 88-89: "O 'precedente' ou 'jurisprudência', mesmo quando uniformizados na forma do Código de Processo Civil, expressam uma visão sobre a aplicação em concreto do Direito brasileiro. Uma visão do Judiciário estatal com a qual o árbitro pode não concordar. E ainda assim estará aplicando o Direito brasileiro, mesmo que não da mesma forma (ou com a mesma visão) do juiz estatal. Poderá ele aplicar princípios, ponderar regras, resolver antinomias e colmatar lacunas, enfim, tudo de forma a aplicar o Direito à espécie. E será soberano (autônomo) nessa análise, quer para adotar a mesma posição, quer para expressar uma visão diferente do Direito em relação àquela já externada em nível estatal.". Em contraposição, veja KUYVEN, Luiz Fernando Martins. O necessário precedente arbitral. In *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, jan.-mar. 2013, versão eletrônica, que chama a atenção justamente para o combate às arbitrariedades que podem vir a ser cometidas, a saber: "Essa aplicação puramente *ad hoc* das normas jurídicas pelos árbitros, mesmo em matérias já amplamente discutidas por tribunais estatais e arbitrais, além de produzir decisões conflitantes em casos envolvendo, muitas vezes, a mesma matéria, a mesma câmara arbitral e as mesmas partes, nos conduz à incerteza da aplicação do Direito, o que só favorece a parcialidade e a arbitrariedade.". Na doutrina estrangeira, também buscando refutar essa posição arbitrária do árbitro, GUILLAUME, Gilbert. The use of precedent by international judges and arbitrators. In *Journal of Dispute Settlement*, Oxford, v. 02, n. 1, 2011, pp. 05-23. Disponível em https://academic.oup.com/jids/article/2/1/5/843965?login=true. Acesso em 05 out. 2021. Eis o que afirma em pp. 5-6: "*However, the judge and the arbitrator are not machines that distribute judgments and awards. They enjoy a certain freedom in the exercise of their duties. This freedom, however, cannot become a license. If judicial decisions are never fully predictable, they should never be arbitrary*.".

[489] Na ampla definição de jurisdição cunhada por ROSEMBERG, Leo. Da Jurisdição no Processo Civil. Trad.: João S. Muller. Campinas: Impactus, 2005, p. 71. E apesar de o autor alemão definir a jurisdição como uma atividade do Estado, o conceito se aplica com perfeição para a arbitragem, cuja função jurisdicional é idêntica aquela exercida pelos tribunais estatais, até porque ao julgar um conflito, o árbitro ou o tribunal arbitral, dentro de uma arbitragem de direito, realizam o ordenamento jurídico.

[490] "(...) pode-se afirmar que o prestígio à arbitragem é interessante ao organismo estatal porque, ao mesmo tempo em que desonera as suas estruturas judiciais, contribui para o atingimento do objetivo de pacificação social e permite o maior desenvolvimento das relações comerciais, conferindo segurança e agilidade ao tráfego negocial e atraindo investidores internacionais.". ARAUJO, Yuri Maciel. *Contraditório, imparcialidade e independência no processo arbitral: ... Op. cit.*, p. 43.

julgadores eleitos pelas partes. Todavia, disso não se pode concluir que estes tipos de conflitos estão alheios ao Direito em si.

Aliás, se fosse verdade a afirmativa, bastava aos referidos contratos elegeram a arbitragem de equidade, permitindo ao julgador utilizar do seu senso de justiça. Ao escolher as arbitragens de direito, que representam, sem sombra de dúvidas, a maioria esmagadora dos conflitos arbitrais dessas grandes corporações, então revela-se equivocada a conclusão de que o direito material seria deixado em segundo plano pelos agentes que convencionassem a arbitragem como meio de resolver o atual ou o futuro conflito de uma relação comercial.[491]

Assim, o que se tem de concreto é que a escolha do direito material se mostra como a base, ainda que mínima, da segurança jurídica almejada por todo e qualquer empresário, investidor, cotista ou algum outro *player* que firmem convenções de arbitragem. É bem por isso que os precedentes precisam ser observados, pois eles compõem própria noção do Direito, colmatando espaços de interpretação que poderiam gerar aplicações dúbias ou contraditórias, o que, reitera-se, não soa como a intenção ou a pretensão de qualquer agente mercadológico.[492]

A afirmativa também encontra supedâneo no Documento Técnico 319, elaborado a pedido do Banco Mundial para análise dos sistemas de justiça da América Latina e do Caribe, que tinha por objetivo "(...) auxiliar os governos e pesquisadores no desenvolvimento de programas de reforma do judiciário",[493] tudo com vias a melhora da aplicação da lei, que

---

[491] No mesmo sentido, e escrevendo para as arbitragens internacionais, REIS, Christiane Freire de Paula. Is the arbitrator obliged to follow a judicial precedent in international arbitration?. *Op. cit.*: "*Parties do not expect arbitrators to apply what he or she subjectively considers as being fair because they cannot trust on his or her sense of justice. What parties really want is what can only be achieved by applying the rules of law*. (…) *Therefore, if parties choose an applicable law that determine the obedience of judicial precedents, then arbitrators shall follow this orientation and they will be bound by it.*".

[492] Salutar quanto ao ponto é a lição de LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. *Adjudication as a private good.* Stanford: National Bureau of Economic Research, 1978, pp. 7-8, para quem a ideia de eleger em adiantamento um sistema de normas para reger o conflito acabaria justamente com as possíveis variações de entendimento sobre determinado direito: "*A related problem is that a system of voluntary adjudication is strongly biased against the creation of precise rules of any sort. Any rule that clearly indicates how a judge is likely to decide a case will assure that no disputes subject to the rule are submitted to that judge since one party will know that it will lose. Judges will tend to promulgate vague standards which give each party to a dispute a fighting chance. This problem disappears if the parties agree in advance to the submission of any disputes arising to a particular judge applying a known set of rules"*. A jurisprudência norte-americana parece se coadunar com o exposto, é o que destaca BURGE, Mark Edwin. Without Precedent: Legal Analysis in the Age of Non-Judicial Dispute Resolution. In *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 15, pp. 143-191, 2013. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2269298. Acesso em 20 set. 2021, que citando a Suprema Corte afirma em pp. 163: *"[t]here is no reason to assume at the outset that arbitrators will not follow the law* (Shearson/Am. Express, Inc. v. McMahon, 482 U.S. 220, 234 (1987).".

[493] Nota 260 *supra*. Apesar de o estudo não falar em questões econômicas diretamente, as suas conclusões permitem que referido juízo seja realizado. O documento pode ser encontrado em https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf. Para uma análise sintética do estudo, ver

precisava ocorrer de forma mais igualitária e eficiente, proporcionando, pois, previsibilidade e estabilidade, ou, caso se prefira, segurança jurídica.

Veja-se, uma vez mais, que a preocupação do "mercado" – dentro os quais incluem-se, investidores, *traders*, empresas multinacionais *etc*. – sempre esteve diretamente relacionada com o resultado da aplicação do direito material. E não poderia ser diferente, até porque, soa um tanto quanto contraditório e descontextualizado pensar em organismos que injetarão dinheiro em determinados setores, e que, ao escolher a arbitragem para dirimir os litígios, o farão pensando que o futuro tribunal arbitral decidirá eventual conflito que surja com base na sua própria noção de justiça – se assim, o quisesse, reafirma-se, a eleição deveria ser pela arbitragem de equidade. Todo gestor ou empresário, ao firmar negócios e transações sob as leis de determinado país, está fortemente escudado em informações sobre as consequências ou os efeitos de seu descumprimento da lei ou da desobediência ou renitência de seu contratante em cumprir os ditames normativos e contratuais. Todo e qualquer *trader* tem na segurança e na certeza do ordenamento a medida dos riscos de seus negócios.[494]

Portanto, a escolha da arbitragem para a resolução dos conflitos não tem qualquer relação com a despreocupação em relação ao direito material. Pode-se falar em confiança e especialidade em quem resolve o conflito, e até mesmo com o tempo de duração dos litígios resolvidos, uma vez que não se poderia aguardar a decisão final pelo Estado[495], mas jamais em desejo de abandono de segurança jurídica, estabilidade e calculabilidade do direito, certeza das posições normativas, entre outros qualificativos muito relevantes ao mercado. É por isso que não se pode concordar com a afirmação de que as partes, ao constituírem um tribunal arbitral

---

PELEJA JR., Antonio Veloso. *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 98-100.

[494] Essa parece ser a mesma conclusão da United Nations Office of Legal Affairs, notadamente ao assentar: "*we have found na almost universal desire by contractor for certainty of result (...) which can only be attained if arbitration is based on law*.", cfr. *United nations Yearbook* 1998, 287, at 360 *apud* AMARAL, Guilherme Rizzo de. *Judicial Precedent and Arbitration*: … *Op. cit.*, pp. 75. No mesmo entendimento, GRECO, Leonardo. Controle Jurisdicional da Arbitragem. *Op. cit.*, p. 6, que ao falar da relação das partes que escolhem a arbitragem, afirma: "Se se sentirem inseguras quanto à licitude ou as consequências jurídicas das condutas que possam adotar, consultarão assessores jurídicos que lhes transmitirão a orientação que lhes parecer mais adequada de acordo com as normas jurídicas em vigor e a jurisprudência dos tribunais.".

[495] Em sentido semelhante, WALD, Arnoldo. O espírito da arbitragem. In *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 12, n. 23, jan.-jun. 2009, p. 22-35. "[N]o Brasil, o recurso à arbitragem, especialmente nas divergências que surgem no direito comercial, ou entre empresários em geral, tem uma motivação própria: a inviabilidade concreta de aguardar o trânsito em julgado de uma decisão judicial que pode demorar longos anos". Assim também pensa GRECO, Leonardo. Controle Jurisdicional da Arbitragem. *Op. cit.*, p. 4, que ao elencar o primeiro requisito de um bom sistema arbitral fala da "manifestação de vontade absolutamente livre, plenamente consciente dos riscos em que incorrem (...)", assentando ainda que dentro desta seara estaria a "rápida solução da controvérsia com a prévia aceitação do seu resultado, mesmo que desvantajoso, para a preservação de boas relações com o adversário e com o mercado.".

não estariam em busca de "(...) um dever de segurança jurídica, igualdade ou coerência/integridade na mesma forma como praticado no sistema estatal.".[496]

É neste espectro que se retoma às afirmações anteriores: segurança e certeza jurídica não são obtidas apenas com a leitura de textos legais. A vivificação do Direito, a construção do seu sentido ou a concreção das normas, também se realizam com a tomada de decisão pelos órgãos competentes. É por meio dos precedentes judiciais que se conhece o verdadeiro teor ou a efetiva consequência normativa do Direito posto. A análise de textos normativos, assim como o estudo e o teor das decisões judiciais, sempre foram (e ainda são) as fontes de informação para qualquer agente de mercado atuar.

E não é porque os deveres de integridade, coerência e uniformidade – característicos de um sistema que busca homogeneidade, estabilidade e igualdade na aplicação dos direitos – foram replicados no art. 926, do Código de Processo Civil, que não se aplicariam aos procedimentos arbitrais. A referência realizada pela lei processual é apenas uma ilustração ou uma reafirmação de como o ordenamento funciona (ou precisa funcionar); as bases teóricas de referidos termos, que não derivam do Código de Processo Civil, é que importam para que um ordenamento se apresente como unitário. Esta é a razão para se defender a aplicação dos precedentes na arbitragem, que não pode, por exemplo, "(...) estar imune à eficácia vertical dos direitos fundamentais, inclusive quanto ao conteúdo, a extensão e a interpretação que lhes dão a jurisprudência e os precedentes dos tribunais judiciais.".[497]

Assim, e reiterando o ponto, a escolha da arbitragem se dá sim por sua especialidade, confiança e agilidade,[498] sendo certo, também, que em razão da distinção da matéria comumente posta para sua apreciação, pode ser que o Judiciário sequer tenha analisado ou dado sentido aos direitos em debate.

Entretanto, o ponto acima não tem relevância para uma segunda e mais proeminente conclusão, que é o fato de que todo interessado em fazer negócios no país busca, antes de qualquer ação, conhecer o ordenamento jurídico e ter ciência das consequências normativas que

---

[496] MARIANI, Romulo Greff. *Precedentes na Arbitragem.* Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 89. No mesmo sentido, ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e Direito ... Op. cit.*, p. 77: "(...) a missão do árbitro diz respeito primordialmente às partes, porque ele não tem, em princípio, um compromisso com a integridade ou coerência da ordem jurídica, tal como um juiz.".

[497] GRECO, Leonardo. Controle Jurisdicional da Arbitragem. *Op. cit.*, p. 8.

[498] Veja, a referido respeito, a pesquisa realizada pelo CBar – Comitê Brasileiro de Arbitragem, realizada no ano de 2012, na qual se observa que "dentre as três principais vantagens da arbitragem, o tempo e o caráter técnico continuam com destaque dentre as mais mencionadas" (p. 12). A quarta vantagem é justamente a possibilidade de indicar ou participar da escolha do árbitro. A pesquisa está disponível em https://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf. Acesso em 20 set. 2021.

podem advir das suas relações. E se assim é, não se tem dúvidas em afirmar que a aplicação e o entendimento do direito material, seja ele legislado ou mesmo derivado de decisão judicial, tem relevância, e muita, no contexto dos procedimentos arbitrais. É, portanto, absolutamente incompreensível a afirmação de que a não observância das decisões judiciais pelos árbitros decorre da própria escolha da arbitragem como meio de resolver os conflitos, uma vez que isso representaria o abandono de toda e qualquer relação com a forma estatal de resolver litígios, incluindo-se as definições ou ressignificações do direito material pelo Judiciário.

3.5.1.3. A filiação do Brasil à tradição do civil law, bem como a forma de produção dos precedentes no país, voltados ao descongestionamento do Judiciário, impedem sua aplicação na arbitragem. Uma justificativa furtiva. Solver casos de massa de forma equânime envolve necessariamente julgar com isonomia e segurança jurídica.

Outro argumento muito utilizado pelos críticos a respeito da impossível observância dos precedentes judiciais na arbitragem é no sentido de que a sua formação no Brasil é muito diferente daquela realizada nos países de *common law*, cuja cultura é no sentido de a solução da controvérsia nascer do caso concreto, a impedir qualquer tentativa de transpor essa realidade para o cenário brasileiro. Por sua filiação aos sistemas de *civil law*, nos quais a racionalidade das decisões judiciais parte de outra premissa, notadamente o direito positivo, o Brasil não poderia falar em precedente judicial como criador de obrigações.[499]

As críticas vão além. Assevera-se, ainda, que as razões pelas quais o país começou a debater a respeito da fixação de precedentes decorreu de uma imperiosa necessidade de se estabelecer uma padronização decisória, a qual teria por escopo desobstruir o Judiciário, abarrotado de processos. No caso, portanto, as razões para seguir os precedentes no Brasil em muito se diferia dos motivos e fundamentos dos sistemas anglo-saxônicos.

[499] Neste sentido, DINAMARCO, Julia. O Árbitro e as Normas Criadas Judicialmente: Notas Sobre a Sujeição do Árbitro à Súmula Vinculante e ao Precedente. In *Arbitragem* - Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *In Memoriam*. LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. São Paulo: Atlas, 2007, p. 47-71. Assim também MARIANI, Romulo Greff. *Precedentes na Arbitragem.* Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 49-71, bem como BERALDO, Leonardo de Faria. Os precedentes judiciais na arbitragem. In *Direito Internacional e Arbitragem* - Estudos em Homenagem ao Prof. Cláudio Finkelstein. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 195-214.

Boa parte dessas críticas já foram todas trabalhadas no capítulo anterior, inclusive demonstrando que há autorizadas vozes doutrinárias defendendo que o Brasil não seria vinculado a um sistema puro de *civil law*, mas sim híbrido.[500] Demonstrou-se, também, que a observância de precedentes no país ocorre de longa data, inclusive com paulatinas modificações legislativas para reforçar a obrigatoriedade de observância das decisões pretéritas, tudo com vias a racionalizar o sistema e, assim, vencer os obstáculos impostos por incompreensões pessoais do próprio ordenamento brasileiro – notadamente advindas de negativas equivocadas do que se afirmou, que o Brasil não observa precedentes por estar vinculado aos sistemas da família de *civil law*.

Mas, há uma questão nas críticas acima que merece atenção. Trata-se da justificativa de que os precedentes no Brasil, e isso em razão da sua positivação no Código de Processo Civil, teria por fim a tentativa de desobstruir o Judiciário, assoberbado de processos, o que definitivamente não poderia servir como base para sua vinculação na arbitragem.

A crítica é efetivamente acertada, a conclusão exposta que não. Quando da edição do Código de Processo Civil em 2015, uma das suas finalidades acenadas expressamente pelo legislador foi a necessidade de combater a quantidade de processos hoje em tramitação no Judiciário, fato este que efetivamente compromete a qualidade das decisões. A exposição de motivos do projeto de lei do novo Código foi direta e certeira ao falar sobre a questão, tendo assentado que "criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário (...)".[501]

Entretanto, a despeito de os críticos acertarem na afirmativa, não há qualquer relação entre referido ponto e a observância dos precedentes pelos árbitros, daí tratar-se de uma justificativa furtiva para a defesa da não vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais.

Primeiro, porque o implemento e a aposta da lei processual em instrumentos que visam à construção de precedentes para combater a litigância repetitiva e, consequentemente, desobstruir o Judiciário, não é, em hipótese alguma, uma preocupação para a arbitragem. Os processos caracterizados por contínua repetição de fatos e direito raramente – para não dizer nunca – são resolúveis por um juízo privado. A comprovar o exposto, a Lei dos Juizados Especiais, desde a sua edição, quando ainda se falava em Juizados de Pequenas Causas,

---

[500] Ver nota 143 *supra*.
[501] Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em 12 out. 2021.

continha a previsão legal de instauração do juízo arbitral; o instituto, todavia, jamais se desenvolveu no referido ambiente, nem no passado e nem atualmente.[502]

Não há, pois, motivos para essa preocupação em querer afastar esses precedentes da arbitragem, até porque a realidade fática demonstra que eles jamais se encontrarão. Entretanto, caso haja qualquer relação, a sua observância deve ser dar por motivos outros, conforme abaixo.

Em segundo lugar, o fato de os precedentes do Código terem como mote a resolução de processos de massa e a desobstrução do Judiciário não lhes retira os pressupostos basilares da teoria dos precedentes. A mesma exposição de motivos do projeto de lei já demonstrava o que se afirma, afinal "proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia.".[503]

Portanto, o que se verifica é que a razão para edição ou aperfeiçoamento das formas de julgar litígios iguais e seriados não tem o condão de afastar os pressupostos da adoção de uma teoria dos precedentes. Na verdade, a litigiosidade repetitiva parece ser uma característica nacional, sendo que a sua forma de resolução por meio de precedentes representa uma forma original – até porque esta não parece ser uma realidade dos sistemas de *common law* (o abarrotamento de processos no Judiciário) – de solucionar questões próprias, mas sem descurar das garantias da isonomia e da segurança.

Em terceiro, e último lugar, é preciso insistir para questão fundamental deste trabalho: as razões para a vinculação dos precedentes judiciais na arbitragem não advêm da necessidade de observância do Código de Processo Civil, mas sim da Constituição.

Todos os motivos elencados para justificar a obrigação dos árbitros em observarem os precedentes judiciais decorrem da leitura e inteligibilidade do Texto Maior, que não tem em suas linhas qualquer debate sobre litigiosidade repetitiva ou mesmo formas ou causas de resoluções de intempéries do sistema estatal de resolução de conflitos. A razão para defender-se a vinculação dos precedentes é outra: dentro de um Estado Democrático de Direito, todos os cidadãos precisam de segurança jurídica para desenvolverem-se como sujeitos de direito, além de necessitarem da garantia de uma equivalência nas posições jurídicas, o que seria atentado na

---

[502] Sobre o ponto, MAZZOLA, Marcelo; OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. As implicações materiais e processais que obstam a implementação do juízo arbitral nos juizados especiais. In *Juizados Especiais Cíveis Estaduais* – reflexões e perspectivas nos 25 anos na Lei 9.099/1995. Org. GAIO JR., Antônio Pereira e CUNHA, Maurício Ferreira. Londrina: Thoth Editora, 2021, p. 101-121.

[503] Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em 12 out. 2021.

exata medida da identidade factual dos casos. Certeza e isonomia são pressupostos basilares do ordenamento jurídico brasileiro.

Como se deflui, é de todo equivocado utilizar-se das justificativas ora refutadas, pois as relações entre precedente judicial e arbitragem estão em planos diferentes do Código de Processo Civil, sendo certo que a Constituição brasileira, desde há muito, já contém em seu texto a defesa da vinculatividade dos precedentes judicias, as quais, por uma questão própria de hierarquização de normas, devem ser observadas por todos aqueles que exercem jurisdição, além daqueles outros destinatários que o próprio texto constitucional menciona.

3.5.1.4. A ausência de relação hierárquica entre a arbitragem e o Judiciário como fator impeditivo à aplicação dos precedentes judiciais. O procedimento arbitral, inserido dentro de uma teoria geral do processo, submete-se às Cortes Supremas.

Na linha do exposto anteriormente, uma outra crítica à vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais está na alegada falta de hierarquia entre as cortes do sistema estatal e o tribunal arbitral. Como se trata de esferas de competência diferentes, além de meios de resolução de conflitos bastante distintos, não haveria como se falar nesta comunicação de pronunciamentos decisórios, pois a arbitragem não estaria submetida a qualquer órgão do Judiciário. Na visão da doutrina, "a principal razão, aliás, de a arbitragem não estar sujeita a nenhum dos modelos referidos antes consiste no fato de que um árbitro ou tribunal arbitral constituído para uma determinada causa não se enquadra, visivelmente, em um sistema de hierarquia (...)".[504] Em adição, afirma-se, ainda, que essa falta de relação entre a arbitragem e o

[504] MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. *Op. cit.*, p. 119. A questão da ausência hierarquia é basicamente apontada por todos aquele que escreveram sobre o tema, tanto os favoráveis, quanto os contrários à vinculação dos precedentes judiciais na arbitragem. Apenas para elucidar, eis o que aponta ABBOUD, Georges. Jurisdição Constitucional *vs*. Arbitragem: os reflexos do efeito vinculante nas atividades dos árbitros. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 214, dez. 2014, versão eletrônica: "Portanto, o árbitro do mesmo modo que o juiz estatal e os próprios particulares, deverá, obrigatoriamente, observar a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF em sede abstrata. Todavia, diferentemente do juiz estatal, contra o árbitro não será possível manejar o uso da reclamação, a fim de preservar a competência do STF (art. 102, I, da CF/1988 (LGL\1988\3)), justamente porque o árbitro não integra o organograma do Poder Judiciário, de modo que o STF não possui nenhuma ascendência hierárquica sobre ele.". Apesar de o autor entender que existe vinculatividade, isso não significa que haveria hierarquia. Trata-se de argumento com o qual se discorda, conforme fundamentos apresentados neste trabalho.

Judiciário representaria uma autonomia das decisões proferidas pelos árbitros, excluindo qualquer possibilidade de uniformidade em relação às decisões estatais.

Ambos os argumentos são teoricamente incompreensíveis, para não dizer equivocados. Mesmo que comungando com a ideia de sistemas autônomos, e ainda que se alinhando à desnecessária associação desta questão com uma teoria sociológica do Direito – mais precisamente a Teoria dos Sistemas de Luhmann –, é impassível de questionamentos que a arbitragem de direito se encontra dentro de um sistema normativo regulado por um texto maior chamado de Constituição. Mais do que isso, a própria arbitragem de equidade, regulada pela lei que rege o instituto, é limitada pelos bons costumes e pela ordem pública.

A conclusão que pode ser alcançada do exposto acima é que a arbitragem, e isso dentro de uma interpretação literal da própria Lei 9.307/96, encontra-se inserida dentro do Estado de Direito. Ela se submete à Constituição.

Aliás, recorde-se que a arbitragem hoje tem força como um instituto jurisdicional autônomo de resolução de conflitos em razão de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que na sua função constitucional de intérprete final da Norma Fundamental, entende que a arbitragem é integrante do ordenamento jurídico brasileiro. Se a arbitragem retira seu fundamento de validade e legitimidade de uma decisão exarada pela Corte de maior envergadura do Estado brasileiro, bem como a lei que regulamenta o seu desenvolvimento estipula amarras para a sua realização, então resta evidente que a arbitragem se enquadra dentro de uma pirâmide da qual ela não é o ápice. Até porque, se assim se pensa, então a conclusão inexorável seria tornar "o juízo arbitral um Estado dentro do Estado",[505] ou seja, um ente autônomo e independente de qualquer outro elemento normativo-jurídico.

Definitivamente não é disso que se trata, a arbitragem não é e nunca foi autônoma neste sentido, até porque é sua inserção no Estado de Direito que lhe confere hoje a força que possui. Assim, é equivocado afirmar, de forma genérica, que inexiste hierarquia entre o Poder Judiciário e a arbitragem; o fato de existir duas esferas diferentes de resolução de conflitos, ambas consideradas jurisdicionais, uma privada e outra estatal, não exclui os elementos normativos que são comuns a toda e qualquer instituto jurídico de um Estado Democrático de Direito. A Constituição é o grande exemplo do que se afirma: as suas normas possuem

[505] GRECO, Leonardo. Controle Jurisdicional da Arbitragem. *Op. cit.*, p. 9. Quem também critica esse isolacionismo da arbitragem é AMARAL, Guilherme Rizzo de. *Judicial Precedent and Arbitration*: … *Op. cit.*, pp. 55: "*Arbitration is a part of a wider legal order and interacts with all its elements. It cannot be isolated in a hermetically system.".*

incidência em toda e qualquer arbitragem de direito, ao passo que os princípios fundantes do ordenamento jurídico brasileiro incidem em toda e qualquer forma de arbitragem nacional, inclusive a de equidade.

Em tentativa de auxiliar o argumento crítico à observância dos precedentes judiciais pelos árbitros, o que parece ser o certo na assertiva referente à falta de hierarquia entre o tribunal arbitral e as cortes estatais é que nem todos os precedentes judiciais vinculariam os árbitros. Assim, e volvendo-se agora para o Código de Processo Civil, é claro e evidente que alguns dos incisos do art. 927 da lei processual não têm qualquer possibilidade de vincular as decisões proferidas pelos árbitros.

O próprio sistema estatal e a sua estrutura hierarquizada auxiliam na justificativa da afirmação acima. Pense-se, por exemplo, nas decisões preferidas em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) por uma Corte Estadual. Estas decisões, como soa lógico, somente vinculam aos magistrados hierarquicamente inferiores, ou seja, apenas obrigam aqueles juízes integrantes da estrutura regimental daquele tribunal. Estas mesmas decisões, por certo, não vinculam os juízes inseridos no organismo de outros tribunais, ou seja, não obrigam os julgadores que se encontram fora dos limites territoriais de atuação daquele que proferiu a decisão exemplificada.[506]

Veja-se que a definição da vinculatividade ou não dos precedentes, e isso dentro do estamento estatal, é definido pelas esferas de competência dos órgãos julgadores, não se relacionando com a questão jurisdicional. E dentro desse aspecto pode-se afirmar, com segurança, que a outra Corte Suprema existente no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, a responsável pela uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, também está em posição de superioridade hierárquica aos tribunais arbitrais. A comprovação do exposto é a afirmação, praticamente unânime, de que cabe ao Superior Tribunal de Justiça resolver eventuais conflitos de competência entre o juiz estatal e o árbitro.[507]

---

[506] A situação supra é bem explicada por ZANETI JR. Hermes e COPETTI NETO, Alfredo. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha. *Op. cit.*. "Assim, precedentes normativos formalmente vinculantes para os juízes e tribunais da Bahia, do Espírito Santo e do Rio Grande do Sul, por exemplo, serão as decisões do pleno do STF, em matéria constitucional, e da Corte Especial do STJ, em matéria infraconstitucional. As decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, não serão precedentes vinculantes para os juízes e tribunais da Bahia e do Espírito Santo, sendo, válidas, apenas como argumentos, exemplos, ou seja, como jurisprudência persuasiva.".

[507] Há variadas decisões do STJ a respeito, por todos, ver CC 111.230/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 8/5/2013, DJe 3/4/2014. Ademais, na II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial Conflitos, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada nos dias 26 e 27 de agosto de 2021, foi aprovado o seguinte enunciado, que corrobora todas os entendimentos jurisprudenciais do STJ sobre o tema: "Enunciado 100 - O Superior Tribunal de Justiça é o órgão jurisdicional competente para julgar o conflito

Entretanto, a despeito da parcial razão aos críticos da vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais, o que fica de relevante para refutar a afirmação genérica que compõe o título deste tópico é que existe sim submissão hierárquica dos tribunais arbitrais às Cortes Supremas, que ao fim e ao cabo compõe a estrutura organizacional estatal de resolução de conflitos. Assim, as exações proferidas por referidas Cortes, seja por meio de sua competência funcional em uniformizar entendimentos legais (STJ), seja em decorrência de sua atribuição de intérprete final da Constituição (STF), são vinculativas aos árbitros. Essa é a proposição do presente trabalho, qual seja, a leitura constitucional da ordem jurídica brasileira permite concluir que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, por deterem competência sobre todo o território nacional, são hierarquicamente superiores aos tribunais arbitrais com aptidão para proferir sentenças nacionais, motivo pelo qual algumas de suas decisões, desde que dentro das competências constitucionais de unificar o entendimento do sistema jurídico pátrio, vinculam os árbitros.[508]

Essa noção hierarquizada, diga-se logo, não faz parte de um nivelamento escalonado como as cortes estatais, mas derivam da logicidade do sistema, ou seja, a submissão dos árbitros às decisões do Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal decorre da própria estrutura constitucional de atribuição de competências, e isto porque a arbitragem se enquadra dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro. Aliás, é justamente por causa dessa hierarquização funcional (e não organizacional) que apenas algumas decisões das Cortes Supremas vinculam os árbitros, mais precisamente aquelas que efetivamente tem aptidão para uniformizar a interpretação da lei ou da Constituição – o que será melhor explicado abaixo.

---

de competência existente entre árbitro e juiz estatal.". Os enunciados podem ser encontrados em https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669. Em sentido contrário, entendendo que não existe conflito de competência entre árbitro e juiz estatal, notadamente em razão da nova redação do art. 485, VII, do CPC, que coloca o árbitro como competente para resolver qualquer questão antes do juiz, TALAMINI, Eduardo. O Fim Do "Conflito De Competência" Entre Tribunal Arbitral E Juiz Estatal. Disponível em https://www.migalhas.com.br/depeso/236663/o-fim-do--conflito-de-competencia--entre-tribunal-arbitral-e-juiz-estatal. Acesso em 1º out. 2021. O autor assim afirma a respeito: "O CPC contém regra que, se devidamente observada, deve eliminar a ideia do cabimento de conflito de competência na hipótese. Existindo arbitragem em curso, o juiz estatal deve aguardar a definição do tribunal arbitral. Uma vez afirmada pelo tribunal arbitral a sua própria jurisdição e competência, o juiz estatal submete-se a tal deliberação, cabendo-lhe apenas extinguir o processo judiciário. É o que se extrai do art. 485, VII, que impõe ao juiz proferir decisão extintiva sem julgamento de mérito quando 'acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência'.", ao final do seu texto, todavia, rende-se para afirmar que "(...) caso se insista na ideia de que cabe a configuração do conflito de competência entre juiz estatal e árbitro, parece certo que o órgão competente para dirimir tal incidente deverá mesmo ser o STJ.".

[508] Estas também parece ser a conclusão de NASSER, Paulo Magalhães. *Vinculações arbitrais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 141-150.

A obrigação de atender ao precedente judicial por parte dos árbitros deriva, pois, da Constituição, norma ápice do ordenamento jurídico brasileiro, e também em razão do caráter jurisdicional de resolução de conflitos que a arbitragem encerra. Não há aqui qualquer relação com o Código de Processo Civil ou suas previsões, as quais, todavia, podem iluminar as decisões dos árbitros, influenciando de forma persuasiva – nunca vinculativa – os seus entendimentos e pronunciamento.

Ainda que dentro de um sistema maior, no qual a Constituição é o grande elemento de irradiação de efeitos, resta claro que os árbitros não perdem a sua autonomia decisória por seguirem precedentes judiciais – da mesma forma que os juízes também não deixam de ser independentes ou autônomos nas suas deliberações. A diferença é que a esfera de deliberação ou a margem de interpretação dos fatos e do direito acaba ficando mais restrita, uma vez que todos aqueles que exercem função jurisdicional, por estarem inseridos dentro de um sistema que precisa ser dotado de uniformidade, devem proferir decisões que sejam íntegras e coerentes, tudo com o fito de manter incólume a unitariedade do ordenamento, concretizando segurança jurídica e isonomia, pilares de qualquer Estado Democrático de Direito.

Se a arbitragem encontra-se dentro do quadro normativo brasileiro, mais precisamente integrante de uma teoria geral do processo, se e os árbitros são juízes de fato e de direito, conforme prevê a Lei de Arbitragem (art. 18), se a arbitragem tem caráter jurisdicional, se há Cortes Supremas com função constitucional de uniformizar e unificar da interpretação das leis, se os precedentes exarados pelos referidos tribunais são fontes de direito, então não restam dúvidas de que o árbitros se vinculam e se submetem (hierarquicamente inferiores, dentro de uma organização funcional do ordenamento jurídico brasileiro) aos precedentes, afinal eles são as próprias normas gerais e concretas integrantes do ordenamento.

3.5.1.5. A irrecorribilidade das decisões arbitrais impede a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais. Ausência de causa e efeito na afirmação, afinal também há decisões irrecorríveis no sistema estatal e que ainda assim precisam atentar para as decisões pretéritas.

Um quinto argumento utilizado por aqueles que rechaçam a vinculação dos precedentes judiciais na arbitragem parece ser mais de ordem prática do que teórica. Isto porque não há

qualquer relação de causa e efeito entre aquilo que é argumentativamente propalado e a sua consequência, afinal, a falta de uma sanção legalmente cominada ou a inexistência de consequência normativa presente no texto legal como coação para o eventual descumprimento do preceito legal não é condição para a validade e/ou legitimidade do direito[509] – aqui representado pela necessidade de atenção ao precedente judicial.

Assim, o fato de inexistir uma previsão comissiva contra a não observância do precedente judicial pelo árbitro não é justificativa plausível negar a falta de sua vinculação ao expressado no precedente. Ato contínuo, é deveras frágil defender que a taxatividade das hipóteses de nulidade da sentença arbitral revelaria que a arbitragem estaria eximida de atentar para as decisões judiciais pretéritas. Não é porque a ação que discute a nulidade do pronunciamento dos árbitros jamais se imiscuirá no mérito da decisão[510] que o texto existente no precedente judicial não vincularia os julgadores privados.

Assim, quando a doutrina afirma que "o sistema arbitral brasileiro não comporta vinculação aos precedentes do Supremo Tribunal Federal ao não estabelecer remédio do qual

---

[509] Não se adentrará aqui no debate entre os sancionistas e os não sancionistas, ou seja, se a sanção seria ou não elemento essencial da norma jurídica, até porque é indiscutível a existência de normas sem qualquer cominação coativa prescrita, e nem por isso essa norma tem sua juridicidade questionada. De toda forma, um dos mais famosos sancionistas é Kelsen, que assim apontou em sua mais célebre obra: "Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas (...). Dizer que o Direito é uma ordem coativa significa que as suas normas estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica. (...) Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isso é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e (...) mediante o emprego da força física, é o critério decisivo.", Cfr. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 35-37. O fato é, reitera-se, que o Direito não contém apenas normas com sanções cominadas. Neste sentido, BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 2005, bem como HART. Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001, p. 57: "(...) A ideia originalmente simples de ameaça de um mal ou 'sanção' foi alargada até incluir a nulidade de ameaça a um negócio jurídico; a noção de regra jurídica foi restringida, por forma a excluir as regras que conferem poderes, consideradas meros fragmentos de regras. (...) Apesar do caráter engenhoso destes artifícios, o modelo de ordens baseadas em ameaças obscurece, no direito, mais do que aquilo que revela; o esforço para reduzir a esta única forma simples a variedade de leis, acaba por lhes impor uma uniformidade espúria. Na verdade, procurar aqui uniformidade pode ser um erro porque, (...), uma característica distintiva do direito, se não a principal, reside na fusão de tipos diferentes de regras.".

[510] Sobre a taxatividade das hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem, bem como sobre a possibilidade ou não de rediscussão do mérito da sentença arbitral, interessante é a posição de VERÇOSA, Fabiane. *A Aplicação errônea do Direito pelo Árbitro* – uma análise à luz do Direito Brasileiro e Estrangeiro. Curitiba: CRV, 2015. A autora defende a possível inserção do Judiciário no mérito da sentença arbitral, desde que o equívoco cometido seja ofensivo aquilo que se denomina de ordem pública. Ainda sobre o cabimento de ação anulatória contra a sentença arbitral nacional com fundamento na ordem pública, que não seria hipótese expressamente prevista no art. 32 da Lei 9.307/96, OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. Anulação da sentença arbitral nacional por violação da ordem pública. In *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015* - v. 1. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; DALLA, Humberto (Org.). 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 167-186.

se pode lançar mão em caso de violação pelo árbitro",[511] o que se vê é uma nítida confusão sobre os pressupostos de uma adequada e contemporânea Teoria da Norma Jurídica. A confusão entre o que seria elemento essencial de uma norma jurídica e a sua consequente normatividade é evidente.

A tentar ilustrar ainda mais o ponto, socorre-se da vetusta, mas sempre atual, teoria da eficácia das normas constitucionais propalada por José Afonso da Silva,[512] que desmente a crítica ora apresentada que nega a vinculação dos precedentes judiciais pelos árbitros. Na conhecida categorização tricotômica (que incluem as normas de eficácia plena, contida e limitada), as normas programáticas, inseridas dentro das normas constitucionais de eficácia limitada, sequer possuiriam desenvolvimento normativo, o que "(...) não significa que o preceito seja destituído de força jurídica".[513]

Uma vez mais, não é a existência de remédio jurídico para discutir o acerto ou erro na aplicação do precedente que define a sua juridicidade, ou melhor, a sua obrigatoriedade – e veja-se, desde logo, que sequer se cogita do recurso aos instrumentos processuais estatais para impor a observância do precedente (reclamação, ação rescisória, recursos em geral, mandado de segurança, entre outros), que, conforme se verificará mais a frente, não se aplicam ao sistema arbitral. O ponto aqui é que a norma existente no precedente judicial existe, é válida e eficaz, devendo, pois ser observado; o fato de sua aplicação se der de forma equivocada é apenas uma consequência que pode existir sim, inclusive no sistema estatal de resolução de controvérsia.

No caso, é possível afirmar que não são recorríveis as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal,[514] no âmbito de suas respectivas competências. Não há

---

[511] MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. *Op. cit.*, p. 130. No mesmo sentido, AMARAL, Guilherme Rizzo de. *Judicial Precedent and Arbitration*: … *Op. cit.*, pp. 48: "*Some state that the absence of a mechanism to review arbitral decisions that ignore precedents would be the same as denying the binding effects of precedents on arbitrators.".*

[512] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* São Paulo: Malheiros, 1998, especialmente p. 63-166.

[513] MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 12. ed., 2017, livro digital. No mesmo sentido, e melhor explicando sobre as normas de eficácia limitada, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo* – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2. ed., 2010, p. 251: "(…) normas de eficácia limitada são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema. Estas normas, contudo, ao contrário do que ocorria com as ditas não autoaplicáveis, não são completamente desprovidas de normatividade. Pelo contrário, são capazes de surtir uma série de efeitos, revogando as normas infraconstitucionais anteriores com elas incompatíveis, constituindo parâmetro para a declaração da inconstitucionalidade por ação e por omissão, e fornecendo conteúdo material para a interpretação das demais normas que compõem o sistema constitucional.*".*

[514] Em sentido semelhante, AMARAL, Guilherme Rizzo de. *Judicial Precedent and Arbitration*: … *Op. cit.*, pp. 49.

qualquer lógica em se afirmar que em um sistema de precedentes as Cortes Supremas não se vinculariam às suas próprias decisões por falta de impugnação ao seu pronunciamento. A corroborar que os Tribunais de Vértice se vinculam aos seus próprios precedentes, rememore-se o caso da *House of Lords*, que até 1966 sequer admitia a modificação dos precedentes firmados – e hoje, mesmo admitindo, o faz com grandes ressalvas.[515]

Como se adiantou acima, é inviável associar a existência de uma sanção cominada ou um remédio jurídico procedimental impugnativo para fazer valer pressupostos de teoria do Direito, são duas questões complemente diferentes.[516] O fato de a decisão arbitral possuir poucas hipóteses de impugnação ou mesmo por ser imodificável em seu mérito, resguardadas as divergências, em nada modifica a obrigação de o juiz de fato e de direito atentar-se para as previsões normativas existentes, incluindo-se aí os precedentes judiciais.

Uma das bases da teoria dos precedentes é a estabilidade das decisões. A perenização de entendimento, que não se coincide com engessamento, deve ser observada em todas as estruturas e esferas de pronunciamentos assertivos. É justamente por isso que as próprias Cortes Supremas precisam respeitar os seus precedentes, ainda que as suas decisões não sejam recorríveis.

A previsibilidade, outro fundamento base da teoria dos precedentes, impõe uma possível calculabilidade pelos jurisdicionados das condutas permissivas ou proibitivas. A constante modificação de entendimentos retira o elemento certeza jurídica, o que também depõe contra alterações repentinas e constantes nas decisões das Cortes Supremas.

Da brevíssima suma dos argumentos acima, mais bem desenvolvidos no capítulo anterior, demonstra-se que se às Cortes responsáveis por unificar o entendimento e as interpretações sobre a legislação permitir o indiscriminado poder de, ao seu bel prazer, revisitar as suas decisões, a cada momento adotando um tipo de posicionamento, então realmente não faria sentido falar em teoria de precedentes na própria esfera estatal de resolução de controvérsias.

O precedente por si, independentemente da existência de consequência jurídico-normativa para fazer valer a sua deliberação, já é norma imperativa. O raciocínio, aliás, segue a mesma linha da lei geral e abstrata, que obriga ao árbitro à interpretação e aplicação, mesmo

---

[515] A respeito, ver item 2.1, especialmente nota 170, ambos *supra*.

[516] Assim também pensa AMARAL, Guilherme Rizzo de. *Judicial Precedent and Arbitration*: … *Op. cit.*, pp. 48. E o autor assenta em pp. 49: "*Hence, the idea that the binding force of precedents results from or depends on a remedy against their disregard is fundamentally misguised.".*

que inexistente remédio jurídico previsto para sua revisão. No caso, também para a lei geral e concreta (o precedente vinculante), é imperiosa a sua observância pelo árbitro, afinal, ontologicamente, tanto a norma legislada quanto o precedente judicial são fontes de direito consagradas pelo ordenamento.

Portanto, não convence e nada justifica que a falta de instrumento hábil a atacar a decisão arbitral seja causa de liberação dos árbitros das amarras do ordenamento jurídico (obediência ao texto legal e ao precedente), até porque, e em paralelismo, também inexiste remédio para desconstituir decisão que aplica erroneamente o direito legislado e, ainda assim, não existe qualquer debate doutrinário afirmado que os árbitros não precisariam observar a lei posta em arbitragens de direito por não haver instrumento para invalidar o julgamento errado.

O argumento contra a vinculação dos precedentes com base na ausência de recorribilidade não é só teoricamente fraco, ele sequer passa por um juízo hipotético de viés prático, especialmente quando se utiliza do mesmo raciocínio para as normas legisladas. Em conclusão, as restrições impugnativas da sentença arbitral jamais poderiam ser suscitadas como justificativa para a não observância dos precedentes judiciais pelos árbitros, uma vez que a falta da uma consequência normativa específica para o eventual descumprimento do enunciado normativo não é condição de validade e/ou legitimidade do direito. A conclusão lógica, pois, e sistemática, é pelo vinculatividade dos precedentes pelos árbitros.

3.5.2. Quais precedentes judiciais vinculam os árbitros?

Uma das respostas às críticas para a não aplicação dos precedentes judiciais na arbitragem foi no sentido de afirmar a existência de hierarquia entre o sistema arbitral e as Cortes Supremas. Todavia, também como se analisou, o que não existiria seria uma relação estrutural em comparação com os demais tribunais estatais. Isto porque, no caso do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, seja pela expressa disposição constitucional, seja pelas competências e atribuições de referidas Cortes, também expressamente dispostas na Constituição, não haveria dúvidas em afirmar que estes dois tribunais estariam, funcionalmente, em posição hierarquicamente superior aos tribunais arbitrais.

Com esta constatação em mente, a primeira conclusão que se pode afirmar é que apenas os precedentes judiciais exarados pelos Tribunais de Vértice, isso em razão das disposições constitucionais, reafirma-se, é que vinculariam os árbitros na sua tomada de posição.[517]

Veja-se, portanto, que não se está se defendendo aqui a aplicação do art. 927, do CPC nos procedimentos arbitrais, [518-519] até porque, como afirmado alhures, o Código de Processo Civil somente terá aplicação na arbitragem se as partes assim deliberarem ou se a própria Lei

---

[517] Este também parece ser o entendimento de NASSER, Paulo Magalhães. *Vinculações arbitrais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 141-142. Um pouco mais restrito é o entendimento de DINAMARCO, Candido. *A arbitragem na teoria geral do processo. Op. cit.*, p. 212-213: "Como nesses dois dispositivos a Constituição Federal [art. 103-A e 102, §2º] impõe uma vinculação muito ampla, indo além do Poder Judiciário para atingir os órgãos de outro Poder (Administração Pública), daí se infere legitimamente que *a fortiori* também os árbitros se reputam sujeitos a esse efeito vinculante, sendo obrigados a acatar tais decisões superiores em seus laudos", bem como o de ABBOUD, Georges. Jurisdição Constitucional *vs*. Arbitragem: os reflexos do efeito vinculante nas atividades dos árbitros. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 214, dez. 2014, versão eletrônica. Para estes autores, apenas os precedentes referentes a questões constitucionais vinculariam os árbitros, a corroborar, eis a simbólica passagem de Dinamarco, p. 213: "Para os litigantes sujeitos à jurisdição estatal o direito seria um, e para aqueles que optassem pela arbitragem poderia ser outro. Dada a autonomia da arbitragem, isso pode até acontecer quando se está no puro plano infraconstitucional do direito, não porém quando se trata de impor aqueles superiores ditames constitucionais.". Trata-se, a toda evidência, de uma distinção sem maiores razões, o que se afirma com escopo em todas as razões anteriormente ponderadas a respeito do precedente judicial como fonte de direito, bem como pelo fato de nem todas as normas constitucionais se caracterizarem como preceitos de ordem pública, ao passo que existem normas infraconstitucionais entendidas como tal. Também criticando essa afirmação de Dinamarco, AMARAL, Guilherme Rizzo de. *Judicial Precedent and Arbitration*: … *Op. cit.*, pp. 65-67.

[518] Em contraposição ao exposto, defendendo a vinculatividade de precedentes do CPC, ver BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 163-166. A mesma posição parecer ser adotada por SALOMÃO, Luis Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. In *Revista de Arbitragem e Mediação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, vol 66, jul.-set. 2020, versão eletrônica, especialmente quando afirmam, sem maiores distinções entre o CPC e a Constituição: "Isso porque o novo diploma processual foi cristalino ao reconhecer eficácia normativa de determinadas decisões, fato que fez com que os precedentes enumerados como vinculantes evidenciassem o mesmo valor da norma legal: fonte imediata e obrigatória do direito. Longe de tratar-se de mera enunciação vazia, o Código de Processo Civil de 2015 apresenta claro fundamento constitucional, sobretudo ao trazer normas que buscam garantir o devido processo legal, a isonomia, e a segurança jurídica, corolários do Estado de Direito. (...) Conclui-se, por isso, que não há espaço na ordem constitucional brasileira para amparar raciocínio de absoluta autonomia do árbitro em relação aos precedentes. Ainda que seja possível vislumbrar diferentes graus de eficácia para os precedentes, acreditamos que todos deverão ser observados, em alguma medida, pelo árbitro quando as partes escolherem claramente o ordenamento brasileiro como aplicável.".

[519] Interessante aqui apontar a posição de FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A Arbitragem e os Precedentes Judiciais* – observância, respeito ou vinculação?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, especialmente porque o autor parece se coadunar parcialmente com a posição ora defendida, afinal entende que os precedentes elencados pelo CPC não se aplicam nas arbitragens, mas os incisos I e II do art. 927 do diploma processual, que retratam as decisões em controle de constitucionalidade e as súmulas vinculantes, por compreenderem efetivas fontes de direito, vinculariam os árbitros. Quem também entende que a vinculativdade dos árbitros se restringe às súmulas vinculantes e às decisões em controle de constitucionalidade é ABBOUD, Georges. Jurisdição Constitucional *vs*. Arbitragem: os reflexos do efeito vinculante nas atividades dos árbitros. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 214, dez. 2014, versão eletrônica. Todavia, é preciso anotar que o autor escreveu o texto antes do CPC de 2015, não se podendo afirmar com segurança que a sua posição atual é a mesma.

de Arbitragem fizer a referência ou se os árbitros, dentro do seu poder de deliberação, assim entenderem necessário.

Todavia, a despeito da não aplicação, é possível afirmar que algumas das decisões ali expostas como vinculativas no sistema estatal, por convergirem com o entendimento aqui defendido, isso mesmo dentro de uma teoria dos precedentes, cujos alicerces são a isonomia e a igualdade, também devem ser observadas pelos árbitros.

Assim, o fato de o Código vigente determinar a obrigatoriedade e vinculação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que enfrentam a constitucionalidade das leis (chamadas ações diretas), bem como aquelas que assentam súmulas vinculantes, ou mesmo das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça cujo teor tem o mandamento de fazer cumprir a determinação constitucional de uniformar a interpretação da norma infraconstitucional (caso dos julgamentos de recursos repetitivos, por exemplo), são meras reproduções de uma determinação teórica que se retira de uma interpretação teleológica-sistemática do Texto Constitucional.

A vinculação destas decisões, conforme se viu, é um imperativo decorrente da necessidade de manter-se uma unidade do ordenamento, tanto na esfera teórica, quanto na esfera prática (igualdade perante a lei e igualdade na aplicação da lei), isso com vias a um sistema jurídico íntegro e coerente, com medidas legislativas e judiciais seguras, certas e equanimemente aplicadas.

Não se mostra possível, portanto, exigir a obediência dos árbitros em relação a decisões proferidas em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas, ou mesmo em incidente de assunção de competência. Da mesma forma, as decisões exaradas pelos órgãos especiais ou o pleno dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais não são vinculativos à arbitragem,[520] até porque, além de carecem de uniformidade em âmbito nacional, referidos órgãos não têm competência territorial em todo o território, a impedir, por exemplo, que uma

[520] A exceção aqui fica por conta de eventual arbitragem que discuta norma de direito estadual ou municipal. Neste sentido, como cabe aos respectivos órgãos o julgamento final das demandas que envolvam referidas temáticas, se a arbitragem for de direito e envolver direito local, pelo mesmo pressuposto defendido neste trabalho, os árbitros estariam vinculados ao que restou deliberado pelos Tribunais de Justiça, por exemplo. Quem parece se coadunar com o ponto é MACÊDO, Lucas Buril de; ALMEIDA, Maria Eduarda. Os Precedentes Obrigatórios Vinculam o Tribunal Arbitral?. In *Revista de Processo.* São Paulo: Thomson Reuters, vol. 305, jul. 2020, versão eletrônica: "Dessa forma, o árbitro não se vincularia a precedentes de tribunais locais, salvo quando estes fossem a última instância para análise da questão, como nos casos de direito municipal. Assim, as orientações do pleno ou corte especial dos tribunais locais não vinculariam os árbitros, tampouco os acórdãos prolatados em incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas instaurados em tribunais locais.".

decisão de um tribunal do Sul do país irradia efeitos vinculativos para um tribunal localizado no Norte do Brasil.

Estabelecida a premissa maior, vinculatividade dos árbitros aos precedentes judiciais que tiram sua força do texto constitucional, é preciso refinar a posição ora externada: não é toda e qualquer decisão das Cortes Supremas que vinculam os árbitros. Somente devem ser assim consideradas aquelas decisões que realmente possuem o condão de dar interpretação definitiva à lei.[521] Assim, e apenas ilustrativamente, decisões de turma do Superior Tribunal de Justiça não poderiam ser tratadas como precedente vinculativo, pois passíveis de recurso de unificação de entendimento para dois órgãos hierarquicamente superiores dentro do próprio tribunal – no caso, a seção ou a corte especial.

De toda forma, se dentro das competências de um destes dois órgãos estiver a possibilidade de decidir definitivamente sobre algum tema de direito material ou processual – aqui, desde que enquadrado dentro daqueles princípios previstos na própria Lei de Arbitragem –, e não sendo referida decisão passível de algum outro recurso de unificação de entendimento sobre determinada matéria, então esta decisão é considerada vinculativa, inclusive para os árbitros. Um exemplo do exposto é o julgamento de casos repetitivos sobre questões de direito privado, que cabe à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável dentro da estrutura organizacional brasileira para uniformizar o entendimento infraconstitucional de referidas matérias. Nada impede, todavia, que alguma questão possa tangenciar diferentes normativas, abarcando elementos de direito público, o que poderia ensejar a manifestação da Corte Especial, nestes casos, esta é a decisão final e com aptidão para viger em todo território nacional que vinculará os árbitros.

É o que ocorre, e ainda no campo do Superior Tribunal de Justiça, com as questões de direito processual, cujos pontos podem ser deliberados por quaisquer das turmas do tribunal, a demonstrar que a decisão final vinculativa sobre matéria procedimental cabe à Corte Especial. Assim, aquela principiologia de teoria geral do processo consagrada pela Lei de Arbitragem,

---

[521] Neste sentido, concorda-se com a afirmação de WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A discussão sobre a disponibilidade do controle judicial da sentença arbitral e os seus limites. In *Revista Brasileira de Arbitragem*. Kluwer Law Internacional, 2016, p. 16: "(...) As afirmações acima só se aplicam se se tratar de jurisprudência absolutamente pacificada, estável e uniforme em todo país.". No mesmo sentido, MACÊDO, Lucas Buril de; ALMEIDA, Maria Eduarda. Os Precedentes Obrigatórios Vinculam o Tribunal Arbitral?. *Op. cit.*: "Há, contudo, que se adicionar outra perspectiva à temática. Mais do que analisar quem dá a última palavra sobre o tema, é necessário analisar o âmbito de vigência da norma jurídica gerada pelo precedente vinculante.".

caso tenha qualquer definição ao seu respeito pelo órgão de maior hierarquia do Superior Tribunal de Justiça, vinculará aos árbitros.[522]

Ademais, pode ser que um tema pendente de julgamento no Superior Tribunal de Justiça tenha por pressuposto a constitucionalidade de uma lei. Nesta hipótese, apenas se a questão for decidida pelo Supremo Tribunal Federal é que se falará em vinculatividade, pois o único tribunal que tem o poder de falar em última instância, e com validade para todo o território nacional, sobre a constitucionalidade de leis federais é a Suprema Corte brasileira, inclusive no controle difuso. Portanto, os casos de constitucionalidade de leis apenas são vinculativos quando expressamente decididos pelo Supremo Tribunal Federal.

E já emendando para a questão da competência no âmbito do Supremo Tribunal Federal, qualquer decisão que tangenciar a declaração de constitucionalidade das leis, inclusive aquelas debatidas via controle difuso, como são julgadas pelo Plenário da Corte, tem eficácia *erga omnes* e vinculam a todos os órgãos jurisdicionais, além da própria administração pública. Da mesma forma os recursos extraordinários, notadamente em razão da modificação efetivada pela Emenda Constitucional n. 45, que incluiu a repercussão geral como requisito ao seu cabimento (art. 102, §3º), motivo pelo qual exige-se a manifestação de todos os ministros para conhecer ou não a irresignação.

Neste sentido, como as competências das turmas do Supremo Tribunal Federal não têm maiores repercussões na definição do direito, ou melhor, não influem no significado da lei, somente as decisões externadas pelo Plenário do Tribunal de Maior hierarquia do ordenamento é que tem o condão de vincular os árbitros, e isso em razão de suas funções e atribuições, ou seja, servir como intérprete final e unificar o entendimento das normas constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro.

Um último ponto merece destaque. Pode ser que haja conflito de entendimentos entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal em matéria processual – e o foco aqui deve ser especialmente sobre aqueles princípios retratados na Lei de Arbitragem. E no caso dos procedimentos arbitrais sobreleva esse eventual tensionamento, uma vez que os

---

[522] Discordando do ponto, porém sem desenvolver os argumentos, FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A Arbitragem e os Precedentes Judiciais* – observância, respeito ou vinculação?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 121: "Embora os incisos também não façam essa distinção é igualmente importante verificar se a questão se refere a direito material ou a processual, até porque não faria sentido que a uniformidade em relação a uma determinada questão de direito processual interferisse na arbitragem, nem mesmo de maneira persuasiva. Como se sabe, a arbitragem desfruta de flexibilidade e independência procedimental, não se sujeitando às regras procedimentais do processo estatal.".

princípios processuais estabelecidos na Lei 9.307/96 formam o que se chama de núcleo constitucional dos direitos e das garantias processuais fundamentais, inclusive com suporte na Constituição. Neste sentido, por mais que boa parte das decisões que envolvam princípios processuais sejam submetidos ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, caso o Supremo Tribunal Federal venha a se manifestar sobre referidas normas por meio do seu Plenário – e não por suas turmas –, é o entendimento que deve prevalecer.

Em conclusão, fora das hipóteses narradas acima, ou seja, não havendo pronunciamento definitivo e sedimentado pelo órgão cuja competência se atribui o julgamento final para uniformizar ou unificar o entendimento do direito em debate, material ou processual, então impossível falar em vinculatividade dos árbitros. Porém, enquadrando-se os precedentes judiciais na hipótese acima, pronunciamento pela Corte de Vértice, com competência em todo território nacional, dentro de sua atribuição constitucional de definir, em definitivo, o tema, então não há razão para supor que os árbitros ignorarão o direito assentado.[523]

[523] É o que também pensa MARINONI, Luiz Guilherme. Arbitragem e coisa julgada sobre questão. In *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.* Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, p. 731-746, especialmente quando afirma em p. 737: "Do mesmo modo que o juiz, o árbitro está proibido de negar precedentes da Suprema Corte para não violar a previsibilidade, a igualdade e a liberdade, valores que também estão à base do sistema arbitral. Portanto, se incumbe às Cortes Supremas, de acordo com a Constituição Federal, a grave tarefa de definir o sentido do direito infraconstitucional e constitucional, só cogitar a respeito da possibilidade de o árbitro ignorar precedentes toca às raias do absurdo. O que impõe a observância dos precedentes das Cortes Supremas na arbitragem é a mera compreensão da razão de ser do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e da necessidade de garantir valores inerentes ao Estado de Direito.". No mesmo sentido, porém sem retratar o ponto de vista sob o enfoque constitucional, mas sim sob a perspectiva dos precedentes obrigatórios a partir do seu estabelecimento pelo CPC, MACÊDO, Lucas Buril de; ALMEIDA, Maria Eduarda. Os Precedentes Obrigatórios Vinculam o Tribunal Arbitral?. *Op. cit.*: "Apenas os precedentes formados por cortes superiores – e, excepcionalmente, pelos tribunais estaduais nos temas em que forem última instância – vinculam os árbitros. São as cortes de vértice que possuem a função de uniformizar e desenvolver o direito em âmbito nacional. As arbitragens, portanto, devem ser vinculadas àqueles precedentes que tenham âmbito de eficácia em todo território nacional. Aplicáveis, portanto, da mesma forma em todo território brasileiro, sem distinção a depender do estado-sede da arbitragem.". No direito estrangeiro, este também parece ser o entendimento da Suprema Corte norte-americana, conforme BURGE, Mark Edwin. Without Precedent: Legal Analysis in the Age of Non-Judicial Dispute Resolution. In *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 15, pp. 143-191, 2013. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2269298. Acesso em 20 set. 2021. Veja o que salienta o autor em pp. 163: "*In theory, at least, arbitration is nothing but a non-judicial means o adjudicating a dispute; arbitrating, rather than litigating, a case is only a choice of a private, rather than a public, forum. With that understanding, the private forum is still deciding cases under largely the same substantive law that a court would apply. And as the Supreme Court asserted in 1987, '[t]here is no reason to assume at the outset that arbitrators will not follow the law. (Shearson/Am. Express, Inc. v. McMahon, 482 U.S. 220, 234 (1987)"*.

3.6 Conclusão parcial

O tema do presente capítulo foi dedicado inteiramente à arbitragem. Da mesma forma que nos dois capítulos anteriores, a ideia aqui foi, inicialmente, buscar assentar as bases fundantes dos procedimentos arbitrais no ordenamento jurídico brasileiro. Procurou-se, portanto, adentrar em um debate vetusto, mas que ainda se mostra candente na doutrina nacional, sobre a jurisdicionalidade do instituto. Permear por essa discussão se fez necessário em razão das autorizadas vozes que ainda entendem pela exclusividade, ou o monopólio, do exercício jurisdicional pelo Estado.

Em atenção às próprias normas vigentes, o que se concluiu é que sobra muito pouco espaço, para não dizer espaço algum, para os entendimentos destoantes a respeito da posição que defender o exercício da atividade jurisdicional nas arbitragens. As justificativas jurídicas, legais e jurisprudenciais revelaram de forma insofismável que os árbitros realizam sim jurisdição, não somente porque a própria Lei 9.307/96 os qualificam como juízes de fato e de direito, mas também porque a própria lei processual reconhece o *status* de título executivo judicial às decisões arbitrais, tudo isso dentro de um escopo argumentativo maior, que foi a declaração de constitucionalidade da lei de arbitragem pelo Supremo Tribunal Federal, o que se deu de forma incidental em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira.

Ao firmar posição de que a arbitragem é jurisdição, o enquadramento do instituto dentro de um quadro procedimental maior revelou-se tarefa mais simplificada. O que se viu é que não existe maiores controvérsias doutrinárias sobre a inserção da arbitragem dentro de uma teoria geral do processo, que como demonstrado, pelo menos na visão da doutrina de vanguarda, tem na jurisdição o seu núcleo capital. As divergências quanto ao ponto ficaram por conta da inteligibilidade de quais princípios fundamentais do processo, todos com arrimo na Constituição, incidiriam no procedimento arbitral.

O debate central era saber se apenas os princípios expressamente suscitados pela Lei de Arbitragem, especialmente aqueles destacados no art. 21, §2º, seriam suficientes para o respeito ao devido processo legal nos procedimentos arbitrais, ou se toda a gama de garantias fundamentais do processo teria aplicação nas arbitragens. O entendimento que melhor se adequou ao presente trabalho demonstrou que existe sim um núcleo mínimo, mas que a sua inteligibilidade não pode ficar subordinada a uma interpretação literal e isolada do ordenamento, ou melhor, não se pode deixar ao arbítrio do julgador privado definir o sentido e

alcance da principiologia. A compreensão e a abrangência dos princípios processuais elencados na Lei 9.307/96 precisaria adequar-se aquilo que os tribunais estatais entendessem a respeito, até porque, também o devido processo legal precisa ter um mínimo de equivalência dentro de uma teoria geral do processo.

Estabelecidas as premissas gerais dos procedimentos arbitrais, passou-se a analisar os tipos de arbitragens admitidas pelo Direito brasileiro, ou seja, aquelas de direito e as de equidade.

Dentro das arbitragens de direito, o que se viu é que se permite ampla liberdade aos contendores na eleição das leis que regeriam as (futuras ou atuais) controvérsias. Diferentes leis de ordenamentos aleatórios poderiam ser combinadas pelas partes, seja por meio de leis materiais esparsas (desde que aglutinadas ou codificadas em um diploma), seja por meio de institutos específicos, seja por meio da eleição do ordenamento jurídico como um todo. A composição desse tipo de arbitragem de direito seria livre para as partes.

Todavia, há um limite nessa escolha, até para que a arbitragem continue sendo entendida como "de direito": a impossibilidade de excluir ou pinçar dos dispositivos legais o sentido ou o significado já conferido ao texto, seja por meio de exclusões de expressões que possa alterar a sua definição ou mesmo a exclusão de interpretações já consolidadas por meio dos precedentes.

Ademais, impossível excluir dispositivos legais de um texto codificado. O que se mostrou neste sentido é que a lei, quando codificada ou compilada em um diploma, tem como intuito conferir unidade sistêmica ao ordenamento, motivo pelo qual ou aquela compilação de direitos é integralmente utilizada ou é totalmente abandonada. E dentro desta concepção, por certo, que os entendimentos consubstanciados em precedentes judiciais, por também fazerem parte do ordenamento e do conteúdo da própria lei (como visto no capítulo 2, eles também são fontes de direito), não poderiam ser excluídos – as partes não podem convencionar excluir esse sentido específico da lei. Ou a lei e toda a sua carga sintática, semântica e pragmática é eleita pela parte, incluindo assim as interpretações recebidas pelos tribunais, ou ela simplesmente é despojada da solução da controvérsia.

A razão para tanto é simples: qualquer entendimento que não considera a lei como um todo, incluindo aí os seus sentidos e definições concretamente realizados, acaba equivalendo-se à arbitragem de equidade. Como bem se sabe e restou demonstrado, nesses tipos de procedimento o que vale é o senso de justiça do julgador, que pode inclusive afastar-se da lei

para dirimir a controvérsia. Há, como bem se afirmou, uma fuga da legalidade que permite qualquer tipo de decisão, desde que respeitados dois limites expressamente previstos no art. 2º, §1º, da Lei 9.307/96, quais seja, a ordem pública e os bons costumes.

Definidas as premissas das arbitragens e diferentes os tipos de procedimentos definidos pela lei de regência, e sempre alicerçado nas bases fundantes estabelecidas nos dois primeiros capítulos, adentrou-se ao coração do presente trabalho: a vinculatividade dos árbitros aos precedentes judiciais.

Ao relacionar as ideias centrais de um Estado Democrático de Direito e de uma teoria dos precedentes, esta focada na segurança e certeza do direito, bem como na isonomia da norma e sua consequente aplicação, concluiu-se que a arbitragem, por ser jurisdição, e desde que eleito o direito brasileiro como guia para resolver a lide, deve submeter-se aos entendimentos pretorianos nacionais.

Não bastasse toda a conjuntura sistêmica que dá guarida para a conclusão acima destacada, analisou-se, ainda, quais seriam os principais argumentos utilizados para refutar a vinculação dos árbitros. Estudados os principais pontos de divergência, demonstrou-se que nenhum deles tem espaço prático ou teórico para prevalecer, pelo menos em se tratando de arbitragens nacionais que envolvam a análise do direito brasileiro.

Primeiro, porque a diferença dos procedimentos entre os sistemas arbitral e estatal não se mostra relevante para fins de observância das normas materiais incidentes no conflito. Uma coisa é a forma como o julgamento se desenvolve – e que é realmente diferente do Judiciário – , outra coisa é o direito, ou melhor dizendo, o mérito da controvérsia. Assim, sendo eleita uma arbitragem de direito pelas partes, notadamente com a escolha da legislação brasileira para resolver a lide, a diferente de ritos não justifica a não observância dos precedentes judiciais, inclusive sob pena de criar uma afrontosa disparidade de posições jurídicas entre os cidadãos.

Segundo, porque quem elege a arbitragem de direito para dirimir um conflito não quer se alijar de todo o sistema estatal de resolução de controvérsias. A afirmativa aqui contrapõe-se ao fato de que a escolha da arbitragem como meio de dirimir conflitos representa fugir do Judiciário, aí incluindo-se o direito material e, com muita mais razão, os precedentes. A assertiva é absolutamente alheia a qualquer fundamento lógico ou racional, e tanto pelo que se verifica na prática, quando os *players* que atuam em arbitragens (e principalmente eles, que se cercam dos melhores consultores e advogados), analisam todo o cenário jurídico antes de adotar

qualquer conduta, quanto na teoria, até porque não se pode admitir a situação em questão, pois coloca em xeque isonomia e segurança jurídica.

Terceiro, não é porque o Código de Processo Civil deu um enfoque direcionado e com vias a combater a litigiosidade repetitiva que os precedentes judiciais não se aplicariam à arbitragem. De toda forma, a justificativa sequer tem razão de ser para os propósitos deste trabalho. Isto porque, o simples fato de se combater demandas seriadas e idênticas não desnatura o cerne da teoria dos precedentes, que é garantir segurança e isonomia – trata-se de apenas mais uma forma, originária, diga-se, de combater disparidades injustificadas. Ademais, e atento aos pressupostos deste trabalho, não são os precedentes da lei processual que devem ser observados pelos árbitros, e sim aquelas decisões definidas como tal pela Constituição, isso em razão da proteção das garantias fundamentais do Estado de Direito.

Quarto, é equivocada uma afirmativa generalizante de que não existiria hierarquia entre o Judiciário e os procedimentos arbitrais. Uma assertiva como tal é apenas parcialmente verdadeira, pois a organização judiciária dos tribunais estatais definitivamente não é a mesma da arbitragem. Entretanto, ao inserir a arbitragem dentro do Estado de Direito, assim como considerando-a como meio jurisdicional de resolução de conflitos, o que se faz é alocar o instituto sob o manto da Constituição. Assim, como o texto da Lei Maior define quais são os órgãos responsáveis pela unificação da interpretação do direito no país, todos aqueles entes que se submetem ao Direito brasileiro – incluindo-se aí os tribunais arbitrais que julgam conflitos com base na lei brasileira – devem atentar para as disposições constitucionais, inclusive para as posições e interpretações do ordenamento jurídico firmadas por aqueles tribunais que, pela Constituição, possuem essa atribuição.

Quinto, e último, o fato de as hipóteses de revisão da sentença arbitral serem escassas, bem como por entender-se, ressalvadas as controvérsias a respeito, que a revisão do mérito da sentença arbitral seria impossível, não são como motivos hábeis a excluir a devida atenção dos árbitros aos precedentes judiciais. A crítica em questão revela-se tanto teórica, como pragmaticamente débil. Em teoria ela não se sustenta, pois as leis não são consideradas normativas apenas por possuírem uma sanção cominada para o caso de seu descumprimento. Caso assim se pense, o mesmo argumento poderia ser usado para o caso de o árbitro descumprir a norma legislada, o que nos remeteria ao argumento que a arbitragem de direito é uma utopia. Em termos pragmáticos tampouco há razão, pois o que se visualiza, inclusive na seara estatal, é a existência de julgamentos realizados por órgãos que também não são passíveis de

recorribilidade, basta pensar nas competências originárias das Cortes Supremas, o que nem por isso lhes retire o dever de observar os seus próprios precedentes.

E foi em atenção a todos os argumentos expostos, analisados tanto de forma individual, como também conglobadamente, que se conclui pela vinculação dos árbitros aos precedentes judiais. Todavia, remanesceu uma última pergunta, que foi objeto do último tópico do capítulo: quais precedentes judiciais vinculam os árbitros? A resposta, clara e direta, porém sem descurar das premissas teóricas analisadas, é que apenas as decisões definitivas e impassíveis de recurso proferidas pelas Cortes Supremas brasileiras (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), e desde que no exercício das competências constitucionalmente previstas, ou seja, nas suas atribuições de intérpretes últimos das normas infraconstitucionais e constitucionais, é que vincularíam os árbitros.

4. O CONTROLE JUDICIAL DA ARBITRAGEM

"Por outro lado, entendo que essa questão não é relativa à obrigatoriedade da observância da própria lei formal pelos tribunais arbitrais. Se a jurisprudência e os precedentes integram formalmente o ordenamento jurídico, o seu desrespeito viola o ordenamento jurídico. Se não integram, o seu desrespeito viola a fonte formal que aplicam ou interpretam e a que estão vinculados.". GRECO, Leonardo. Controle Jurisdicional da Arbitragem. In *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015* – v. 1. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Leonardo Greco, Humberto Dalla. (Org.). 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 12.

"Once recognized as *binding sources of law*, precedents must be followed or distinguished not only by judges and courts, but also by arbitrators.

This claim overrides any theory or representation of arbitration. Theories that connect the arbitrators' power and legitimacy to the state would demand that arbitrators behave exactly as state judges, consequently being bound by precedents precisely for that reason. Theories that deny any relationship whatsoever between arbitrators and the state claim that the arbitrators' power and legitimacy rest solely on the will of the parties to the arbitration. Therefore, if the parties choose arbitration *in law* (rather than in equity), the arbitrator is bound by the law in its entirely (statute and precedent, whenever they are *binding sources of law*) and cannot, without arbitrariness and illegality, replace the law with his own sense of justice or fairness.". AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration* – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent? A Comparative Study on UK, US and Brazilian Law and Practice. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2017, pp. 158-159.

4.1 Anulação da decisão arbitral por violação ao precedente judicial

Toda a estrutura teórica deste estudo foi devidamente apresentada e contextualizada nos capítulos anteriores. As análises realizadas a partir das bases fundantes do Estado de Direito, e aqui, tanto aquele que originou o sistema anglo-saxão, como o sistema romano-germânico de resolução de conflitos, demonstrou a necessidade de observância da isonomia e da segurança jurídica para fins de respeito ao que hoje é denominado de Estado Democrático de Direito – ou mesmo Estado Constitucional Democrático de Direito.

Essa identidade de propósitos revela-se, inclusive, na observância de precedentes para dirimir controvérsias, instituto muitas vezes suscitado como o grande diferencial, ou o muro divisório, entre as mais tradicionais famílias jurídicas. A despeito desse suposto abismo, que foi "criado" a partir do ensino do Direito pelas Universidades e também pela Era das Codificações, ambos movimentos europeus, jamais houve uma total separação entre as tradições, ou seja, jamais existiu um sistema puro de *common law*, ou seja, aquele embasado exclusivamente no direito criado por decisões pretéritas (*case law*), ou um sistema exclusivo de *civil law*, arquitetado unicamente sobre leis prévias gerais e abstratas.

O que ficou demonstrado é que desde sempre existiu uma espécie de tangenciamento entre as principais famílias do Direito, aproximação esta exasperada com a promulgação das Constituições pós-bélicas. A força normativa dos textos constitucionais, alicerçadas em princípios jurídicos impondo deveres, direitos e obrigações, ressaltou o entrelaçamento de objetivos e finalidades entre as famílias de *civil law* e de *common law*, pois alocou o Judiciário no cenário de último definidor do sentido do texto. Os precedentes têm, portanto, uma função político-jurídica que é a de garantir isonomia e segurança jurídica no momento de aplicação e concretização da lei – um passo a mais após as ideias de isonomia formal e material.

Esse modelo híbrido de sistema de justiça, como alguns doutrinadores já enquadrando o Brasil dentro dessa categoria – isso em razão da história brasileira de observar precedentes, mesmo que ideologicamente posicionado entre os países que editavam leis prévias, gerais e abstratas para observância de todos –, passou a ser debatido dentro do instituto da arbitragem, meio jurisdicional de resolução de conflitos, a despeito de sua origem derivar de um acordo de vontade entre as partes.

Dentro das várias modalidades possíveis de resolver um conflito via terceiro imparcial privado, o que restou assentado é que se uma arbitragem for de direito, tendo sido escolhida

pelas partes a lei brasileira para solucionar a controvérsia, então o ordenamento jurídico nacional como um todo precisaria ser observado, aí incluído os precedentes judiciais entendidos como vinculantes.

Esta é basicamente a tese desenvolvida neste trabalho, com a proposital omissão de detalhes importantes que existem no entremeio dos institutos dissecados, mas que não afetam a *cognitio* que agora se propõe: qual é a consequência para a eventual hipótese de não ser observada a tese firmada em um precedente judicial vinculativo para os árbitros?

As discussões mais basilares sobre as hipóteses de anulação da sentença arbitral não se mostrarão necessárias. O ponto de partida aqui defendido é que, apesar da existência de um rol legal com previsões expressas das hipóteses de nulificação da sentença arbitral nacional, não se pode negar que, para uma completa inteligibilidade do sistema arbitral de resolução de conflitos, uma leitura sistemática da Lei 9.307/96 revela que a violação da ordem pública é uma hipótese de impugnação da decisão arbitral nacional, e não apenas um meio de impedimento da homologação da sentença arbitral estrangeira. Portanto, não é o fato de inexistir a sua previsão no rol do art. 32 da Lei de Arbitragem que seria excluída da revisão judicial as decisões que ultrapassassem aqueles rede de normas mais fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, até porque, se uma decisão estrangeira não pode vulnerar esse núcleo duro normativo do sistema pátrio, com muito mais razão não pode fazê-lo a sentença arbitral brasileira.[524].

Essa constatação acaba trazendo a reboque um outro ponto visivelmente incomodativo aos estudiosos do tema: a incursão do Poder Judiciário no mérito das decisões arbitrais.[525] Isto

---

[524] Neste sentido, e por todos na doutrina nacional, OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. Anulação da sentença arbitral nacional por violação da ordem pública. In *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015* - v. 1. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; DALLA, Humberto (Org.). 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 167-186. Já na doutrina estrangeira, CARAMELO, António Sampaio. Anulação de Sentença arbitral contrária à ordem pública. In *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 32, jan.-mar. 2012, versão eletrônica, bem como GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 860-861.

[525] A respeito da possibilidade desse controle, inclusive fazendo uma incursão por diversos ordenamentos, demonstrando a possibilidade do controle do mérito da sentença arbitral, VERÇOSA, Fabiane. *A Aplicação errônea do Direito pelo Árbitro* – uma análise à luz do Direito Brasileiro e Estrangeiro. Curitiba: CRV, 2015. Eis o que destaca a autora em p. 190: "Parece-nos, contudo, que é próprio da evolução da arbitragem reconhecer novas situações, reputadas como absolutamente excepcionais, em que o caráter final da arbitragem e a segurança jurídica daí decorrente seja realocada a segundo plano, a fim de não se permitir que prevaleçam decisões arbitrais que fulminem o que existe de mais caro no Direito de uma nação. Ainda mais quanto [sic] se tem em vista que, ao menos no Brasil, o número de casos submetidos ao juízo arbitral vem (felizmente) crescendo de modo notável – o que por via de consequência também faz recrudescer, lamentavelmente, o número de sentenças arbitrais em que se verificam problemas – dos quais a aplicação errônea do Direito Brasileiro ao mérito da arbitragem é apenas um exemplo.". Em sentido contrário, buscando restringir essa forma de controle, ou seja, buscando limitar ao máximo possível a anulação da sentença arbitral por violação da ordem pública, ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito* – o julgamento do mérito na arbitragem. São Paulo: Almedina, 2018. Eis o que aponta o autor em p. 332: "Mas,

porque, a partir do momento em que se permite que a ofensa da ordem pública pela sentença arbitral possa ser desafiada nos tribunais estatais, entende-se que seria aberta uma brecha no sistema que viria a enfraquecer a arbitragem como instituto, especialmente por se permitir que os juízes estatais pudessem controlar, por assim dizer, o resultado de uma controvérsia que, por escolha expressa das partes, não lhes cabia.[526]

Notório, portanto, a existência de uma tensão entre a arbitragem e o Judiciário quando o assunto é a possível interpretação extensiva das previsões do art. 32 da Lei 9.307/96, especialmente quando se fala abertamente da anulação da decisão arbitral por violação da ordem pública.

Aliás, interessante quanto ao ponto é a assertiva de Jan Paulsson, para quem "*the great paradox of arbitration is that it seeks the cooperation of the very public authorities from which it wants to free itself*",[527] a revelar que a arbitragem confia que o Judiciário vai fortalecê-la como instituto de resolução de conflitos, mas não quer que sobre ela seja exercida qualquer tipo de controle pelos órgãos judiciários. Esse paradoxo, no Brasil, é ratificado cada vez que o Superior Tribunal de Justiça profere decisões que revisam ou anulam decisões arbitrais que, a depender da interpretação, confrontaria, em tese, a autonomia da arbitragem como instituto e a liberdade decisória dos árbitros.[528]

O entendimento da autonomia e da liberdade decisória dos julgadores como um dogma ou como uma garantia absoluta já foi e ainda é muito debatido no próprio ambiente judicial,

---

como dito acima, é difícil imaginar, na prática, uma causa de anulação da sentença arbitral doméstica por violação da ordem pública internacional (ou mesmo transnacional) que já não estivesse prevista no rol do artigo 32 da lei 9.307/96.".

[526] Pende dúvidas a respeito de quem seria o ente competente para "rejulgar" a decisão invalidada, se o mesmo tribunal ou se seria necessário a constituição de um novo painel arbitral. BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 176, parece defender a primeira posição. Já NASSER, Paulo Magalhães. *Vinculações arbitrais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 163-164, claramente defende o segundo entendimento.

[527] PAULSSON, Jan. Arbitration in Three Dimensions. In *LSE - Law, Society and Economy Working Papers*, 2010. Disponível em http://ssrn.com/abstract=1536093. Acesso em 25 out. 2021. Tradução livre: "O grande paradoxo da arbitragem é que ela busca a cooperação com as autoridades públicas das quais ela própria pretende se ver liberta (de qualquer influência ou controle)".

[528] É o caso, por exemplo, do REsp 1602076/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 30/09/2016, no qual restou decidido que o contrato de franquia seria um contrato de adesão, devendo, assim, observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. Em razão dessa premissa entendeu-se que "o Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral 'patológico', i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral". Outro exemplo de decisão muito criticada é o caso da SEC 9.412/EX, Rel. Ministro Felix Fischer, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 19/04/2017, DJe 30/05/2017, quando se entendeu por não homologar uma sentença arbitral estrangeira por supostas relações entre o escritório de um dos árbitros do tribunal arbitral e uma das filiais da empresa que era parte na arbitragem, isso quando duas instâncias judiciais norte-americanas já teriam negado os mesmos argumentos em ação movida nos Estados Unidos.

entre os juízes togados. O dilema, inclusive, estava (e ainda está) atrelado à mesma ideia de vinculação dos precedentes judiciais, pois, como vistos alhures, parcela significativa da doutrina não vê possível uma ordem de vinculação a partir de uma legislação infraconstitucional.

O fato é que nenhum deles, nem árbitros e nem juízes togados, é dotado da autonomia e da liberdade que imaginam ter. O exercício da função jurisdicional requer, acima de tudo, responsabilidade e comprometimento com a ordem jurídica. Os efeitos sistêmicos de decisões jurisdicionais cujo teor se diferenciam a depender de quem as prolatam são nefastos e geram consequências, inclusive, para campos extrajurídicos.

Todavia, mesmo existente uma identidade de funções e responsabilidades entre árbitros e juízes, há uma diferença abissal na forma de resolver as eventuais divergências de entendimentos entre a decisão final e o precedente. Enquanto o juiz togado tem contra si uma série de institutos com vias a combater a sua decisão (entre recursos e sucedâneos recursais), o árbitro exerce sua função num sistema mais hermético, que tem nos artigos 32 e 33 da Lei 9.307/96, as formas e as principais hipóteses de nulidade da sentença arbitral, encontrando, ainda, na ordem pública mais um elemento de proteção da integridade e coerência do sistema normativo, além de uma amparo extra calcado na impossibilidade de dar guarida para decisões teratológicas – na linha do *manifest disregard of the law* norte-americano.

Por certo que deve ser dentro desse sistema mais limitativo que a violação ao precedente judicial pelo árbitro precisa ser estudada. O precedente é fonte de direito como a norma legislada, diferenciando-se apenas na sua formação. Portanto, a identificação da natureza da norma que enceta o chamado precedente judicial é de crucial importância para a delimitação e adequação da hipótese normativa em que eventual ação anulatória se justificaria.

Em suma, o instituto deve ser tratado com a mesma ontologia da lei editada pelo Parlamento, ou seja, antes de qualquer afirmativa sobre o cabimento da ação anulatória, é preciso verificar se o precedente tem conteúdo de direito material ou processual.

"A questão não é simples",[529] e justamente por isso é que não se mostra possível falar em "falso problema" na necessidade de vinculação dos precedentes na arbitragem.[530] Ora, se os próprios arbitralistas vêm defendendo essa autonomia dos juízes privados para decidirem sem observar o precedente vinculante – tudo conforme se expôs no capítulo anterior, notadamente nas razões dadas para desvincular os precedentes judiciais da arbitragem –, então fica evidente que há uma cisão dogmática na compreensão do instituto, que vai além do dissenso sobre a vinculatividade, abarcando a própria consequência da observância ou não do precedente vinculante.

Como examinado e concluído nos capítulos anteriores no sentido de que os árbitros estão vinculados pelos precedentes judiciais, a tarefa agora é solucionar o outro problema, qual seja, a consequência para eventual descumprimento do referido dever, inclusive delimitando as hipóteses em que possível ou não desafiar a sentença arbitral.

4.2 Precedente como veículo de norma de direito processual e norma de direito material

Uma primeira e importante questão a ser delimitada quando se fala em controle judicial da arbitragem é a matéria que poderia ensejar a interposição da ação anulatória. Pela legislação de regência, é bastante restrito o cabimento da impugnação da sentença exarada em sede de procedimento arbitral. Chega-se a afirmar, com razão, que a previsão das hipóteses do art. 32 da Lei 9.307/96 são ainda mais reservadas que as hipóteses de ajuizamento de ação rescisória,

---

[529] Como bem salientou CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; SCHENK, Leonardo Faria. Temas Controvertidos na Arbitragem. In *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015* – v. 1. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Leonardo Greco, Humberto Dalla. (Org.). 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, XI, especialmente ao questionar sobre a possibilidade de julgamento desde logo pelo Judiciário da matéria de fundo quando violado um precedente veiculado em repetitivo ou súmula vinculante: "A questão não é simples. Como visto, as novidades trazidas, no ponto, pelo Código de Processo Civil de 2015 têm fomentado os debates relacionados à compatibilidade ou não de alguns dos seus novos institutos com a arbitragem, a exemplo da vinculação dos árbitros, nas arbitragens de direito, aos precedentes firmados pelo Judiciário".

[530] TUCCI, José Rogério Cruz e. *Os árbitros não são estouvados! (sobre as jornadas de Direito Processual Civil).* Disponível em. https://www.conjur.com.br/2018-ago-28/paradoxo-corte-arbitros-nao-sao-estouvados-jornadas-direito-processual-civil. Acesso em 31 out. 2021. Notadamente ao expressar: "Se tal questão merece atenção na esfera acadêmica, verifica-se, com efeito, que na experiência cotidiana, como corretamente ponderou Talamini, estamos diante de um falso problema!". No mesmo sentido, TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Precedentes: cinco premissas, cinco soluções e um epílogo (e um vídeo). Disponível em https://justen.com.br/pdfs/IE138/IE138-Eduardo-Arbitragem%20e%20Precedentes.pdf. Acesso em 05 nov. 2021, que no epílogo destaca: "A questão da (in)existência de dever do árbitro de observar os precedentes judiciais, em certa medida, é um 'falso problema'. Afinal, os árbitros têm estado atentos à experiência concreta do ordenamento positivo que lhes cabe aplicar (...)".

além de o seu prazo ser muito mais reduzido, o que tornaria a decisão proferida em sede de arbitragem mais forte que a decisão judicial.[531]

Atento ao ponto acima, mas direcionando o discurso para o foco deste trabalho, é preciso afirmar que o tratamento do precedente judicial na arbitragem deve se dar da mesma forma como ocorre com a norma legislada. A partir do momento em que o direito brasileiro é escolhido pelas partes para dirimir a sua controvérsia submetida a uma convenção de arbitragem, os árbitros têm "o dever inafastável de julgar em consonância com o arcabouço de normas, regras e outras formas de expressão do direito que integram o Direito Positivo brasileiro.".[532]

Neste sentido, não há qualquer especialidade ou qualquer força extra em dizer que a violação de um precedente seria mais grave que a violação de um dispositivo normativo produzido legislativamente. A diferença ontológica entre eles (precedente e norma legislada) é encontrada apenas na sua exteriorização para o mundo da via, uma vez que o precedente parte de uma norma legislada, representando a concretude do abstrato (texto legal geral e abstrato) ou mesmo de um outro precedente (delimitando diferentemente a aplicação de norma geral e concreta), ao passo que a lei editada conforme processo legislativo, é elaborada a partir de uma grande abstração, o que não significa dizer ou defender uma liberdade ilimitada do legislador.[533]

E da mesma forma que o dispositivo normativo legislado pode conter em seu texto mais de uma norma, as razões de decidir que encerram o precedente judicial também podem dar ensejo para mais de uma norma geral e concreta. É dizer, do caso concreto, do qual ainda se extrai a norma de decisão contida no dispositivo do pronunciamento, também é possível extrair normas gerais da interpretação dos textos contidos nos fundamentos decisórios.

Assim sendo, e também como sói ocorrer com a lei editada pelo Parlamento, o precedente pode conter diferentes tipos de norma em seu texto. A natureza do precedente como fonte também revela que o conteúdo da norma geral e concreta gerada pelos fundamentos de uma decisão pode ser de procedimento ou de mérito. Essa questão em específico, se o

---

[531] É o que afirma FONSECA, Rodrigo Garcia da. Reflexões sobre a sentença arbitral. In *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 6, jul.-set. 2005, versão eletrônica, a saber: "é possível afirmar, no estágio atual da legislação, que embora equiparadas, a sentença arbitral é, até certo ponto, ainda mais forte do que a sentença judicial. Como se viu, as hipóteses de nulidade da sentença arbitral são mais restritas do que aquelas previstas para a ação rescisória, e o prazo para a propositura da ação de invalidação é muito mais curto."

[532] TUCCI. *O árbitro e a observância do precedente judicial*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>. Acesso em 05 nov. 2021.

[533] O poder legislativo não é totalmente livre no seu ato de criação de leis. A própria Constituição é um limite à liberdade de atuação do legislador. Sobre o assunto ver VIDAL, Isabel Lifante. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. In *DOXA* - Cuadernos de Filosofia del Derecho, n. 25, 2002, pp. 413-439. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/dos-conceptos-de-discrecionalidad-jurdica-0/>. Acesso em 31 out. 2021.

precedente veicula norma de direito processual ou norma de direito material, é dos pontos cruciais para a inteligibilidade da função que o precedente desempenha nas arbitragens, notadamente em razão do possível controle judicial das decisões exaradas pelos árbitros.

Com essas premissas em mente, volta-se os olhos para as restritas hipóteses de anulação da sentença arbitral previstas na Lei 9.307/96, pois a sua compreensão e a sua interpretação continuam sendo essenciais para a avaliação do cabimento a ação anulatória. Isto porque, apenas com a leitura conjugada da função e da natureza do precedente judicial formado, com as previsões de cabimento da impugnação das decisões proferidas em sede de arbitragem (*ex vi* art. 32, da Lei 9.307/96), que é possível chegar a uma conclusão sobre o controle judicial da sentença arbitral que ignora um precedente vinculante.

4.2.1. As hipóteses do artigo 32 da Lei 9.307/96 tratam, basicamente, de normas de procedimento

A delimitação realizada anteriormente, com o apontamento preciso da diferença entre normas de processo e normas de direito material tem uma razão basilar: a observação das hipóteses de anulação da sentença arbitral revela que todas as previsões do art. 32 da Lei 9.307/96 referem-se a questões procedimentais, com exceção para a regra que estabelece a possibilidade de desafio da decisão por cometimento de ilícito penal (prevaricação, concussão ou corrupção passiva, art. 32, inciso VI).

A conclusão, quase automática, portanto, é que o mérito da decisão arbitral, por veicular, em sua grande maioria das vezes, normas de direito material, não estariam sujeitos ao controle judicial. Como corolário lógico, tanto as normas legisladas, como os precedentes judiciais que veiculassem normas cuja natureza fossem de direito material, ainda que desrespeitados pela decisão arbitral, não seriam impugnáveis via Judiciário. Trata-se, inclusive, e como já afirmado, de uma espécie de mantra muito repetido em nível de doutrina arbitralista: o mérito da arbitragem seria intangível, não tendo o Judiciário autorização para imiscuir na matéria de

fundo decidida pelo Tribunal Arbitral, único competente a enfrentar o direito material controvérsia.[534-535]

Trata-se de fato de uma regra geral e muito comumente e corretamente aplicada; mas não se trata de uma norma absoluta. O tema será mais bem analisado nos tópicos abaixo, ficando o registro, entretanto, que, *prima facie*, normas de direito material, e aqui incluídas tanto aquelas editadas pelo Parlamento, quando as concretizadas pelo Poder Judiciário, não poderiam ser alvo de anulação por meio de ação judicial por falta de amparo no art. 32 da Lei 9.307/96.[536]

Já quanto as normas de processo, a questão ganha contornos que precisam de melhor detalhamento. A partir do momento em que se percebe, como afirmado, que as hipóteses do art. 32 da Lei de Arbitragem tangenciam situações jurídicas eminentemente procedimentais, as decisões judiciais vinculantes cujo conteúdo seja processual, e desde que tenham assento nas previsões da Lei 9.307/96, devem ser observadas pelos árbitros, até porque nas "questões

---

[534] Nesse sentido, e por todos, citando inclusive vários doutrinadores, MARIANI, Romulo Greff. *Precedentes na arbitragem. Op. cit.*, p. 101-103, que assenta em p. 102: "As hipóteses de anulação foram bem calculadas pelo legislador brasileiro na medida em que preservam a autonomia do processo arbitral ao mesmo tempo que de forma muito restrita permitem às partes se socorrer do Judiciário para que não sejam constrangidas de forma indevida pela jurisdição arbitral, (...)".

[535] O "mantra" vem sendo corroborado ao longo dos anos pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive com referência à diferença entre as questões processuais e materiais como hipóteses de anulação da sentença arbitral, a saber, exemplificativamente: "(...) 2. O controle judicial sobre a validade das sentenças arbitrais está relacionado a aspectos estritamente formais, não sendo lícito ao magistrado togado examinar o mérito do que foi decidido pelo árbitro (...). (AgInt no AREsp 1566306/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 30/03/2020, DJe 01/04/2020); "(...) A despeito da principal característica da arbitragem, consubstanciada na adesão voluntária das partes a essa via de composição de litígios, com prevalência, sempre que possível, da autonomia da vontade, não raros são os casos em que a validade da sentença arbitral é questionada no âmbito do Poder Judiciário, estando a discussão, contudo, restrita às hipóteses legalmente previstas no art. 32 da Lei no 9.307/1996 (...). Assim, na ação de invalidação de sentença arbitral, o controle judicial, exercido somente após a sua prolação, está circunscrito a aspectos de ordem formal, a exemplo dos vícios previamente elencados pelo legislador (art. 32 da Lei no 9.307/1996), em especial aqueles que dizem respeito às garantias constitucionais aplicáveis a todos os processos, que não podem ser afastados pela vontade das partes. (...)" (REsp 1636102/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/06/2017, DJe 01/08/2017); "(...) Não é possível a análise do mérito da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, sendo, contudo, viável a apreciação de eventual nulidade no procedimento arbitral. (...)" (REsp 693.219/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/04/2005, DJ 06/06/2005, p. 327).

[536] Coadunando-se com o exposto, e por todos, WLADECK, Felipe Scripes. *Impugnação da sentença arbitral.* Salvador: Juspodivm, 2014, p. 130-142, assim concluindo em p. 141: "A questão da possibilidade de se controlar judicialmente sentenças arbitrais quanto ao seu mérito, para retirá-las do mundo jurídico, é, como se vê, bastante delicada. E não há como exauri-la no plano da teoria, estabelecendo um rol objetivo ou uma escala abstrata de hierarquia de valores fundamentais, nem regras taxativas aplicáveis a toda e qualquer situação possível e imaginável. Na realidade, trata-se de questão a ser definida caso a caso, considerando-se as particularidades e valores envolvidos e mediante a aplicação dos parâmetros de controle acima mencionados.". Todavia, mesmo após afirmar por referida possibilidade, em p. 145, o mesmo autor parece se contradizer ao afirmar, sem qualquer tipo de ressalva, que as súmulas vinculantes que veiculam normas de direito material não precisariam ser observadas pelos árbitros, a saber: "Por outro lado, súmulas vinculantes que digam respeito ao mérito do processo arbitral são absolutamente irrelevantes para o controle judicial da sentença.". Como se expôs aqui, o tratamento da norma editada pelo Parlamento não pode diferir do tratamento da chamada norma jurisprudencial, ou melhor, do precedente judicial.

processuais relacionadas com os limites do cabimento da arbitragem e a incidência das garantias do devido processo legal, vigora um sistema de controle da atuação do árbitro.”.[537]

A conclusão para referido ponto é bastante intuitiva, afinal caso os árbitros deixem, de forma deliberada, de aplicar o precedente (que veicula norma de direito processual), e caso a ação anulatória seja proposta com fundamento nesse precedente vinculante ignorado no procedimento arbitral, o juiz estatal terá, por determinação das bases fundantes do ordenamento jurídico (isonomia e segurança jurídica), que aplicar o entendimento em referência e nulificar a decisão arbitral.[538]

Adensando na análise do tema, entende-se que atenção especial merece ser dada à previsão dos permissivos para a anulação da sentença arbitral que tratam do chamado devido processo legal, vide art. 32, VIII, da Lei 9.307/96, que faz menção expressa aos princípios elencados no art. 21, §2º, da referida normativa.

Como defendido anteriormente, referidos princípios compõem a base de uma estrutura garantista dos procedimentos arbitrais, não se mostrando necessário outras previsões para a proteção do devido processo na jurisdição privada. Pode-se, inclusive, afirmar que se trata de um núcleo duro do devido processo legal em um espectro maior, dentro de uma Teoria Geral do Processo, da qual a arbitragem se inclui.

Ocorre que referidas normas, ainda que expressamente elencadas pela Lei de Arbitragem, e para além de constituírem o chamado devido processo legal arbitral, são destituídas de definição em abstrato. Trata-se de conceitos vagos ou indeterminados, cujo teor, em muitas oportunidades, ou é construído pelos Tribunais ou é erigido pela complexidade e contingência da vida. A facticidade e o aspecto temporal são elementos que podem definir o alcance da norma, corroborando o que sempre se afirmou que o entendimento dos Tribunais

---

[537] “(...) (desde que observados, obviamente, os demais pressupostos para tanto: (...)”), cfr. TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira*: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direito. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 169. Entretanto, conforme assenta o autor, os árbitros não se vinculam ao precedente judicial, apesar de que, “(...) de modo indireto, súmulas que versem especificamente sobre matérias que estejam no rol dos fundamentos para impugnação judiciária do processo e da sentença arbitrais são relevantes para o árbitro.”.

[538] *Idem*. O autor, porém, ao chegar à sua conclusão, fala exclusivamente da súmula vinculante. Entretanto, no entender deste trabalho, trata-se de pensamento que deve abarcar todos os precedentes vinculantes aplicáveis na arbitragem que versem sobre questão processual. No mesmo sentido, e também mencionando apenas a súmula vinculante, WLADECK, Felipe Scripes. *Impugnação da sentença arbitral*. *Op. cit.*, p. 145: “Todavia, súmulas vinculantes referentes a aspectos que (segundo o art. 32 da Lei nº 9.307) ensejam a impugnação judicial da sentença arbitral são relevantes para os árbitros. Pois se os árbitros não as observarem, o Judiciário as acabará aplicando ao julgar medidas impugnativas formuladas contra as sentenças arbitrais.”.

Superiores constrói ou ressignifica o sentido do texto, alargando ou mesmo restringindo o seu conteúdo.

Com os olhos voltados para esse desenho institucional de (re)construção de significado do texto legal pelas Cortes (e ciente de que a arbitragem integra a Teoria Geral do Processo, reitera-se), a consequência lógica é que a definição de sentido, por parte de um Tribunal Superior, de uma norma processual cujo teor esteja relacionado com um dos princípios elencados pelo art. 21, §2º, da Lei 9.307, permite o ajuizamento da ação anulatória de sentença arbitral com fulcro no art. 32, VIII, da mesma lei, pois é dever dos árbitros observar e atentar para referidos entendimentos.

Não se pode admitir que usuários da jurisdição privada e da jurisdição estatal estejam sob o manto de um mesmo princípio fundamental do processo, mas que sejam submetidos a significado ou alcances diferentes. O devido processo legal, em seu núcleo duro, deve ter o mesmo sentido para todos aqueles que se sujeitam às decisões jurisdicionais.

Portanto, e ratificando o exposto, eventuais definições pelos Tribunal de Vértice sobre o alcance ou o sentido do contraditório, da imparcialidade, da igualdade e da motivação das decisões judiciais, devem, obrigatoriamente (com o perdão para o pleonasmo), atentar para a decisão judicial proferida em sede de precedente vinculante que os delimitem concretamente.

Notoriamente que o precedente vinculante a que se faz menção é aquele mesmo defendido neste trabalho, e não aquele da vertente legalista do Código de Processo Civil. É preciso, assim, que os Tribunais de maior hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente por meio do órgão que detenha a competência última para enfrentamento da questão, tenham decidido sobre a questão principiológica, e isso com vias a cumprir o mandamento constitucional de uniformização ou unificação do direito vigente.

Se assim se fez, se o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal decidiram, em nível de unificação de entendimentos, alguma questão afeta ao devido processo legal, notadamente aqueles princípios e garantias processuais que são expressamente destacados pela Lei de Arbitragem, então cabe aos árbitros a estrita obediência do que foi assentando pelas Cortes Supremas, do contrário, e retomando afirmativa alhures, na hipótese de acionado o Judiciário por meio de ação anulatória questionando a aplicação de referidas normas, os juízes estatais, por obrigação constitucional, terão que afirmar o entendimento do precedente vinculante e anular a decisão arbitral.

4.3 O caso concreto, a não aplicação do precedente judicial vinculante que veicula norma de direito material e a ação anulatória da decisão arbitral fundada no art. 32 da Lei 9.307/96

Estabelecidas as premissas da possível anulação da sentença arbitral quando ignorado um precedente judicial vinculante, bem como assentado que as hipóteses do art. 32 da Lei 9.307/96 veiculam, basicamente, normas de procedimento – a revelar que a anulação de uma decisão arbitral que contrarie um precedente que encete norma de direito processual é claramente viável, haja vista a sua possível subsunção nos artigos de respectiva lei –, é preciso adentrar para um terreno mais arenoso.

No caso, é chegada a hora de analisar a possibilidade de nulificar uma decisão arbitral em decorrência de vícios meritórios, porém sem analisar a respectiva matéria de fundo. Trata-se, portanto, de verificar se o ordenamento jurídico permite ao Judiciário, à luz do disposto nos incisos do art. 32, da Lei de Arbitragem, nulificar pronunciamentos dos árbitros que ignoraram o direito material discutido.

E com os olhos voltados para essa realidade, entende-se que apenas duas hipóteses estabelecidas no referido dispositivo legal podem, de alguma maneira, escorar uma decisão judicial nulificando decisão arbitral por contrariar (no caso, ignorar) precedente normativo vinculante (que tenha em seu conteúdo uma norma de direito material). Trata-se da hipótese prevista no inciso IV, que autoriza a anulação da decisão caso ela seja proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, além daquela estabelecida no inciso VIII, que permite o desafio da sentença arbitral por violação dos princípios processuais elencados no art. 21, §2º da Lei de Arbitragem.

4.3.1. Ação anulatória por vulneração da convenção de arbitragem (art. 32, IV, da Lei 9.307/96)

No que tange à primeira hipótese acima apresentada, parcela da doutrina defende a posição que a "não apreciação do precedente obrigatório, no processo arbitral (...), significa o desrespeito à contratação das partes", culminando com a "sentença arbitral (...) proferida 'fora

dos limites da convenção de arbitragem'".[539] Referido entendimento é bastante sedutor, afinal plausível que as partes aguardem uma sentença escorada no Direito por elas eleito (ou melhor, no ordenamento jurídico) para dirimir o conflito, o que inclui, como visto, os precedentes vinculantes.

A dificuldade do ponto, entretanto, está justamente em saber se ao decidir contrário à tese jurídica de uma das partes equivaleria a esquivar-se da aplicação do ordenamento jurídico, isto tendo em vista que o Direito é um fato social eminentemente dialético e, quando litigioso, como no caso de arbitragens, com teses contrapostas. Assim, a parte pode até suscitar a aplicação de um precedente vinculante, mas o fato é, se existe um conflito pendente de análise pelo órgão jurisdicional, a parte *ex adversa* necessariamente defenderá ou que aquele entendimento exarado não se aplicaria no conflito sob julgamento ou que o caso em questão é diferente da *fattispecie* do precedente.

Portanto, não é porque o árbitro pode decidir um conflito conforme um fundamento jurídico suscitado por um dos polos da arbitragem, deixando, *v.g.*, de enfrentar o arrazoado legal pontuado pelo outro, que a sentença arbitral será alcunhada de equivocada por ferir a convenção de arbitragem. Apenas a título ilustrativo, o fato de o juiz definir uma contenda entendendo que uma relação está caracterizada como sendo de representação comercial, tipificada na Lei 4.886/65 (como defendera o requerente, *v.g.*), e não uma relação definida pelo Código Civil (como assentara o requerido, na continuação do exemplo), deixando, assim, de apreciar uma alegação das partes, ou simplesmente porque considerou erroneamente os argumentos de uma delas, que a sentença poderá ser subsumida na letra do art. 32, IV, da Lei 9.307/96.[540]

O raciocínio *supra*, propositadamente ilustrado com o direito legislado, deve ser o mesmo para os casos em que envolvam entre os argumentos a aplicação ou não de precedentes judiciais vinculantes. Não há razão para diferenciar a aplicação das normas legisladas e das

---

[539] BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 176. Esta também parece ser a posição de PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 387: "Se o arbitro ignorar solenemente o precedente judicial, nem sequer dialogando com ele, mesmo provocado por embargos arbitrais ou pedido de esclarecimento, será possível a propositura da referida demanda, seja por violação ao dever de fundamentação, seja por violação à própria convenção de arbitragem.". Igualmente pensa NASSER, Paulo Magalhães. *Vinculações arbitrais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 158.

[540] Como se demonstrará em sequência, o vício aqui estará mais para a violação do dever de fundamentação do que para a vulneração da convenção de arbitragem.

normas derivadas de decisões judiciais, afinal ambas têm a mesma natureza, atuando como fontes de direito.

A visão que se tem do referido fundamento para anulação de decisão arbitral, portanto, é que a sua incidência estaria mais direcionada para o objeto da arbitragem em si, dos limites do mérito do litígio posto, da arbitrabilidade da matéria em questão; e não para o conteúdo normativo ou para as razões de decidir que embasam a decisão proferida.

É claro que se uma arbitragem for decidida com fundamento em dispositivos ou entendimentos consagrados em ordenamento jurídico diverso daquele eleito pelas partes, então esta decisão vulnerará o art. 32, IV da Lei 9.307/96, mas esse seria um clássico exemplo de argumento *ad terrorem*. Uma vez mais, o âmbito do dispositivo normativo em debate está direcionado para aqueles casos em que o pronunciamento do árbitro é dado para além do que foi pedido (*ultra petita*) ou para fora do que pleiteado (*extra petita*),[541] sendo certo que estas hipóteses não têm maiores relações com a aplicação ou não de precedentes judiciais vinculantes – pelo menos não no sentido do trabalho aqui defendido.

Ainda dentro deste cenário analisado, e focado nesta dialeticidade inerente ao Direito, também não se pode dizer que a utilização de uma interpretação deturpada do ordenamento jurídico, que afaste um precedente vinculante, por exemplo, seria considerada uma decisão tomada por equidade. Claro que a integridade, como visto nos tópicos anteriores, é uma das condições de validade e de viabilidade do Direito, impondo que todos aqueles que exerçam jurisdição obedeçam e atentem-se para o ordenamento jurídico, o que inclui as normas legisladas e as normas derivadas da construção ou reconstrução de sentido dos textos legais. Ocorre, todavia, que o erro cometido pelo árbitro neste ponto, notadamente por não observar o precedente vinculante (seja por qualquer fundamento for, desde que haja uma justificativa), não pode ser considerada uma decisão por equidade.[542]

---

[541] Igualmente, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo ... Op. cit.* p. 323-324. Já as hipóteses em que o árbitro decide aquém do que foi pedido ou deixa de examinar parte ou algum pleito específico (*citra petita*), entende-se que esta hipótese estaria acobertada pelo atual art. 33, §4º, da Lei 9.307/96 ("§ 4º. A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem.", em redação dada pela Lei 13.129/15, que revogou a antiga previsão estabelecida no art. 32, V, da Lei 9.307/96).

[542] Lembrando-se, sempre, que há decisões equitativas toleradas pelo próprio ordenamento, inclusive expressamente incentivadas, nada impedindo que esses juízos de equidade, se for o caso, sejam utilizados pelos árbitros, sem que isso se cuide de uma violação às chamadas "arbitragens de direito", tudo como visto no item 3.4 *supra*. Um grande exemplo é a possibilidade de redução equitativa da multa, com base no art. 413 do Código Civil. ("A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio").

O fato de ter havido um erro na decisão não conduz, sintomaticamente, que se trate de uma afronta à convenção de arbitragem. Caso se entenda desta maneira, toda e qualquer interpretação divergente, pelo menos na visão de uma das partes, daria ensejo a uma ação anulatória tipificada pelo art. 32, IV, da Lei 9.307/96, e isso se aplicaria tanto para o desrespeito à lei, como ao precedente. [543]

Ademais, caso assim se considere, o que se verificara será um verdadeiro *looping* argumentativo altamente subjetivado, pois a parte que deseja a anulatória justificará que a sentença foi proferida sem observar o "Direito" (tratando-se, pois, de uma decisão por equidade), ao passo que o réu na demanda judicial impugnativa defenderá justamente o contrário, ou seja, a sentença respeitou o Direito. A discussão é circular e interminável.

É em decorrência desta consequência que, neste caso, concorda-se com o mantra rotineiramente repetido – e isso sob o místico argumento de proteção do instituto da arbitragem (*quod non*) – de que o mérito da sentença arbitral será intangível, ou seja, mesmo ocorrendo erro de análise e interpretação pelo árbitro, tratar-se-á de erro não impugnável via ação anulatória fulcrada no art. 32, IV da Lei de Arbitragem. Aliás, e em comparação, é exatamente o que se verifica com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional – as quais também passíveis de erros e irrecorríveis.

Entretanto, ainda que afirmado anteriormente que a presente hipótese de justificativa para anulação de sentença arbitral esteja mais direcionada para questões referentes aos limites do que está em debate na arbitragem (o seu objeto; arbitrabilidade), é possível argumentar, ainda que abstratamente, que alguns tipos de erro relacionados ao mérito da arbitragem possam ensejar a nulificação da decisão sob a razão de que violada estaria a convenção de arbitragem.

---

[543] Também cfr. TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Precedentes: cinco premissas, cinco soluções e um epílogo (e um vídeo). Disponível em https://justen.com.br/pdfs/IE138/IE138-Eduardo-Arbitragem%20e%20Precedentes.pdf. Acesso em 05 nov. 2021, ao assim pontuar: "O argumento de que a violação ao precedente judicial violaria a convenção arbitral que previu arbitragem de direito (e não por equidade) 'prova demais'; conduziria à conclusão de que toda sentença arbitral incorreta quanto à solução de mérito seria controlável e anulável pelo Judiciário. E não é assim. (...) Isso não é diferente do que acontece em qualquer outro caso de má aplicação do direito pelo árbitro na solução dada ao mérito da causa. Seria paradoxal conferir um instrumento de controle da inobservância do precedente quando não há mecanismo de controle de violação direta da lei.". O pensamento parece ser comungado por TEMER, Sofia. Precedentes Judiciais e Arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento da ação anulatória. In *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015* – v. 1. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Leonardo Greco, Humberto Dalla. (Org.). 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 293-296.

É exemplo, aqui, o caso do erro cometido pelo árbitro quando seu pronunciamento possa ser enquadrado como erro crasso[544] (*manifest disregard of the law*).

Inclusive, e já conectando com o explanado acima, uma hipótese de erro crasso e que se relaciona com a necessidade de observância de um precedente vinculante, enquadrando-se, portanto, na conduta descrita no art. 32, IV da Lei 9.307/96, é a possibilidade de anulação da sentença arbitral por vulneração de decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, mais precisamente para as decisões que excluem alguma norma ou alguma interpretação normativa do ordenamento.

Aqui, aplicar-se-ia, por analogia, a previsão do art. 525, §12 do Código de Processo Civil, até porque, como a sentença arbitral é considerada título executivo, ou seja, cumprida forçadamente via Judiciário, seria possível à parte, em impugnação ao cumprimento de sentença, defender a não exigibilidade do comando arbitral por desrespeito à decisão do Supremo.[545] Se já há essa previsão legal, nada impede que o fundamento possa ser veiculado em ação anulatória, ainda mais quando a sentença se mostrar declaratória ou constitutiva, hipóteses em que o cumprimento da sentença se mostra despiciendo.

Entende-se, aliás, que esta seria a única hipótese em que se permitiria falar, em sede geral e abstrata, de cabimento da ação anulatória com fundamento na vulneração da convenção de arbitragem por ter a sentença arbitral deixado de observar o precedente vinculante. Como soa lógico, pelo fato de a norma ter deixado de fazer parte do ordenamento jurídico, a decisão arbitral que se embasou em dispositivo ou interpretação declaradas inconstitucional pela Corte Suprema enseja a subsunção desta situação na cláusula legal que permite a ação anulatória por violação da convenção de arbitragem.[546]

---

[544] Essas duas hipóteses serão trabalhadas nos dois próximos tópicos.

[545] No mesmo sentido, MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na Arbitragem. Op. cit.*, p. 164-167.

[546] Comungando deste entendimento, FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A Arbitragem e os Precedentes Judiciais ... Op. cit.*, p. 115: "Pensa-se que neste aspecto a sentença contém o vício do artigo 32, IV da Lei de Arbitragem, porque ao se fundamentar em norma inconstitucional a decisão se vale de direito outro que não o eleito pelas partes na convenção de arbitragem, (...)".

4.3.2. Ação anulatória por vulneração do princípio da fundamentação das decisões (art. 32, VIII, da Lei 9.307/96)

A segunda hipótese que pode ser levantada na defesa do ajuizamento da ação anulatória quando não observado o precedente judicial vinculante (referente à norma de direito material) é aquela atinente ao dever de fundamentação, cujo teor é previsto no art. 32, VIII, da Lei 9.307/96 – que remete para a necessidade de observância dos princípios elencados no art. 21, §2º, da referida lei.

Pelo que se pode verificar desta hipótese, o entendimento seria o de que o julgador teria "o ônus de justificar que a súmula ou precedente invocado pela parte não tem incidência na hipótese concreta. Caso contrário, a sentença arbitral é passível de controle pelo Poder Judiciário, devendo ser considerada formalmente viciada, por ausência de fundamentação".[547]

A questão, todavia, está longe de ser simplória como poderia ser induzido o leitor ao defrontar-se com a passagem citada. Todavia, antes de adentrar na análise da possível ação anulatória por vício de fundamentação, três balizas precisam ser fixadas.

A primeira delas é que a estrutura da sentença arbitral é exatamente idêntica àquela da sentença judicial. E não apenas o art. 515, VII, do CPC atesta o exposto ao afirmar que a sentença arbitral é título executivo judicial. A leitura do artigo 26 da Lei de Arbitragem e do artigo 489 do Código de Processo Civil são salutares quanto ao ponto, afinal ambos afirmam que as respectivas decisões conterão relatório, fundamentos (em que o juiz analisará as questões de fato e de direito) e dispositivo.

Portanto, uma necessária e inarredável premissa é que não podem existir sentenças imotivadas nas jurisdições estatal e arbitral, e isso ainda que as partes assim escolham. Qualquer

[547] TUCCI, José Rogério Cruz e. *O árbitro e a observância do precedente judicial.* Disponível em https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial. Acesso em 05 nov. 2021.

eleição nesse sentido seria flagrantemente inválida,[548] além de flagrantemente inconstitucional, pois as partes sequer teriam poderes para transacionar nesse sentido.[549]

O segundo elemento que precisa ser pontuado é que, a despeito de o art. 21, §2º da Lei 9.307/96 falar em livre convencimento motivado, a sua leitura deve ser realizada como um sinônimo de princípio da motivação das decisões judiciais, com a melhor e mais completa inteligibilidade que referida garantia fundamental possui, ou seja, uma fundamentação completa e adequada. Essa questão precisa ficar bem sedimentada para que não se caia nas mesmas armadilhas existentes em processos judiciais que confundem livre convencimento motivado com autorização legal para uma motivação parcial, a qual levaria em consideração apenas alguns argumentos e elementos debatidos no processo – ou, como costuma-se dizer, apenas aqueles suficientes para a formação da cognição do juiz.

Ora, a persuasão racional não é "(...) salvo-conduto para ignorar alguns argumentos em detrimento de outros. Justificar por quais motivos acolheu como verídicos determinados pontos e por quais razões deixou de considerar outros é parte integrante do seu convencimento."[550] É

---

[548] A invalidade da sentença não motivada é amplamente defendida em sede de doutrina, cfr. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *Temas de Direito Processual* – oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117-124, bem como TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 56, out.-dez. 1989, versão eletrônica. Tanto assim que referida sentença (quando não motivada) pode ser anulada, vide previsão do art. 32, III, da Lei de Arbitragem. Discordando do exposto, e entendendo que a ausência de motivação configuraria verdadeiro ato jurídico inexistente, vício este ainda mais grave, CONTE, Francesco. *Sobre a motivação da sentença no processo civil ... Op. cit.*, p. 710-745. Eis o que o autor afirma em p. 721-722: "E não se pode ter simpatia por semelhante quadrante doutrinário porque, intrinsicamente, a motivação é elemento-âmago estrutural indispensável à existência jurídica dos pronunciamentos dos quais, legitimamente, se exercita a jurisdição. Juridicamente inexistente, por deficiência de forma, é a sentença completamente tolhida de motivação gráfica ou ideológica.". Nessa visão, caso se entendesse como ato inexistente, não se exigiria maiores formalidades para contrapor-se à decisão proferida pelos árbitros, o que tornaria o art. 32, III, da Lei 9.307/96, letra morta.

[549] Não se pode concordar, portanto, com a visão que sustenta que decisões arbitrais estrangeiras imotivadas sejam homologáveis no Brasil, isso pelo simples fato de a Constituição brasileira somente fazer menção, em seu art. 93, IX, aos "órgãos do Poder Judiciário", o que levaria à conclusão de que a fundamentação das decisões seria apenas uma exigência legal do ordenamento jurídico brasileiro para as sentenças arbitrais nacionais., bem como pelo fato de a ordem pública nacional mencionada no art. 39, II, da Lei de Arbitragem referir-se à ordem pública nacional para fins internacionais, que é mais restrita que a ordem pública doméstica, a admitir, portanto, sentença imotivada homologáveis no país. Este é o entendimento de ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e Direito ... Op. cit.*, p. 79-80 e 260-261. Até porque, e como visto acima, a fundamentação faz parte do núcleo duro do devido processo legal, devendo ser observada em toda e qualquer decisão jurisdicional, inclusive aquelas proferidas fora do país e que precisem de homologação para sua execução – ainda mais pelo fato de o art. 39, II, da Lei de Arbitragem fazer menção expressa à não homologação de decisões estrangerias que ofendam a ordem pública nacional, o que, além de tudo, e na maioria das vezes, somente pode ser observado das razões de decidir.

[550] OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Motivação e Discricionariedade ... Op. cit.*, p. 163. Em sentido semelhante, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo. Op. cit.*, p. 166: "Para a satisfação da exigência de inteireza da motivação, é indispensável que o julgador(a) examine todos os pontos fundamentais da causa, desenvolvendo corretos raciocínios dedutivos a partir da *fattispecie* legal e conduzindo-os logicamente às conclusões e (b) apoie suas decisões nos elementos instrutórios constantes dos autos e faça alusão a eles, em raciocínios críticos interligados logicamente e construídos sobre os elementos de convicção e comentados.".

dever de qualquer órgão jurisdicional enfrentar todos os argumentos que, em tese, possam influir no resultado da decisão – desde que ele seja autônomo e suficiente para alicerçar as alegações das partes. É com base nessa ideia de livre convencimento motivado, que é necessariamente espelhado com a melhor leitura da garantia fundamental de justificar as decisões, que se analisará a possibilidade ou não de ajuizar ações anulatórias que desrespeitam ou deixam de observar o precedente judicial vinculante. Tem-se, pois, a segunda premissa fundamental deste estudo.

Em terceiro, e último lugar, é preciso destacar que apenas aqueles elementos levados ao conhecimento do juiz ou que foram debatidos na causa, seja por meio das alegações das partes, seja por força do dever de auxílio dos julgadores (estimulando que as partes manifestem sobre determinada questão de direito, na forma como reflete, *v.g.*, o art. 10, do CPC, que é um dos aspectos inerentes ao contraditório participativo), é que podem ser alvo de enfrentamento pelos árbitros. Como corolário lógico, apenas estes fundamentos jurídicos debatidos na arbitragem é que podem servir de supedâneo para o ajuizamento de ações anulatórias.

Assim, entende-se que argumentos não suscitados no juízo arbitral, inclusive os precedentes judiciais vinculantes que não fizeram parte do debate no procedimento e que não foram mencionados na decisão, não podem ser usados como argumentos para nulificar a decisão do juízo privado por falta ou deficiência no dever de fundamentar (art. 32, VIII, da Lei 9.307/96)[551] – poder-se-ia admitir, por exemplo, a instauração de nova arbitragem, agora fundada em novo argumento jurídico, mas não a demanda impugnativa.

Pois bem, estabelecidas as três premissas acima, é preciso diferenciar duas hipóteses que podem ser suscitadas quando se fala em não observância do precedente vinculante e o dever de motivar as decisões judiciais.

A primeira delas refere-se ao erro de interpretação e aplicação em relação à tese estabelecida no precedente vinculante (construção ou ressignificação de sentido de uma norma), ou seja, ao invés de decidir conforme o precedente, o julgador decide, fundamentadamente, não o aplicar – seja por distinção, seja por incompatibilidade, seja por superação.[552] A segunda é

---

[551] Discorda-se, pois, de TUCCI, José Rogério Cruz e. *O árbitro e a observância do precedente judicial*. Disponível em https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial. Acesso em 05 nov. 2021, notadamente quando afirma: "Entendo que, por força do importante aforismo, *iura novit curia*, mesmo que a tese jurisprudencial, embora relevante, não seja invocada pela parte interessada, a sentença encontra-se eivada de nulidade, se o árbitro desprezá-la de forma injustificada.".

[552] Conforme aventado anteriormente, ainda que a superação do precedente somente possa ser exercida pelo próprio órgão prolator do precedente, entende-se que se o árbitro assentar pela superação do precedente, o que se configuraria, no caso, seria um erro de julgamento que, não permitiria, *ipso facto*, o ajuizamento da ação anulatória.

relacionada à efetiva omissão na decisão em relação ao precedente vinculante, ou seja, o árbitro, de alguma forma, ignora o precedente judicial suscitado como aplicável ao caso, não tecendo qualquer comentário a referido respeito em sua decisão.[553]

A análise e a conclusão para as hipóteses devem ser apresentadas em separado, pois cada qual merece um tipo de solução jurídica.

Com relação à primeira, e seguindo a linha já destacada no tópico anterior, se há fundamentos na decisão proferida enfrentando os argumentos da parte, ainda que estas justificativas sejam entendidas como equivocadas, o mero erro sobre a análise da norma do precedente não abre a via impugnativa judicial da decisão arbitral[554] – relembre-se que aqui a discussão é mais direcionada ao mérito da arbitragem, ou melhor, ao direito material em debate, uma vez que, se de direito processual tratar o precedente, há subsunção no tipo legislativo que, em tese, poderia permitir o cabimento da ação anulatória.

Também como destacado anteriormente, este tipo de erro (deficiência ou equívoco de fundamentação) pode ocorrer até mesmo nas instâncias judiciais impassíveis de recorribilidade. Eleita a arbitragem como método de solução de conflitos, a parte tem por aceitas as restrições do meio escolhido para solver a controvérsia, o que passa pela inteligibilidade do instituto e

---

Sobre a superação do precedente poder ser suscitada pelo árbitro, ver ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC?. Disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016. Acesso em 05 nov. 2021. "Por outro lado, assim como o juiz togado, pode o árbitro lançar mão das técnicas de superação de precedentes (*distinguishing* ou distinção / *overruling* ou superação) para afastar sua incidência, destacando a inadequação ao caso concreto ou a superação do julgado paradigma, mediante fundamentação específica e qualificada.". Frisa-se, todavia, que não se concorda com a posição dos autores de que os juízes togados também poderiam superar os precedentes por meio de suas decisões, mas apenas o próprio órgão formador do precedente.

[553] A diferenciação também é realizada por TUCCI, José Rogério Cruz e. *O árbitro e a observância do precedente judicial.* Disponível em https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial. Acesso em 05 nov. 2021. Discordando dessa diferenciação, ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC?. Disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016. Acesso em 05 nov. 2021: "Parece-nos artificial a distinção que Cruz e Tucci tentou traçar entre sentenças arbitrais que não observam o precedente judicial *tout court* (que não poderiam ser questionadas no Poder Judiciário) e aquelas que deixam de aplicar o precedente, não tomando o cuidado de explicar que o julgado paradigma não se aplica ao caso concreto (as quais incorreriam em nulidade passível de controle pelo juiz). Na prática, os interessados em impugnar em juízo a sentença arbitral não hesitarão em argumentar que o árbitro deixou de apresentar a fundamentação necessária para afastar um precedente alegado pela parte ou mesmo que sequer foi cogitado pelo árbitro.", da mesma forma, TEMER, Sofia. Precedentes Judiciais e Arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento da ação anulatória. In *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015* – v. 1. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Leonardo Greco, Humberto Dalla. (Org.). 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p 290-292.

[554] Assim também pensa PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 387, e TUCCI, José Rogério Cruz e. *O árbitro e a observância do precedente judicial.* Disponível em https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial. Acesso em 05 nov. 2021.

suas nuances, inclusive as suas reservas e exceções.[555] A revisão do mérito da sentença arbitral é uma dessas reservas, vide as limitativas hipóteses do art. 32, da Lei 9.307/96.

Ademais, novamente lança-se mão do paralelo entre o precedente e a norma legislada: se inexiste previsão desse tipo revisão judicial para o mérito das decisões que envolvam a aplicação equivocada de artigos de lei, igualmente não existirá para os erros envolvendo os precedentes judiciais.

Frise-se, porém, que para esses casos de erro de motivação entende-se subsistir a já destacada salvaguarda argumentativa da violação da ordem pública ou do manifesto erro de direito. Caso a interpretação equivocada seja referente a uma norma que veicule instituto jurídico entendido como integrante da chamada "ordem pública", ou mesmo caso a interpretação realizada seja aquela denominada de "teratológica", a via da ação anulatória para impugnar referidas decisões estaria aberta. Entretanto, e como se verá abaixo, essas hipóteses não são amplas, tampouco usuais, a verificar, inclusive, uma grande resistência em sua aplicação, notadamente em sede doutrinária.[556]

Em suma, e guardadas as raríssimas exceções referentes à ordem pública e ao erro crasso, conclui-se que o equívoco interpretativo a respeito da aplicação do precedente judicial na arbitragem não enseja o cabimento da ação anulatória por vício de fundamentação, até porque a decisão foi fundamentada, ainda que não espelhando a devida e correta razão deliberada no precedente.

Já em relação à segunda hipótese apontada anteriormente entende-se de forma diferente, ou seja, é possível sim a discussão e subsunção da ação anulatória por vulneração do art. 32, VIII, da Lei 9.307/96 quando a decisão arbitral simplesmente ignora o precedente vinculante suscitado – haveria, no caso, uma completa e total ausência de fundamentação sobre o precedente debatido.

---

[555] Com as devidas escusas para a liberdade poética, mas aplica-se à espécie a multiconhecida frase do clássico da literatura internacional, SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. *O Pequeno Príncipe*. Rio de Janeiro: Ideia Jurídica, 2015, p. 88: "Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas.".

[556] Cfr. TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Precedentes: cinco premissas, cinco soluções e um epílogo (e um vídeo). Disponível em https://justen.com.br/pdfs/IE138/IE138-Eduardo-Arbitragem%20e%20Precedentes.pdf. Acesso em 05 nov. 2021: "Nem mesmo o manifesto erro na solução dada ao mérito da causa é impugnável judicialmente. Os limites de controle judicial da arbitragem são dados pelo art. 32 da Lei de Arbitragem, em rol exaustivo.". Também recusando a aplicação *manifest disregard of the law*, ver MARIANI, Romulo Greff. *Precedentes na Arbitragem.* Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 103-112. Veja o que diz o autor em p. 103-104: "No presente item se pretende dar um passo adiante e perquirir se a 'violação' ao precedente ou jurisprudência estatal quanto ao mérito discutido poderia representar, em tese, uma violação manifesta ao Direito a tal ponto de admitir no Brasil uma excepcional hipótese de anulação da sentença arbitral. Pensa-se que não. E isso por duas razões: (i) a aplicação do Direito pelo árbitro, mesmo que manifestamente equivocada, não permite o cabimento da ação anulatória (não se pode considerá-la exceção à regra da soberania do árbitro na aplicação do Direito).".

A omissão dos julgadores em pronunciar-se sobre aspectos que, sob o ponto de vista do litígio, possam ensejar modificação da conclusão (desde que a razão existente no precedente seja autônoma e suficiente para dirimir a contenda), é causa mais do que suficiente para justificar o ajuizamento da demanda judicial impugnativa por vício de fundamentação.

Interessante anotar aqui, que não se trata de revisão do mérito da sentença arbitral, mas sim de um vício formal contido na decisão por ausência de enfrentamento de questões relevantes para o deslinde do conflito.

Ademais, veja-se ainda que a justificativa para a completude da motivação das decisões não está escorada nas previsões do art. 489, do CPC,[557] que nos incisos do seu §1º, assim como nos seus §2º e §3º, elencam uma espécie de *iter* a ser seguido pelo juiz estatal para que a sua decisão se considere motivada. A bem da verdade, e como já defendido em outra oportunidade,[558] as previsões legislativas em comento, novidades advindas com o Código de Processo Civil de 2015, são meras positivações de ideias desde há muito defendidas em sede doutrinária.[559]

Neste sentido, quando se fala em assegurar a aplicação do princípio da motivação das decisões dentro dos dois mais conhecidos meios heterocompositivos de resolução de conflitos

---

[557] Este também parece ser o entendimento de ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC?. Disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016. Acesso em 05 de nov. 2021: "Não discordamos de Cruz e Tucci quando defende a aplicação do art. 489, § 1o, VI do CPC/2015 às sentenças arbitrais. Não por incidência subsidiária do CPC ao processo arbitral – tese que apenas se sustenta se as partes assim ajustarem –, mas porque a Lei de Arbitragem determina que a sentença arbitral (pelo menos a nacional) [6] deve ser fundamentada (art. 26, II da Lei no 9.307/1996). O art. 489, § 1o do CPC/2015 apenas explicitou o dever de motivação das decisões judiciais, (...)". Em sentido contrário, TUCCI, José Rogério Cruz e. *O árbitro e a observância do precedente judicial.* Disponível em https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial. Acesso em 05 nov. 2021, especialmente quando afirma: "No entanto, a regra do artigo 489, parágrafo 1º, inciso VI, do Código de Processo Civil, a qual, à evidência, também se aplica à arbitragem, é vocacionada à proteção da confiança, quando impede que o juiz (ou árbitro), ao proferir a sentença, despreze súmula ou precedente, colacionado como reforço argumentativo por uma das partes, não tomando o cuidado de explicar que o julgado paradigma não se aplica ao caso concreto, ou mesmo, que já se encontra superado pela obsolescência.". No mesmo sentido, CARNEIRO FILHO, Paulo Cezar Pinheiro. O parágrafo 1º do artigo 489 do código de processo civil de 2015 é aplicável ao procedimento arbitral?. In *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015* – v. 1. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Leonardo Greco, Humberto Dalla. (Org.). 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 225-246. Eis a conclusão do autor em p. 246: "Nesta linha de ideias, conforme tentamos demonstrar no curso deste trabalho, o parágrafo 1º, do artigo 489, do CPC de 2015, é aplicável à arbitragem, já que o livre convencimento devidamente motivado passou a exigir a observância pelo árbitro de todas as hipóteses abarcadas pelo artigo.". Da mesma forma, BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 180-181.

[558] Para análise completa do assunto, inclusive com histórico legislativo do dispositivo, ver OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Motivação e Discricionariedade ... Op. cit.*, p. 159-189.

[559] Por todos, TARUFFO, Michelle. *La motivación de la sentencia civil*. Trad.: Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011.

(arbitral e judicial), o que se espera é que o cumprimento de referida garantia fundamental obedeça ao conteúdo que ela efetivamente deva ter (até por se tratar de norma com assento constitucional). Aliás, a maior demonstração de que o certo a se exigir é uma completa e adequada justificação das decisões jurisdicionais está na própria positivação de regras minudentes[560] sobre como se motivar uma decisão, na exata forma como positivado pelo Código de Processo Civil – ainda que referido dispositivo não se aplique à arbitragem. O fato é que o legislador derivado demonstrou através dessa inovação que não se pode aceitar nada menos do que a real concretização das garantias fundamentais do processo, cuja motivação faz parte do seu núcleo duro, e que no seu caso representa uma analítica, criteriosa e completa apresentação de fundamentos para justificar o pronunciamento do juiz ou do árbitro.

É dentro dessa perspectiva teórica que se defende a possibilidade de ajuizamento da ação anulatória com fundamento no art. 32, VIII, da Lei de Arbitragem,[561] notadamente pela existência do vício formal de falta de motivação da decisão, isso quando o árbitro deixa de enfrentar precedente judicial vinculante cuja tese, de forma autônoma e suficiente, tem o condão de influir no resultado da controvérsia em exame. Por certo que, se a omissão da motivação ocorrer em razão de um dispositivo legislado, pelas mesmas razões aqui defendidas, essa sentença também poderá ser desafiada.

---

[560] Cfr. COSTA, Eduardo José Fonseca da. Comentários ao art. 489. In *Comentários ao Código de Processo Civil.* ARRUDA ALVIM, Angélica *et ali.* São Paulo: Saraiva, 2. ed., 2017, p. 615, notadamente ao falar em "regras da fundamentação".

[561] Quem também parece comungar da mesma ideia, porém justificando a ação anulatória no art. 32, III, da Lei 9.307/96, é BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. *Op. cit.*, p. 178-179, assim como FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A Arbitragem e os Precedentes Judiciais ... Op. cit.*, p. 115 e ainda NASSER, Paulo Magalhães. *Vinculações arbitrais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 160. Entende-se que não se trata da hipótese do inc. III do art. 32 da Lei de Arbitragem pelo justo motivo de a sentença conter fundamentos, não em sua completude, mas a decisão tem as razões que as escoram, a impedir a suscitação da nulidade por referido motivo. De forma contrária, não admitindo a ação nem mesmo nesta hipótese, e também fazendo referência ao art. 32, III, da Lei de Arbitragem, ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC?. Disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016. Acesso em 05 nov. 2021: "O art. 32, III da Lei no 9.307/1996, segundo o qual é nula a sentença arbitral se não contiver os requisitos do art. 26 (entre os quais, a fundamentação), com todas as vênias, não nos parece que deva ser lido na extensão que lhe atribui Cruz e Tucci. Tal interpretação permitiria verdadeira revisão judicial da justiça da decisão proferida pelo árbitro – tudo o que se quis evitar na Lei no 9.307/1996, quando se extinguiu a exigência de homologação judicial da sentença arbitral.".

4.4 A ordem pública como cláusula de oxigenação do sistema e fundamento para a ação anulatória de sentença arbitral

Em passagens anteriores deste trabalho restou assentado que a ordem pública[562] é sim fundamento para invalidade da decisão arbitral;[563] o que não quer dizer, todavia, que a sua utilização deve ser realizada de forma aleatória e sem uma boa base argumentativo-teórica. O fato de se tratar de termo indeterminado não é motivo de ressalvas em relação à sua utilização como permissivo de nulificação das decisões arbitrais, muito ao contrário, é justamente por ser um conceito sem predefinição abstrata que a lógica de seu uso pede por responsabilidade.

É falacioso e até mesmo contraditório dizer que, atualmente, a arbitragem poderia cair em descrédito ou tornar-se insegura por defender-se a utilização da ordem pública como hipótese de desafio da sentença arbitral. Primeiro porque o Judiciário caminha por uma acertada tendência de equilíbrio entre os seus poderes e os dos juízes privados, privilegiando, de forma adequada e coerente, o juízo arbitral quando assim convencionado pelas partes. Segundo, porque a realidade mostra que a impugnação das decisões arbitrais, mesmo aquelas expressamente positivadas na Lei, são de difícil demonstração e comprovação, a revelar que a ação anulatória por vício de ordem pública, um conceito claramente aberto e mutante,[564] denota-se muito mais complexo que aqueles legalmente previstos.

---

[562] Não se entrará aqui no debate a respeito de qual ordem pública deve ser observada na previsão que permite a anulação da sentença arbitral nacional por sua violação. Se nacional, internacional, transnacional. O pressuposto aqui é exatamente aquele que diz a lei, especialmente em seu art. 39, II, da Lei de Arbitragem. De toda forma, e sobre o tema, OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. Anulação da sentença arbitral nacional por violação da ordem pública. *Op. cit.*, p. 170-171 e 178-183. Um contraponto ao pressuposto aqui defendido pode ser lido em ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e Direito ... Op. cit.*, p. 256-272.

[563] Apenas a título de enriquecimento, a conclusão não é exclusividade brasileira, também assim se pensa em nível de doutrina estrangeira, vide GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Editora Kluwer Law International: 1999, p. 860-861: "*There is no doubt that arbitrators are entitled to disregard the provisions of the governing law chosen by the parties where they consider those provisions to be contrary to international public policy. Even if the arbitrators are extremely reluctant in practice to disregard the provisions of the governing law on such a ground, such a possibility is generally acknowledged even by those commentators who attach the most weight to the principle of party autonomy*. In virtually every country, an award can be set aside or denied recognition if it is contrary to international public policy".

[564] Cfr. DOLINGER, Jacob. A ordem pública internacional em seus diversos patamares. In *Revistas dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 828, out. 2004, versão eletrônica: "Entendemos que se trata de um princípio tão imanente na nossa filosofia, no nosso sistema jurídico, na estrutura da nossa macroeconomia, que não há necessidade de fazer referência expressa a seus efeitos. Nossos tribunais sempre souberam detectar quando um contrato, um negócio, feria o princípio-mor, regulador do equilíbrio social e econômico. (...) Certos princípios têm mais força, mais eficácia quando mantidos discretamente. E, no caso da ordem pública, esta discrição ainda é mais importante, pois, como é sabido, ela é volúvel, altera-se com a mudança de costumes, de mentalidades, de interesses nacionais, e o que feria a ordem pública no passado pode não mais ferir hoje e vice-versa.". Já sobre a indefinição do termo, o mesmo autor, porém em sua obra *Direito Internacional Privado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, afirma em p. 386:

Portanto, por mais que se defenda que a não inclusão da ordem pública no rol do art. 32 da Lei 9.307/96 teria o condão impedir uma ampliação das hipóteses de nulidade da sentença arbitral,[565] a realidade de hoje mostra que o medo de outrora não pode ser invocado como razão para se insistir em justificativa tão fugidia. Até porque, o dito temor que assombrava os legisladores à época parece não ter contaminado a normatização da homologação das decisões arbitrais estrangeiras, conforme se infere da previsão ao art. 39, II, da Lei 9.307/96, que permite a negativa da concessão da *exequatur* quando a decisão alienígena contrariar a ordem pública nacional.

Quer-se acreditar, aqui, que o temor decorreria da desconfiança e da necessidade de maturação do instituto no Brasil, que apesar de já ser alvo de discussões em algumas esferas de deliberação, só passou a ter real autonomia com a edição da lei específica, pois, até então, para as próprias arbitragens nacionais havia a necessidade de homologação da decisão do árbitro pelo Judiciário, conforme previsão Código de Processo Civil de 1973, que em seus artigos 1.072 e 1.102 do texto originário, regulava o juízo arbitral.

Ademais, a confiabilidade na arbitragem somente veio a florescer com a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei 9.307/96 declarada pelo Supremo Tribunal Federal, o que ocorreu justamente em julgamento de homologação de arbitragem estrangeira,[566] quando, então, o instituto passou a ser largamente utilizado e com menos desconfianças por aqueles que convencionavam referido meio como forma de resolver controvérsias.

E, se de um lado, o que se via era uma intenção de fortalecer e privilegiar as arbitragens nacionais com a positivação de previsões mais restritivas – o que seria exemplificado com a

---

"A ordem pública encerra, assim, os planos filosófico, político, jurídico, moral e econômico de todo Estado constituído. Mas, em nenhum instrumento legal encontramos formulado o que ver a ser o básico na filosofia, na política, na moral e na economia de um país.". Assim também já assentou o STJ ao afirmar que: "O conceito de ordem pública não está na lei." (SEC 802/US, Rel. Ministro José Delgado, Corte Especial, julgado em 17/08/2005, DJ 19/09/2005). O mesmo se verifica na doutrina estrangeira, a exemplificar, MISTELIS, Loukas. "Keeping the Unruly Horse in Control" or Public Policy as a Bar to Enforcement of (Foreign) Arbitral Awards. In *International Law FORUM du droit international,* 2, 2000, pp. 248-253, notadamente quando afirma em pp. 251-252: "*The Report also classifies the content of public policy as procedural or substantive. It is submitted that this classification, although it has merits, may not be universally accepted as it emerges from case law in a limited number of countries. Further, public policy has by its very nature, a dynamic character, so that any classification may crystallise public policy at a certain period of time but not* ad infinitum.".

[565] É o que afirma ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A anulação de sentença arbitrais e a ordem pública. In *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, v. 9, abr.-jun. 2006, versão eletrônica, quando disserta obre a razão de não ter sido incluída a ordem pública dentro do rol do art. 32, da Lei 9.307/96: "Pretendia, de fato, a Comissão, dar caráter taxativo ao rol de motivos da anulação da sentença arbitral, tendo-se recusado a deixar uma porta aberta de tão amplas possibilidades como a ordem pública, com o receio de que virtualmente todos os inconformismos viessem a desaguar no Poder Judiciário, sob a roupagem vaga e multiforme de 'ofensa à ordem pública'."

[566] SE 5.206-Espanha (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12.12.2001.

não inclusão da ordem pública no rol do art. 32, da Lei 9.307/96 –, no outro extremo, o que se tinha era uma perene e tranquila confiabilidade nas arbitragens estrangeiras, há muito utilizadas como meio de resolução de conflitos para sanar controvérsias diversas. Daí a ausência de qualquer reticência quanto à positivação da obrigação de atenção à ordem pública nacional pelas arbitragens estrangeiras que necessitassem ser executadas no país, pois o grau de evolução, além da própria prática do instituto, mostrava que a questão não era "utilizada frequentemente como um veículo para meras frustrações da parte que se opõe à execução da sentença arbitral (...).",[567] sendo que, quando utilizadas, a taxa de sucesso era diminuta.[568]

Atento ao comparativo entre as arbitragens estrangeiras e nacionais, bem como ciente do atual momento evolutivo do instituto, não se pode ter muitas dúvidas ao afirmar que "não teria cabimento que o legislador se preocupasse em repelir ataques à ordem pública vindos de laudos proferidos no exterior, mantendo aberto o flanco às sentenças arbitrais nacionais".[569]

Portanto, não há lógica alguma em, atualmente, criar essa dicotomia entre arbitragens nacionais e estrangeiras quanto à possível nulidade da sentença arbitral por violação da ordem pública, sob pena, inclusive, de tornar a lei e sua aplicação incoerentes, até porque ambos os

---

[567] ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A anulação de sentença arbitrais e a ordem pública. *Op. cit.*.

[568] *Idem*: "(...) Refere ainda o mencionado autor (...) [Jean-Baptiste Racine] estudo estatístico de S. Crépin que, abordando a prática judicial da *Cour d'Appe*l de Paris no período de 1980 a 1991, constatou ser a ofensa à ordem pública a mais freqüente objeção suscitada contra a validade e executoriedade de sentenças arbitrais, tendo sido tal alegação acolhida, não obstante, em apenas 6,9% dos casos.".

[569] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo* – um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2007, p. 334. E continua o autor: "O argumento (...) serve para pôr à mostra a consequência de tentar evitar o reconhecimento do óbvio: o sistema arbitral brasileiro é coerente, de tal sorte que tanto as sentenças arbitrais nacionais quanto as sentenças arbitrais estrangeiras estão sujeitas à mesma condição geral de validade, qual seja, não atentar contra a ordem pública.". No mesmo sentido, NERY JR, Nelson. Julgamento arbitral por equidade - Limites - Ordem pública e Constitucionalidade. In *Soluções Práticas de Direito*. v. 5, set. 2014, versão eletrônica: "Em conformidade com o que expusemos, nosso ordenamento alçou a violação à ordem pública como uma hipótese que impossibilita a homologação de sentença arbitral estrangeira. Todavia, não existe a mesma previsão expressa para a anulação da decisão arbitral nacional. Sendo assim, não é crível realizar interpretação que possibilite o controle de sentença arbitral estrangeira por violação à ordem pública, mas não admita esse mesmo controle para as decisões arbitrais nacionais. Essa interpretação consistiria em verdadeiro contrassenso, porquanto ela admitiria que o Judiciário estaria obrigado a executar sentenças arbitrais contrárias à ordem pública desde que sua confecção tenha sido em território nacional.". Assim também MARTINS, Pedro A. Batista. Normas e princípios aplicáveis aos árbitros. In *Aspectos fundamentais da Lei de arbitragem*. MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 1999: "Se assim é, parece-me inaceitável que se controle a ordem pública em sentenças estrangeiras e o mesmo não aconteça naquelas exaradas em nossa própria jurisdição. Afinal, se há controle da ordem pública em atos e sentenças de outro país, penso que a ratio juris está, justamente no fato de que o mesmo controle se impõe no Brasil. (...)." Discordando um pouco do argumento, defendendo que a ordem pública que ensejaria a nulidade da sentença arbitral nacional seria a ordem pública estrangeira – o que equivaleria ao seu entendimento de que nas homologações de sentença estrangeira também a ordem pública estrangeira (contrariando o texto legal) é que permitiria a negativa da homologação, ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e Direito ... Op. cit.*, p. 256-272. Eis o que afirma em p. 271: "Para tanto, defende-se que o controle da ordem pública da sentença arbitral doméstica não seja feito em vista dos predicados de uma ordem pública puramente doméstica, mas daquela 'ordem pública nacional para fins internacionais' (...)".

institutos estão hoje em um avançado nível de desenvolvimento, permitindo um convívio sadio com cláusulas abertas que permitem a oxigenação do sistema, impedindo um fechamento hermético e contrário ao próprio sentido do Direito, um organismo vivo e em constante transformação.

Ainda no ponto, igualmente inconcebível a respeito da não impugnação da sentença arbitral por violação da ordem pública é a defesa daqueles que entendem que o instituto já teria sido predefinido pelo legislador, o qual estaria tipificado nas previsões do art. 32, da Lei 9.307/96.[570] Trata-se, todavia, de uma tentativa de salvaguardar a taxatividade das hipóteses de anulação da decisão arbitral, bem como reafirmar a ideia de segurança jurídica na escolha da arbitragem como meio de resolução de conflitos, impedindo maiores interferências do Judiciário, e tudo isso sob o justificativa de que, como a ordem pública já estaria prestigiada nas hipóteses legais de nulidade da sentença arbitral, não haveria razão para defender um "tipo aberto".

A despeito de o argumento não sobreviver sequer às antíteses já expostas anteriormente, notadamente quando se falou no temor do legislador a respeito da miríade de impugnações que poderiam existir com uma previsão expressa neste sentido (o que até poderia fazer sentido naquela época, hoje não, reitera-se), importante aqui é a justificativa por trás desse fundamento de esgotamento da ordem pública nas hipóteses legais já positivadas. É que a defesa do referido argumento desconsidera a possibilidade de a sentença arbitral ter o seu mérito atacado, motivo pelo qual não haveria sequer razão em falar da ordem pública material.

É neste ponto que se mostra preciso esmiuçar o tema, pois a defesa da intangibilidade do mérito da decisão arbitral parece desconectada com a melhor realidade da prática arbitral, o que se afirma, inclusive, levando em consideração a realidade internacional.[571] Ademais, e até

---

[570] Eis o que afirma, CARVALHO. Ricardo Aprigliano. *A ordem pública no direito processual civil*. 335 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Ordem%20p%C3%BAblica%20-%20vers%C3%A3o%20completa.pdf. Acesso em 20 nov. 2021, e isso mesmo defendendo a nulidade da sentença arbitral por violação da ordem pública. Eis as palavras do autor em p 59: "E isto se dá, em grande medida, porque, em maior ou menor grau, todas as hipóteses do artigo 32 têm alguma relação com a ordem pública, ou seja, em todas as hipóteses que autorizam a anulação da sentença arbitral pode-se identificar o elemento comum da proteção à violação da ordem pública.". No mesmo sentido, e também após defender a impugnação da sentença arbitral quando ofendida a ordem pública transnacional, ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e Direito ... Op. cit.*, p. 272: "Por outro lado, ressalte-se desde logo que é difícil cogitar uma questão de ordem pública de caráter transnacional que já não estivesse contemplada nos incisos do artigo 32. Essa conclusão reforça a segurança jurídica tão desejada pelos usuários da arbitragem.".

[571] É o que demonstra VERÇOSA, Fabiane. *A Aplicação errônea do Direito pelo Árbitro* – uma análise à luz do Direito Brasileiro e Estrangeiro. Curitiba: CRV, 2015, notadamente ao analisar as realidades de Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha, Itália, Áustria, Suíça e França.

mesmo nas arbitragens de equidade, em que a utilização de argumentos e decisões *contra legem* são cabíveis, há doutrina, também com apoio em ordenamentos alienígenas, afirmando pela necessidade de respeito à ordem pública material.[572]

Resta claro, pois, que existe sim uma ordem pública material, bem como que esta precisa ser protegida no âmbito da arbitragem, inclusive com meios de impugnação à disposição daquele que se viu ofendido no direito cuja tutela considera-se como integrante da ordem pública doméstica. Entretanto, este permissivo não equivale a uma abertura indiscriminada do referido meio impugnativo, pois ainda que se trate de um conceito indefinido, "(...) somente em hipóteses excepcionais a violação à ordem pública pode ser invocada pelo tribunal estatal (...)".[573] Compete, aliás, aos tribunais estatais o devido sancionamento daqueles que se aventuram a ingressar com ações judiciais sob um manto, nada justificado, de ofensa à ordem pública para tentar impedir a cogência da sentença arbitral (seja como evidente litigância desleal, art. 80, III do CPC, seja por atentado à dignidade da justiça, art. 77, IV c/c art. 77, §2º, ou art. 774, II, todos do CPC).

De toda forma, o que não se pode admitir é a medida da legitimidade de um instituto simplesmente abolindo ou ignorando a sua presença no ordenamento; não é negando o cabimento da violação da ordem pública como causa de nulidade da sentença arbitral que o instituto se mostra mais forte e/ou efetivo.

Ao contrário, e como já adiantado, é o permissivo que enaltece a arbitragem, pois obriga aos julgadores, no momento de decidir, atentar-se melhor e mais cautelosamente para o que deliberarão. Os árbitros, como integrantes de um seleto rol de "funcionários públicos" (no caso,

---

[572] LEMES, Selma Ferreira. A Arbitragem e a Decisão por Eqüidade no Direito Brasileiro e Comparado. In *Arbitragem:* Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *In Memoriam*. Coord. LEMES, Selma Ferreira et al. São Paulo: Atlas, 2007, p. 189-229.

[573] VERÇOSA, Fabiane. *A Aplicação errônea do Direito pelo Árbitro ... Op. cit.,* p. 188. É o que também pensa ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A anulação de sentença arbitrais e a ordem pública. *Op. cit.*, que apesar de rechaçar uma interpretação extensiva do art. 32, da Lei 9.307, parece defender a nulidade da sentença arbitral com base na ordem pública: "Dizer que a lista do art. 32 da Lei 9.307/1996 pode ser ampliada, ou ainda que a sentença arbitral pode ser anulada com base em outros dispositivos legais, que não os da Lei 9.307/1996, constitui interpretação contra legem. Mas será, muito provavelmente, a única solução para situações absurdas, teratológicas, prima facie ofensivas ao mais comezinho sentimento de juridicidade.". Igualmente, citando inclusive os ensinamentos de Jacob Dolinger sobre a desnecessidade de sua previsão expressa na lei, MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na Arbitragem. Op. cit.*, p. 113: "Bem por isso o controle prescinde de dispositivo expresso, sendo causa especialíssima de anulação fora das hipóteses do art. 32 da Lei de Arbitragem (...).". Também assim, inclusive alertando que o art. 32 da Lei de Arbitragem traz em seu conteúdo normas de ordem pública, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo ... Op. cit.*, p. 332: "(...) o dispositivo sintetiza os preceitos de ordem pública que o Estado não permite sejam superados, de tal sorte que a premissa do próprio dispositivo em questão é a defesa da ordem pública de modo geral. Espera o legislador, portanto, que todas as hipóteses de ofensa à ordem pública possam ser reduzidas ou reconduzidas a um dos incisos mencionados. Nem sempre, porém, isto irá ocorrer (...)".

equiparados por lei, vide art. 17 da Lei 9.307/96) que tem a atribuição de "dizer o direito", certamente melhor se prepararão e estarão mais bem subsidiados teórico e praticamente na sua tomada de decisão, evitando, assim, deslizes que caibam dentro daquilo que é determinado como ordem pública nacional.

O ponto principal, assim, é que não se pode permitir que afrontas flagrantes e evidentes ao ordenamento jurídico, erros estes que se referem a normas que encetam a denominada ordem pública brasileira, possam passar ilesos pelo simples argumento de que isso colocaria em risco a arbitragem como meio de resolução de conflitos. E o argumento aqui está direcionado ao próprio mérito da contenda, pois não se pode admitir que "(...) em nome da insofismável proteção à segurança jurídica que confere o 'caráter final' de que se reveste, a princípio, a sentença arbitral"[574], afronte-se de forma direta e letal as regras ou os princípios mais fundamentais do sistema jurídico pátrio.

Portanto, o que se tem de efetivamente concreto sobre o tópico é o permissivo da nulidade da sentença arbitral por violação da ordem pública nacional. Teoricamente é o que basta, até porque a definição da ordem pública se dará em concreto, ou como já afirmado pela doutrina, "trata-se de questão a ser definida caso a caso, considerando-se as particularidades e valores envolvidos (...)".[575-576]

---

[574] VERÇOSA, Fabiane. *A Aplicação errônea do Direito pelo Árbitro ... Op. cit.*, p. 190. E continua a autora: "Parece-nos, contudo, que é próprio da evolução da arbitragem reconhecer novas situações, reputadas como absolutamente excepcionais, em que o caráter final da arbitragem e a segurança jurídica daí decorrente seja realocada a segundo plano, a fim de não se permitir que prevaleçam decisões arbitrais que fulminem o que existe de mais caro no Direito de uma nação.". No mesmo sentido, WLADECK, Felipe Scripes. *Impugnação da sentença arbitral. Op. cit.*, p. 139: "Com efeito, para que se possa cogitar de excepcional ingerência do Poder Judiciário no mérito da causa julgada pelos árbitros é preciso que se verifique na sentença por eles proferida violação a valores/direitos fundamentais que – (...) – devam prevalecer em face do princípio da segurança jurídica e demais valores acobertados pela 'coisa julgada arbitral'".

[575] WLADECK, Felipe Scripes. *Impugnação da sentença arbitral. Op. cit.*, p. 141. Eis o que diz o autor de forma completa: "A questão da possibilidade de se controlar judicialmente sentenças arbitrais quanto ao seu mérito, para retirá-las do mundo jurídico, é, como se vê, bastante delicada. E não há como exauri-la no plano da teoria, estabelecendo um rol objetivo ou uma escala abstrata de hierarquia de valores fundamentais, nem regras taxativas aplicáveis a toda e qualquer situação possível e imaginável. Na realizada, trata-se de questão a ser definida caso a caso, considerando-se as particularidades e valores envolvidos e mediante a aplicação dos parâmetros de controle acima mencionados.". Também pensa assim, VERÇOSA, Fabiane. *A Aplicação errônea do Direito pelo Árbitro ... Op. cit.*, p. 193.

[576] A despeito do afirmado, e também em contrário ao que se assentou sobre a indefinição do termo (vide nota 564 *supra*), alguns autores já tentaram conceituar ou delimitar a própria ordem pública material. Por todos, CARAMELO, António Sampaio. Anulação de Sentença arbitral contrária à ordem pública. In Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, v. 32, jan.-mar. 2012, versão eletrônica: "Diversos autores referem os seguintes princípios como integrando a 'ordem pública internacional' dos respectivos Estados, constituindo a sua violação fundamento de anulação de sentenças proferidas em arbitragens (internacionais ou internas) aí sediadas: (a) o princípio pacta sunt servanda; (b) o princípio da boa fé; (c) a proibição do abuso de direito; (d) o princípio da proporcionalidade; (e) a proibição das medidas discriminatórias ou espoliadoras; (f) a protecção dos civilmente incapazes; (g) a proibição das vinculações perpétuas; (h) a proibição de indemnizações punitivas em matéria cível;

E justamente por ser a ordem pública um termo indeterminado, cuja definição se dará em concreto, que a observância dos precedentes se mostra fundamental no ponto. Como diversas vezes assinalado, as decisões das Cortes Supremas têm o condão de construir ou reconstruir o sentido do texto, produzindo não apenas a norma do caso concreto, mas também uma norma com caráter generalizante, aplicável a todos os demais cidadãos por força da segurança jurídica e da isonomia.

Neste sentido, concretizado o sentido do texto e assentando que a norma derivada do respectivo dispositivo normativo é integrante da ordem pública nacional, esse precedente obrigatoriamente deve ser observado pelos árbitros.

Frise-se, aliás, que neste ponto em específico, a diferenciação outrora realizada entre a omissão em enfrentar a norma ou o equívoco na sua aplicação ou interpretação não tem qualquer relevância.[577] A cogência da norma considerada como integrante da ordem pública, seja ela por inexistência de qualquer referência justificativa na decisão arbitral, seja porque erradamente tratada pelo julgador em suas razões de decidir, impõe o permissivo de se sustentar a nulidade da sentença que se enquadra em quaisquer dos dois equívocos.[578]

Ademais, também não se pode concordar com a afirmação de que "essa espécie de violação [da ordem pública a ensejar a ação anulatória], caso verificada, ocorre apenas no dispositivo/efeitos concretos da decisão, algo que não diz diretamente à aplicação do Direito (...)",[579] pois referida questão representaria uma confusão entre os dois discursos inerentes ao pronunciamento judicial, que é a distinção entre os discursos do precedente e da decisão. [580]

(i) as normas legais destinadas a proteger os contratantes mais fracos.". Também buscando dar exemplos de violações da chamada ordem pública material, MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na Arbitragem. Op. cit.,* p. 117-120, com especial relevo para as decisões que podem implicar em violação ao direito concorrencial. O Superior Tribunal de Justiça também já tentou predefinir referidas normas, o que ocorreu quando do julgamento da SEC 802/US, Rel. Ministro José Delgado, Corte Especial, julgado em 17/08/2005, DJ 19/09/2005.

[577] Vide item 4.3.2 *supra*.

[578] Em sentido diferente, dizendo tratar-se que apenas a omissão ao referenciar a norma considerada como integrante da ordem púbica nacional é que permitiria a anulatória, ao passo que o erro na sua aplicação se encontra dentro da esfera discricionária do árbitro, MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na Arbitragem. Op. cit.,* p. 120-126, que assim conclui em p. 125-126: "(...) concluir que pode, sim, o árbitro violar a ordem pública (material) e ter sua sentença controlada pelo poder Judiciário por conta dessa violação. Mas isso ocorre em situação muito particular e específica: quando os efeitos da decisão efetivamente violar a ordem pública. Mesmo que assim não fosee, caso se queira analisar o mérito da aplicação das regras de ordem pública, ainda aqui estaremos diante da discricionariedade do árbitro na aplicação do Direito.".

[579] MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na Arbitragem. Op. cit.,* p. 123.

[580] Cfr. MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos*: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 30-42, bem como MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e Precedente*: dois discursos a partir da decisão judicial. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, abr-2012, versão eletrônica, e ainda OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Motivação e Discricionariedade ... Op. cit.,* p. 189-199.

Em síntese, e buscando ser o mais didático possível, há uma fundamentação do precedente e existe ainda a fundamentação da decisão do caso concreto. A primeira é voltada para a norma aplicável em caráter geral, que em decorrência de razões universais é aplicável para todos que se encontrem na mesma situação fático-jurídica; já a segunda é direcionada especificamente para decidir o caso concreto, vinculando apenas os sujeitos que participaram do processo.

Por tudo o que se expôs sobre essa questão da limitação na compreensão do instituto, entende-se que não se pode coadunar com o raciocínio que reduz a violação da ordem pública às normas contidas no dispositivo da decisão, tampouco com a inteligência que prega pela violação da norma apenas quando ela não tiver sido expressamente referenciada pelos julgadores, porque isto equivale a negar a própria possiblidade de nulidade da sentença arbitral por tal afronta.

A afirmação acima encontra supedâneo, pelo menos no contexto deste trabalho, em duas razões autônomas entre si: a primeira delas é que a norma contida no dispositivo jamais é replicada para fora das raias do processo em que proferida (a não ser que a mesma controvérsia venha a ser repetida no futuro), a verificar, assim, que ela não tem qualquer serventia para além daquilo que foi especificamente pronunciada; a segunda delas é que qualquer argumento autônomo e independente que não tenha sido referido em uma sentença arbitral, pode ensejar a sua revisão por deficiência de fundamentação, ou seja, como se trata de uma questão que não é exclusiva da ordem pública, a sua definição ou estudo para os fins de nulificar a sentença arbitral torna-se despicienda.

Essa parece ser a razão para quem defende as restrições no reconhecimento da ordem pública como aptas a fundamentar a ação anulatória da sentença arbitral, afinal, e segundo melhor doutrina no ponto, "sob essa segunda perspectiva, o controle da ordem pública poderá ser feito apenas a partir da qualidade da fundamentação da sentença arbitral, o que não diz respeito propriamente ao controle da violação da ordem pública em si (...)".[581]

Ao contrário, o ponto fundamental neste trabalho é a atenção que merece ser dada ao precedente, ou seja, para as razões gerais existentes na fundamentação de uma decisão proferida pelas Cortes Supremas, motivos este que não apenas têm o condão, mas obrigatoriamente vinculam os árbitros. E se existe essa necessária atenção aos pronunciamentos judiciais, caso nestas decisões exista norma considerada como integrante da chamada ordem pública nacional,

[581] *Idem*, p. 121.

ela poderá sim ser invalidada, seja fundada na ausência de referência expressa à lei entendida como integrante da ordem pública, seja por erro de aplicação dos fundamentos da decisão que contém uma norma de ordem pública. Por certo que essa ação anulatória é justificada em fundamento jurídico próprio, cuja previsão decorre de uma interpretação lógico-sistemática da Lei de Arbitragem.[582] Trata-se, pois de fundamento autônomo à previsão que enseja a nulidade da decisão por deficiência de fundamentação, mas que nada impede que com ela seja conjugado.

Em resumo e concluindo tudo o que se disse, como a delimitação do conteúdo e da definição da ordem pública se dará no caso concreto, o que se faz, obviamente, por meio de decisões judiciais, a observância pelos árbitros dos precedentes que veiculem referidas normas se mostra imperiosa para a correta e adequada aplicação do Direito, seja porque o respeito à ordem pública é pressuposto de validade da própria arbitragem como meio de resolução de controvérsias (art. 2º, §1º, da Lei de Arbitragem), seja porque a interpretação lógico-sistemática da Lei 9.307/96 revela que a decisão a ser proferida também precisa atentar para a aplicação das normas compreendidas como integrantes da ordem pública nacional.

4.5 O manifesto erro de direito como hipótese de anulação da sentença arbitral – *manifest disregard doctrine*

Até o presente momento trabalhou-se com premissas legais e interpretações sistemáticas da normatização vigente para demonstrar os caminhos pelos quais seria possível desafiar uma decisão arbitral que desrespeitasse os precedentes vinculantes.

A conclusão alcançada, em atenção aos tipos legais que ensejam a propositura da ação anulatória, vide incisos do art. 32, da Lei 9.307/96, é que basicamente questões procedimentais ou ilícitos penais seriam alvo da demanda visando a desconstituição ou a nulidade da decisão arbitral. Avançando no tema, demonstrou-se também que pronunciamentos envolvendo questões de direito material, ainda que mais raramente, podem sim virar alvo de irresignações

[582] Não aceitando o precedente como veículo de norma de ordem pública que possa ensejar a ação anulatória, MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na Arbitragem. Op. cit.*, p. 117: "De fato, a questão é intrigante e, sob a perspectiva do precedente/jurisprudência estatal, faz questionar se a violação da ordem pública pode ser 'comprovada' pelo desvio do árbitro a propósito do entendimento estatal quanto à 'correta' interpretação de uma regra considerada de ordem pública. A resposta, como já adiantado, é negativa.".

na jurisdição estatal, o que estaria condicionado, porém, ao enquadramento da parte decisória no que se denomina de ordem pública.

Assim, e apesar de não estabelecido expressamente no art. 32, da Lei 9.307/96 como uma hipótese de questionamento da decisão arbitral, uma interpretação lógico-sistemática da referida lei permitiria concluir que a violação de normas de direito material, consideradas como integrantes da ordem pública brasileira, seriam atacáveis por meio da ação impugnativa, tomando por empréstimo a previsão que impede a homologação de decisão estrangeira que contrarie a ordem pública. Acrescente-se apenas que esse desrespeito ao conjunto de normas fundamentais de um ordenamento pode tanto derivar tanto de uma norma legislada, como de um texto decorrente de um precedente vinculante.

Para além das hipóteses acima resumidas, o único fundamento ainda não trabalhado e que também enseja o desafio da decisão arbitral é aquele que busca impedir que o manifesto erro de direito se esconda por trás de um pronunciamento irrecorrível e/ou inatingível.

A doutrina do *manifest disregard of the law* funciona, portanto, mais como um meio de coação indireta dos árbitros em relação a observância do Direito do que efetivamente como uma hipótese clara e rotineiramente usual de nulificação das sentenças arbitrais. O seu objetivo, pois, é "(…) *provided at least the assurance that arbitrators must try to follow the law, even if unsuccessfully*".[583]

Esta breve apresentação da doutrina do manifesto erro de direito já é suficiente para diferenciá-la da ordem pública, por isso que tratada em tópicos diferentes. Enquanto a segunda está logicamente ligada às normas compreendidas como fundamentais ao sistema normativo (no caso, o brasileiro), cuja observância é obrigatória aos aplicadores do Direito (estatais ou privados), a denominada *manifest disregard doctrine* é uma proteção do cidadão contra o que se pode ser denominado como uma arbitrariedade na aplicação (ou não) do ordenamento jurídico ou das normas eleitas pelas partes para reger o atual ou futuro conflito.[584]

---

[583] BURGE, Mark Edwin. Without Precedent: Legal Analysis in the Age of Non-Judicial Dispute Resolution. In *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 15, 2013, pp. 164, Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2269298. Tradução livre: "(...) fornecer, pelo menos, a segurança de que os árbitros deverão tentar seguir o Direito, mesmo que sem sucesso". E sedimenta o autor em pp. 174: "*In other words, judicial review of arbitral determinations of questions of law needs to exist in some minimal form, at least as a backstop against error. Minimal judicial review would not necessarily prevent the law being applied wrongly, but it would protect against the law not being applied at all*".

[584] Em sentido semelhante, AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration* – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent? A Comparative Study on UK, US and Brazilian Law and Practice. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2017, pp. 57: "*True, choosing arbitration involves a trade-off. Final awards come with the risk of final mistakes. Yet, this trade-off does not entail arbitrariness. (...) Therefore, ignoring statutory law or wrongly applying it are nor the same thing; neither are ignoring precedents or wrongly distinguishing*

O campo de aplicação da doutrina do erro manifesto está direcionado para os casos em que ainda que a norma jurídica utilizada ou ignorada na sentença arbitral não seja fundamental ao sistema (ou seja, não se caracteriza como integrante da ordem pública), o equívoco no seu uso ou a omissão ao deixar de aplicá-la é tão evidente que determinado sistema normativo não pode permitir que tal comando fique sem revisão.

Em suma, e mais uma vez, o que se busca evitar com a *manifest disregard doctrine* é que o Direito assuma o risco de ser conivente com decisões teratológicas ou mesmo com aqueles pronunciamentos claramente equivocados, seja por aplicar um dispositivo que sabidamente não se aplica à controvérsia em análise, seja por ignorar a aplicação de uma lei que evidentemente se enquadra à discussão existente, seja por desconstruir os fatos postos para alcançar uma conclusão pessoal.

No país em que a doutrina se lançou, os Estados Unidos da América, o que se tem é uma Suprema Corte receosa em definir, de forma definitiva, sobre ao assunto, [585] o que acaba por

---

them.". E continua o autor em pp. 88: "*Before we move forward, it should be noted that the parallel between illegally disregarding the law and acting as* amiable compositeur, in equity or ex aequo et bono, *without the parties' consent is hardly an original idea. In the course of this research, I identified vast case-law supporting this notion in Common Law jurisdictions, yet none so far in Brazil*.".

[585] O primeiro caso em que a Suprema Corte norte-americana tratou da *manifest disregard doctrine* foi em *Wilko v. Swan* (1953) – por muitos esse é tratado como o nascedouro da doutrina, cfr. *Duferco International Steel Trading v. T. Klaveness Shipping A/S, 333 F.3d 383 (2nd Cir. 2003),* Disponível em https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1158391.html, acesso em 23 dez. 2021. O caso discutia a arbitrabilidade de questões ligadas ao *Securities Act*, ou seja, sequer era debatido sobre a nulidade da decisão arbitral, até porque a arbitragem no caso não chegou a ser instaurada. Todavia, e a despeito do ponto destacado, o que levou à discussão sobre a aplicação da *manifest disregard*, por meio argumentos laterais (*obiter dictum*), foi a demonstração de que impossível seria a arbitrabilidade de questões securitárias pois a FAA prescreveria específicas formas de desafio das decisões arbitrais, a tornar mais complexo ao "*security buyer*" demonstrar erros por parte dos árbitros. Analisando os argumentos da Corte, a conclusão é no sentido de ser possível às partes defender erros da decisão arbitral ainda que não aqueles expressamente estabelecidos na *Federal Arbitraiton Act* (FAA). Um bom resumo do caso pode ser encontrado em AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration* – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent? ... *Op. cit.*, pp. 99-101. Ainda sobre o caso *Wilko v. Swan*, relevante passagem, resumindo justamente o que se apontou acima sobre não se discutir a respeito de nulidade de sentença arbitral, até porque a arbitragem sequer foi instalada para aquele caso, é descrita por TURNER, Christian; RATNER, Joshua. *Origin, Scope, and Irrevocability of the Manifest Disregard of the Law Doctrine: Second Circuit Views*, 2006. Disponível em https://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/644, pp. 801-805. Acesso em 22 dez. 2021. Sobre o caso e a *manifest disregard*, veja o que salientam os autores em pp 802-803: "*Justice Jackson wrote in concurrence that he found 'it unnecessary in this case, where there has not been and could not be any arbitration, to decide that the Arbitration Act precludes any judicial remedy for the arbitrators' error of interpretation of a relevant statute.'. The justices in dissent noted that arbitrators may not disregard the law and that their failure to observe the law would be grounds for vacatur. Thus, all Justices, if Justice Jackson's concurrence is read for what it implies of his view appeared to agree that, at the very least, arbitrator's disregard of the governing law (or at least statutory rights) would subject their award to vacatur*.". Um segundo relevante caso discutido pela Suprema Corte norte-americana sobre o tema foi *Hall Street v. Mattel* (2008), no qual se discutia se as partes poderiam, por meio de acordo entre elas, incluir novas hipóteses de nulidade da sentença arbitral, isso para além das previsões da FAA. A resposta da Suprema Corte foi no sentido de não se permitir novos acordos assentando que "*the statutory grounds for vacatur of arbitral awards were exclusive*" (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration* – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent? ... *Op. cit.*, pp. 105). E ante o debate realizado, a

deixar um terreno em aberto para interpretações das Cortes de Apelação, [586] permitindo um frutífero e variado debate. De toda forma, e pelo panorama mais recente, a tendência observada é que a doutrina tem bastante força, com a maioria dos Tribunais de apelação entendendo pela aplicação da *manifest disregard of the law*.[587].

Suprema Corte acabou por tecer comentários, também em *obiter dictum*, porém agora para dizer que as hipóteses de nulidade da sentença arbitral previstas na FAA seriam taxativas, o que acabaria não admitindo a doutrina do erro manifesto. Veja-se, pois, que por uma oportunidade a Suprema Corte discutiu o assunto, mas não decidiu (*ruled*) expressamente sobre o cabimento ou não da doutrina do *manifest disregard of the law* para nulificar sentenças arbitrais. Veja-se a precisa passagem de BURGE, Mark Edwin. Without Precedent: legal analysis in the age of non-judicial dispute resolution. In *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 143 (2013). Disponível em https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/40. Acesso em 20 dez. 2021, pp. 166-167 sobre o caso em questão: "*The third major case that has substantially eliminated judicial review of erroneous application of the law is Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc. (....). Ultimately, the Supreme Court held that the district court erred by vacating the award because contracting parties do not have the right under the FAA to contractually permit broader judicial review than the FAA itself provides. Since the FAA does not expressly provide for an award to be vacated after the arbitrator erroneously interprets the law, the parties cannot create such a right by their contract. If any party invokes the FAA to enforce an arbitration award, then the grounds for vacating or modifying that award are limited to those expressly provided in Section 10 and Section 11 of the FAA.".* O terceiro caso julgado pela Suprema Corte norte-americana que merece nota por tratar da *manifest disregard of the law* é *Stolt-Nielsen v. Animal Feeds* (2010), que tratava de uma arbitragem coletiva certificada por um painel arbitral, isso a despeito de a convenção firmada nada estipular sobre a possibilidade de instauração de uma arbitragem coletiva. No caso, a Suprema Corte entendeu que os árbitros teriam excedido seus poderes (que seria uma das hipóteses de nulificação da decisão arbitral conforme a FAA) ao autorizar uma arbitragem coletiva, pois "(...) *the task of an arbitrator is to interpret and enforce a contract, not to make public policy. In this case, we must conclude that what the arbitration panel did was simply to impose its own view of sound policy regarding class arbitration*." (Disponível em https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1198.pdf. Acesso em 22 dez. 2021). Pode-se afirmar que esse foi um caso em que a Corte efetivamente enfrentou, como argumento principal, a questão da *manifest disregard*, inclusive encontrando o fundamento legal para referida invalidação na própria FAA, tanto que, ao conceder *a certiorari*, assentou que "(...) *an arbitration decision may be vacated under FAA §10(a)(4) on the ground that the arbitrator exceeded his powers, 'only when [an] arbitrator strays from interpretation and application of the agreement and effectively 'dispense[s] his own brand of industrial justice* (...)'" (Disponível em https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1198.pdf. Acesso em 22 dez. 2021). Ocorre que a mesma Corte, ainda que opinando por rever a decisão que determinou a instauração da arbitragem, foi expressa ao afirmar em nota de rodapé n. 3: "*We do not decide whether ''manifest disregard' survives our decision in Hall Street Associates, L. L. C. v. Mattel, Inc., 552 U. S. 576, 585 (2008), as an independent ground for review or as a judicial gloss on the enumerated grounds for vacatur set forth at 9 U. S. C. §10. Animal-Feeds characterizes that standard as requiring a showing that the arbitrators 'knew of the relevant [legal] principle, appreciated that this principle controlled the outcome of the disputed issue, and nonetheless willfully flouted the governing law by refusing to apply it.'".*" E justamente por isso que se afirma que a questão ainda está em aberto na Suprema Corte norte-americana, justificando as várias e, em alguns casos, contraditórias posições encontradas nas Cortes de Apelação, apesar de se mostrar mais tendencioso a aceitação da doutrina, enquadrando-a dentro da hipótese que permite o desafio da decisão em razão do cometimento de excesso de poderes pelos árbitros (*FAA §10(a)(4)*).

[586] Nos Estados Unidos da América as cortes de apelação são em número de treze; delas, onze são numeradas e divididas entre os 50 estados norte-americanos, sendo que existe ainda a *D.C. Circuit* e a última delas é *Federal Circuit*, com competência em todo território nacional sobre determinadas matérias. A respeito da divisão da organização judiciária norte-americana ver https://www.uscourts.gov. Acesso em 22 dez. de 2021.

[587] As divergentes posições das cortes de apelação norte-americanas, considerando apenas os 11 circuitos numerados, foi bem resumido por AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration* – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent? ... *Op. cit.*, pp. 102-104 e 107-111. Em suma, conclui o autor que os tribunais do Segundo, Quarto, Sexto, Sétimo e Nono Circuitos aceitam e aplicam a doutrina (inclusive, há recente decisão do Segundo Circuito tratando *do manifest disregard of the law*, qual seja, *Weiss v. Sallie Mae, Inc. Dkt. No. 18-2362 (2d Cir. Sept. 12, 2019)*); o Terceiro e o Décimo Circuitos ainda não anularam decisão arbitral sob referido fundamento, mas já apresentaram argumentos sugerindo a sua aplicação; o Primeiro Circuito ainda não enfrentou a questão, mas já questionou a sua validade por meio de *obiter dictum*; o *D.C. Circuit* já aplicou o

Entretanto, ainda que o Tribunal de maior hierarquia dos Estados Unidos venha, um dia, a decidir contrariamente à *manifest disregard doctrine*, a crença é de que o debate permanecerá vívido, pois é de todo irresponsável permitir que decisões teratológias sobrevivam e possam vir a ter validade e perenidade no ordenamento jurídico de qualquer país, notadamente o brasileiro. pelo simples fato de que a legislação de regência restaria omissa quanto ao ponto, ou melhor, pelo motivo de a lei não ter tratado de forma direta, clara e expressa sobre a hipótese de nulidade de decisões arbitrais impregnadas de evidente erro de aplicação da norma jurídica alvo da controvérsia.

É claro que nem todas as legislações possuem o mesmo nível de minudência e preconcepção que os arquitetos do *Arbitration Act* britânico, por exemplo. A normativa atualmente vigente é datada de 1996, mas o Reino Unido tem desde as suas primeiras legislações sobre arbitragem a normativa permitindo o desafio da sentença arbitral por erro de direito (as vezes de forma mais aberta, outras de forma menos restrita). Na lei em vigor, é na seção 69 que se encontra o tratamento claro e expresso sobre a possibilidade da revisão da

---

manifest disregard para nulificar a sentença arbitral, mas sem usar a expressão; por fim, o Quinto, o Oitavo e o Décimo primeiro circuitos já negaram a existência de referido fundamento para nulificar a sentença arbitral, todavia, também já apresentaram argumentos que revelam estar abertos à aplicação da doutrina, isso a depender das circunstâncias. Também tratando das controvertidas decisões das Cortes de Apelação norte-americanas, notadamente pela falta de estabelecimento de uma norma pela Suprema Corte, ver DANZIGER, Philip W.. Is Manifest Disregard Alive and Well in the Second Circuit?: A Remand to Find Out. In *Kluwer Arbitration Blog*, november 12, 2019. Disponível em http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/11/12/is-manifest-disregard-alive-and-well-in-the-second-circuit-a-remand-to-find-out/. Acesso em 22 dez 2021. Eis o que afirma o autor: "*U.S. federal appeals courts have reached conflicting conclusions as to whether manifest disregard continues to be a viable basis for challenging arbitral awards after Hall Street. The Fifth, Eighth, and Eleventh Circuits have held that manifest disregard did not survive Hall Street. Conversely, the Second, Fourth, Seventh, Ninth and Tenth Circuits have all upheld manifest disregard challenges. The First and Third Circuits have not yet ruled on the issue, but trial courts in those circuits have continued to allow manifest disregard challenges*.".

sentença arbitral por erro de direito (*challenging arbitral award on point of law*),[588] equívoco este que incide diretamente sobre o direito substantivo, ou seja, o direito material.[589-590]

O ponto, uma vez mais, é que a omissão legislativa (e no caso, ela difere e muito da cominada proibição de um determinado comportamento, ou mesmo da renúncia expressa a um determinado direito) não pode ser interpretada como uma exclusão deliberada de um direito. Ou seja, a ausência de uma previsão legislativa sobre a possibilidade de invalidade de uma sentença arbitral absurda ou teratológica não pode simplesmente significar que o sistema jurídico admite a proteção e perenização de decisões arbitrais flagrantemente erradas.

O arbítrio, a teratologia, o absurdo e os erros crassos, para ficar apenas com alguns predicados, não são e jamais poderão ser tutelados pelo Direito. Aliás, as normas têm o condão

---

[588] Eis o texto da seção mencionada: *"69. (3) Leave to appeal shall be given only if the court is satisfied- (a) that the determination of the question will substantially affect the rights of one or more of the parties,(b) that the question is one which the tribunal was asked to determine, (c) that, on the basis of the findings of fact in the award—(i) the decision of the tribunal on the question is obviously wrong, or (ii) the question is one of general public importance and the decision of the tribunal is at least open to serious doubt, and (d) that, despite the agreement of the parties to resolve the matter by arbitration, it is just and proper in all the circumstances for the court to determine the question."*. Lembre-se, apenas, que referida norma pode, por opção das partes, ter sua aplicação expressamente excluída da convenção de arbitragem firmada, conforme destaca a primeira parte da norma, vide *Section 69 (1*). Apesar da previsão, e a título de curiosidade, interessante notar que de acordo com as estatísticas da *English High Court*, nos anos de 2018-2019 e 2019-2020, de todos os casos analisados sob o fundamento de nulidade da decisão arbitral por erro de direito (*Section 69 (3)*) apenas dois casos tiveram êxitos, cfr. MAHAJAN, Kartikey. *Appeal on a point of law under section 69 of the Arbitration Act 1996: is there any reversal of trend?*. Disponível em http://arbitrationblog.practicallaw.com/appeal-on-a-point-of-law-under-section-69-of-the-arbitration-act-1996-is-there-any-reversal-of-trend/. Acesso em 22 dez. 2021.

[589] Apesar da clareza da norma, como visto acima, ela pode ser renunciada pelas partes. E neste sentido, é preciso observar que algumas instituições arbitrais estabelecem em seus regulamentos a renúncia expressa aos recursos que podem ser renunciáveis, exata hipótese da regra contida na Seção 69 (1) do *Arbitration Act*. É o que estabelece, por exemplo, o regulamento da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), notadamente em seu art. 35 (6): "Toda sentença arbitral obriga as partes. Ao submeter o litígio à arbitragem segundo o Regulamento, as partes comprometem-se a cumprir a sentença arbitral sem demora e renunciam a todos os recursos a que podem validamente renunciar". Disponível em https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf. Acesso em 23 dez. 2021. Apesar de a previsão soar prejudicial às partes, veja-se que a CCI possui um órgão próprio de controle da sentença exarada pelos Tribunais formados sob seu regramento, vide artigo 34 do seu atual Regulamento, o que acaba conferindo maior confiabilidade e segurança aos pronunciamentos das arbitragens regidas por suas regras.

[590] Poder-se-ia pensar, todavia, que a renúncia ao direito previsto na Seção 69 (1) não afetaria, para todos os efeitos, o poder de desafiar as decisões arbitrais teratológicas, isso em razão da norma inserta na Seção 68, segundo a qual uma parte pode desafiar a sentença arbitral caso verificada uma grave irregularidade, que na visão do item 2 da referida normativa, a "*serious irregularity means an irregularity of one or more of the following kinds which the court considers has caused or will cause substantial injustice to the applicant".* E sobre as hipóteses listadas nas alíneas do referido item 2, encontra-se a previsão do excesso de poderes. Ocorre, todavia, que conforme ensina a doutrina, isso com base em jurisprudência local: "*The interpretation of the excess of powers clause in Section 68 is narrow to the point of disallowing a revision of the merits of the arbitral award*.", cfr. AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration* – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent? ... *Op. cit.*, pp. 119. No mesmo sentido, HARRIS, Bruce; PLANTEROSE, Rowan; TECKS, Jonathan. *The Arbitration Act 1996*: a commentary. Oxford: Blackwell Publishing, 2007, pp. 322: "*This subsection cannot be used to mount a challenge on the ground that a tribunal has arrived at a wrong conclusion as a matter of fact or law: see the decision of the House of Lords in Lesotho Highlands Development Authority v. Impregilo SpA [2005] 2 Lloyd's Rep. 310*.".

de trazer segurança e igualdade, o que acaba sendo notadamente contrariado, além de evidentemente questionável, ao permitir que uma decisão idiossincrática, qualificada por qualquer dos adjetivos acima descritos, tenha validade e eficácia no mundo da vida.

Por certo que as decisões arbitrais que veiculem um manifesto erro de direito serão desveladas no caso concreto, o que fatalmente ocorrerá ao se atentar para o verdadeiro sentido do precedente vinculante ou da norma legislada em comparativo com aquele expressado pelo Tribunal Arbitral.[591] Essa desvirtualização da norma é que gera a incidência da doutrina do *manifest disregard of the law*.

E como o próprio nome sugere, não é qualquer erro de direito que enseja a revisão da decisão, até porque, e conforme adiantado acima, a regra vigente é que o mérito da sentença arbitral não é passível de revisão – na linha das previsões do art. 32 da Lei de Arbitragem. Entretanto, nos casos evidentemente equivocados, a porta da revisão não poderá estar fechada sob o fundamento de vacância legislativa, tudo sob pena de o Direito e a arbitragem revelarem-se como escudos do absurdo.

O erro, portanto, que justifica a utilização da *manifest disregard doctrine* deve ser bastante restrito e observar aqueles mesmos standards já estabelecidos pela doutrina norte-americana – que é quem melhor tratou do tema até agora. O cerne, aliás, parece estar no excesso de poderes por parte dos árbitros. E tal uso exagerado de suas forças estará necessariamente ligado na deliberada omissão em tratar adequadamente a norma jurídica aplicável ao caso controvertido, o que pode ocorrer seja por questões pessoais, quando pesaria o sentimento próprio de justiça dos árbitros, ou mesmo por questões profissionais, em que o árbitro simplesmente deixa de considerar, por razões outras, a consequência normativa óbvia de uma hipótese de incidência legal.

A demonstrar quão restrita é a aplicação da doutrina no próprio país que a difundiu, é salutar trecho do caso *Duferco v. Klaveness*, quando a Corte de Apelação do Segundo Circuito

---

[591] A corroborar a posição, veja-se que as Cortes de Apelação do Segundo e o Sexto Circuitos do Judiciário norte-americana, por exemplo, entendem que a *manifest disregard of the law* é aplicada inclusive em atenção aos precedentes. Sobre eles, eis o que afirma, AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration* – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent? ... *Op. cit.*, pp. 103-104: "*The court considered (in New York Telephone Co. v. Communications Workers of America Local (2001)) that the explicit rejection of the controlling precedent constituted manifest disregard of the law. One should note that the manifest disregard of the law in both Second Circuit cases translated into the disregard of case law – precedents – and not of statutory law. The same happened in Merril Lynch, Pierce, Fenner & Smith Inc. v. Jaros, when the Sixth Circuit decided that the arbitral award should 'fly in the face of clearly established legal precedent. When face with questions os law, na arbitration panel does not act in manifest disregard of the law unless (1) the applicable legal principle is clearly defined and not subject to reasonable debate; and (2) the arbitrators refused to heed that legal principle*.".

afirmou que "*since 1960 we have vacated some part or all of an arbitral award for manifest disregard in the following four out of at least 48 cases where we applied the standard (...) All of (...) involved an arbitral decision that exceeded the legal powers of the arbitrators'.".*[592] Interessante anotar ainda que na mesma decisão, a Corte destaca três questionamentos que os juízes devem se fazer para que a doutrina do erro manifesto possa incidir: i) que a lei tida por ignorada seja clara e que sua aplicação ao caso seja notória; ii) que a lei aplicada pelo árbitro seja, de fato, imprópria, levando ao mencionado erro; iii) se o árbitro tinha ciência ou conhecimento sobre a lei e a sua incidência antes de decidir.[593]

Trata-se de três critérios bem orientados e que seguramente visam a maior deferência às decisões arbitrais. Entretanto, não se pode descurar da correção da decisão proferida, ou melhor, não é adequado deixar passar sentenças teratológicas, mesmo que julgados pelos juízes eleitos pelas partes. E por mais que as sentenças arbitrais que ensejariam a sua nulidade em razão do manifesto erro de direito sejam bem escassas, tanto que pouquíssimos são os casos de sucesso na tentativa de invalidação por causa do erro manifesto, é preciso lembrar que "(...) *the doctrine is not unimportant on account of its infrequent application. (...) And those few cases where it has been used, it has, arguably, prevented unjust enforcement proceedings.".*[594]

---

[592] Cfr. *Duferco International Steel Trading v. T. Klaveness Shipping A/S, 333 F.3d 383 (2nd Cir. 2003),* Disponível em https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1158391.html. Acesso em 23 dez. 2021. Tradução livre: "desde 1960 nós anulamos uma parte ou a totalidade de uma decisão arbitral por manifesto erro de direito apenas em quatro de, pelo menos, quarenta e oito casos em que analisamos o standard. (...) Todos eles (...) envolviam uma decisão arbitral que excedia os poderes legais dos árbitros.".

[593] Eis as palavras da próprias Corte sobre os três questionamentos: "*First, we must consider whether the law that was allegedly ignored was clear, and in fact explicitly applicable to the matter before the arbitrators See Westerbeke, 304 F.3d at 209; Merrill Lynch, 808 F.2d at 934. An arbitrator obviously cannot be said to disregard a law that is unclear or not clearly applicable. Thus, misapplication of an ambiguous law does not constitute manifest disregard. Second, once it is determined that the law is clear and plainly applicable, we must find that the law was in fact improperly applied, leading to an erroneous outcome. (...) In the same vein, where an arbitral award contains more than one plausible reading, manifest disregard cannot be found if at least one of the readings yields a legally correct justification for the outcome. See Willemijn Houdstermaatschappij, BV v. Standard Microsystems Corp., 103 F.3d 9, 13 (2d Cir.1997) (citing Matter of Andros Compania Maritima, S.A. of Kissavos, 579 F.2d 691, 704 (2d Cir.1978)). Third, once the first two inquiries are satisfied, we look to a subjective element, that is, the knowledge actually possessed by the arbitrators. In order to intentionally disregard the law, the arbitrator must have known of its existence, and its applicability to the problem before him. Merrill Lynch, 808 F.2d at 933. In determining an arbitrator's awareness of the law, we impute only knowledge of governing law identified by the parties to the arbitration. DiRussa v. Dean Witter Reynolds Inc., 121 F.3d 818, 823 (2d Cir.1997), cert. denied, 522 U.S. 1049, 118 S.Ct. 695, 139 L.Ed.2d 639 (1998).Absent this, we will infer knowledge and intentionality on the part of the arbitrator only if we find an error that is so obvious that it would be instantly perceived as such by the average person qualified to serve as an arbitrator.".*

[594] Cfr. TURNER, Christian; RATNER, Joshua. *Origin, Scope, and Irrevocability of the Manifest Disregard of the Law Doctrine: Second Circuit Views,* 2006. Disponível em https://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/644, pp. 830. Acesso em 22 dez. 2021. Tradução livre: "(...) a doutrina não deixa de ter importância devido à frequência de sua aplicação. (...) E nos poucos casos em que tem sido usada, sem dúvida, ela indiscutivelmente impediu execuções de decisões injustas.".

Claro que a aplicação da *manifest disregard of the law* não é unânime, aliás, há fundamentadas razões para sua inobservância.[595] Todavia, a conclusão deste trabalho não pode ser outra que a sua incidência e atenção, até porque, e como se viu, o Direito não pode servir de meio de tutela do injusto.[596]

Aliás, a lógica aqui, com as devidas licenças para o comparativo, é a mesma daquela defendida para a não aplicação do princípio da competência-competência quando o caso em debate é claramente uma hipótese não arbitrável, mas ainda assim é pautada para o debate na jurisdição privada.

Sobre o ponto, a lei de arbitragem brasileira prevê expressamente a incidência da norma que confere aos árbitros a atribuição, em primeiro lugar e de forma exclusiva, de analisar a sua competência para julgar o caso posto sob sua apreciação (efeito positivo – árbitro é o juiz de sua competência e estatui sobre a existência ou a validade da convenção de arbitragem), além de estabelecer que o Judiciário deve aguardar referido pronunciamento, só podendo manifestar-se posteriormente (efeito negativo – juiz estatal deve se declarar incompetente para resolver qualquer questão relativa à competência do árbitro, caso este ainda não tenha estatuído sobre sua própria competência).[597] A previsão tem lugar no art. 8º, parágrafo único da Lei de Arbitragem, segundo o qual "caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes,

---

[595] Por todos, MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. *Op. cit.*, p. 103-104: "No presente item se pretende dar um passo adiante e perquirir se a 'violação' ao precedente (...) poderia representar, em tese, uma violação manifesta ao Direito a tal ponto de se admitir no Brasil uma excepcional hipótese de anulação da sentença arbitral. Pensa-se que não. E isso por duas razões: (i) a aplicação do Direito pelo árbitro, mesmo que manifestamente equivocada, não permite o cabimento da ação anulatória (não se pode considerá-la exceção à regra da soberania do árbitro na aplicação do Direito) e (ii) mesmo que se pudesse sustentar o cabimento de tal ação nessa hipótese, o fato de não seguir o precedente ou jurisprudência estatal não é suficiente para, por si só, demonstrar que o Direito foi manifestamente violado.".

[596] A despeito das vozes antagônicas, a doutrina parece estar bem viva nos Tribunais norte-americanos, notadamente nas Cortes de Apelação – até porque, como se viu, a Suprema Corte ainda não assentou regra a seu respeito. Apenas para chancelar, eis o que restou recentemente decidido pelo Tribunal do *Second Circuit* no caso *Weiss v. Sallie Mae, Inc., 939 F.3d 105 (2d Cir. 2019)*: "*In light of recent Supreme Court precedent, it is somewhat unclear whether the 'manifest disregard' paradigm constitutes an independent framework for judicial review, as the district court thought, or a "judicial gloss" on the FAA's enumerated grounds in section 10(a). See Schwartz, 666 F.3d at 451–52 (citing, inter alia, Hall Street Assocs., LLC v. Mattel, Inc., 552 U.S. 576, 585 (2008)). But because this Court has 'concluded that manifest disregard remains a valid ground for vacating arbitration awards' whether applied as judicial gloss or as an independent basis, see id. at 452 (internal quotation marks omitted), we need not resolve this epistemological debate. (…) Vacatur is only warranted, by contrast, "when an arbitrator strays from interpretation and application of the agreement and effectively dispenses his own brand of industrial justice." Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp., 559 U.S. 662, 671 (2010) (…)*.". Disponível em https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca2/18-2362/18-2362-2019-09-12.pdf?ts=1568298609. Acesso em 23 dez. 2021.

[597] Sobre o tema, entre diversos e substanciosos escritos, ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009; WALD, Arnoldo. As *anti-suit injuctions* no Direito Brasileiro. In *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 3, nº 9, abr.-jun. 2006, versão eletrônica.

as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória". A norma foi ainda reforçada com a nova previsão do art. 485, VII do Código de Processo Civil de 2015, que inovou em relação ao Código revogado ao acrescer a atual parte final do dispositivo, o que acabou por ratificar o efeito negativo do princípio competência-competência (notadamente ao assentar que o juiz extinguirá o processo sem resolução do mérito "... quando o juízo arbitral reconhecer sua competência".).

Para além do estabelecimento expresso da norma, o que se verifica é que não há qualquer previsão legal admitindo formas de atenuação ou exclusão do texto, ou seja, inexiste hipótese na lei excepcionando a incidência, ainda que pontual, de referida norma. Ademais, como adiantado, o que se viu com a edição do Código de Processo Civil de 2015, foi um maior peso legislativo à preponderância do árbitro em dizer sobre sua competência, reforçando o conteúdo e a própria razão de ser do princípio competência-competência.

Todavia, a despeito de toda essa situação, há farta doutrina,[598] bem como didáticos julgados dos Tribunais brasileiros, inclusive do Superior Tribunal de Justiça,[599] acudindo a "relativização" do referido princípio para fins de melhor organicidade e inteligibilidade do

---

[598] TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. In *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 13, nº 50, jul.-set. 2016, versão eletrônica (o autor reconhece que nos casos de manifesta e inequívoca ilegalidade da convenção de arbitragem, seria possível que o princípio da competência-competência cedesse frente às exigências de racionalidade da prestação jurisdicional), e ainda BRANCHER. Paulo M. R.. Ilegalidade *prima facie* como limitador do princípio da competência-competência. uma análise em relação a matérias de ordem pública. In *Revista de Processo*. v. 53, abr.-jun. 2017, versão eletrônica.

[599] O maior exemplo é o REsp 1602076/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 30/09/2016, no qual se entendeu que "(..) o Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral 'patológico', i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral". Nos fundamentos do referido julgado pode-se inclusive observar que a norma é vigente e continua com seu mesmo entendimento de outrora, todavia, ele deve comportar exceções. A saber: "A contradição entre o julgado mencionado acima e o presente é, no entanto, meramente aparente. Como regra geral, a jurisprudência desta Corte Superior indica a prioridade do juízo arbitral para se manifestar acerca de sua própria competência e, inclusive, sobre a validade ou nulidade da cláusula arbitral. Toda regra, porém, comporta exceções para melhor se adequar a situações cujos contornos escapam às situações típicas abarcadas pelo núcleo duro da generalidade e que, pode-se dizer, estão em áreas cinzentas da aplicação do Direito. Obviamente, o princípio kompetenz-kompetenz deve ser privilegiado, inclusive para o indispensável fortalecimento da arbitragem no País e sua aplicação no REsp 1.602.696-PI é irretocável. Por outro lado, é inegável a finalidade de integração e desenvolvimento do Direito a admissão na jurisprudência desta Corte de cláusulas compromissórias "patológicas" – como os compromissos arbitrais vazios no REsp 1.082.498/MT mencionado acima e aqueles que não atendam o requisito legal específico (art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96) que se está a julgar neste momento – *cuja apreciação e declaração de nulidade podem ser feitas pelo Poder Judiciário mesmo antes do procedimento arbitral. São, assim, exceções que permitem uma melhor acomodação do princípio competência-competência a situações limítrofes à regra geral de prioridade do juízo arbitral*.". O entendimento vem sendo rotineiramente ratificado pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive no julgamento dos casos sob a vigência do Código de Processo Civil de 2015, quando o princípio da competência-competência foi reforçado com o texto do inc. VII do art. 485. A exemplificar, veja-se a decisão no AgInt no REsp 1761923/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 16/08/2021, DJe 19/08/2021.

sistema, afinal, inegável que "em algumas hipóteses, caberá ao juiz togado lidar com a questão da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem".[600]

De tudo o que se viu, o racional dos argumentos é que não existe sentido em aguardar a manifestação do árbitro para dizer se é ou não competente para julgar a controvérsia, ou mesmo passar por todo o processo arbitral para somente depois poder manejar a ação anulatória da decisão que entende ter sido proferida fora das hipóteses possíveis – no caso, em razão da inarbitralibilidade do objeto da controvérsia.

A chamada patologia *prima facie* ou a flagrante ilegalidade da convenção de arbitragem, subsídios justificadores da relativização do princípio competência-competência, equivalem ao cerne dos argumentos que podem ser utilizados para invalidar uma decisão arbitral que se revela manifestamente contrária ao Direito – que contrasta flagrantemente com as normas eleitas pelas partes para reger a controvérsia existente. E por mais que se discuta que a competência seria uma norma de direito processual, ou seja, um elemento procedimental dentro da arbitragem, inconteste que a sua análise passa pelo direito material, até porque para que os árbitros ou o juiz estatal possa deliberar sobre a sua atribuição para julgar o conflito, o direito material tem que ser analisado e discutido – a arbitrabilidade objetiva tem justa relação com o conteúdo do debate, e não com o procedimento em si.

Claro, portanto, que há uma equivalência de fundamentos na utilização de ambas as justificativas, cuja razão final é a proteção do Direito. Veja-se que se trata de correspondência dos fundamentos jurídicos, uma vez que os fundamentos legais, ou melhor, o enquadramento normativo utilizado para repelir as flagrantes ilegalidades em uma e outra questão se revelam distintas. Assim, enquanto a menor rigidez do princípio competência-competência é usada para justificar uma medida antiarbitral, ou seja, uma ação autônoma visando a trazer o debate para o Judiciário antes mesmo da decisão proferida pela jurisdição privada, a *manifest disregard of the law* é uma hipótese a ser usada apenas depois da sentença pronunciada, pois o que se objetiva aqui é a declaração de nulidade da decisão.

Especificamente para o caso da *manifest disregard doctrine,* é preciso buscar na norma brasileira o fundamento autorizativo de sua utilização, afinal, e a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos com a FAA (*Federal Arbitration Act*), a hipótese de nulidade da sentença arbitral por erro manifesto não tem assento expresso na Lei 9.307/96. Entretanto, e com o

[600] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2007, p. 160.

perdão para a repetição, isso não quer dizer que seria inexistente a consequência normativa para uma violação flagrante do direito material alvo da arbitragem ou mesmo para a teratologia da decisão ao aplicar ou deixar de aplicar as normas eleitas pelas partes.

Pela leitura da lei nacional, o fundamento legal que abraça a denominada doutrina do erro manifesto é o art. 32 IV, da Lei de Arbitragem, que estabelece que serão nulificadas as sentenças arbitrais proferidas "(...) fora dos limites da convenção de arbitragem". E a razão para esse enquadramento soa bastante óbvia: se as partes elegeram algum ordenamento jurídico ou determinado conjunto específico de normas para reger o seu conflito, qualquer decisão que se mostre absurdamente contrária ao referido conjunto normativo ou mesmo que ignore conscientemente referido sistema pode ser considerado uma decisão exarada com base na equidade, indo de encontro à vontade das partes. É o que ocorre, pelo menos na vertente dos precedentes vinculantes, com eventual decisão que se fundamente em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – no caso, como nem toda norma constitucional, pelo menos na extensa e dirigente Constituição brasileira, pode ser considerada como norma de ordem pública, mas como se trata da normativa da qual todas as demais normas extraem a sua validade, qualquer decisões tomada com base em lei inconstitucional (assim pronunciada pela Corte Suprema), pode ser desafiada por erro manifesto.

Trata-se, a toda evidência, de uma interpretação teleológica da Lei de Arbitragem, afinal de contas uma decisão que claramente ignora o Direito ou que nítida e conscientemente aplica normativa eleita pelas partes de forma equivocada, está claramente a proferir uma decisão subjetiva, com uma visão parcial de justiça e, portanto, equitativa. E se assim ela é considerada, não resta dúvidas de que a convenção de arbitragem, quando eleito um conjunto normativo para sanar a controvérsia, foi solenemente ignorada, a permitir o desafio da sentença que contém manifesto erro de direito.

4.6 Inaplicabilidade dos instrumentos da jurisdição estatal para a nulificação da sentença arbitral

Estabelecidas os fundamentos de impugnação da sentença arbitral, tanto os textualmente previstos na lei, quanto aqueles interpretativamente aferidos da legislação, resta averiguar as formas pelas quais referidas justificativas de invalidação podem ser apresentadas.

A Lei de Arbitragem brasileira oportuniza às partes dois meios para impugnar as sentenças arbitrais: o primeiro deles, a ação anulatória, serve para as sentenças de qualquer natureza (declaratória, constitutiva ou condenatória) e está prevista no art. 33, §1º; o segundo tem sua previsão no art. 33, §3º e visa a atacar apenas aquelas decisões com conteúdo condenatório, até porque trata-se da possibilidade de anulação veiculada em impugnação ao cumprimento de sentença.

Como se vê, são dois meios claros e bem definidos, cujas controvérsias não serão alvo do presente trabalho, até porque o objetivo agora é verificar se, para além destas formas estabelecidas na Lei de Arbitragem, haveria algum outro instrumento hábil a permitir o questionamento da sentença arbitral. A resposta a ser dada, em adiantamento dos argumentos, é um sonoro não.

E aqui pede-se vênia para revolver a um argumento já enfrentado outrora, mas cujas razões foram refutadas naquela oportunidade: trata-se da diferença entre os sistemas de resolução de conflitos que envolvem a justiça estatal e a arbitragem.[601]

Na ocasião em que se tratou do ponto, defendia-se não ser crível e possível justificar a não observância dos precedentes vinculantes com base nessa diferença entre os meios procedimentais de solucionar controvérsias. A afirmativa tinha por mote o fato de que os precedentes judiciais que vinculariam os juízes privados envolveriam o direito como um todo, incluindo-se aí o direito material. Ato contínuo, e na linha do defendido neste trabalho, como os precedentes também funcionariam como fontes de direito, tornava-se incompreensível negar a observância do direito material prescrito por meio das decisões judiciais pretéritas somente porque elas se formaram ou conformaram via juízo estatal, a qual se diferenciaria do procedimento privado de resolver conflitos.

Mas veja que a justificativa, sem muito sentido, que alguns se utilizam para defender a não observância dos precedentes vinculantes, passa a fazer sentido neste momento, especialmente quando se fala sobre o possível manejo de outras vias de impugnação da sentença arbitral. Agora sim é cabível e lógico o comparativo entre os diferentes sistemas, pois efetivamente está se confrontando coisas do mesmo gênero ou mesma espécie.

E a conclusão inequívoca deste cotejo entre os procedimentos é que realmente não há lógica em defender instrumentos da justiça estatal para buscar a invalidação ou a impugnação da sentença arbitral, uma vez que o sistema privado de solução de conflitos que elege um

[601] Vide discussão do item 3.5.1.1 *supra*.

terceiro para resolver a controvérsia possui método específico de enfrentamento do problema posto sob sua apreciação, o que abarca formas exclusivas e privativas de impugnar os seus pronunciamentos, inclusive com prescrição de prazos próprios, tudo conforme legislação de regência.

É imprescindível, pois, que o "controle judicial da sentença arbitral deve se dar pela ação anulatória (...), pois a regra especial deve prevalecer sobre a geral, (...)".[602] Assim, qualquer dos meios estatais de impugnação de decisões, sejam eles recursos ou sucedâneos recursais,[603] ou sejam ações autônomas impugnativas específicas, como a reclamação (prevista atualmente nos artigos 988 a 993 do CPC e nos artigos e 102, I, "l" e 103-A, §3º, da CRFB/88),[604] a ação rescisória (prevista nos artigos 966 a 975, do CPC)[605], ou mesmo o

---

[602] YARSHELL. Flávio Luiz. Ação Anulatória de Julgamento Arbitral e Ação Rescisória. In *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 5, abr.-jun. 2005, versão eletrônica.

[603] Não há dúvidas de que os procedimentos recursais do Código de Processo Civil são inaplicáveis aos procedimentos arbitrais. Desconhece-se, aliás, quem assim defenda. Lado outro, também importante frisar que nem mesmo quando se tratar de arbitragem envolvendo a administração pública será possível a utilização, por exemplo, do pedido de suspensão da segurança como meio de obstar decisões exaradas pelos árbitros. A diferença entre os sistemas de resolução de controvérsias é fator impeditivo do seu uso.

[604] Neste sentido, MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. In *Kluwer Arbitration*. Kluwer Law International, Wolters Kluwer Company, 2013, p. 136-137. Disponível em file:///C:/Users/usuario/Downloads/Inexistencia_de_vinculacao_do_arbitro_as.pdf. Acesso em 23 dez. 2021: "A reclamação, primeiramente, não é uma hipótese, porquanto se trata de remédio puramente judicial e, como visto supra, afeto à hierarquia estabelecida no âmbito do Poder Judiciário." Também assim, MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. *Op. cit.*, p. 161-164, sendo que assim afirma em p. 163: "(...) não se pode cogitar da utilização na arbitragem de remédios próprios ao sistema processual estatal, como seria o caso da Reclamação, (...). E ainda FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A Arbitragem e os Precedentes Judiciais* – observância, respeito ou vinculação?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 123-131. Igualmente, TUCCI, José Rogério Cruz e. *O árbitro e a observância do precedente judicial.* Disponível em https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial. Acesso em 03 jan. 2021: É por isso que, inexistindo qualquer interdependência funcional entre tribunal estatal e árbitro, não cabe reclamação se o precedente judicial não for aplicado pelo árbitro.". Em sentido diverso, FONSECA, Rodrigo Garcia da. Reflexões sobre a sentença arbitral. In *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 6, jul.-set. 2005, versão eletrônica, que afirma: "Caberia reclamação ao Supremo Tribunal Federal se o árbitro desconsiderar o seu julgado? A resposta parece ser positiva. Se o STF proferiu decisão de efeitos erga omnes, e se o árbitro exerce função jurisdicional equivalente à do juiz, a sua sentença não poderá ignorar o comando da Corte Suprema, sob pena de sujeitar-se à reclamação.". Quem também concorda com a utilização de referido instrumento é CAMARGO, Júlia Schledorn de. *A influência da súmula persuasiva e vinculante dos tribunais superiores brasileiros na arbitragem*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 174-178.

[605] Por todos, o mais basilar e direto argumento: "Contudo, seria cômodo ao legislador, se assim desejasse, ter remetido a desconstituição da sentença arbitral às regras dos arts. 485 e ss. do CPC. Não o fazendo, é de se entender que excluiu o cabimento da rescisória." YARSHELL. Flávio Luiz. Ação Anulatória de Julgamento Arbitral e Ação Rescisória. In *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 5, abr.-jun. 2005, 2005, versão eletrônica. Comungando do entendimento, CARVALHO. Ricardo Aprigliano. *A ordem pública no direito processual civil*. 335 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Ordem%20pública%20-%20versão%20completa.pdf. Acesso em 03 jan. 2022, que assim ressalta em p. 57: "De outro lado, se contra a sentença judicial há a previsão da ação rescisória, como forma de desconstituir a coisa julgada que sobre ela se formou, no plano da sentença arbitral, só se pode cogitar da ação anulatória prevista no

mandado de segurança (previsto na Lei 12.016/09),[606] não têm qualquer aplicabilidade na seara arbitral, pelo justo fato de a diferença entre os ritos impedir que se utilize dos meios impugnativos judiciais para desafiar as exações arbitrais.

A reforçar a impossibilidade da impetração de mandado de segurança ou mesmo o ajuizamento de reclamação – deixando assentado que o não cabimento de rescisória parece ser unânime –, é bem preciso ter em mente o texto das súmulas 267 e 734, ambas editadas pelo STF, cujas redações, respectivamente, assentam que "não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição" e "não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal".

Ora, tendo em vista que as decisões arbitrais são irrecorríveis, como também já analisado anteriormente,[607] é bem verdade que o cabimento da reclamação se mostra impossível, pois como trânsito em julgado da sentença é consequência do seu pronunciamento, incide automaticamente a vedação da súmula n. 734 editada pelo Supremo Tribunal Federal.[608]

Já em relação ao mandado de segurança, o fato de a decisão arbitral ser irrecorrível poderia levar à precoce decisão de que o *writ* seria cabível. Todavia, o que deve ser analisado

---

artigo 33, não se podendo falar de aplicação conjunta ou subsidiária das hipóteses da ação rescisória à lei de arbitragem.".

606 Quem parece aceitar o uso do mandado de segurança é DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo.* São Paulo: Malheiros, 2013, p. 235: "Aceita em tese a admissibilidade do mandado de segurança contra atos do árbitro, nem por isso será o caso de generalizá-lo como medida de aplicabilidade geral. (...) Se o próprio controle judicial das medidas urgentes do árbitro já constitui uma excepcionalidade, *a fortiori* há de ser excepcionalíssima a admissibilidade do mandado de segurança contra tais medidas.". Em sentido semelhante, CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Aspectos Processuais da Nova Lei de Arbitragem. Revista Forense, v. 93, n. 339, jul.-set. 1997, p. 127-141: "(...) deve admitir-se a admissibilidade da utilização pela parte interessada, de mandado de segurança nos casos de decisões interlocutórias de cunho teratológico, que tenham por objeto uma das hipóteses do art. 32 da nova lei.", bem como WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. O mandado de segurança e a arbitragem. In *Revista de Mediação e Arbitragem.* São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 13, abr.-jun. 2007, versão eletrônica: "O requisito para permitir a impetração, no caso, é a existência de direito líquido e certo violado por ato ilegal ou abusivo dos árbitros que não possa ser corrigido por recurso com efeito suspensivo. Na hipótese de arbitragem, equiparam-se aos recursos a ação anulatória e os embargos do devedor, ou a nova impugnação ao cumprimento da sentença, com as medidas cautelares que podem dar-lhes efeito suspensivo. Não cabendo nenhum deles, e diante de decisão arbitral definitiva, entendemos que pode ser impetrado o mandado de segurança".

607 Vide item 3.5.1.5 *supra*.

608 Também trabalhando este argumento, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo.* São Paulo: Malheiros, 2013, p. 217-218, que destaca em p. 217: "Sabido que a coisa julgada arbitral se produz *sine intervalo* no momento mesmo em que as partes são notificadas da sentença dos árbitros (ela não se sujeita a recurso algum ...), nisso reside uma grande dificuldade para a admissibilidade de reclamações contra as sentenças dos árbitros, dada a inevitável colisão com a Súmula n. 734 do Supremo Tribunal Federal.". Contrário ao exposto, CAMARGO, Júlia Schledorn de. *A influência da súmula persuasiva e vinculante dos tribunais superiores brasileiros na arbitragem*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 176-178.

quanto ao ponto é que a súmula revela que o cabimento do referido instrumento seria subsidiário em relação a outras formas de impugnação, ou seja, o mandado de segurança teria cabimento na ausência de qualquer outro remédio processual apto a atacar o ato supostamente ilegal.

No caso do procedimento arbitral, há previsão legal estabelecendo as hipóteses passíveis de impugnação, o que impede o cabimento do mandado de segurança; ademais, quanto às situações não abarcadas pelas hipóteses legislativas (textuais ou interpretadas), o que se deve ter em mente é que se trata de uma opção legislativa decorrente do tipo de procedimento eleito pelas próprias partes para reger o conflito, as quais já estão cientes da impossibilidade de irresignação sobre toda e qualquer matéria. Em sendo assim, a adequada leitura da súmula n. 267 do Supremo Tribunal Federal informa pela impossibilidade de cabimento do mandado de segurança contra atos arbitrais,[609] afinal já há meio específico e predeterminado para impugnação da decisão arbitral, não se aplicando a subsidiariedade do mandado de segurança na espécie.

A conclusão, portanto, é que nenhum outro remédio processual passível de veiculação na jurisdição estatal seria cabível para atacar a sentença arbitral, a não ser aqueles especificamente previstos na legislação de regência (Lei 9.307/96), o que deve ocorrer dentro do interregno de 90 (noventa) dias da comunicação das partes, sob pena decaimento do direito da fazê-lo.[610]

---

[609] Quem parece comungar com o mesmo argumento é CAMARGO, Júlia Schledorn de. *A influência da súmula persuasiva e vinculante dos tribunais superiores brasileiros na arbitragem*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 72-73. Não há que se falar nem mesmo no cabimento do mandado de segurança como sucedâneo recursal, como na hipótese de impetração contra decisões interlocutórias proferidas na arbitragem. Entendendo de forma contrária, especialmente em relação aos terceiros, WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. O mandado de segurança e a arbitragem. In *Revista de Mediação e Arbitragem.* São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 13, abr.-jun. 2007, versão eletrônica. Destaca-se, apenas, que o debate aqui trabalhado não abarca terceiros, até porque, se terceiro efetivamente for, ele acaba não estando abarcado pela convenção de arbitragem e assim não se submente à decisão arbitral, podendo se valer, portanto, de qualquer remédio processual disponível, inclusive mandado de segurança, se for o caso.

[610] Não se entrará aqui no debate se referido prazo é aplicável tanto para a ação anulatória, como para a veiculação do pedido de nulidade na impugnação ao cumprimento de sentença. De toda forma, não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, recentemente, em duas oportunidades, pela incidência do referido prazo para ambas as formas de desafio da sentença arbitral, o que tornaria a impugnação ao cumprimento de sentença arbitral conteudisticamente idêntica à impugnação das sentenças judiciais. É o que se verifica dos seguintes julgados: REsp 1900136/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06/04/2021, DJe 15/04/2021; REsp 1862147/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021

4.6.1. Uma exceção: a ação declaratória contra a sentença arbitral preclusa

A ausência de recorribilidade da decisão arbitral, além do consequente trânsito em julgado ato contínuo à comunicação das partes do seu pronunciamento, somados, ainda, ao curto prazo e às escassas hipóteses admitindo o ajuizamento da ação anulatória, revelam que os procedimentos arbitrais são desenhados para o alcance de uma definitividade da sentença o mais breve possível, até para que as tratativas negociais possam continuar sem prolongados atritos e disputas entre as partes. Toda essa especialidade do rito é previamente conhecida pelas partes, que optam pela arbitragem plenamente cientes de seus deveres e, acima de tudo, dos seus direitos.

Ocorre, todavia, que, a despeito das restritas hipóteses de anulação da sentença arbitral e da afirmativa de que nenhum outro meio, que não aqueles previstos na Lei de Arbitragem, seriam aceitos para desafiar a decisão exarada, entende-se possível defender o cabimento da ação declaratória com vias a tornar sem efeito o pronunciamento dos árbitros.

A ação declaratória aqui tratada, que não se confunde com a ação anulatória prevista no art. 32 da Lei de Arbitragem – e cujo mote é desconstituir ou mesmo nulificar a decisão arbitral –, tem o condão de tornar ineficaz aquilo que foi sentenciado, ou seja, o procedimento arbitral e a sua exação permaneceriam válidos, mas as suas consequências práticas não valeriam no mundo da vida. Uma clara e autêntica decisão válida, porém cujos efeitos jamais se efetivarão.

Por certo que esse tipo de desafio da sentença arbitral somente terá espaço em hipóteses bem específicas,[611] mais precisamente em casos de inarbitrabilidade do conflito já decido pelo juízo privado ou, então, em razão de defeitos nos "elementos estruturantes"[612] da arbitragem; estas colocações remetem à constatação de que a ação declaratória se direcionaria para espécies de vícios que nem mesmo o transcurso do tempo teria o condão de tornar viável. É justamente por isso, e aqui encontra-se o grande diferencial da demanda ora defendida, que o prazo decadencial de 90 dias não se aplicaria para estas hipóteses, pois o tipo de equívoco contido na

[611] Cfr. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. *Op. cit.*, p. 318: "Os casos de nulidade da sentença arbitral (...) são taxativos, de modo que não podem as partes ampliar os motivos de impugnação nem estabelecer na convenção de arbitragem novas formas de revisão judicial do laudo. Haverá, porém, casos verdadeiramente excepcionais, em que será necessário reconhecer a sobrevivência da via declaratória ou desconstitutiva para atacar o laudo.".

[612] ARMELIN, Donaldo. A ação declaratória em matéria arbitral. In *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 9, abr.-jun. 2006, versão eletrônica: "Consequentemente, as sentenças arbitrais reputadas inexistentes, seja por ausência de jurisdição arbitral em razão, pois, de falta de uma de seus elementos estruturantes, seja por outras razões, escapam da indiscutibilidade decorrente da coisa julgada material e mesmo da possibilidade de terem decretada a sua nulidade, mediante a atuação da jurisdição estatal.".

sentença arbitral transitada em julgado e com prazo da ação anulatória expirada não se convalidaria.[613]

Em suma, o que se verifica é o permissivo para o ajuizamento de uma *querela nullitatis* arbitral, uma ação de cunho declaratório bastante específica e não submetida a qualquer prazo para seu ajuizamento, com o objetivo é tornar sem efeitos pronunciamentos arbitrais que sequer poderiam ter sido submetidos à jurisdição privada, cuja ineficácia a qualquer momento se justifica porque "existem circunstâncias (...) que o bom-senso já destaca a inviabilidade de subsistência da sentença e do próprio procedimento arbitral (...). diante da gravidade do vício, e então se busca a solução para corrigir a situação teratológica.".[614]

Por certo que essa excepcionalíssima exceção pode justificar uma ação declaratória embasada em precedente vinculante, especialmente se essa decisão tenha sido no sentido de impedir que determinada matéria não seria arbitrável, quando então, mesmo diante do escoamento do prazo decadencial para buscar a nulidade da sentença arbitral, a parte poderia se socorrer da demanda ora trabalhada, visando a declaração de ineficácia dos efeitos de uma sentença que sequer poderia ter sido decidida pelo juízo arbitral.

4.7 Conclusão parcial

Neste capítulo buscou-se analisar quais seriam as consequências na hipótese de os árbitros ignorarem a previsão de um precedente vinculante, isso partindo do pressuposto de que

---

[613] Em sentido semelhante, CAHALI, José Francisco. *Curso de Arbitragem* – mediação, conciliação, tribunal multiportas. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 431: "Como se sabe, esta ação declaratória não está condicionada ao prazo decadencial de 90 dias da Lei de Arbitragem, razão pela qual poderá ser proposta a qualquer tempo.". No mesmo sentido, ARMELIN, Donaldo. Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral. In *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, jan.-abr. 2004, versão eletrônica: "Mas o prazo decadencial previsto em lei reporta-se apenas à ação de decretação de nulidade, não à ação declaratória, que não é inibida pela exaustão desse mesmo prazo.". O mesmo autor reitera seu posicionamento em ARMELIN, Donaldo. A ação declaratória em matéria arbitral. In *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 9, abr.-jun. 2006, versão eletrônica: "O reconhecimento do fenômeno jurídico da inexistência nesse âmbito implicará a imprescritibilidade da ação judicial direcionada à sua declaração, pois, como tem sido pacificamente reconhecido no plano doutrinário e na jurisprudência, a ação declaratória não se sujeita à prescrição. Ou, ainda, para quem entender decadencial qualquer prazo para tanto, importa em subsistir indefinidamente o direito de exigir tal declaração.".

[614] CAHALI, José Francisco. *Curso de Arbitragem* – mediação, conciliação, tribunal multiportas. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 428.

as partes elegeram uma arbitragem de direito, notadamente as normas integrantes do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, ultrapassadas as questões mais teóricas deste trabalho, quando se chegou à conclusão de que, à luz do ordenamento vigente, os árbitros, por exercerem jurisdição, precisariam observar os precedentes exarados pelas Cortes Supremas, na forma como delineados pela Constituição brasileira, até porque fontes de direito, buscou-se verificar, por meio das previsões legais, mas sempre perpassando pelos entendimentos doutrinários e também jurisprudenciais, se seria possível impugnar a sentença arbitral violadora do precedente, e, caso positivo, quais seriam as formas para se buscar essa invalidação.

Antes, todavia, de uma conclusão sobre os dois questionamentos *supra*, fez-se questão de anotar que a análise da possível nulidade da sentença arbitral em razão de inobservância do precedente judicial em nada diferia da verificação do desafio da decisão arbitral que contrariasse o direito legislado. Ontologicamente, pelo menos na visão deste trabalho, conforme demonstrado no segundo capítulo, ambas as fontes de direito têm a mesma força normativa.

Com esse raciocínio, então, entendeu-se necessário descortinar o conteúdo do precedente judicial, pois a norma dali extraível poderiam ser regras e/ou princípios de direito material e de direito processual. A demonstração dessa diferenciação se mostrou crucial, uma vez que toda e qualquer discussão sobre a nulidade da sentença arbitral parte do pressuposto dogmático inserido nas previsões do art. 32 da Lei de Arbitragem, o qual, basicamente, e segundo uma leitura mais singela, permitiria apenas o desafio das decisões por violações de questões procedimentais.

Isso não significa, entretanto, que o mérito da sentença arbitral seja intangível. Aliás, essa é a regra geral, imutabilidade e irrecorribilidade do conteúdo do pronunciamento dos árbitros; mas, por certo que se trata de norma que comporta exceção. A diferenciação do conteúdo do precedente serviu, portanto, para diferenciar duas situações: enquanto veículo de normas de direito processual, entende-se que o precedente poderia ser utilizado como fundamento para nulificar a sentença arbitral, isso desde que o seu conteúdo tangenciasse uma das garantias fundamentais tratadas expressamente na lei de arbitragem – ou, então, caso se subsumisse em qualquer outra das previsões do art. 32 da Lei 9.307/96.

Ou seja, tratando o procedente vinculante sobre o que se chamou de núcleo duro do devido processo legal, e caso o procedimento arbitral deixasse de observar referida decisão, entendeu-se que à parte seria aberto o caminho para o ajuizamento da ação anulatória com base

no art. 32, VIII, da Lei 9.307/96, que é o dispositivo que legitima a impugnação da sentença que deixa de observar os princípios elencados no art. 21, §2º, da mesma lei.

Interessante, anotar neste ponto, que inexiste qualquer criação de hipóteses de nulidade ou mesmo interpretações extensiva, analógica ou ampliativa das previsões legais, para fins de subsunção da norma (precedente) ao fato (sentença violadora do devido processo legal), mas sim uma devida inteligibilidade de questões jurídicas, realizadas a partir das premissas defendidas neste estudo, quais sejam: como um Tribunal Superior tem a atribuição de uniformizar a legislação, o que confere sentido aos textos legais, a sua exação referente à norma de direito processual é fonte de direito e deve ser aplicada por aqueles que exercem jurisdição. Assim, se o precedente estiver relacionado com um dos princípios elencados pela Lei de Arbitragem, a norma do precedente violada pelo juiz privado simplesmente subsume-se à previsão legal de invalidação da sentença arbitral.

Ato contínuo, o foco do estudo virou-se para o direito material. A questão a ser clarificada seria a possibilidade de nulificação da sentença arbitral por equívoco no seu mérito, ou melhor, em razão de erro na aplicação do próprio direito discutido pelas partes em conflito. O debate, neste meandro, se mostrava mais arenoso, primeiramente em razão da regra geral de que não cabe ao Judiciário o controle do mérito das arbitragens; em segundo lugar, pois como afirmado, a leitura mais rasa das hipóteses do art. 32 da Lei de Arbitragem levaria à conclusão de que apenas questões procedimentais estariam hábeis ao seu desafio.

Todavia, uma leitura mais atenta das normativas revelou que, por meio de hipóteses de incidência que veiculariam, *prima facie*, questões processuais, poderia sim ser possível adentrar por questões meritórias. Dessa análise mais densificada, verificou-se que as previsões dos incisos IV e VIII do art. 32 da Lei 9.307/96 permitiriam tal conclusão.

Quanto ao primeiro fundamento, porém, o que se verificou é que sua possível utilização seria praticamente utópica, até porque o Direito, como dialético que é, sempre permitiria que umas das partes questionasse a decisão para dizer que a convenção de arbitragem teria sido violada por não aplicar o direito material que aquela parte entenderia cabível – a justificativa, inclusive, poderia tangenciar o raciocínio de que a decisão teria sido alcançada com base em juízos equitativos.

Por certo, que não é neste sentido no qual se defendeu a possibilidade de "revisão" do mérito da decisão arbitral, até porque, ainda que possivelmente errada a aplicação do direito pelo árbitro, há que se respeitar a opção do legislador pela, *a priori*, irrecorribilidade do mérito

da sentença dos juízes privados. Na verdade, o que enseja a possível relativização do desafio do mérito da sentença arbitral não pode jamais ser equiparada aos erros judiciários, ocorridos inclusive no Judiciário.

Entretanto, ainda que difícil a construção de situação que se adeque ao ponto, foi possível sim vislumbrar a ocorrência de hipótese de erro apto a justificar a nulidade da sentença arbitral por falha da observância da convenção de arbitragem. Seria o caso de uma decisão que de deixa observar o fundamento legal e/ou jurídico utilizado pelos árbitros, mas declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se, a toda evidência, de um precedente vinculante a ser observado por todos que exercem jurisdição, e qualquer pronunciamento jurisdicional que ignore este fato (declaração de inconstitucionalidade) tangencia o erro crasso (hipótese de nulidade tratada em tópico específico), a permitir o seu desafio por violação da convenção de arbitragem – inclusive, referido permissivo acaba se assemelhando à previsão do art. 525, §12 do CPC, o qual autoriza como meio de defesa na impugnação ao cumprimento de sentença a alegação de inexigibilidade do título judicial quando fundado em norma declarada inconstitucional pela Corte Suprema.

Já em relação ao segundo argumento (art. 32, VIII, da Lei 9.307/96), revelou-se que o debate sobre o mérito da arbitragem seria mais palpável em razão de imperiosa observância do dever de motivação das decisões. Assim, e partindo das premissas de que a Lei de Arbitragem chancela referida norma fundamental do processo, bem como que a sua leitura deve ser exatamente aquela que a doutrina confere ao tema, ou seja, a fundamentação de qualquer provimento deve ser sempre completa, suficiente e adequada, bem como ciente de que as partes precisam ter levado os seus argumentos fáticos e jurídicos aos árbitros (incluindo, aí, o precedente vinculante que pretendiam ver aplicado), então o consequente não enfrentamento deste argumento, leia-se, do precedente vinculante, desde que suficiente para reverter ou modificar a decisão, ensejaria o desafio da sentença arbitral. Veja-se que se trata de um fundamento referente à questão procedimental (motivação das decisões), mas que ataca diretamente o mérito da decisão, isso em razão da omissão do julgador.

Apenas para ratificar, a possibilidade de desafio somente existiria se o precedente, suscitado por uma das partes, não foi enfrentado. Caso o árbitro enfrente o argumento alegado, seja para negá-lo, seja para diferenciá-lo, seja para afastá-lo, então, neste caso, o que ocorreria seria um erro de análise do direito por parte do árbitro, o que, em razão da regra geral da intangibilidade do mérito da sentença arbitral, não admite a impugnação.

Há, todavia, exceções à referida situação – não enfrentamento pelo árbitro do precedente suscitado pela parte.

A primeira delas é justamente se a norma (e aqui tanto faz se se tratar de precedente ou de norma legislada) equivocadamente aplicada pelo árbitro for entendida como integrante do que se denomina de ordem pública – e neste ponto tratou-se da ordem pública de direito material, até porque a ordem pública processual está expressamente prevista pela lei de arbitragem (art. 21, §2º). A justificativa para a proteção da ordem pública, a permitir a invalidade da decisão arbitral que a contrarie, decorre de uma interpretação lógico-sistemática da própria Lei de Arbitragem.

Isto porque, se a lei não permite que sentenças arbitrais estrangeiras sejam homologadas por terem um conteúdo que contrarie a ordem pública interna brasileira, ou seja, que contrarie as normas mais fundamentais de ordenamento jurídico pátrio (art. 39, II da Lei 9.307/96), então não há razão para se permitir que sentenças arbitrais nacionais possam ser executadas ou cumpridas com a respectiva violação.

Ademais, não seria viável defender que a ordem pública passível de impugnação em relação às sentenças arbitrais nacionais já estaria prevista no regramento do art. 32 da Lei de Arbitragem. Primeiro, porque referida regra trata, basicamente, de questões procedimentais, a revelar uma quase impossível abertura para atingimento do mérito das decisões arbitrais (veja que as hipóteses defendidas atingiriam o mérito reflexamente). Segundo, pois referido fundamento acaba por criar uma norma de caráter absoluto, e isso sem qualquer tipo de justificativa legal, além de colocar a legislação brasileira na contramão das legislações internacionais que regulamentam o mesmo tema.

Nesse contexto, havendo precedente judicial vinculante cujo conteúdo se enquadre como integrante da ordem pública de direito material do sistema jurídico brasileiro, enquadramento este que irá depender do caso concreto, daí a sua função de cláusula de oxigenação do sistema, perfeitamente possível o seu desafio, o que ocorrerá independentemente do tratamento dado pelo árbitro, ou seja, tanto se ele se omitir no enfrentamento da norma, como no caso de seu tratamento se der de forma equivocada.

A segunda exceção que permitiria a impugnação do mérito da sentença arbitral está conectada com a possível existência de decisões teratológicas. No caso, e em atenção à prática estrangeira, notadamente a jurisprudência norte-americana, o que se atentou é que o Direito não pode admitir o império do absurdo; a lei não abraça as flagrantes impropriedades. Decisões

teratológicas não podem passar despercebido e nem estabilizar os seus efeitos pelo fato de a norma brasileira não ter previsão expressa para que as sentenças arbitrais manifestamente equivocadas não sejam desafiadas.

Claro que a tentativa de nulidade da decisão em situações tais é bastante complexa, exigindo um elevado nível de argumentação e uma clara demonstração do flagrante equívoco noticiado, até porque, insiste-se, a regra geral é que o mérito da sentença arbitral e, consequentemente, os seus possíveis erros, sejam inatingíveis. Mas o fechamento total da porta para uma situação que se mostre clara e deliberadamente errada, na linha do permissivo legal do *Arbitration Act* britânico, não pode ser desconsiderado.

Assim, e com fundamento no art. 32, IV, da Lei 9.307/96, é plenamente possível defender que a decisão que manifestamente ignore ou flagrante e deliberadamente aplique de forma equivocada determinado precedente, pode ser desafiada por deixar de atentar para a convenção arbitral, pois, ao se eleger uma arbitragem de direito, especificamente com atenção para o ordenamento jurídico brasileiro, o que teria feito o árbitro, nesta hipótese de erro crasso, seria uma violação da autonomia das partes em elegerem as normas que regeriam o conflito.

Por fim, mas não menos importante, depois de analisar todas as hipóteses legais e interpretativas que permitem a impugnação da sentença arbitral, procurou-se demonstrar quais seriam os instrumentos jurídicos em que referidos argumentos poderiam ser veiculados. No caso, a pesquisa buscava verificar se algum outro meio, que não aqueles estabelecidos na Lei de Arbitragem, poderiam ensejar a movimentação da máquina estatal para ver declarada a invalidação da decisão arbitral.

A conclusão a que se chegou é que nenhum remédio jurídico da jurisdição estatal seria hábil para desafiar a sentença arbitral, tudo sob pena de desvirtuar o próprio sistema privado de resolução de conflitos, cuja procedimentalização é própria. E por mais que bons argumentos defendam o cabimento da reclamação e do mandado de segurança, *v.g.*, a contrapartida é que o rito e as especificidades da seara arbitral acabariam por não se coadunar com estes mecanismos estatais de impugnação. Resumindo, apenas a previsão legal, com o permissivo para o ajuizamento da ação anulatória, é que autorizaria a tentativa de invalidação dos pronunciamentos decorrentes de procedimentos arbitrais.

E para tentar ser o mais preciso possível, a única hipótese não prevista na Lei de Arbitragem que admitiria o questionamento da decisão arbitral, mas cujo objetivo não seria a obtenção de uma anulação da decisão, e sim o impedimento na sua produção de efeitos, seria a

ação declaratória. Entretanto, o seu cabimento, como visto, estaria restrito a hipóteses fundamentais do sistema arbitral, mais precisamente relativa a questões não arbitráveis, mas que, por razões diversas acabaram sendo decididas pela jurisdição arbitral. Assim ocorrendo, haveria o permissivo para o ajuizamento da demanda declaratória, mesmo que fora do prazo decadencial estabelecido na Lei 9.307/96 (e aqui encontra-se a grande diferença e relevância de referida medida), para que se possa sustar os efeitos da sentença arbitral, restituindo o *status quo* referente ao direito equivocamente enfrentado pelos árbitros.

CONCLUSÕES FINAIS

Conforme se buscou demonstrar durante o desenvolvimento do presente trabalho, as razões para a hipótese estudada – a obrigação dos árbitros observarem os precedentes judiciais vinculantes – foram alicerçadas em três contextos diferentes, mas que juntos formavam o amálgama necessário para referendar a tese proposta.

O primeiro destes alicerces é o Estado de Direito. A busca das suas origens até se chegar ao atual estágio fez-se importante para demonstrar o desenvolvimento das ideias de segurança jurídica e isonomia, bases fundantes de qualquer Estado que se limita pelo Direito. Não há liberdade sem igualdade e nem certeza de posições jurídicas. Assim, o desenvolvimento desde o chamado Estado Liberal de Direito, passando pelas novidades do Estado Social, até alcançar o Constitucionalismo Democrático, foram relevantes para corroborar a maturidade alcançada pelos ordenamentos jurídicos em geral, cujo ponto seminal ocorreu com o final da Segunda Guerra Mundial, na segunda metade do séc. XX – lembrando que o Brasil somente conheceu a verdadeira democracia mais tardiamente, no final do ano de 1988.

Essa era pós-Guerra representou uma inovação em matéria de direitos e deveres, os quais vieram expressamente previstos nos Textos Constitucionais, todos dotados de caráter normativo e com a garantia de sua exigibilidade, inclusive com apoio do Judiciário, em razão do Estado provedor. O fim último do Estado Democrático de Direito, portanto, era proteger os cidadãos contra arbitrariedades do próprio Estado, além de concretizar as liberdades individuais e estabelecer ações positivas para suprimir desigualdades e disparidades sociais. A ordem geral era garantir a liberdade, o que se efetivaria por meio da segurança jurídica e da isonomia.

Ocorre que essa nova realidade acabou por redesenhar as funções institucionais dos Poderes do Estado. A normatividade da Constituição permitiu a concorrência do Judiciário, junto com o Legislativo e, em alguma medida, o Executivo, na promoção e efetivação dos direitos. Os órgãos jurisdicionais atuavam, pois, pró-ativamente, escorados na nova hermenêutica constitucional, nos direitos fundamentais e no controle de constitucionalidade.

Esse agir judicial não significava, todavia, liberdade total de atuação, havia (e ainda há) limites nesta função de concretizar o Direito. A própria lei, como também a Constituição, representam essas balizas, sendo certo que a última, elemento de conformidade de todo o ordenamento jurídico, é de observação obrigatória para toda e qualquer decisão exarada no Estado de Direito – seja legislativa, seja executiva ou seja jurisdicional.

A grande questão nessa concorrência de atuações é a necessidade promover e assegurar a ordem jurídica una. Aliás, como a isonomia é fundamento do Estado de Direito e direito fundamental do cidadão, não basta uma lei formal prévia e abstrata assegurando-a, era preciso que a sua efetivação também ocorresse equanimemente. Da mesma forma, imperioso concretizar a segurança jurídica, alicerce estatal e garantia contra atuações seletivas e arbitrárias do Estado.

Toda esta engenharia jurídica precisa ser bem orquestrada, o que somente se consegue quando os Poderes do Estado, e em especial o Judiciário, no exercício da sua função criativa, tem na coerência e na integridade do ordenamento o ponto de chegada de sua atuação. A uniformização dos direitos só é possível quando decisões iguais são proferidas em casos semelhantes. A unidade do ordenamento só sobrevive quando há observância do que se decidiu outrora nos casos em que se decidirá hoje, tudo isso dentro de uma perspectiva de futuro sobre o mesmo caso, pois assim consegue-se prever o que é o aceitável ou não no sistema legal.

Da conclusão deste primeiro alicerce é que sobressai a necessidade de análise do segundo: o Precedente Judicial. A despeito de sua grande ligação com os países de *common law*, motivo pelo qual embeberou-se das lições do direito inglês, o que se mostrou é que a observância de decisões pretéritas jamais foi uma característica ínsita dos países de origem anglo-saxã. Aliás, essa prática era, até recentemente, frequente em vários países europeus de tradição romano-germânica.

Mas, a principal razão inicial para o estudo dos precedentes também se justificava por sua aplicação exigir a atenção de dois elementos basilares: isonomia e segurança jurídica. Aliás, tratava-se dos mesmos princípios bases que regem o Estado Democrático de Direito, até por isso é que também são as normas fundantes das codificações europeias que influenciaram diversos ordenamentos mundo afora.

Como se vê, em termos teóricos, não há maiores diferenças no tratamento dos ordenamentos jurídicos dos países de *civil law* e *common law*, o que já se revela como uma primeira razão para não se associar o sistema de precedentes apenas aos ordenamentos anglo-saxões. Ocorre que era preciso ir além, se a certeza e a igualdade são padrões comum tanto na teoria dos precedentes, como na edição de normas legisladas, era preciso descortinar outros motivos para explicar o sentido de seguir decisões pretéritas por todo e qualquer sistema legal.

Daí que os argumentos consequencialistas e deontológicos trouxeram substanciosas razões para a vinculatividade dos precedentes. O primeiro deles, porque se entendeu que seria

pouco racional e nada razoável um rotineiro câmbio de entendimentos pelos tribunais; já o segundo, porque, como sucede ocorrer, seguir decisões pretéritas é praticamente inerente à ideia de coerência sistêmica – o que se decidiu ontem, precisa ser igual ao que se decide hoje e ao que se decidirá amanhã.

Mas foi-se além, revelou-se que por trás de uma teoria dos precedentes existia ainda a noção de hierarquia e organização judiciária, a real necessidade de um tratamento igualitário no momento de decidir (a justiça do caso concreto), a efetiva atenção para as ideias de previsibilidade, certeza jurídica e estabilidade, além da atenção à racionalidade econômica (reserva de custos, material, tempo, pessoal, entre outros) e sistêmica (organicidade e estruturação do ordenamento).

Há, portanto, um conjunto considerável de motivos que vai muito além da defesa dos princípios da igualdade e da segurança jurídica para observar os precedentes. Essas justificativas, reitera-se, são subsumíveis em qualquer ordenamento embasado em uma Constituição que busca unidade jurídica, ou seja, tem-se razões de ordem ético-normativas que orientam para a observância de precedentes, inclusive para os países filiados ao sistema de origem romano-germânicos.

Ao chegar neste ponto, a revelação é que a teoria dos precedentes vai muito além da decisão do caso – apesar de também centrada nessa específica função. Ela igualmente labora como ferramenta de reconstrução de sentidos do sistema jurídico, na definição de hipóteses de incidência prospectivas, funcionamento assim como verdadeira fonte de direitos.

E de tudo o que se anotou, claro que a realidade brasileira se enquadra no apresentado – aliás, e com o perdão para a digressão, o que se mostrou é que a realidade brasileira, desde há muito, já flertava (para não dizer que adotava) uma vinculação dos precedentes judiciais. Diferente não poderia ser, afinal, um ordenamento que se julgue democrático precisa buscar coerência e uniformidade na aplicação do Direito, o que não se alcança apenas aplicando as leis editadas pelo Parlamento, até porque a atividade jurisdicional criativa, exercida pelos juízes em geral, acaba sendo, de alguma maneira, distorcida em questões equânimes, o que é mais bem controlado com o auxílio dos precedentes.

Especificamente na realidade brasileira, a Constituição é o grande elemento de comprovação do afirmado de que no Brasil já era possível falar em atenção à observância de decisões pretéritas. É o que se infere, por exemplo, das ações do controle de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF), bem como as funções exercidas pelos Tribunais Superiores como

ambientes de uniformização da interpretação do direito – isso nos respectivos exercícios de julgar os recursos especial e extraordinário. E justamente por tais previsões estarem destacadas na Constituição, a sua incidência obrigatória é direcionada para todo o ordenamento jurídico e para todos aqueles que devem seguir as normas constitucionais. Uma vez mais, a Constituição brasileira, desde há muito já endossa uma teoria dos precedentes.

Em tempos mais atuais, o que se verificou é que o tema ganhou novos contornos e novos debates com a edição do Código de Processo Civil de 2015. A lei processual expressamente internalizou em seu texto conceitos e justificativas para seguir precedentes, todavia, diferentemente da Constituição, sua incidência acaba sendo mais limitada, até mesmo pelo seu menor âmbito de abrangência. Entretanto, a despeito dessa contenção do tema, a norma processual tem a rara felicidade de tornar a teoria dos precedentes mais vívida na realidade brasileira, promovendo um debate sobre o tema que está sendo mais profícuo, maduro e cotidiano.

O ponto alto dessa previsão do Código de Processo Civil é que o assunto ganha maior espaço de discussão, influenciando uma necessária e definitiva mudança cultural dos operadores e aplicadores do Direito no Brasil, o que tende a afastar as equivocadas impressões negativas sobre a atuação judicial proativa – afinal, na realidade jurídica moderna, os juízes têm papel fundamental na construção e reconstrução do sentido da norma. E pelo que se viu e se afirmou, o entendimento do trabalho é que somente com esse amadurecimento sobre a teoria dos precedentes, que acaba sendo uma forma de ressignificação da teoria do ordenamento, é que o sistema jurídico brasileiro conseguirá se aproximar da melhor e mais evoluída técnica de compreensão e aplicação do Direito, efetivando e concretizando um Estado Democrático de Direito em suas bases fundantes.

Definido o primeiro alicerce, que elegeu o Estado Democrático de Direito e suas características de unidade, coerência e integridade como elementos necessários de qualquer Estado, bem como estabelecido, por meio do segundo alicerce desenvolvido, que a fiel observância dos precedentes é condição necessária para que o Estado de Direito possa cumprir a sua promessa de isonomia e segurança jurídica, chega-se ao terceiro e último alicerce da tese: a Arbitragem.

A bem da verdade, os dois primeiros capítulos serviram quase como elementos de estruturação para a resposta ao problema proposto (a vinculatividade dos árbitros aos precedentes judiciais). Isto porque, definidas as funções e os objetivos do Estado Democrático

de Direito, bem como da teoria dos precedentes, chegou-se ao ponto central do estudo que se revelava na necessidade de verificação e inserção da arbitragem neste contexto

Assim, o primeiro pressuposto para esse entrelaçamento entre os alicerces propostos foi enquadrar a arbitragem como jurisdição. Esse, aliás, foi uma diretriz basilar para as conclusões subsequentes, ou seja, reconhecer que os árbitros têm o poder de dizer o direito, e isso dentro de um núcleo duro do devido processo legal – o respeito às garantias mínimas do processo, inclusive, decorre de uma outra constatação, a de que a arbitragem estaria inserida dentro de uma teoria geral do processo.

Aliás, as poucas, mas ainda relevantes, vozes que excluem a arbitragem como um meio jurisdicional de resolver conflitos acabam levando em consideração que o exercício da função jurisdicional seria exclusivo do Estado. Como se apontou no curso deste trabalho, trata-se de premissa equivocada, o que se afirma ante a própria redefinição dos atributos e características dos poderes estatais.

Essa premissa menor (arbitragem é jurisdição) mostrou-se crucial para a conclusão da premissa maior, a de que os árbitros se inserem dentro do contexto do Estado Democrático de Direito e, por isso, devem seguir os precedentes.

A grande questão sobre essa premissa maior é que nem toda arbitragem teria obrigação de seguir os precedentes. Explicou-se, assim, que por existir diversos tipos e modalidades de arbitragem, todas com vias a resolver o conflito, a escolha por uma arbitragem de equidade, por exemplo, retiraria qualquer norma jurídica (seja lei, seja precedente) do foco de obrigação dos árbitros.

Assim, foi preciso definir qual tipo de arbitragem seria estudada para adequar-se nos alicerces defendidos. Definiu-se, pois, que apenas as arbitragens de direito, e apenas quando elegido o direito brasileiro, é que os árbitros estariam efetivamente vinculados aos precedentes judiciais, afinal, a partir do momento em que as partes escolhessem o direito nacional para solucionar o atual ou futuro conflito, o pressuposto lógico era que todo o conjunto de normas do sistema legal pátrio incidiria na espécie, a incluir aí os precedentes como fontes de direito.

A partir desta configuração, o que se fez foi esmiuçar as razões pelas quais os precedentes judiciais vinculariam os árbitros, procurando, ainda neste momento, refutar os fundamentos daqueles que defenderiam a sua não observância. E dentre os motivos justificadores para seguir os precedentes, verificou-se que: i) não pelo fato de o procedimento arbitral ser diferente do procedimento estatal que o precedente não deveria ser observado, até

porque há precedentes que veiculam normas de direito material, os quais integram o ordenamento jurídico brasileiro; ii) a escolha pela arbitragem como meio jurisdicional de resolução de conflitos não representa uma negação ao direito brasileiro, do contrário, as partes não elegeriam referido conjunto de normas para solucionar a controvérsia (rememore-se que nas arbitragens as partes podem escolher a lei que entendam melhor para resolver a controvérsia, não havendo obrigação alguma pela escolha de determinado sistema ou conjunto de leis); iii) a intenção de filiar o Brasil nos países de *civil law* não impede o uso dos precedentes como fonte de direitos, vide todos os motivos elencados no segundo capítulo, bem como as previsões constitucionais que são claras ao estabelecer precedentes vinculantes para todos aqueles que exercem a função jurisdicional; iv) a ausência de hierarquia entre Judiciário e arbitragem não impede a observância dos precedentes, até porque, o que existe é uma ausência de relação entre as cortes ordinárias e os árbitros, sendo certo que há uma efetiva ligação entre os árbitros e as Cortes Supremas, a impor a sua submissão ao decidido pelos Tribunais Superiores; v) a irrecorribilidade das decisões nos procedimentos arbitrais não impede a observância dos precedentes, afinal não é a possibilidade de reversão da decisão em grau de recurso ou mesmo a previsão de sanção para a não atenção ao precedente, que qualifica uma previsão como normativa.

Entretanto, e como se viu, não seriam todos os precedentes que vinculariam os árbitros, pelo menos não todos os precedentes que hoje subsistem no ordenamento jurídico. Na forma como apresentado no segundo capítulo, apenas os precedentes elencados na Constituição Federal é que são obrigatórios, até porque, sua incidência abrange todos aqueles que exercem função jurisdicional – e aqui, quando se falou em precedentes do texto constitucional, estava se referindo tanto aos expressamente estabelecidos (caso das ações diretas de constitucionalidade), como aqueles denominados implicitamente previstos, caso dos recursos visando à uniformização da interpretação por parte dos Tribunais Superiores.

Portanto, e dentro de toda esta estrutura desenhada e devidamente argumentada, restou inexorável a observância dos precedentes vinculantes por parte dos árbitros.

No último capítulo restou reservado o assunto que teria um liame direto com a pergunta presente no título do último tópico do terceiro capítulo. O que se procurou demonstrar, assim, foi a consequência para a eventual não aplicação do precedente vinculante pelos árbitros.

Antes, porém, foi preciso assentar que não existiria qualquer diferença entre deixar de aplicar um precedente vinculante ou esquivar-se da aplicação de um texto legal, afinal, e como

anotado, ambos são fontes de direitos, possuindo uma mesma força normativa. Isso significa que não é qualquer erro de aplicação do precedente que justificaria a nulidade da decisão arbitral, até porque a regra na arbitragem é que o mérito das suas decisões seria inatingível.

Entretanto, para buscar ser o mais preciso possível sobre a questão, a primeira tarefa foi a pesquisa pelo conteúdo dos precedentes judiciais vinculantes, cujo teor poderia veicular normas de direito material e normas de direito processual. Essa possível diferença de natureza da matéria tratado pelo precedente é crucial para compreender o que pode e o que não pode ser questionado via ação anulatória.

Assim, em observância das hipóteses de nulidade previstas na Lei de Arbitragem, e especificamente sobre os precedentes que veiculariam norma de direito processual, a conclusão alcançada é que se a decisão vinculante tratasse de algumas das garantias processuais expressamente referendadas pelo Lei 9.307/96, e mesmo assim não tivessem sido observadas pelos julgadores, então a sua impugnação seria plenamente possível em razão das próprias previsões do art. 32 da normativa – que basicamente trata de questões procedimentais. No caso, estar-se-ia diante de uma clara hipótese de subsunção à previsão legal, uma vez que os árbitros não teriam respeitado o Direito processual vigente aplicável aos procedimentos arbitrais.

Lado outro, se o precedente veiculasse norma de direito material, então a questão se mostraria ainda mais complexa. Isto porque, tendo em vista a regra geral da intangibilidade do mérito da decisão arbitral, bem como as exclusivas previsões procedimentais para a invalidação da sentença, não sobraria quase espaço algum para irresignar-se contra precedentes vinculantes sobre normas de direito material não atendidos pelos árbitros.

Todavia, demonstrou-se que duas hipóteses do art. 32 da Lei 9.307/96 poderiam ensejar uma discussão meritória reflexa, permitindo, assim, a impugnação da sentença arbitral que deixasse de observar o precedente vinculante que tratasse de norma de direito material.

Como exemplo, lembrou-se da decisão que viesse a aplicar uma norma declarada inconstitucional pela Corte Suprema, que, se de fato ocorrer, pode e deve ser considerada como decidida fora da convenção de arbitragem (isso partindo da premissa que se escolheu a arbitragem de direito, com eleição do ordenamento jurídica brasileiro para resolver o conflito); neste caso, a questão se subsumiria na previsão do art. 32, IV, da Lei 9.307/96.

Um segundo exemplo, e agora atento à previsão do art. 32, VIII, da Lei 9.307/96, seria a hipótese da sentença com omissão de fundamentação. Assim, caso um precedente vinculante fosse suscitado por uma das partes como incidente no caso, bem como considerando que essa

decisão seria relevante para o deslinde do conflito e ainda assim o árbitro simplesmente ignorasse referido fundamento jurídico, então abrir-se-ia a via da impugnação por vício de fundamentação; todavia, deixou-se claro que, nesta hipótese, o vício seria específico de omissão, o que significa que, enfrentado o fundamento na sentença, ainda que de forma errada ou deturpada, não caberia então a via da anulatória, uma vez que aí ocorreria o chamado erro de direito, aplicando-se a máxima da intangibilidade da sentença arbitral.

Como se pode verificar, são duas hipóteses em que as questões procedimentais afetam, de forma indireta, o direito material. Na primeira hipótese, a norma declarada inconstitucional teria sido usada para decidir o mérito do conflito, o que, se alterado excluindo esse equívoco, o conteúdo da decisão poderia ser alterado. Já na segunda hipótese, a omissão do pronunciamento poderia indicar a ocorrência de efeitos modificativos em caso de enfretamento do fundamento jurídico ignorado, o que poderia ser apto a modificar a conclusão da decisão.

Todavia, as hipóteses de nulidade da decisão arbitral por desrespeito ao precedente que veicula direita material não se encerrariam neste ponto. Demonstrou-se, ainda, que é possível a impugnação da sentença arbitral por violação da ordem pública (aqui entendida aquela referente às normas de direito material), sendo que, caso um precedente vinculante fosse proferido e o seu conteúdo se inserisse dentro do contexto daquelas normas consideradas as mais fundamentais do ordenamento, então também nesta hipótese a via da ação anulatória se abriria. Importante atentar que nesta hipótese, e diferentemente do exposto acima, qualquer que seja o tratamento do árbitro ao precedente que veicula norma de ordem pública, a porta da impugnação restaria aberta, afinal, por ser norma de elevada relevância para o sistema, não se admitiria o erro na sua aplicação.

A última hipótese tratada neste trabalho capaz de autorizar a impugnação da sentença arbitral seria aquela que veiculasse um manifesto erro de direito. Nesta hipótese, e embeberando-se do direito norte-americano (*manifest disregard doctrine)*, o que se mostrou é que o Direito não pode sobreviver com decisões absurdas ou teratológicas, motivo pelo qual, caso verificado que o árbitro labutou em flagrante erro na sua decisão (ônus de demonstração da parte que o alega), abrir-se-ia a via da impugnação, cujo enquadramento jurídico se daria por analogia à previsão do art. 32, IV, da Lei de Arbitragem.

Expostas todas as possíveis hipóteses de impugnação da sentença arbitral por não observância do precedente vinculante, o que se verificou foi a necessidade de atentar para a via instrumental do desafio do pronunciamento dos árbitros. No caso, a pergunta feita é se existiria

algum outro meio fora aqueles dois previstos na Lei de Arbitragem para buscar a nulidade da sentença arbitral. A resposta aqui apresentada foi inicialmente negativa, até porque, como a Lei 9.307/96 é lei especial, com ritual específico, possuindo meios próprio de impugnação de suas decisões, não se revelaria possível salvaguardar-se dos meios impugnativos estabelecidos para a jurisdição estatal com vias a atacar a arbitragem.

Entretanto, e buscando encerrar o debate acerca do tema proposto, conclui-se que, a despeito de a Lei de Arbitragem ser norma especial, é possível fazer uso da ação declaratória para atacar a eficácia de sentenças arbitrais cujo prazo decadencial de anulação se esgotou. Esta hipótese, bastante específica e rara, somente se abriria em flagrantes casos de ofensa aos elementos estruturantes da arbitragem, especialmente em relação ao seu objeto (por exemplo, em decisões de questões não arbitráveis). Portanto, nesta hipótese excepcional seria admissível à parte utilizar de uma via instrumental não expressamente prevista na Lei 9.307/96, mas que se faria necessária para manter a ordem jurídica coesa.

REFERÊNCIAS

AARNIO. Aulius. Precedent in Finland. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents* - a comparative study. London and New York: Routlege, 2016, pp. 65-101.

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 399-405.

_____. Jurisdição Constitucional *vs*. Arbitragem: os reflexos do efeito vinculante nas atividades dos árbitros. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 214, dez. 2014, versão eletrônica.

ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. In *Louisiana Law Review*, vol. 65, n. 2, 2005, pp. 775-822. Disponível em https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol65/iss2/6/. Acesso em 23 dez. 2020.

ALEXY, Robert. *Teoria de la Argumentación Jurídica*: la teoria del discurso racional como teoria de la fundamentación jurídica: Trad: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2007.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A anulação de sentença arbitrais e a ordem pública. In *Revista de* Arbitragem *e Mediação*. São Paulo: RT, v. 9, abr.-jun. 2006, versão eletrônica.

ALVES, João Vitor de Sousa. *Direito, Hermenêutica e Decisão: o papel da coerência na interpretação/aplicação do fenômeno jurídico*. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a7c20df233e5af0c. Acesso em 10 mar. 2020.

ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito* – o julgamento do mérito na arbitragem. São Paulo: Almedina, 2018.

_____. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.

ALVIM, Eduardo Arruda; DANTAS, André Ribeiro. Direito Processual Arbitral. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 234, ago. 2014, versão eletrônica.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration* – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent? A Comparative Study on UK, US and Brazilian Law and Practice. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2017.

ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil* – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Trad. e rev. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta corte britânica. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. In *Revista de Processo***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 186, ago. 2010, versão eletrônica.

ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. França: controle de constitucionalidade. E no Brasil: controle preventivo?. Disponível em <http://estadodedireito.com.br/franca-controle-de-constitucionalidade-e-brasil-controle-preventivo2/>. Acesso em 05 fev. 2020.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e Arbitragem no Novo Código de Processo Civil. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 233-266.

_____. *A ordem pública no direito processual civil*. 335 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Ordem%20p%C3%BAblica%20-%20vers%C3%A3o%20completa.pdf>.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Os precedentes vinculantes e o novo CPC: o futuro da liberdade interpretativa e do processo de criação do Direito. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 425-444.

ARAUJO, Yuri Maciel. *Contraditório, imparcialidade e independência no processo arbitral: uma releitura à luz da Teoria dos Sistemas*. 245 f. Dissertação (mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1991, Livro V. Disponível em https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/12/Ética-a-Nicômaco.pdf. Acesso em 04 mar. 2020.

ARMELIN, Donaldo. Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral. In *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, jan.-abr. 2004, versão eletrônica.

_____. A ação declaratória em matéria arbitral. In *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 9, abr.-jun. 2006, versão eletrônica.

ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2. ed., 2021.

ASSIS, Rodolfo. *Interpretação conforme a Constituição e decisões manipulativas*. Rio de Janeiro: Gramma, 2019.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito:* teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria dos Princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Teoria dos Princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo, Malheiros, 2009.

_____. 'Neoconstitucionalismo': entre a 'ciência do direito' e o 'direito da ciência'. In *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE).* Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan.-mar. 2009. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>. Acesso em 15 mar. 2020.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for Precedent. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents* - a comparative study. London and New York: Routlege, 2016, pp. 481-501.

BANKOWSKI, Zenon, MACCORMICK, Neil. Statutory interpretation in the United Kingdom. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.. *Interpreting Statutes* - a comparative study. London and New York: Routledge, 2016, pp. 359-406.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in United Kingdom. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents* - a comparative study. London and New York: Routlege, 2016, pp. 315-354.

BARBOSA, Ana Paula Costa. *A legitimação dos princípios constitucionais fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Neoprivatismo no Processo Civil. In *Temas de Direito Processual Civil* - nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87-101.

_____. O processo civil contemporâneo: enfoque comparativo. In *Temas de Direito Processual* **–** nona série**.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39-54.

_____. José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *Temas de Direito Processual* – oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117-124.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo* – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2. ed., 2010

_____. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, n. 240, abr.-jun. 2005, p. 1-42.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In SILVA. Oliveira Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Coord.). *Controle de Constitucionalidade e direitos fundamentais* – estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes**.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 241-254.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In *Revista da Faculdade de Direito da UERJ (RFD).* Rio de Janeiro, n. 21, 2012. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>. Acesso em 15 mar. 2020.

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

BENDA, Ernesto *et alli*. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BERALDO, Leonardo de Faria. Os precedentes judiciais na arbitragem. In *Direito Internacional e Arbitragem* - Estudos em Homenagem ao Prof. Cláudio Finkelstein. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 195-214.

BINGHAM, Tom. *The Rule of Law*. London: Penguin Books, 2011.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. ST. Paul: West Publishing Co., 1897.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1999.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 9. ed., 1997.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 2005.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Origen y Cambio del Concepto de Estado de Derecho. In: *Estudios sobre el Estado de Derecho e la Democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano, Madrid: Trotta, 2000, pp. 17-46.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BORBA, Luis Villar. Estado de derecho y Estado social de derecho. In *Revista Derecho del Estado*, n. 20, diciembre 2007.

BORN, Gary. *International commercial arbitration*, volume II. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009.

BRANCHER. Paulo M. R.. Ilegalidade *prima facie* como limitador do princípio da competência-competência. uma análise em relação a matérias de ordem pública. In *Revista de Processo*, v. 53, abr.-jun. 2017, versão eletrônica.

BURGE, Mark Edwin. Without Precedent: legal analysis in the age of non-judicial dispute resolution. In *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 143 (2013). Disponível em https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/40.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Uma teoria normativa do precedente judicial:* o peso da jurisprudência na argumentação jurídica. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2007.

_____. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. JR. DIDIER, Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 275-297.

CAENEGEM, R. C. van. *The birth of the English common law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

CAHALI, José Francisco. *Curso de Arbitragem* – mediação, conciliação, tribunal multiportas. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. *DOXA* - Cuadernos de Filosofía del Derecho, 21-I, 1998, pp. 209-220. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/postpositivismo-0/>. Acesso em 29 fev. 2020.

_____. El concepto de integridad em Dworkin. In *DOXA* - Cuadernos de Filosofía del Derecho. n. 12, 1992, pp. 155-176. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-concepto-de-integridad-en-dworkin-0/>. Acesso em 12 mar. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Altas, 2017.

_____. Arbitragem: Lei No 9.307/96. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997.

CAMARGO, Júlia Schledorn de. *A influência da súmula persuasiva e vinculante dos tribunais superiores brasileiros na arbitragem*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

CAMBI, Eduardo. Neoprocessualismo e Neoconstitucionalismo. In DIDIER JR. Fredie (Coord.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 139-171.

CAMINKER, Evan H.. Why Must Inferior Courts Obey Superior Courts precedents?. In *Stanford Law Review*, april 1994, pp. 817-873.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____. Repudiando a Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. In *Revista do Tribunal Regional Federal 4ª região*. Porto Alegre, a. 12, n. 40, 2001, p. 15-49, disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/revistatrf4/arquivos/Rev40.pdf>. Acesso em 10 dez. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARAMELO, António Sampaio. Anulação de Sentença arbitral contrária à ordem pública. In *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, jan.-mar. 2012, versão eletrônica.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo* – um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Arbitragem e Jurisdição. In *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 58, p. 33-40, abr.-jun. 1990, versão eletrônica.

_____. Arbitragem e Jurisdição. In *Participação e Processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (coord.), São Paulo, 1. ed., RT: 1988, p. 296-307.

_____. Julgamento por equidade em arbitragem. In *Revista de Arbitragem e Mediação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 30, jul.-set. 2011, p. 229-244.

CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. *Acesso à Justiça:* Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Comentários aos arts. 1° a 15. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 73-115.

_____. Aspectos Processuais da Nova Lei de Arbitragem. Revista Forense, v. 93, n. 339, jul.-set. 1997, p. 127-141.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; SCHENK, Leonardo Faria. Temas Controvertidos na Arbitragem. In *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015* – v. 1. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Leonardo Greco, Humberto Dalla. (Org.). 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 225-246.

CARNEIRO FILHO, Paulo Cezar Pinheiro. O parágrafo 1º do artigo 489 do código de processo civil de 2015 é aplicável ao procedimento arbitral?. In *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015* – v. 1. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Leonardo Greco, Humberto Dalla. (Org.). 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 225-246.

CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de derecho procesal* - vol. II. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in) certeza do Direito:* a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários à Lei de Arbitragem* (Lei n. 9.307, de 23/9/2016). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CATLETT. Fred W.. The Development of the doctrine of stare decisis and the extent to which it should be applied. In *Washinnton Law Review,* vol. 21, number 3, 1946, pp. 158-170.

CERVERA, Ignacio Campoy. *En defensa del Estado de derecho.* Debilidades y fortalezas del Estado de Derecho a propósito de las críticas de Carl Schmitt. Madrid: Dykinson, 2017.

CHENG, Tai-Heng. *Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration*. In *Fordham International Law Journal*, v. 30, 2006, pp. 1014-1049. Disponível em https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol30/iss4/3/. Acesso em 30 set. 2021.

CHEVALLIER, Jacques. *L'État de droit*. Paris: Montchrestien, 4th edn, 2003.

CHIARLONI, Sergio. Sui rapporti tra funzione nomofilattica della Cassazione e principio della ragionevole durata del processo. In *Rivista Giustizia Insieme*, 2009, pp. 21-33.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Trad.: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 3. ed., 1969.

CITADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 17-42.

CLEVEN, N. e ANDREW N.. Some Social aspects of the Mexican Constitution of 1917. In *The Hispanic American Historical Review.* Durham: Duke University Press, vol. 4, n. 3, aug. 1921, pp. 474-485.

COCA PAYERAS, Miguel. Notas sobre el arbitraje de equidad. In *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, no. 16, 2016, pp. 279-290. Disponível em http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_2/015_t016/_279.dir/Bajlib_2015_t016_279.pdf. Acesso em 15 set. 2021.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del 'giusto processo' civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 112, out.-dez. 2003, versão eletrônica.

_____. Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 133, out. 2002, versão eletrônica.

CONTE, Francesco. *Sobre a motivação da sentença civil.* Estado constitucional democrático de direito. Discurso justificativo. Legitimação do exercício da jurisdição. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

CORREA-LIMA, Osmar Brina. Eqüidade (julgamento com eqüidade e julgamento por eqüidade). In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 27, 2000, p. 221-234.

COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado.* Brasília: Thesaurus, 2008.

COSTA, Eduardo José Fonseca da. Comentários ao art. 489. In *Comentários ao Código de Processo Civil.* ARRUDA ALVIM, Angélica *et ali.* São Paulo: Saraiva, 2. ed., 2017.

COSTA, Pietro. The Rule of Law: A Historical Introduction. In *The Rule of Law*: *history, theory and criticism.* Editors COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo. Dordrecht: Springer, 2007, pp. 73-149.

CREMASCO, Suzana Santi. *A responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional do árbitro*. Disponível em http://www.editoramagister.com/doutrina_23276140_A_RESPONSABILIDADE_PELO_EXERCICIO_DA_FUNCAO_JURISDICIONAL_DO_ARBITRO.aspx. Acesso em 18 mar. 2021.

CREMASCO, Suzana Santi e SILVA, Tiago Eler. O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral. *In Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 59, jul.-dez. 2011, p. 367-404. Disponível em

http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/159/147. Acesso em 1º set. 2021.

CROSS, Rupert e HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. Oxford: Clarendon Press, 2004.

CWMGIEDD, Lord Thomas of. Developing commercial law through the courts: rebalancing the relationship between the courts and arbitration. In *The Bailii Lecture 2016*. Disponível em https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/03/lcj-speech-bailli-lecture-20160309.pdf. Acesso em 30 mar. 2020.

DANZIGER, Philip W.. Is Manifest Disregard Alive and Well in the Second Circuit?: A Remand to Find Out. In *Kluwer Arbitration Blog*, november 12, 2019. Disponível em http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/11/12/is-manifest-disregard-alive-and-well-in-the-second-circuit-a-remand-to-find-out/.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos.* Trad. Jorge Sánchez Cordero. México: Universidad Autónoma de México, 2010.

DAVID, René. *O direito inglês.* São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?. In FREIRE, Alexandre *et alli*. *Novas tendências do processo civil:* estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 331-360.

DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. In *Processo Civil Reformado*. DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 567-576.

_____. Projeto do novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado – exame técnico e constitucional. *In O futuro do processo civil – uma análise crítica ao Projeto do novo CPC.* Org. ROSSI, Fernando *et al*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 551-566

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. Cláusulas Gerais processuais. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 187, set. 2010, versão eletrônica.

_____. A Reconstrução da Teoria Geral do Processo. In *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo.* Org. DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 15-46.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Processo Civil* – teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. In *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, jul.-dez. 2015, versão eletrônica.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo.* São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *A instrumentalidade do processo.* São Paulo: Malheiros, 15. ed., 2013.

DINAMARCO, Julia. O Árbitro e as Normas Criadas Judicialmente: Notas Sobre a Sujeição do Árbitro à Súmula Vinculante e ao Precedente. In *Arbitragem* - Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *In Memoriam*. LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. São Paulo: Atlas, 2007, p. 47-71.

DOLINGER, Jacob. A ordem pública internacional em seus diversos patamares. In *Revistas dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 828, out. 2004, versão eletrônica.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito.* Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Marins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENG, Svein. The doctrine of precedent in English and Norwegian law – some common and specific features. In *Scandinavian Studies in Law,* vol. 39, 2000, pp. 275-324.

EISGRUBER, Christopher L.. Constitutional Sel-Government and judicial review: a reply to five critics. *University of San Franscisco Law Review*, 2002, pp. 115-190.

FARIA, Marcela Kohlbach de. *Participação de Terceiros na Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

FARIA, Márcio Carvalho. Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei n.º 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte 1). In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 313, mar. 2021, versão eletrônica.

_____. Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei n.º 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte 2). In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 314, abr. 2021, versão eletrônica.

_____. Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei n.º 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte 3). In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 315, mai. 2021, versão eletrônica.

_____. Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei n.º 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte 4). In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 316, jun. 2021, versão eletrônica.

_____. Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei n.º 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte 5). In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 317, jul. 2021, versão eletrônica.

FERNÁNDES, José Ramón Serrano-Piedecasas; CRESPO, Eduardo Demetrio. Del Estado de Derecho al Estado Preventivo. In *Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, n. 16, jan.- jun. 2012, versão eletrônica.

FERRAJOLI, Luigi. The past and the future of the Rule of Law. In *The Rule of Law*: *history, theory and criticism.* Editors COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo. Dordrecht: Springer, 2007, pp. 323-352.

_____. Derechos Fundamentales. In *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, pp. 19-56.

FEREIRA NETO, Luiz Antonio. As súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre embargos de divergência e o novo Código de Processo Civil. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 252, fev. 2016, versão eletrônica.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Manual da Arbitragem*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A Arbitragem e os Precedentes Judiciais* – observância, respeito ou vinculação?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. Reflexões sobre a sentença arbitral. In *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 6, jul.-set. 2005, versão eletrônica.

FREITAS, José Lebre de. Agente de execução e Poder Jurisdicional. In *Revista Themis*, n° 7, 2003, p. 19-34.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration.* The Hague: Kluwer Law International, 1999.

GAIO JR., Antonio Pereira. *Teoria da Arbitragem.* São Paulo: Rideel, 2012.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Revista de Occidente, 1959.

GARCIA-PELAYO, Manuel. Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho: El Tribunal Constitucional Español. In *Ilanu*, año 9-10, n. 23-24, pp. 7-33.

GAUS, Gerald F. *Political Concepts and Political Theories.* Boulder: Westview Press, 2000.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos* – direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GERHARDT, Michael J.. *The power of precedent.* New York: Oxford University Press, 2008.

GLENN, Patrick H. *Legal traditions of the world* - sustainable diversity in law. Oxford: Oxford University Press, 2004.

GOMETZ. Gianmarco. *La certeza giuridica come prevedibilità.* Torino: Giappichelli Editore, 2005. Disponível em

https://www.academia.edu/2390532/La_certezza_giuridica_come_prevedibilità. Acesso em 30 ago. 2020.

GOODHART, Arthur L.. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 2, dez. 1930, pp. 161-183.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição.* Salvador: Juspodivm, 2020.

_____. Arbitrabilidade cautelar e monopólio estatal da coerção: revisitando a titularidade do ius imperium no Estado Contemporâneo. In *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015* – v. 1. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Leonardo Greco, Humberto Dalla. (Org.). 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 187-207.

GORLA, Gino; MOCCIA, Luigi. A 'revisiting' of the comparison between 'Continental Law' and 'English Law' (16th - 19th century)". In *Journal of Legal History*, 1981, 2:2, pp. 143-156.

GRAY, John Chipman. *The Nature and Sources of the Law*. New York: The Macmillan Company, 1921, reprinted in 1972.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil* – introdução ao direito processual civil, vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 5. ed., 2015.

_____. *Jurisdição Voluntária Moderna.* São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Controle jurisdicional da arbitragem. In *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015* – v. 1. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Leonardo Greco, Humberto Dalla. (Org.). 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 1-14.

_____. O acesso ao Direito e à Justiça. In *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 197-223.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 164, 2008.

_____. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacases: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225-286.

_____. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In *Revista Quaestio Iuris*, vol. 04, n. 01, 2012, p. 720-746. Disponível em https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10206/7984. Acesso em 30 mar. 2020.

_____. Comentários ao art. 723. In *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1670-1672.

GUILLAUME, Gilbert. The use of precedent by international judges and arbitrators. In *Journal of Dispute Settlement*, Oxford, v. 02, n. 1, 2011, pp. 05-23. Disponível em <https://academic.oup.com/jids/article/2/1/5/843965?login=true>. Acesso em 05 out. 2021.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica. Trad. de Juan Carlos Velasco Arroyo. In *DOXA* - Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 17/18, 1995, pp. 271-302. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/un-concepto-normativo-de-coherencia-para-una-teora-de-la-argumentacin-jurdica-0/>. Acesso em 16 mar. 2020.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez - sobre el derecho y el Estado democrático de derechos en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, Madrid, 2001.

HARRIS, Bruce; PLANTEROSE, Rowan; TECKS, Jonathan. *The Arbitration Act 1996*: a commentary. Oxford: Blackwell Publishing, 2007.

HART, Herbert L.A.. O Conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 3. ed., 2001.

HESSE**,** Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HILL, Flávia Pereira. *O Direito Processual Transnacional como forma de acesso à justiça no século XXI:* os reflexos e desafios da sociedade contemporânea para o direito processual civil e a concepção de um título executivo transnacional. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013.

HOBSBAWM, Eric J. *A Revolução Francesa.* Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 4. ed., 2002.

JORGE, Flávio Cheim. Embargos de Divergência: alguns aspectos estruturantes. In *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 190, dez. 2010, versão eletrônica.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?. *In Arbitration International*, vol. 23, n. 3, 2007, pp. 357-378. Disponível em http://www.arbitration-

icca.org/media/4/77507134886347/media012319143087130009500001.pdf. Acesso em 18 set. 2021.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KUNZLER, Caroline de Morais. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. In *Estudos de Sociologia*, Araraquara, n. 16, 2004, p. 123-136. Disponível em https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/146. Acesso em 16 set. 2021.

KUYVEN, Luiz Fernando Martins. O necessário precedente arbitral. In *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, jan.-mar. 2013, versão eletrônica.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. *Adjudication as a private good.* Stanford: National Bureau of Economic Research, 1978.

LAQUIÈZE, Alain. État de Droit and National Sovereignty in France. In *The Rule of Law: history, theory and criticism*. Edi. COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo. Dordrecht: Springer, 2007, pp. 261-291.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LAUTENBACH, Geranne. *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. Oxford University Press, 2013.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. In *Revista dos Tribunais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 686, dez. 1992, versão eletrônica.

_____. A Arbitragem e a Decisão por Eqüidade no Direito Brasileiro e Comparado. In *Arbitragem:* Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *In Memoriam*. Coord. LEMES, Selma Ferreira et al. São Paulo: Atlas, 2007, p. 189-229.

LEMOS, Vinicius Silva. *O incidente de assunção de competência*: da conceituação à procedimentalidade. Salvador: Juspodivm, 2018.

LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário*: a definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil* – v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOSANO, Mario G.. *Os Grandes Sistemas Jurídicos:* introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido Processo Legal Substancial. In DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Leituras Complementares de Processo Civil.* Salvador: JusPodivm, 2008, p. 15-30.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito,* v.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2019.

_____. Algumas considerações sobre o regime processual das demandas repetitivas. In *Revista de Processo*. São Paulo: Thomson Reuters, v. 296, out. 2019, versão eletrônica.

MACÊDO, Lucas Buril de; ALMEIDA, Maria Eduarda. Os Precedentes Obrigatórios Vinculam o Tribunal Arbitral?. In *Revista de Processo.* São Paulo: Thomson Reuters, vol. 305, jul. 2020, versão eletrônica.

MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho - una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2016.

_____. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford Clarendon Press, 2003.

_____. Coherence in legal justification. In *Theory of Legal Science.* Springer Netherlands, 1984, pp. 235-251.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.. Introduction. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents* - a comparative study. London and New York: Routlege, 2016, pp. 1-15.

_____. Further General Reflections and Conclusions. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents* - a comparative study. London and New York: Routlege, 2016, pp. 531-550.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de Constitucionalidade. In *Revista de Informação Legislativa,* v. 43, n. 172, out.-dez. de 2006, p. 37-44. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 15 mai. 2021.

MAHAJAN, Kartikey. *Appeal on a point of law under section 69 of the Arbitration Act 1996: is there any reversal of trend?*. Disponível em http://arbitrationblog.practicallaw.com/appeal-on-a-point-of-law-under-section-69-of-the-arbitration-act-1996-is-there-any-reversal-of-trend/.

MARIANI, Romulo Greff. *Precedentes na Arbitragem.* Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 87-97.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *A ética dos precedentes* – justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *A ética dos precedentes* – justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. *Curso de Processo Civil* - vol 1 (Teoria Geral do Processo). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed., 2017.

_____. Arbitragem e coisa julgada sobre questão. In *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.* Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, p. 731-746.

_____. O precedente na dimensão da igualdade. Disponível em https://www.academia.edu/218490/O_Precedente_na_Dimensão_da_Igualdade. Acesso em 29 fev. 2020.

_____. *Rápidas observações sobre arbitragem e jurisdição.* Disponível em https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/arbitragem-e-jurisdicao_marinoni.pdf. Acesso em 13 jun. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil:* teoria do processo civil – vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed., 2017, e-book, parte 1.

_____. *Novo Curso de Processo Civil*: teoria geral do processo civil, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. In *Kluwer Arbitration*. Kluwer Law International, Wolters Kluwer Company, 2013, p. 136-137. Disponível em file:///C:/Users/usuario/Downloads/Inexistencia_de_vinculacao_do_arbitro_as.pdf.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira, ROESLER, Cláudia Rosane e JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A Noção de Coerência na Teoria da Argumentação Jurídica de Neil Maccormick: Caracterização, Limitações, Possibilidades. Disponível em https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/199. Acesso em 10 mar. 2020.

MARTINS, Pedro A. Batista. Normas e princípios aplicáveis aos árbitros. In *Aspectos fundamentais da Lei de arbitragem*. MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 289-311.

MAZZEI, Rodrigo. Embargos de declaração no processo penal: breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 525-553.

MAZZOLA, Marcelo; OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. As implicações materiais e processais que obstam a implementação do juízo arbitral nos juizados especiais. In *Juizados Especiais Cíveis Estaduais* – reflexões e perspectivas nos 25 anos na Lei 9.099/1995. Org. GAIO JR., Antônio Pereira e CUNHA, Maurício Ferreira. Londrina: Thoth Editora, 2021, p. 101-121.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello. *Incidente de Assunção de Competência.* Rio de Janeiro: GZ Editora, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 4. ed., 2004.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:* Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2. ed., 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 12. ed., 2017, livro digital.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. Equality before the Law and Precedent. In *Ratio Juris*. vol. 10, n. 4, december 1997, pp. 372-391.

MISTELIS, Loukas. "Keeping the Unruly Horse in Control" or Public Policy as a Bar to Enforcement of (Foreign) Arbitral Awards. In *International Law FORUM du droit international*, 2, 2000, pp. 248-253.

MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos*: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

_____. *Precedentes*: da persuasão à vinculação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. *Reclamação nas Cortes Supremas*: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

_____. *Cortes Superiores e Cortes Supremas:* do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017.

_____. *Fundamentação e Precedente*: dois discursos a partir da decisão judicial. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, abr. 2012, versão eletrônica.

MONATERI, Pier Giuseppe. *The 'weak law'*: contaminations and legal cultures (borrowing of legal and political forms). Disponível em < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1300298>. Acesso em 20 mar. 2020.

MONTEIRO, António Pedro Pinto. *O princípio da igualdade e a pluralidade de partes na arbitragem:* os problemas na constituição do tribunal arbitral. Coimbra: Almedina, 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis.* Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* São Paulo: Atlas, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. Trad.: Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Escolha de Norma Material em Arbitragem. In *Manual de Arbitragem para advogados*, p. 42-48. Disponível em https://cacb.org.br/cbmae-publicacoes/manual-de-arbitragem-para-advogados/. Acesso em 31 ago. 2021.

NASSER, Paulo Magalhães. *Vinculações arbitrais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NAVARRETE, Antonio Maria Lorca. ¿Garantías Ordinarias versus Garantías Constitucionales en el arbitraje?. In *Arbitragem* - Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *In Memoriam*. LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. São Paulo: Atlas, 2007, p. 230-253.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson. Julgamento Arbitral por Equidade - Limites - Ordem Pública e Constitucionalidade. In *Soluções Práticas de Direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 5, set. 2014, versão eletrônica

_____. *Súmulas também precisam ser interpretadas*. Disponível em https://www.conjur.com.br/2021-jan-28/nelson-nery-junior-sumulas-tambem-interpretadas. Acesso em 15 jan. 2021.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. Sir Edward Coke e o Judicial Review inglês: Breve História. In *Teoria do Processo* – Panorama Doutrinário Mundial. Coord.: Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão. Salvador: JusPodivm, 2010.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 13. ed., 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil* - proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 137, jul. 2006, versão eletrônica.

OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Motivação e discricionariedade*: as razões de decidir e o contraditório como elementos legitimadores da atuação judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

_____. Jurisdição criativa e a motivação das decisões judiciais como seu aspecto legitimador. In *Processo Constitucional*. Coord. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 559-632.

_____. O microssistema de casos repetitivos - apontamentos sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos repetitivos. In *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.* Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, p. 477-502.

_____. Anulação da sentença arbitral nacional por violação da ordem pública. In *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015* - v. 1. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; DALLA, Humberto (Org.). 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 167-186.

OST, François; VAN HOECKE, Mark. Legal doctrine in crisis: towards a European legal science. In *Legal Studies.* 1998, v. 18, pp. 197-215.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo Arbitral e sistema.* São Paulo: Atlas, 2012.

PAULSSON, Jan. Arbitration in Three Dimensions. In *LSE - Law, Society and Economy Working Papers*, 2010. Disponível em http://ssrn.com/abstract=1536093. Acesso em 25 out. 2021.

_____. International arbitration is not arbitration. In *Stockholm International Arbitration Review*, 2008:2, pp. 1-20. Disponível em https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012331138275470siar_2008-2_paulsson.pdf. Acesso em 25 out. 2021

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

_____. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. In *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 2, 2017. p. 93-133.

PELEJA JR., Antonio Veloso. *Sentenças aditivas e jurisdição constitucional:* uma performance diferenciada do juiz constitucional. Curitiba: Juruá, 2017.

_____. *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*. Curitiba: Juruá, 2011

PICARDI, Nicola. Introdução ao *Code Louis* (*Ordonnance Civile*, 1667). In *Jurisdição e Processo.* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 69-124.

_____. Notas sobre o precedente judicial. In *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 145-155.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Jurisdição e Pacificação:* limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Rio de Janeiro: Editora CRV, 2017.

_____. Os princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1o ao 11 do PLS 166/10. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. VI, ano 4, jul.-dez. 2010, p. 49-92. Disponível em www.redp.com.br. Acesso em 15 mar. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2019.

PUNZI, Carmine. Le nuove fronteire dell'arbitrato. In *Revista di Diritto Processuale*. Milano: Cedam, anno LXX (seconda serie), n. 1, gennaio-febbraio 2015, pp. 1-15.

RADBRUCH, Gustav. Cinco Minutos de Filosofia. Disponível em https://leiturasdiversas.wordpress.com/2019/02/25/cinco-minutos-de-filosofia-do-direito-gustav-radbruch/. Acesso em 20 fev. 2020.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010.

RAÓ, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RADIN, Max. Case law and Stare Decisis: concerning "Präjudizienrecht in Amerika". In *Columbia Law Review*, vol. 33, no. 2 (feb. 1933), pp. 199-212.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

REQUIÃO, Maurício. O caráter normativo do precedente. *In Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 223, set. 2013, versão eletrônica.

REGLA, Josep Aguiló. Sobre la constitución del Estado Constitucional. In *DOXA* - Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 24, 2001, pp. 429-457. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-la-constitucin-del-estado-constitucional-0/>. Acesso em 20 fev. 2020.

_____. Positivismo y Postpositivismo. Dos Paradigmas Jurídicas en Pocas Palabras. In *DOXA* - Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 30, 2007, pp. 665-675. Disponível em <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/46837731804796940700080/035429.pdf?incr=1>. Acesso em 29 fev. 2020.

REIS, Christiane Freire de Paula. Is the arbitrator obliged to follow a judicial precedent in international arbitration?. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 118, 2018, versão eletrônica.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angústias e desconfianças. In *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 259, set. 2016, versão eletrônica.

ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC?. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016>. Acesso em 05 nov. 2021.

ROSEMBERG, Leo. Da Jurisdição no Processo Civil. Trad.: João S. Muller. Campinas: Impactus, 2005.

RUBINGER-BETTI, Gabriel e ROESLER, Claudia. As Limitações e Possibilidades dos Critérios Avaliativos Propostos por Neil Maccormick para a Argumentação Jurídica. In *Revista de Direito e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 18, n. 1, p. 133-164, jan.-abr. 2017, versão eletrônica. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Garant_v.18_n.1.07.pdf. Acesso em 10 mar. 2020.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International Arbitration* - Law and Practice. Kluwer Law International, 2001.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. *O Pequeno Príncipe*. Rio de Janeiro: Ideia Jurídica, 2015.

SALOMÃO, Luis Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. In *Revista de Arbitragem e Mediação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 66, jul.-set. 2020, versão eletrônica.

SANDEL, Michael. J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil* – vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem: mediação e conciliação.* Rio de Janeiro: Forense, 2018, e-book.

SCHAUER, Frederick. Precedente. Trad. André Duarte de Carvalho e Lucas Buril de Macêdo. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 49-86.

SCHILL, Stephan W.. Sources of International Investment Law: Multilateralization, Arbitral Precedent, Comparativism, Soft Law. In S. Besson, & J. d'Aspremont (Eds.), *The Oxford Handbook on the Sources of International.* Oxford University Press, 2017, pp. 1095-1115. Disponível em https://doi.org/10.1093/law/9780198745365.003.0051. Acesso em 30 set. 2021.

SELLERS, Mortimer N. S.. The Doctrine of Precedent in the United States of America. In *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, october 2006, pp. 67-88.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. O Estado Democrático de Direito. In *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, mai. 2011, versão eletrônica.

SOUZA, Artur César de. *Recurso extraordinário e recurso especial:* pressupostos e requisitos de admissibilidade no novo C.P.C. de acordo com a lei 13.256 de 4/2/2016. São Paulo: Almedina, 2017.

STARGER, Colin P.. The dialetic of stare decisis doctrine. In *University of Baltimore School of Law Legal Studies Reserch Paper*, n. 2013-18. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2251556. Acesso em 05 mai. 2020.

STEINER, Eva. Theory and practice of judicial precedent in France. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 2-47.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?. Disponível em https://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades. Acesso em 03 mar. 2020.

_____. Os dezoito anos da Constituição do Brasil e as Possibilidades de realização dos direitos fundamentais diante dos obstáculos do positivismo jurídico. In CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras Complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 1-24.

STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz e ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

_____. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 175-182.

SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*. New York: Cornell University Press, 1982.

_____. Precedent in the United States (New York State). In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents* - a comparative study. London and New York: Routlege, 2016, pp. 355-406.

_____. Statutory interpretatiton in the United States. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.. *Interpreting Statutes* - a comparative study. London and New York: Routledge, 2016, pp. 406-459.

TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. In *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 13, n. 50, jul.-set. 2016, versão eletrônica.

_____. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira*: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direito. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

_____. O Fim Do "Conflito De Competência" Entre Tribunal Arbitral E Juiz Estatal. Disponível em https://www.migalhas.com.br/depeso/236663/o-fim-do--conflito-de-competencia--entre-tribunal-arbitral-e-juiz-estatal. Acesso em 1º out. 2021.

_____. Arbitragem e Precedentes: cinco premissas, cinco soluções e um epílogo (e um vídeo). Disponível em https://justen.com.br/pdfs/IE138/IE138-Eduardo-Arbitragem%20e%20Precedentes.pdf. Acesso em 05 nov. 2021.

TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la ley*. Trad. Diego Del Vecchi. Lima: Palestra Editores, 2013.

TARUFFO, Michelle. *La motivación de la sentencia civil*. Trad.: Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011.

_____. Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009. pp. 63-91.

_____. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. In *Revista de Processo*, São Paulo, v.181, mar. 2010, versão eletrônica.

_____. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 110, abr.-jun. 2003, versão eletrônica.

_____. Idee per una teoria della decisione giusta. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, anno LI, n. 2, 1997, pp. 315-328.

_____. Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, anno XLVIII, 1994, pp. 19-36.

_____. Dimensiones del precedente judicial. In *Páginas sobre justicia civil*. Marcial Pons: Madrid, 2009, pp. 541-556.

_____. Precedent in Italy. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents* - a comparative study. London and New York: Routlege, 2016, pp. 141-188.

_____. Institutional factors influencing precedents. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents* - a comparative study. London and New York: Routlege, 2016, pp. 437-460.

_____. Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 251-262.

_____. Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In *Páginas sobre justicia civi.* Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 21-29.

_____. Precedente y Jurisprudencia. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In *Paginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons. 2009, pp. 567-569.

TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents* - a comparative study. London and New York: Routlege, 2016, pp. 141-188.

TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil – da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

TEIXEIRA, João Pedro Accioly. O Sistema de Jurisdição Constitucional Francês: Do Primado da Lei à Questão Prioritária de Constitucionalidade. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.96.11.PDF. Acesso em 20 mar. 2020.

TEMER, Sofia. Precedentes Judiciais e Arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento da ação anulatória. In *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015* – v. 1. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Leonardo Greco, Humberto Dalla. (Org.). 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 283-298.

TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira* – competência internacional e imunidade de jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JR., Humberto. Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil - demandas repetitivas. In *Revista de Processo.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, vol. 255, mai. 2016, versão eletrônica.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. In *Revista de Processo*, vol. 189, nov. 2010, versão eletrônica.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L.. *Interpreting Precedents* - a comparative study. London and New York: Routlege, 2016, pp. 103-140.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito.* São Paulo: RT, 2004.

_____. O regime do precedente judicial no novo CPC. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 445-457.

_____. Precedentes Judiciais e a atuação do advogado. In *Advocacia.* TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 107-117.

_____. *Os árbitros não são estouvados! (sobre as jornadas de Direito Processual Civil).* Disponível em. https://www.conjur.com.br/2018-ago-28/paradoxo-corte-arbitros-nao-sao-estouvados-jornadas-direito-processual-civil. Acesso em 31 out. 2021.

_____. *O árbitro e a observância do precedente judicial*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>. Acesso em 05 nov. 2021.

_____. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 56, out.-dez. 1989, versão eletrônica.

TUPINAMBÁ, Carolina. Comentários ao art. 15. In CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 44-53.

TURNER, Christian; RATNER, Joshua. *Origin, Scope, and Irrevocability of the Manifest Disregard of the Law Doctrine: Second Circuit Views*, 2006. Disponível em https://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/644. Acesso em 22 dez. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil* – teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2003.

VERÇOSA, Fabiane. *A Aplicação errônea do Direito pelo Árbitro* – uma análise à luz do Direito Brasileiro e Estrangeiro. Curitiba: CRV, 2015.

VERDE, Giovanni. *Profili del Processo Civile*. Nápoles: Jovene, 2002.

VIDAL, Isabel Lifante. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. In *DOXA* - Cuadernos de Filosofia del Derecho n. 25, 2002, pp. 413-439. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/dos-conceptos-de-discrecionalidad-jurdica-0/>. Acesso em 31 out. 2021.

VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Reflexões atuais sobre o dever de revelação (*duty of disclosure*) à luz do princípio da confiança na arbitragem e a análise do caso Tecnimont. In *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015* – v. 2. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Leonardo Greco, Humberto Dalla. (Org.). 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 215-238.

VINCENZO, Vigoriti. Verso um diritto comune dell'arbitrato: note sul lodo e la sua impugnazione. In *Il Foro Italiano*, vol. 117, parte quinta: Monografie e Varietà, 1994, pp. 210-219.

VIGORITI, Vincenzo; CARMONA, Carlos Alberto. Em busca de um direito comum arbitral: notas sobre o laudo arbitral e sua impugnação. In *Revista de processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 91, jul.-set. 1998, versão eletrônica.

YARSHELL. Flávio Luiz. Ação Anulatória de Julgamento Arbitral e Ação Rescisória. In *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 5, abr.-jun. 2005, versão eletrônica.

WALD, Arnoldo. O espírito da arbitragem. In *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 12, n. 23, jan.-jun. 2009, p. 22-35.

_____. As *anti-suit injuctions* no Direito Brasileiro. In *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 3, nº 9, abr.-jun. 2006, versão eletrônica.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. O mandado de segurança e a arbitragem. In *Revista de Mediação e Arbitragem.* São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 13, abr.-jun. 2007, versão eletrônica.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil* – vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 16. ed., 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do Direito: *civil law* e *common law*. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 172, jun. 2009, versão eletrônica.

_____. Interpretação de lei e de precedentes: *civil law* e *common law*. In *Revista dos Tribunais*. Porto Alegre, vol. 893, mar. 2010, versão eletrônica.

_____. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - *civil law* e *common l*aw. In *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 384, out. 2009, p. 53-62.

_____. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas. In *Precedentes* – Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coord. DIDIER JR., Fredie; *et al*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 263-274.

_____. A discussão sobre a disponibilidade do controle judicial da sentença arbitral e os seus limites. In *Revista Brasileira de Arbitragem*. Kluwer Law Internacional, 2016, p. 7-32.

WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In *Estudos em homenagem à professora Ada Pelegrini Grinover*. Org. Flávio Luiz Yarshell e. São Paulo: DJP Editora, 2005.

WEIDEMAIER, Mark C.. Toward a Theory of Precedent in Arbitration. In *William & Mary Law Review*, vol. 51, 2010, pp. 1895-1958. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1594970. Acesso em 18 set. 2021.

WESCOTT, Matthew. Quod me nutria me distruit - London as a centre for international arbitration and the threat to the common law. In *Young Arbitration Review*, edition 21, apr. 2016, pp. 54-57.

WLADECK, Felipe Scripes. *Impugnação da sentença arbitral.* Salvador: Juspodivm, 2014.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil:* como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da justiça no processo civil brasileiro. Tese

(Doutorado em Direito Processual) – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil* – Ley, Derechos, Justicia. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes* – teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. *A constitucionalização do processo:* a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005, p. 86-92. Disponível em https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4525/000502097.pdf. Acesso em 30 mar. 2020.

_____. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 235, set. 2014, versão eletrônica.

ZANETI JR., Hermes e COPETTI NETO, Alfredo. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha. In Derecho y cambio social. Disponível em https://www.derechoycambiosocial.com/revista046/OS_DEVERES_DE_COERENCIA_E_INTEGRIDADE.pdf. Acesso em 04 mar. 2020.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?. In *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 257, jul. 2016, versão eletrônica

ZOLO, Danilo. Rule of Law: a critical reappraisal. In *The Rule of Law: history, theory and criticism*. Editors. COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo. Dordrecht: Springer, 2007, pp. 3-72.