



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

JOÃO ARTHUR DO VALE PACHECO

**NATUREZA DA ARBITRAGEM E DO SISTEMA DE PRECEDENTES: A
RELAÇÃO ENTRE O SISTEMA DE PRECEDENTES DO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL DE 2015 E A ARBITRAGEM DE DIREITO**

**JOÃO PESSOA
2022**

JOÃO ARTHUR DO VALE PACHECO

**NATUREZA DA ARBITRAGEM E DO SISTEMA DE PRECEDENTES: A
RELAÇÃO ENTRE O SISTEMA DE PRECEDENTES DO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL DE 2015 E A ARBITRAGEM DE DIREITO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de João
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial da obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a. Dr.^a Marília Marques Rêgo
Vilhena

JOÃO PESSOA
2022

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

P116n Pacheco, João Arthur do Vale.

Natureza da arbitragem e do sistema de precedentes:
a relação entre o sistema de precedentes do Código de
Processo Civil de 2015 e a arbitragem de direito / João
Arthur do Vale. Pacheco. - João Pessoa, 2022.
58 f.

Orientação: Marília Marques Rêgo Vilhena.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Arbitragem. 2. Precedente. 3. Vinculação. 4.
Código de Processo Civil. I. Vilhena, Marília Marques
Rêgo. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

JOÃO ARTHUR DO VALE PACHECO

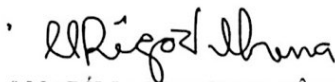
**NATUREZA DA ARBITRAGEM E DO SISTEMA DE PRECEDENTES: A
RELAÇÃO ENTRE O SISTEMA DE PRECEDENTES DO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL DE 2015 E A ARBITRAGEM DE DIREITO**

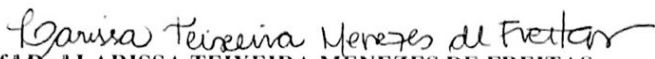
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de João
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial da obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marília Marques
Rêgo Vilhena

DATA DA APROVAÇÃO: 23 DE NOVEMBRO DE 2022

BANCA EXAMINADORA:


Prof.^a Dr.^a MARÍLIA MARQUES RÊGO VILHENA
(ORIENTADORA)


Prof.^a Dr.^a LARISSA TEIXEIRA MENEZES DE FREITAS
(AVALIADORA)


Prof.^a M^a JULIANA COELHO
(AVALIADORA)

Texto dedicado a Josefa Fernandes do Vale, por ocasião do seu centenário, a mulher mais forte de toda a história do sertão baiano, através de seu suor e trabalho todos os que vieram após ela tiveram uma vida mais tranquila e digna. Sem ela este curso e este trabalho não seriam possíveis para mim, um sertanejo da zona rural. Maior que ser bacharel em direito e advogado é ser bisneto de vó Zefa.

AGRADECIMENTOS

Ao Deus Eterno e Todo-Poderoso, Santíssima Trindade, que na Encarnação do Verbo Divino, Jesus Cristo Senhor Nosso, revela-se plenamente a mim e revela-me plenamente a mim mesmo. Em sua bondade infinita foi meu Auxiliador em todos os instantes, fez-me ver vida onde imperava a morte, e fez-me ver morte onde havia uma vida que em nada vivificava. A ele repetirei eternamente a prece: “Não a nós, não a nós, Senhor, mas ao teu nome dá glória” (Salmo 115.1).

À Una e Santa Igreja Católica Apostólica, minha Mãe, d’Ela tudo eu recebi de bom, sem seu auxílio nada seria possível. N’Ela encontro liberdade, saúde e paz. Rogo a Deus a graça de viver, sobretudo na minha vida profissional que em breve se iniciará, e morrer como filho da Igreja.

À Bem-aventurada Sempre Virgem Maria, Senhora Nossa, pois durante toda a graduação olhei para Ela, a Estrela da Manhã, e invoquei o seu nome quando mais precisei e esta boa Mãe jamais me deixou sozinho ou desamparado, preservou minha vida quando nem mesmo eu acreditava mais. Ao meu bom pai São José, meu modelo e mestre, todos os passos que dei sempre contei com o seu constante patrocínio e vigilância, sois meu bom professor meu modelo de oração, hombridade e trabalho, espero conquistar os meus sonhos com o suor do meu rosto como fizeste. Ao meu anjo da guarda que sempre me protegeu e ajudou, sei que dou muito trabalho, mas espero contigo celebrar no céu a vitória de Deus em mim. Agradeço a todos os Santos de Deus pela perene intercessão.

À professora Valsione Pereira do Vale, minha mãe, sem seu amor e cuidado não sei o que seria de mim, sem teu olhar caridoso para minhas feridas e sua constante ajuda este sonho não seria possível, à senhora meu amor e gratidão para sempre! Ao meu pai socioafetivo Almir Ramos, por sempre cuidar de todos na família, seu amor cura em mim muitos males e me dá esperança, seu coração bondoso é para mim um modelo. Ao meu irmão Alexandre, por sempre me fazer rir com suas piadas e graças, mas sobretudo por sempre me alertar que devo seguir o caminho do Evangelho para que você possa vir após mim e ser maior que eu.

A Geni Maria do Vale e a Genivaldo Pereira dos Santos, meus avós, quem diria o neto do agricultor e da auxiliar de serviços gerais se formaria numa universidade federal? Tudo isto só é possível, pois os dois fizeram uma escolha pela educação. Nossa família é um exemplo de mobilidade social por meio da educação e sem a adesão destes avós que tanto amo eu não estaria aqui. Sou fruto do suor de cada dia dos dois. Amo-os para sempre.

A Josefa Fernandes do Vale, minha bisavó, modelo de resiliência e de cumprimento da vocação batismal, sem o seu suor catando manga e capim na serra, trabalhando de inchada, facão e foice eu não poderia hoje poder trabalhar com as leis. Josefa é uma mulher revolucionária, no sertão da Bahia do século XX aceitou ser mãe de filhos que não eram seus e tornou-se mãe-solo e chefe de família. Espero ter a força desta mulher. Amo-te vó Zefa.

A todos os meus tios e primos pela constante torcida e apoio, vocês moram no meu coração. E àqueles que não são parentes de sangue, mas é pelo vínculo de amor, minha madrinha Cleide e meu padrinho Zezinho, muito obrigado pela constante torcida e oração.

À professora Marília, não agradeço só pela orientação, mas por ter sido para mim sinal de segurança e esperança durante a graduação, muitíssimo obrigado professora, um dia pretendo ser um docente como a senhora!

Às professoras Dra. Lorena de Freitas, Me. Caroline Sátiro, Dra. Larissa Teixeira e aos professores Dr. Enoque Feitosa e Edward Lemos (*in memoriam*) pela colaboração na minha formação através da orientação em pesquisa, monitoria e extensão. Bem como a todo o corpo docente do curso de Direito da UFPB pela colaboração na minha formação. Agradeço ainda às professoras que compõem a banca que avalia este trabalho: Dra. Marília Vilhena, Dra. Larissa Teixeira, Ms. Juliana Coelho.

Agradeço também à Sra. Renata Carrilho, minha supervisora no estágio do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, foi através do trabalho orientado por ela que surgiu a ideia desta pesquisa, bem como, agradeço a toda a equipe da DICO III do TCE-PB.

Agradeço aos amigos de sempre Matheus e Hernandes, cada um em seu eremitério, mas em comunhão constante, vocês são para mim alegria!

Agradeço ao Reverendo Padre Clayton, por todo o apoio e orações, em sua pessoa saúdo todos os sacerdotes que me acompanharam nesta jornada.

Aos amigos que o curso me trouxe: Rebeca Monteiro, Maria-Vitória, Vitória Regina, Natasha, Neyxa, Lucas, José Hildemar, Rodrigo Ramos, Crismada, Virna, Laiza, Letícia, para sempre recordarei todos os momentos que passamos juntos, amo cada um! Aos amigos que João Pessoa me trouxe: Tomaz, Luana e Mateus Feitosa, Pedro Henrique, Pedro Paulo, Geadelande Júnior, Erycles Fabrício, Roberto e Wesley Roberto. E a Felipe que não é de Jampa, mas todo dia está me aperreando. Agradeço a cada amigo da Côrte, dos Descoordenados e à Geovana Requião. Cada conversa com vocês foi alento para mim. Todos amigos que corajosamente mantêm-se gostando de mim, apesar de mim.

Agradeço a minha terra Catuni da Estrada, eu sou de lá, orgulho-me de ser de lá, do sertão, naquele lugar recebi nos principais ensinamentos de minha vida, infinitamente

superiores aos que recebia na Universidade. Sou fruto do barro daquela terra, das coisas da minha gente. Agradeço a João Pessoa, minha terra do coração, aqui pude me conhecer, e diga-se de passagem: pude conhecer a minha melhor face! Conheci o João que é livre e que ama! Jampa para sempre em meu coração.

Por fim, agradeço a mim mesmo, por não ter desistido, por ter escolhido me amar e viver. Eu sou o artífice de minha história, espero estar fazendo tudo certinho. Valeu João, você é massa cara! Sou um sujeito de sorte, que apesar da mocidade, estou são, salvo e forte.

Sou o primeiro de minha família a ingressar e concluir um curso de nível superior numa Universidade Pública, depois de mim virão muitos, não só dos que têm meu sangue, mas do que vêm da minha terra! Vim aprender a ler para ensinar meus camaradas.

Agradeço a todos que atravancaram meu caminho, com cada um aprendi que sou forte, sem precisar beber do fel e pisar no chão de cada um deles.

Agradecer ter o que agradecer!

Não mexe comigo que eu não ando só!

Obrigado!

“É tempo de reparar na balança de nobre cobre que o
Rei equilibra, fulmina o injusto e deixa nua a
justiça”

Maria Bethânia

RESUMO

O presente trabalho busca averiguar a vinculação da arbitragem de direito ao sistema de precedentes do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. Para tanto, busca-se estabelecer o conceito de arbitragem e a percepção de sua natureza jurídica enquanto verdadeira jurisdição, estabelecendo previamente o conceito de arbitragem e jurisdição e posteriormente o embate entre as teorias contratualista e jurisdicional que opinam sobre o tema, chegando por fim a uma reflexão correlacionando o tema através do princípio da unidade da jurisdição. Além disso, faz-se o mesmo movimento em relação ao sistema de precedentes do CPC de 2015, estabelecendo previamente a conceituação de precedente, bem como a percepção do sistema de precedentes do CPC de 2015 e a investigação de sua natureza jurídica enquanto fonte do direito. Estabelecendo-se estas premissas, pode-se observar a possível vinculação da arbitragem de direito ao sistema de precedentes.

Palavras-chave: Arbitragem; Precedente; Vinculação

ABSTRACT

The present research propose to investigate the link between arbitration by law and the system of precedents in the Brazilian's Civil Procedure Code from 2015. Therefore, it seeks to establish the concept of arbitration and the perception if there is a possibility to consider the legal nature as a jurisdiction, to get possibles answers for the principal question, at first, the paper defined the concept of arbitration and jurisdiction to after take care of the clash between the contractualist and jurisdictional theories. After that, the paper was able to reached the reflection which correlating the subject through the principle of unity of jurisdiction. In addition, the same movement is made in relation to the system of precedents of the CPC of 2015, previously establishing the concept of precedent, as well as the perception of the system of precedents of the CPC of 2015 and the investigation of its legal nature as a source of law . Establishing these premises, it was possible to observe the possible link between arbitration by law and the system of precedentes

Key-words: Arbitration; Precedent; Vinculation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 ARBITRAGEM: CONCEITO, NATUREZA E A UNIDADE DA JURISDIÇÃO.....	15
2.1 Conceituação de jurisdição	17
2.2 Arbitragem como verdadeira jurisdição	19
2.3 Princípio da unidade da jurisdição como pressuposto da vinculação da arbitragem de direito ao sistema de precedentes	25
3 SISTEMA DE PRECEDENTES: NATUREZA E VINCULAÇÃO	28
3.1 Sistema de precedentes do Código de Processo Civil de 2015	30
3.2 Inserção do sistema de precedentes na teoria das fontes do Direito.....	36
3.3 Arbitragem e o sistema de precedentes.....	41
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

As lides são características da sociedade humana, o tradicional brocardo jurídico “onde está a sociedade, aí está o direito”, que por alguns é contestado advogando a existência de sociedades sem direito propriamente dito, pode se tornar incontestado se sua grafia for alterada para “onde está a sociedade, aí há conflitos”. E a estes conflitos os homens, em especial os juristas, buscam dar soluções. Mas até mesmo sobre os métodos de resolução para a sombra do conflito: Como resolver? Quais os limites para a resolução? Quais as lides realmente carecem de resposta impositiva?

Diante disso, diversas possibilidades surgiram e estas podem ser divididas em dois grandes grupos: métodos autocompositivos, nos quais as próprias partes resolvem seus problemas e os métodos heterocompositivos, cuja resolução se dá da imposição da vontade de um terceiro sobre os litigantes. Nesse contexto, destaca-se a arbitragem, método adequado de resolução de conflitos no qual há um terceiro escolhido pelos membros da disputa para resolver o problema/oportunidade.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por moldura o estudo da arbitragem que é um método heterocompositivo extrajudicial de resolução de conflitos, no qual um terceiro imparcial, aquém da investidura direta do Estado, resolve lide jurídica, através de sentença vinculativa e determinativa entre as partes. No Ordenamento Jurídico Brasileiro, a arbitragem restringe-se aos direitos patrimoniais disponíveis, conforme a Lei 9.307 de 1996.

Mas como se disse anteriormente, a própria maneira de resolução das lides não é pacífica, pois ainda que se tenha escolhido uma forma de resolução, que neste trabalho é a arbitragem, ainda restam outras questões, dentre estas se destaca: quais os limites para a resolução? Nesse sentido, a arbitragem apresenta duas modalidades maiores: a arbitragem de direito e a arbitragem por equidade, conforme o art. 2º da Lei 9.307 de 1996. A primeira vincula-se à observância de pressupostos legais objetivos previamente decididos, em suma as regras do ordenamento jurídico em sentido estrito, já a segunda por sua vez resolve a questão baseando-se na justiça e equidade, podendo afastar o direito posto.

A disposição do ordenamento na arbitragem, portanto, é ponto central na concepção do instituto, já que ele pode por ora ser afastado ou ser aplicado de forma vinculante. Porém há que se refletir: o que faz parte do ordenamento jurídico? Qual a gradação de vinculação entre cada elemento constituinte dele?

Sem dúvidas as leis fazem parte deste ordenamento, bem como os regramentos decorrentes delas (resoluções, decretos, portarias e afins). Porém, para este trabalho o foco será no estudo dos precedentes judiciais, buscando perceber qual o local que este instituto se localiza no ordenamento jurídico. Toma-se por paradigma o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 que em diversos artigos estruturou aquilo que se chama de sistema de precedentes obrigatórios, que é um conjunto de normativas advindas do Poder Judiciário que vinculam a razão de decidir dos juízes e tribunais.

Diante da vinculação do poder judiciário resta a pergunta: os árbitros estão obrigados a este sistema? A resposta para esta questão no que se refere à arbitragem por equidade, de maneira geral, é que não se vincula, tendo em vista que a arbitragem por equidade pode desobedecer ao direito posto, desde que respeitando a ordem pública e os bons costumes. Já a arbitragem de direito, tem uma resposta um tanto mais nebulosa tendo em vista que para resolver tal questão, tem-se que compreender qual a natureza do direito contido nos precedentes judiciais, bem como a natureza da própria arbitragem.

Tendo isso em vista, o presente trabalho faz um recorte metodológico debruçando-se somente no estudo da arbitragem de direito, excluindo assim a arbitragem por equidade. Afirmado isto, pode-se dizer que esta monografia tem por objeto a vinculação da arbitragem de direito feita sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro ao sistema de precedentes obrigatórios do CPC de 2015. E em corolário, tem-se o problema de pesquisa: a arbitragem de direito se vincula ao sistema de precedentes obrigatórios do CPC de 2015?

Observe-se, portanto, que esta pesquisa visa precipuamente analisar a vinculação da arbitragem ou a sua não vinculação do sistema de precedentes. Porém para atingir este objetivo geral, como se disse anteriormente é preciso compreender o que é a arbitragem e sua natureza. Porque controversamente pode-se dizer que a arbitragem possui mera natureza contratual ou, contrariando, pode-se dizer que a arbitragem tem natureza jurisdicional. A depender da natureza deste instituto jurídico, então a resposta ao problema da pesquisa será diversa, pois sendo de natureza jurisdicional o árbitro exerce atividade de iguais características à atividade efetuada pelos juízes e tribunais, que são vinculados ao sistema de precedentes na forma do CPC de 2015, tendo a natureza somente contratual não haverá tal vinculação. Assim, tem-se por objetivo específico da pesquisa compreender a natureza jurídica da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, resta também compreender o que é o sistema de precedentes e qual a natureza dos precedentes judiciais obrigatórios, tendo assim, mais um objetivo desta pesquisa. Diz-se isto, pois o direito tem diversas fontes e o efeito vinculativo delas para o operador do direito varia a depender da sua natureza. Com isso, é necessário compreender a possibilidade do sistema de precedentes do CPC atuar como fonte que vincula imediatamente aquele que decide, não podendo julgar injustificadamente de maneira distinta ao que diz o precedente, ou se o sistema de precedentes é uma fonte mediata que permite uma transição maior na aferição do direito. Tal reflexão é necessária, pois sendo o sistema de precedentes direito em sentido estrito, isto é fonte formal e imediata, tal como a legislação em sentido estrito, a arbitragem de direito, por estar vinculada ao ordenamento jurídico, deve observar aos precedentes obrigatórios.

Para tanto, este trabalho faz-se sob o pálio da tipologia de pesquisa bibliográfica, tendo em vista que se faz através da leitura e discussão da literatura jurídica que circunda o objeto da pesquisa. Porém, este texto também possui natureza descritiva, na medida que se exporá os institutos jurídicos tais como eles são, a arbitragem de direito e o sistema de precedentes.

Urge ressaltar a presente pesquisa não possui natureza prescritiva, não tendo o intento de oferecer uma resposta aos casos de obediência ou desobediência ao sistema de precedentes do CPC de 2015. Faz-se este afastamento tendo em vista que isso ultrapassaria os limites do problema da pesquisa.

No ensejo, o método usado para o trabalho é o dedutivo, no sentido de que através da conceituação geral dos institutos trazidos, tem-se a subsunção desta discussão teórica ao problema da pesquisa, trazendo assim, antes da interação-problema que é a relação entre o sistema de precedentes obrigatórios do CPC de 2015 e a arbitragem, a própria discussão geral e conceitual para estes elementos.

Com isto, diz-se que a pesquisa aqui feita é de abordagem qualitativa, tendo em vista que não se trabalhará com análise numérica de dados e sim com análise bibliográfica, estabelecendo conceitos, suas reverberações e interações, visando compreender o fenômeno jurídico da correlação entre a arbitragem e o sistema de precedentes do CPC de 2015 de maneira mais profunda. Desta feita, exclui-se desta pesquisa a análise numérica da aplicação ou não dos precedentes nas sentenças arbitrais. Também que não se abordará nenhum caso em específico e das razões das decisões arbitrais, que aplicaram ou deixaram de aplicar o sistema de precedentes.

Para tanto, o trabalho divide-se em dois capítulos, estabelecendo uma espécie de pensamento silogístico com premissa maior e premissa menor, gerando assim uma conclusão/resposta ao problema da pesquisa. O capítulo um tem por finalidade discutir a natureza da arbitragem, buscando compreender se esta possui natureza jurisdicional ou contratual, para tanto, desenvolver-se-á reflexão sobre o conceito de jurisdição, e a exposição da celeuma doutrinária sobre a questão da natureza da arbitragem. Por fim, traz-se o princípio da unidade da jurisdição à baila, como elemento fundante da relação entre a decisão arbitral e o sistema de precedentes.

O segundo capítulo por sua vez tem por discussão o sistema de precedentes do CPC de 2015, procurando compreender a natureza do mesmo enquanto fonte do direito. Neste contexto, em primeiro plano busca-se compreender o que vem a ser um precedente judicial, em segundo tem-se a exposição do que é o sistema de precedentes erigido pelo CPC de 2015, e em terceiro plano tem-se a discussão acerca das fontes do direito e o encaixe do sistema de precedentes nesta temática. Por fim, tendo compreendido a natureza da arbitragem no capítulo anterior e a natureza do sistema de precedentes vê-se a possibilidade de interação vinculante entre ambos.

Desta forma, vê-se a estruturação para o adimplemento dos objetivos geral e específicos, bem como para a resolução do problema da pesquisa ora suscitado. Assim, através do pensamento aqui desenvolvido se pôde chegar a uma conclusão teórica acerca do tema, mas sem exaurir todas as nuances da discussão.

2 ARBITRAGEM: CONCEITO, NATUREZA E A UNIDADE DA JURISDIÇÃO

A legislação pátria não conceituou em específico aquilo que é a arbitragem, sendo, portanto, tarefa doutrinal fazê-lo. Esta não definição não é exclusiva da legislação brasileira, tem-se que como a arbitragem é um mecanismo de resolução de disputas, que muda conforme a legislação local e internacional, sua definição se torna complexa ou até mesmo infrutífera.

Porém, mesmo com indefinições conceituais, as legislações em geral dispõem de princípios básicos que permitem a sua percepção global. Por exemplo, a Lei de Arbitragem Inglesa de 1996 estabeleceu dois princípios nucleares presentes na arbitragem: a resolução de disputas de forma justa por um tribunal imparcial sem demoras e despesas desnecessárias, a autonomia das partes em estabelecer esta forma de resolução, ressaltando o que é de interesse público.

A legislação brasileira, por sua vez, na Lei 9.307 de 1996 em seu artigo primeiro dispõe destas duas disposições: a autonomia privada e a resolução de disputas por terceiro privado e imparcial. Neste contexto, tem-se a arbitragem como método héterocompositivo de resolução de disputas, escolhido mediante a autonomia privada das partes, através de um árbitro que decide com autonomia e definitivamente a controvérsia.

Diante disto, pode-se dar à arbitragem as seguintes características essenciais: a arbitragem é uma alternativa aos tribunais do Estado; é um mecanismo privado de resolução de disputas; a autonomia privada das partes na escolha do método; a definitividade da decisão arbitral e vinculação das partes (LEW; MISTELIS; KRÖLL, 2014).

A primeira característica diz respeito ao não pertencimento da arbitragem ao Estado, é um método de resolução que independe do poder judiciário para estabelecer uma decisão que ponha fim à lide. A segunda característica diz respeito ao caráter privatista da arbitragem, neste sentido, os tribunais arbitrais também são em geral privados não tendo relação de dependência com o Estado, são particulares escolhidos por particulares para resolverem suas disputas.

A principal nuance da arbitragem é que constitui uma escolha das partes, autonomia privada é o poder último, sob o amparo da lei, para decidir a forma da resolução da disputa. Neste sentido, a própria legislação toma como função não a centralidade na resolução da disputa, mas sim uma atuação de apoio para chancelar o acordo das partes pela arbitragem e os efeitos da decisão arbitral. Com isso, a legislação em geral não é intervencionista nas relações arbitrais, dando ampla autonomia e efeito definitivo nas suas decisões.

Por fim, tem-se a capacidade de resolver de forma irrecorrível a disputa pelos árbitros, considerando que as partes esperam que o árbitro decida de maneira terminativa a lide, não emitindo somente um parecer, mas uma verdadeira decisão. Vê-se, portanto, que a arbitragem é uma verdadeira alternativa aos tribunais estatais, dado o fator de resolutividade da demanda.

Resultante da natureza privatista, a arbitragem comporta em si duas modalidades principais no Brasil: a arbitragem de direito e a arbitragem por equidade, conforme o art. 2º da Lei de Arbitragem. Desta forma, as decisões do árbitro podem se basear no direito positivo ou através da observância da equidade. Como se disse anteriormente, este trabalho unicamente tratará da arbitragem de direito, por não haver sentido de tratar da incidência dos precedentes como fonte de direito na arbitragem por equidade, quando esta pode afastar até mesmo a legislação em sentido estrito.

Na arbitragem de direito as partes convencionam em resolver a lide conforme o direito posto, entretanto, também podem convencionar em escolher as normativas que irão ser aplicadas na resolução da disputa, desde que haja o respeito à ordem pública e aos bons costumes (art. 2º, §1º, da Lei 9.907/96). Pode-se também na arbitragem de direito convencionar que seja decidido conforme os usos e costumes e nas regras internacionais do comércio (art. 2º, §1º, da Lei 9.907/96).

Neste sentido, na arbitragem de direito, não há somente por direito positivo o direito advindo do Estado, pode também para o processo decisório se escolher por normas internacionais de comércio. Mesmo diante desta opção, não há que se falar de arbitragem por equidade, pois neste caso não haverá o julgamento por sentimentos de justiça e equidade dos árbitros, mas sim através de princípios jurídicos postos anteriormente (FICTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

Com isso, tem-se que o direito positivo nesta modalidade de arbitragem não se limita somente aos diplomas legais advindos do poder legislativo, mas das normativas gerais constantes no ordenamento jurídico que incidem no caso, seja por construção jurisprudencial, doutrinária ou legiferante estrito senso.

Neste sentido, diante da multiplicidade de regras que podem incidir ou não na arbitragem de direito, sendo a incidência dos precedentes obrigatórios do CPC de 2015 nas decisões arbitrais o objeto do presente trabalho, faz-se necessário compreender de início qual a natureza jurídica da arbitragem, para além do conceito acima descrito.

Como em suma há a discussão entre duas correntes acerca da natureza jurídica da arbitragem: a contratualista e a jurisdicional, faz-se necessário inicialmente estabelecer o pressuposto geral daquilo que vem a ser a jurisdição e em seguida observar doutrinariamente e jurisprudencialmente a natureza da arbitragem.

2.1 Conceituação de jurisdição

A jurisdição pode ser definida como “função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas em decisão insustável de controle externo e com aptidão de tornar-se indiscutível” (DIDIER JR., 2015 p.153). Diante disto, pode-se extrair da jurisdição quatro características principais: o caráter substitutivo, a situação concreta, a inércia e a definitividade.

O caráter substitutivo é visto com a presença de um terceiro imparcial, tendo em vista que através do exercício da jurisdição alguém distinto das partes e sem interesse na lide substituirá a vontade dos envolvidos pela prestação por ele escolhida. Cumpre ressaltar que apesar da generalidade da aplicação deste caráter, ele comporta exceções tais como nos casos de ações constitutivas necessárias, nas quais a intervenção do órgão jurisdicional não substitui a vontade das partes, mas tão somente na criação da nova situação jurídica, bem como não há caráter substitutivo quando ocorre a execução indireta, pois que a obrigação encontrará sua satisfação através da vontade do devedor sem a intervenção de terceiro.

A segunda característica da jurisdição é a situação concreta. De maneira geral a jurisdição é exercida diante de um conflito, ou seja, diante de uma pretensão resistida de direito. Pode-se depreender que a situação concreta é uma entidade fático-jurídica, sendo pré-processual, sobre a qual a jurisdição será exercida. Cumpre ressaltar que as mesmas exceções aplicadas ao caráter substitutivo no parágrafo anterior, aplicam-se também ao caráter concretista da jurisdição, dentre outras mais como os casos de controle concentrado de constitucionalidade.

Nas situações mais comuns há o conflito sobre os bens jurídicos pretendidos, e estes em geral não podem ser conquistados por atuação direta do interessado, seja por uma inadimplência daquele que deveria satisfazer o interesse ou porque a própria legislação veda a resolução voluntária, diante disto, o caráter de lide se impõe no exercício jurisdicional.

Tem-se então que a resolução do caso concreto é a finalidade magna da atividade jurisdicional. Neste sentido, para a caracterização da atividade jurisdicional a maneira da

investidura do terceiro pouco importa, desde que seja conforme a legislação, mas tão somente a maneira que este intervém na situação jurídica, isto é, o caráter substitutivo.

A inércia, por sua vez, diz respeito que o exercício da jurisdição não se dá, em regra, de ofício, sendo exclusivo do titular da ação a função de dar início ao processo, tendo em vista que o direito de ação em regra é disponível. Tal disposição se vê expressamente no artigo segundo do Código de Processo Civil. Esta realidade se dá, sobretudo, porque a atividade jurisdicional não é dona do conflito, mas sim as partes. Desta forma não se pode decidir qual a maneira mais adequada para que o conflito seja resolvido, ou até mesmo da necessidade de sua resolução. Bem como o terceiro imparcial ao iniciar de ofício um processo toma de princípio uma posição que compromete a sua imparcialidade.

A quarta característica por sua vez é a definitividade, pois as decisões jurisdicionais tendem a se tornarem definitivas, configurando aquilo que se conceitua “coisa julgada material”, quando a matéria de fato e de direito é resolvida pondo fim a lide outrora exposta ante o órgão julgador. Desta forma, conforme já afirmado na conceituação, as decisões jurisdicionais são insuscetíveis de controle externo, não se submetendo o julgador no seu livre convencimento motivado a uma fiscalização direta e vinculante de outro poder ou função. Podendo tornar-se indiscutível com o trânsito em julgado da matéria.

Tenha-se em vista também que somente decisões advindas do exercício de jurisdição podem gerar coisa julgada. Há a possibilidades de exercício jurisdicional sem coisa julgada, porém não há em absoluto coisa julgada sem jurisdição. Além disso, acerca da insustentabilidade de controle externo, tem-se que é no exercício jurisdicional que a última decisão sobre o caso em concreto será tomada, não cabendo a outro órgão ou poder não dotado de jurisdição intervir, mudar ou desfazer aquilo que foi feito sob o manto da função da jurisdição.

Caracterizada a jurisdição, tem-se ainda no conceito o modo que a atividade jurisdicional é exercida: imperativa e criativa. Acerca da imperatividade, no Estado Moderno tem-se que as decisões tomadas sob o amparo de sua legislação são dotadas de coercitividade, podendo assim obrigar ao cumprimento da decisão (ADEODATO, 2012).

Quanto à criatividade, cumpre-se ressaltar que a atividade jurisdicional não é meramente silogística, em que a atuação do ente jurisdicional seja simplesmente contemplar o diploma geral e adequá-lo à ordem factual. Há na verdade um exercício criativo na decisão jurisdicional, tendo em vista que muitas vezes os casos a serem julgados possuem uma alta complexidade e

sobretudo uma especialidade que obriga ao julgador exercer não meramente uma função de “boca da lei”, mas de criar o direito através da jurisdição (CARDOZO, 2004).

Em relação à criatividade ressalte-se, porém, que a atividade apesar de exigir uma postura ativa de quem decide, tem balizas que são: a lide, pois quem arbitra a decisão não pode exceder ao caso que lhe é apresentado, e a legislação, tendo em vista que não se pode admitir uma decisão à revelia do Direito.

Além das características e do modo que a atividade jurisdicional é exercida, tem-se também as consequências: criação, efetivação, reconhecimento e proteção de direitos. Desta forma a jurisdição é a técnica de tutelar direitos através do processo, sendo que se dá através do reconhecimento jurisdicional por meio da tutela de conhecimento, pela proteção por meio da tutela de segurança, cautelar ou inibitória, e também se dá pela efetivação com a execução. Além disso, há a tutela criativa na qual através da jurisdição situações jurídicas são criadas, como nas ações constitutivas anteriormente citadas.

2.2 Arbitragem como verdadeira jurisdição

Tendo estabelecido o pressuposto geral do que vem a ser a jurisdição, pode-se aprofundar no debate acerca da arbitragem em si. Enfrentando as teorias que envolvem a natureza jurídica da arbitragem: a contratualista e a de caráter jurisdicional. Como já se disse, o trabalho tem por um dos objetivos descrever a natureza jurídica da arbitragem, e por conseguinte, este debate é feito aqui oportunamente.

A natureza jurídica das coisas é determinada no geral pelas normas que as disciplinam, tal realidade pode ser determinada em regra: pela literalidade do texto, conforme as decisões das cortes superiores, através da diferenciação de outros institutos por meio de suas consequências, e da finalidade do instituto (VIVAN FILHO, 2016). Desta feita, ao observar estas realidades se pode vislumbrar a natureza jurídica da arbitragem, tendo como referencial a conceituação de jurisdição já exposta.

Marinoni (2008), em sua obra filiada à vertente contratualista, aponta que no cotejo da discussão da constitucionalidade da arbitragem ocorreu um desvirtuamento de sua concepção, pois, no dizer do autor, não é porque a arbitragem seja constitucional que se dá a ela a essência de jurisdição. O autor afirma isto, sustentando que conforme o princípio da inafastabilidade da jurisdição, não há a vedação que pessoas capazes disponham sobre a forma de resolver seus

conflitos no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, tão somente havendo neste caso a manifestação da autonomia da vontade das partes, não se excluindo os direitos dos cidadãos nem o poder do Estado, e por conseguinte não sendo manifestação de jurisdição.

A arbitragem apresenta-se como uma alternativa para resolver conflitos, sobretudo aqueles mais específicos que, mesmo diante da boa formação jurídica, o magistrado médio não seria suficiente para compreensão complexa de determinados casos. Nesse sentido, os tribunais arbitrais, por sua especialidade temática, poderiam resolver com mais exatidão as lides. Diante disto, os contratualistas apontam que é ilógico afirmar que a jurisdição é exercida pelos árbitros, quando se escolhe a estes em detrimento da jurisdição estatal pela sua especialidade. Desta forma a jurisdição renunciada por não servir ao caso passaria a ter incidência efetiva redundando na ineficiência do instituto da arbitragem.

No ensejo, na visão contratualista, tem-se ainda a argumentação de que a jurisdição estatal é uma não comportando divisões, pois é uma manifestação do poder estatal. Com isto, tem-se que a jurisdição só pode ser exercida por pessoa investida na autoridade de juiz, dado o princípio da investidura, na forma do art. 93, I da CRFB/88. Acresce-se ainda o princípio da indelegabilidade da jurisdição, que garante que a função jurisdicional não pode ser transferida a outros de acordo com a vontade do julgador. Corolário a isto, tem-se a garantia do juiz natural que assegura que a lide será resolvida por julgador constitucionalmente definido, não comportando assim tribunal de exceção, garantindo assim a imparcialidade do juízo e sua independência (MARINONI, 2008).

Além disso, conforme a doutrina contratualista a jurisdição não é meramente “pacificação social”, pois o Estado ao exercer tal função não somente resolve lides, mas sim tutela direitos, sobretudo os fundamentais, não se limitando a afirmar o conteúdo das leis ao caso concreto, ao fazer uma reunião sistemática de institutos sob a égide da ordem constitucional. A arbitragem por sua vez, conforme esta doutrina contratualista, limita-se a resolver as lides patrimoniais, restando assim reduzida a uma pequena parcela social que possui condições de custear seu processo, não carecendo de um profundo conhecimento sistêmico humanista da legislação, mas somente a capacidade de simplesmente manejar alguns saberes específicos e técnicos. Com isso, conceituar a arbitragem enquanto jurisdição seria colocar os objetivos da jurisdição estatal na defesa dos direitos no mesmo patamar dos interesses privados (MARINONI, 2008).

Por fim tem-se a crítica social que ao dar à arbitragem a natureza de jurisdição é fortalecida a ideia neoliberal da mínima interferência do Estado nos negócios, desta forma gerando um desejo de que não haja tanta efetividade do Poder Judiciário, sobretudo nas ações em que as partes podem se tornar rés ante a jurisdição estatal. Com isso, haveria também a relativização daquilo que se considera direito disponível, proporcionando assim a maior satisfação dos interesses dos que querem se livrar do controle do Estado (MARINONI, 2008).

Fredie Didier Jr (2015) ao analisar a argumentação de Marinoni supracitada, apresenta sua concepção contrária à concepção contratualista, afiliando-se à corrente que afirma que a arbitragem é verdadeira jurisdição.

A afirmativa de que ao escolher a arbitragem implica na a renúncia à jurisdição, conforme Didier (2015), é equivocada, pois não há no caso a renúncia à jurisdição, mas tão somente a renúncia da jurisdição exercida pelo Estado. Neste sentido que a jurisdição é de fato monopólio do Estado, porém o seu exercício, na forma da lei, pode ser feito por particulares. Recorde-se que a arbitragem além da regulamentação da Lei de Arbitragem é também presente no texto constitucional em seu art. 114, §§ 1º e 4º (DIDIER JR., 2015).

Observando a argumentação acerca da investidura dos árbitros não feita por concurso público, Didier (2015) afirma que nem somente o poder judiciário exerce a jurisdição, dando como exemplo o julgamento feito pelo Senado da República nos casos de crime de responsabilidade, exercendo aquela casa verdadeira jurisdição ainda que sem a investidura por concurso público. Além disso, tem-se a ocupação de cadeiras em cortes superiores e tribunais que ocorre mediante indicação e não por concurso. Desta feita, demonstra-se a variabilidade de maneiras de investidura, sendo a arbitral por meio da convenção.

Já quanto à indelegabilidade, tendo em vista a investidura do árbitro pela convenção arbitral, haveria delegação somente se o árbitro designado em convenção de arbitragem delegasse a outro a função de decidir a causa ou se o juiz estatal delegasse ao juízo arbitral a função de decidir a lide.

Por sua vez ao tratar do princípio do juiz natural e sua imparcialidade, Didier (2015) afirma que a Lei de Arbitragem também assegura às partes um árbitro imparcial dado que ele é escolhido pelos integrantes da lide em conjunto, desta feita, a competência do juízo arbitral é estabelecida pela “lei prévia” da convenção de arbitragem. Neste sentido, mesmo na jurisdição privada é garantida às partes o respeito à ordem constitucional, sobretudo no que se refere à

arbitragem de direito, sob pena de anulação de decisão arbitral por descumprimento da convenção.

Quanto à crítica social trazida por Marinoni (2008), acerca da limitação ao direito patrimonial e por conseguinte a limitação a uma classe específica, Didier (2015) afirma que não há nenhuma vedação legal do ingresso em arbitragem de pessoas menos abastadas, sendo esta não uma crítica ao caráter jurisdicional da arbitragem, mas sim à utilização da arbitragem.

Além disso, tem-se também a argumentação que a arbitragem não seria jurisdição pelo fato de o árbitro não poder executar a sua decisão. Porém, na própria estrutura do Estado no processo penal o juiz que condena não é o mesmo que executa a pena, desta forma se tal raciocínio fosse aplicado o primeiro juiz não exerceria jurisdição. Não se trata aqui de jurisdição, mas sim de competência. E, no caso, o árbitro não tem competência para executar a decisão, mas tão somente de resolver a lide.

Registre-se ainda, que a decisão arbitral é título executivo judicial conforme o art. 515 do Código de Processo Civil. Além disso, dado à impossibilidade de reanálise de mérito de decisão arbitral é correto afirmar que a sentença arbitral **faz coisa julgada material**, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.928.951. Desta forma tendo transitado em julgado não pode mais ser discutida, e ainda nas possibilidades de nulidade através do Poder Judiciário não há nenhum a hipótese disto se dar por conta do mérito da decisão, mas tão somente nas hipóteses dos artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem.

Registre-se ainda que conforme o enunciado do artigo 31 da Lei de Arbitragem “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. Com isto, seria irrazoável conferir à arbitragem poder de gerar um título executivo judicial e decorrente disto formar coisa julgada, podendo ela ser plenamente executada pelo Poder Judiciário, e ainda assim negar-lhe os princípios constitucionais inerentes à jurisdição, observando toda ordem dos princípios constitucionais que a regem.

Proceder desta forma, em verdade seria ir de encontro ao que o próprio doutrinador contratualista Marinoni (2008) postula, pois, ao retirar o amparo do exercício da jurisdição constitucional as partes teriam seus direitos fundamentais desprotegidos, tendo em vista aquilo que ele leciona: a jurisdição não é mero silogismo, mas concepção holística do ordenamento.

Observe-se também, que os direitos patrimoniais disponíveis, também são direitos fundamentais, pois a propriedade privada é um direito resguardado pelo art. 5º da CRFB/88. Desta feita é imperioso reconhecer que a arbitragem, diferente do que Marinoni (2008) afirmou, também lida diretamente com princípios e garantias fundamentais da Constituição, não sendo mera aplicação de técnicas.

Além disso, recorde-se que a arbitragem ganha notoriedade maior em tempos recentes no movimento do Acesso à Justiça que, conforme Cappelletti e Garth (1998), possui três ondas, sendo a terceira delas a onda referente à busca pelos métodos adequados de resolução de disputas, dentre estes se tem a arbitragem que junto com a conciliação e mediação possuem enorme preponderância no movimento. Desta forma, desamparar a arbitragem da natureza jurídica de jurisdição seria sobremaneira limitar o acesso à justiça plena, contradizendo-se aos movimentos necessários para a prestação jurisdicional efetiva, através do sistema multiportas, que oferece ao jurisdicionado diversas maneiras de resolver os problemas não se restringindo ao Poder Judiciário.

Para além dos motivos apresentados por Didier (2015) no que se refere ao juiz natural e sua esperada imparcialidade, Marinoni (2008), faz um movimento que carece de fatualidade, porque correlacionar à imparcialidade à investidura por concurso público ou em outras formas constantes na legislação é na verdade ignorar a subjetividade que sempre haverá na função de julgar. Não se pode interpretar o mundo através de outras lentes, senão as pessoais. Desta forma, ainda um juiz concursado estará sujeito ao seu subconsciente, preconceitos e sobretudo vontades. Ainda que se negue a incidência do temperamento, é ele quem vai imprimir nas decisões sua distorção mais forte (JAMES, 2009). Marinoni (2008) aponta que pelo fato de as partes remunerarem o árbitro há uma tendência à parcialidade, porém, se assim fosse os juízes não poderiam julgar causas que envolvessem a Fazenda Pública que os remunera.

Como se disse anteriormente, a natureza jurídica é definida em geral pela literalidade do texto, conforme as decisões das cortes superiores, através da diferenciação de outros institutos por meio de suas consequências, e por fim através da finalidade do instituto. Na literalidade da Lei de arbitragem se vê que não se fala em laudo arbitral, mas sim em sentença arbitral. E conforme o art. 203, §1º do CPC, sentença é o pronunciamento do juiz, dotado por conseguinte de jurisdição, que encerra o processo de conhecimento. Ora, se o juiz com sua jurisdição encerra o processo de conhecimento com sentença e a decisão final da arbitragem é também chamada de sentença, não pode a mesma consequência jurídica brotar de institutos distintos, sendo assim a arbitragem verdadeira jurisdição.

A definição terminológica da decisão emitida pelo árbitro foi palco também de discussão, os contratualistas em regra chamavam a decisão do árbitro de “laudo arbitral”, por não reconhecer o caráter jurisdicional da arbitragem, porém a própria legislação como se viu resolveu tal questão optando pelo termo “sentença”.

Ao analisar a diferenciação da jurisdição e da realidade contratual através de suas consequências, há que se fazer um recorte necessário no que se refere à arbitragem. Deve-se separar: o acordo firmado entre as partes e a atividade desenvolvida pelo tribunal arbitral com seus resultados. A primeira realidade é sem dúvidas contratual, pois através de cláusula compromissória e compromisso arbitral as partes em comum acordo optam pela arbitragem, tal disposição pode inclusive ser nula de pleno direito se abusiva.

Ressalte-se que apesar de Marinoni (2008) reiteradamente insistir na terminologia “autonomia da vontade” para caracterizar a relação contratual, não há na atualidade que se falar neste instituto, mas sim de autonomia privada. Tendo em vista que a autonomia da vontade denota uma liberdade ilimitada das partes na contratação, na autonomia privada, observa-se que há limites impostos pela legalidade, permitindo-se a interferência jurisdicional. Desta forma, apesar de haver previamente a natureza contratual, segue-se na arbitragem a incidência da jurisdição para a resolução da lide.

Aqui então se separa a natureza contratual da jurisdicional: a resolução do conflito. Na fase contratual a arbitragem é eleita como método de resolução de disputa, na segunda a arbitragem em si resolve a disputa que se dá através da intervenção de um terceiro imparcial. Vê-se portanto, que a principal característica da jurisdição não é a investidura por concurso nem a determinação estritamente constitucional da competência, mas sim a substitutividade que é evidente na arbitragem (SALOMÃO; FUX, 2021).

Desta feita, o contrato através da autonomia privada tem somente a possibilidade de gerar o efeito da criação da relação jurídica entre as partes, a arbitragem por sua vez tem por consequência a resolução da disputa, tendo por fruto a sentença arbitral. Com isto, observa-se a diferença da arbitragem e da realidade contratual tanto pela consequência, como pela finalidade.

Por fim, afere-se que a natureza jurídica das coisas é definida pelos tribunais superiores, neste ensejo, tem-se a tese jurisprudencial número 9 firmada pelo STJ e publicada na Edição 122 do Jurisprudência em Teses do Tribunal: “A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdicional, o que torna possível a existência de conflito de

competência entre os juízos estatal e arbitral, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça - STJ o seu julgamento.” (BRASIL, 2019 p. 4).

Desta forma, conforme o entendimento da Corte Superior a natureza jurídica da arbitragem é jurisdicional. Ao fim, é forçoso afirmar que o direito é aquilo que os juízes dizem ser direito, sendo ele não somente lógica, mas sobretudo experiência, sendo assim constantemente criado pelos tribunais através das decisões (FREITAS, 2009).

Especialmente sobre a natureza jurídica há que se ressaltar que ela não se descobre ou se conhece, ela é decidida, e aquilo que se decide deve encontrar fundamento na realidade. É esta decisão que na práxis produz efeitos na realidade. No nosso ordenamento tal decisão compete ao poder judiciário e conforme decisão supramencionada afirmou o caráter jurisdicional da arbitragem, para além de todos os outros argumentos aqui apresentados.

2.3 Princípio da unidade da jurisdição como pressuposto da vinculação da arbitragem de direito ao sistema de precedentes

Marinoni ao defender a ideia contratual sobre a arbitragem traz à baila princípio central à jurisdição: a unidade (2008). Como se viu, a arbitragem tem caráter jurisdicional, diferente do que postulou o autor, e por conseguinte também se submete a esta realidade da unidade da jurisdição.

O Brasil adota desde a Carta Constitucional de 1891 a jurisdição una, isto quer dizer que a função jurisdicional é exercida sobre todo o território. Desta forma, uma decisão de um juiz em determinado Estado da Federação pode perfeitamente produzir efeitos em outro. Tal força deste princípio, que se admite no processo as provas emprestadas, que são aquelas que são produzidas em outros processos (art. 372 CPC), sob o comando de outros juízos, com fulcro de que a jurisdição do Estado é una, mudando-se somente os agentes e competências. A força se vê em tamanha monta que as provas emprestadas podem ser usadas inclusive diante da não identidade das partes¹.

Para além desta realidade, a unidade da jurisdição diz respeito ao fato de que toda matéria de fato e de direito pode ser apreciada pelo órgão jurisdicional. Desta forma, tanto pelo

¹ “-In casu, observa-se que o eg. Tribunal a quo decidiu em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte Superior, no sentido de não ser imprescindível a identidade de parte para o empréstimo de provas, desde que garantido o contraditório no processo no qual a prova será aproveitada, em homenagem aos princípios constitucionais da economia processual e da unidade da jurisdição.” (STJ, HC 646105 / DF, 2021)

exercício territorial da função/poder da jurisdição, quanto pela capacidade de apreciação, bem como, a necessidade do escopo de fundamentação, tem-se a manifestação da unidade da jurisdição.

Com isto, este trabalho analisa de maneira mais direta a unidade decorrente desta capacidade/dever de apreciação e fundamentação sobre as matérias de fato e de direito, por compreender que a manifestação da jurisdição enquanto poder encontra-se ao conceituar a própria jurisdição na primeira parte deste capítulo.

A unidade da jurisdição decorre da unidade do próprio ordenamento jurídico, tendo em vista que a jurisdição só será exercida por meio do ordenamento e no ordenamento. Bobbio (1995) aponta que a unidade é característica fundamental do ordenamento jurídico, dado a necessidade de sistematicidade que a ele se impõe. Desta feita, se determinado instituto compõe o ordenamento, ele não age sozinho, mas no conjunto das infinitas normativas existentes.

A sistematicidade e unidade do direito se dá através do escalonamento normativo, pois seria perfeitamente compreensível que um ordenamento fosse uno se todas as normas viessem da mesma fonte e tivessem o mesmo processo de produção, porém a realidade da vida é mais complexa. A teoria do escalonamento do Direito feita por Hans Kelsen afirma que as normas são decorrentes umas das outras e encontram fundamento nas normas que as disciplinam, leia-se:

A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. (KELSEN, 1998 p. 155)

Nesse sentido, não há que se falar em unidade da jurisdição, inserindo-se neste contexto a arbitragem, se as normas produzidas nos casos concretos não se fundamentam no mesmo escopo jurídico. A unidade como apontou Kelsen (1998), advém justamente desta dependência normativa entre as normas hierarquicamente inferiores e as superiores. Com isto, pela unidade da jurisdição decorrente da unidade do sistema, impõe-se que a moldura normativa seja equivalente a todos que exercem a atividade jurisdicional.

Ottmar Ballweg (1991) ao analisar a retórica a subdivide em três categorias: a retórica material, a retórica estratégica e a analítica. A primeira diz respeito ao nível da retórica enquanto

linguagem, a segunda por sua vez é a retórica prática que impõe ao direito uma sistematização, e por fim a analítica que impõe uma discussão mais reflexiva e teórica não dogmática.

A retórica material em suma pode ser compreendida como os textos normativos em geral, e a retórica prática as atividades típicas do direito, sobretudo o exercício da jurisdição, tendo em vista que é esta que impõe os limites à linguagem do primeiro nível (PARINI, 2017). Perceba-se, portanto, que esta ligação da jurisdição com a base normativa é fundamental, se há o deslocamento da base normativa, incidindo parte e excluindo outra, em verdade se desfigura o sistema dogmático.

Excluir da obrigatoriedade da arbitragem o sistema de precedentes judiciais, sendo estes obrigatórios à jurisdição estatal seria em verdade desfigurar toda a unidade da jurisdição, pois esta unidade se dá pelo poder e pela matéria apreciada. Excluindo-se da moldura normativa algo, impõe-se uma configuração distinta, ferindo assim a unidade da jurisdição.

A ordem jurisdicional que contém diversos julgados com idiosincrasias particulares, aplicando regras distintas a casos iguais sob um número de regras identificáveis, torna-se uma ordem jurídica irracional. A ordem jurídica exige a segurança da identificação de regramentos jurídica generalizáveis, inadmitindo particularismos (KRONMAN, 2009).

A unidade do ordenamento e da jurisdição, por conseguinte, decorre da tendência de buscar a racionalização do direito através da sistematização, formalização e monopolização burocrática das normativas pelo Estado. Esta unidade em sua concepção tradicional traz a necessidade da coerência e da completude do referido ordenamento, porém ao longo do tempo, viu-se que na realidade da vida esta completude não se averiguou, mostrou-se completamente incompleta, cabendo aos tribunais no exercício da jurisdição estruturar o ordenamento em sua unidade (MÜLLER, 2017).

Diante disto, é fundamental compreender a força da normatividade destas decisões judiciais, emanadas desta jurisdição uma da qual a arbitragem faz parte. Analisando a natureza jurídica e vinculante às decisões, e qual sua posição no ordenamento jurídico enquanto fonte do direito. Tal realidade é objeto do capítulo seguinte.

3 SISTEMA DE PRECEDENTES: NATUREZA E VINCULAÇÃO

Para a melhor compreensão do sistema de precedentes e sua incidência na arbitragem, faz-se necessário refletir aprioristicamente na conceituação dos próprios precedentes, tendo em vista que este instituto jurídico não é meramente qualquer decisão judicial.

Os precedentes, para além da discussão doutrinal, passam sem dúvidas por uma afirmação: os precedentes judiciais são fruto da interpretação. No direito o ato interpretativo pode ser compreendido, sob a ótica do escalonamento do sistema jurídico, como uma operação mental usada na aplicação do direito no seu progredir vindo de uma norma de escala superior para uma de natureza inferior (KELSEN, 1998). Os precedentes judiciais, portanto, são institutos que brotam da aplicação do direito ao criar norma para o caso concreto, porém, dado o sistema escalonado qual a posição que este tipo normativo tem?

Para responder tal questão, faz-se necessário compreender que o precedente judicial, não é a realidade da norma aplicada à concretude, mas sim um esforço racionalizante do julgador. Isto significa, que o precedente judicial não é meramente uma norma concretista, mas sim uma norma dotada de abstração suficiente para que se aplique a outras realidades (MARINNI; ARENHART; MITIDIERO, 2016).

Dado o exposto, só poderá ter como precedente judicial a decisão que é dotada de abstração podendo assim servir de orientação para a decisão em outros casos concretos. Desta forma, o precedente tem natureza transcendental não se limitando ao caso que se decide inicialmente. Para tanto, em seu bojo deve haver o enfrentamento de questões de direito, encarando a argumentação que corrobora ou se opõe à tese.

Karl Larenz aponta que os Tribunais ao decidirem buscam orientar-se pelas decisões paradigmáticas que são os precedentes, tendo em vista a utilidade da uniformidade da jurisprudência, da sua continuidade, e, sobretudo, pela garantia da segurança jurídica (1997). Porém tal esforço universalizante não se dá somente na aplicação do precedente ao caso concreto, mas na justificativa de que aquela decisão em específico também possui razões que permitam a sua aplicação em outros casos também semelhantes.

Essa exigência de universalidade perpassa pela necessidade da racionalização do discurso jurídico. O Direito em suma é técnica, poder e vontade e na sua exigência de

tecnicidade exige um desenvolvimento sistemático racional, e por conseguinte um sistema não pode ter em si diretivas que conflitam entre si, sob pena de tornar-se irracional (WEBER,1999)

O esforço racionalizante dos precedentes se dá também para garantir a isonomia e a estabilidade dos órgãos julgadores. Decisões distintas em casos idênticos, tendem a demonstrar um desrespeito à isonomia o que acabam a descambar num descrédito das instituições julgadoras.

Em verdade, a própria noção de precedentes passa pela noção de cortes de vértice que são em suma caracterizadas por sua força revisora. Os precedentes de regra originam-se destes tribunais superiores que tem por missão dar unidade e uniformidade às decisões de julgadores sob sua hierarquia. Neste sentido, os precedentes tanto asseguram a higidez do ordenamento jurídico, como garantem o funcionamento orgânico do poder dentro da esfera judicante. Esta previsão se vê precipuamente na Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como na Constituição da República, que garantem ao jurisdicionado a possibilidade de revisão das decisões em sede de recurso.

Em se tratando de recursos, e as cortes superiores tendo sua atividade em sua maioria como órgãos recursais, tem-se que estes instrumentos processuais em suma tratam de estabelecer a correta percepção do direito sobre o fato, e em alguns casos resume-se a unicamente perceber a aplicação interpretativa do direito, sem fazer análise fática, como nas situações dos recursos especial e extraordinário, dirigidos respectivamente ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Vê-se, portanto, que a matéria do direito em si tem especial importância nas cortes de vértice, e, portanto, ao decidirem a matéria em um esforço universalizante estas cortes definem em última instância a real natureza do direito, aquilo que é o direito em si.

O precedente então corresponde àquilo que se chama de *ratio decidendi*, que pode ser entendida como o núcleo duro da decisão, dotado de pressupostos de fato e de direito que permitem os julgadores de aplicar o entendimento ao caso prático. Por sua natureza generalista, bem como, por ser um instituto mais desenvolvido no sistema da *common law*, a identificação da razão da decisão não é tarefa fácil, nem mesmo a sua definição não é

plenamente segura na doutrina².

Ressalte-se que apesar deste esforço de universalização, os precedentes judiciais não são em si a interpretação correta, no sentido de justiça, por óbvio o julgador deve buscar as melhores razões para apreciar a questão, mas isto não garante que a decisão seja o caminho mais ortodoxo a ser observado. O que há em verdade é a autoridade da decisão que dotada de esforço universalizante caracteriza aquela decisão enquanto precedente judicial.

Dado esta realidade de autoridade, é central a análise dos precedentes do ponto de vista da legislação, dado que é na lei que se encontra a definição de incidência e poder dos institutos jurídicos, para além das definições teóricas. Desta feita, analisar-se-á o sistema de precedentes inserido no bojo do Código de Processo Civil de 2015.

3.1 Sistema de Precedentes do Código de Processo Civil de 2015

Como se viu anteriormente, os precedentes são fruto do esforço racionalizante dos tribunais, e tem por finalidade garantir a unidade na maneira de decidir as questões apresentadas ante a jurisdição. Em diversos dispositivos o Código de Processo Civil traz a estruturação de um sistema de precedentes brasileiro. Este tópico do trabalho se atentará a apresentar estes dispositivos e discutí-los sob a luz da doutrina pátria.

De início, carece fazer uma distinção importante: precedentes não são jurisprudência. Os precedentes, como se viu, são razões de decisão racionalizantes que podem ser aplicadas a mais de um caso concreto, podendo ser um único caso que forma um precedente. A jurisprudência, por sua vez, é um conjunto de decisões que um tribunal toma em determinado sentido. Desta feita, a diferença é precipuamente quantitativa. Nessa perspectiva, o precedente antecede a jurisprudência, pois sendo estabelecida a regra geral podem os julgadores concretizarem o estabelecido uma grande monta de julgamentos subsequentes.

O código de Processo Civil de 2015 em seu art. 926 aponta o dever dos tribunais de uniformizar a jurisprudência, mantê-la estável, íntegra e coerente. A uniformização da

² Este não é o objeto do trabalho, por conseguinte, sugere-se a leitura do seguinte texto para maior aprofundamento: Da complexidade à simplificação na identificação da ratio decidendi: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil? de Lenio Luiz STRECK, Igor RAATZ, Gilberto MORBACH, publicado na Revista Jurídica vol. 01, n.º. 54, Curitiba, 2019. pp. 317 - 341

jurisprudência colocada como obrigação conforme o art. 926, é vista de maneira especial no §1º do referido artigo, quando se dispõe que serão estabelecidas súmulas nos tribunais apontando qual a jurisprudência dominante naquela corte. Tais súmulas devem ter correspondência fática nos precedentes que provocaram sua criação. Conforme o §2º do mesmo artigo. Perceba-se o resgate da ideia do precedente enquanto razão da decisão e não o texto da decisão em si, o próprio código faz a distinção entre súmula e precedentes.

Quanto ao dever de manter a jurisprudência estável, fala-se do princípio da inércia argumentativa, sob o qual se dá a obrigação de apresentar uma argumentação robusta ao afastar os precedentes anteriormente firmados de um caso concreto semelhante ao que estabeleceu o precedente, bem como gera a facilitação para o julgador que deseja estabelecer a mesma linha de julgamento no caso concreto.

Vê-se isto claramente na redação do art. 489, §10, VI do CPC que afirma que não se considera como fundamentada qualquer decisão judicial se não observar súmula, jurisprudência ou precedente que foi trazido pela parte na argumentação, sem que o julgador apresente diferenças entre o caso analisado e o entendimento anterior, ou demonstre a superação do entendimento, mostrando assim a busca pela estabilização da jurisprudência.

Porém mesmo em caso de modificação de entendimento há limitações para que a mudança não seja tão ilimitada, o art. 927, 2º do CPC prevê a possibilidade de audiências públicas com a participação de pessoas, órgãos ou entidades para que haja a discussão de alteração de enunciado de súmula e no caso de julgamento de casos repetitivos. Bem como, a legislação impõe alguns elementos norteadores para a modificação de súmula, jurisprudência pacificada ou tese adotada em julgamento de casos de recursos repetitivos que são: a necessária fundamentação adequada e específica e a observância do princípio da segurança jurídica, da proteção à confiança e a isonomia.

No que se refere à integridade e coerência também trazidas no art. 926 é intransponível a teoria de Ronald Dworkin, para o autor a integridade é percebida no fato de os julgadores apresentarem uma argumentação jurídica ante os direitos e deveres levando em consideração que todos os postulados advêm de um mesmo autor, gerando assim uma atuação justa e equânime (DWORKIN, 2002).

A coerência, por sua vez, impõe ao julgador a necessidade de não ser independente por

completo ante o julgamento, devendo buscar sempre a justificação em decisões anteriores. Porém, esta coerência não engessa a atuação, tendo em vista que a atuação jurisdicional tem uma característica também política que conforme a transição temporal e a mudança dos interesses a postura do que decide também se altera, desta feita, a coerência não se exige somente com o passado, mas com os casos e a contemporaneidade que se apresentam ante o julgador (DWORKIN, 2002).

Por conseguinte, um dos principais desafios do sistema de precedentes é a observância da isonomia ante casos semelhantes e a manutenção da observância dos julgados anteriores, efetivando assim o sistema de precedentes e dando estabilidade ao direito nacional. Tendo em vista que na análise do caso a caso a realidade social é averiguada e não se pode ter controle do mundo real, havendo assim uma possibilidade de transição de precedentes relativamente alta.

Observe-se que no Brasil as cortes adquiriram o hábito, de em suas decisões, os julgadores discorrerem longamente sobre o tema em análise, pode-se refletir que apesar de aparentar dar mais robustez a decisão, em verdade isto pode dificultar na percepção da averiguação do real sentido dos precedentes, seja por abranger temas correlatos ou por desamparar realidades essenciais. Perceba-se, que nesta constatação vê-se um desencontro com a finalidade da arbitragem que é a resolução mais específica das disputas através de árbitros técnicos com decisões mais seguras e fundadas em pressupostos estáveis.

É intransponível novamente a lição de Dworkin sobre a atividade jurisdicional que o autor caracteriza como a construção de um romance, ao fazer o direito pela decisão o juiz sem dúvidas insere um novo capítulo na moldura normativa do ordenamento jurídico, porém, não se pode esquecer dos capítulos anteriores. Devendo assim ter responsabilidade acerca daquilo que se faz, devendo atuar como se fosse um único autor de todas as decisões que se emitem dentro do sistema (DWORKIN, 2002).

E neste contexto, insere-se como ponto de partida inegável (ADEODATO, 2012) a observância da legislação. A segurança jurídica passa não só pela estabilidade dos precedentes, mas também pelo respeito à legislação, à letra da lei em si. Por óbvio, o método literal de interpretação não é o único, mas é o primeiro a ser consultado (CARDOZO, 2004), não pode o decididor ao ver o texto da lei interpretá-lo à revelia do que se vê, mas deve extrair

o sumo do direito que é contido naquelas palavras.

A literalidade dos textos jurídicos nem sempre são claras e ainda quando claras possuem uma textura aberta (HART, 2009), promovendo um *locus* de interpretação extenso, porém abstrações jurídicas que vão de encontro ao disposto descaracterizam o direito enquanto sistema. Advoga-se pela aplicação do método literal sem descuidar do problema da “literalidade”, tendo em vista que a conceituação da literalidade é um problema jurídico discutido desde o século XX dado a polissemia das palavras, sendo a literalidade muito mais sobre a visão do intérprete que sobre uma condição natural do texto, dado que os textos por si só não têm a garantia da clareza literal (STRECK, 2011).

Porém, é justamente por esta polissemia das palavras que não se pode afastar uma lei erigida conforme o processo constitucional em nome de uma atualização do direito, sobretudo diante da fundamentação jurídica sumamente baseada em princípios (STRECK, 2011). Tal argumentação axiológica tende a enfraquecer o direito e a normatividade da Constituição e das Leis em geral, tendo em vista que são decisões que por vezes ultrapassam os limites interpretativos do texto legal e buscam não estabelecer o sentido do texto dentro da moldura normativa, mas em verdade corrigir a legislação, atribuindo-lhe um sentido completamente diverso, atividade esta que não é papel do julgador. Neste sentido, leia-se:

Isto é, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto “programa normativo-vinculante”, mas, sim, em um conjunto de enunciados criados ad hoc (e com funções ad hoc), que, vestidos de princípios, constituem uma espécie de “supraconstitucionalidade”. Agregue-se a tudo isso a relevante circunstância de que muitos dos princípios gerais do direito – que teriam sido “constitucionalizados” – são incompatíveis com a Constituição (STRECK, 2011 p. 539)

O aplicador do direito deve, portanto, ter a consciência que a atividade jurisdicional apesar de produzir também direito verdadeiro, este produto se origina de um contexto normativo pré-existente que não pode ser ignorado. Assim as balizas constitucionais vinculam não somente os jurisdicionados mas também os julgadores. Em verdade, a Constituição limita a si mesma como se vê na forma do art. 60, §4º. Ora, se ela é limite e baliza para si o julgador não pode se assenhorar do texto legal e estabelecer um limite que a própria normativa não estabeleceu.

Portanto, a atividade de gerar precedentes deve ser feita com extrema cautela, pois ao

exercer esta função o julgador não estabelece somente uma decisão momentânea, mas cria a possibilidade de que no futuro haja um aprofundamento da tese e a aplicação em outros casos. Os precedentes são como um novo rio, vemos o seu nascedouro, mas não se pode controlar o caminho que faz até a foz e todas as ramificações que pode gerar no caminho.

Desta feita, um mau precedente gerará maus precedentes, e mesmo que se faça com aparentes bons motivos, a decisão tem efeitos que não poderão ser controlados, uma vez que o controle do precedente é a Ordem Constitucional e se na origem ela é retirada dificilmente será reestabelecido posteriormente. Além disto, registre-se que o julgador, o detentor do poder, não ocupa a função *ad aeternum*, o poder transita, sendo assim, os mesmos que foram beneficiados por uma decisão atualmente, poderão amargar sob a justificativa de um mau precedente posteriormente, sem poder apelar pela Constituição que restou obsoleta.

Tal a importância dos precedentes, e a responsabilidade ao emití-los, que o art. 927 do CPC estabeleceu a obrigação da observância de alguns em específico: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamentos de recursos extraordinário e especial repetitivos; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados; enunciados de súmula vinculante; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

Vê-se no artigo supracitado um exemplo de *stare decisis* que é a necessidade de compatibilizar as decisões judiciais, tal compatibilização pode ser horizontal quando o próprio tribunal se vincula a observar as decisões que emanou ou vertical quando órgãos julgadores inferiores observam as decisões das cortes superiores. A expressão *stare decisis* vem da expressão latina *stare decisis et quia non movere*, que significa mantenha a decisão e não mexa com o que está quieto.

No artigo 927 se tem tanto o *stare decisis* horizontal tendo em vista que há a necessidade de os próprios tribunais superiores observarem suas decisões, tais como as súmulas vinculantes que também vinculam o próprio STF, e a vinculação vertical que é a observância dos mesmos postulados pelos demais julgadores pelo vínculo hierárquico.

Diante dos enunciados trazidos pelo CPC no artigo 927, tem-se a necessidade de

distinguir que nem tudo o que está na decisão é em si o precedente a ser observado, e nem mesmo toda decisão judicial é precedente e mesmo nos precedentes nem toda a argumentação usada é vinculante. Vinculante é a *ratio decidendi*, que é justamente a generalização das razões repetitivas ao decidir o caso, sendo estas necessárias e suficientes para exercer juízo sobre a questão. Neste contexto, não se pode confundir *ratio decidendi* com fundamentação jurídica nem mesmo com raciocínio jurídico, pois estes se referem ao caso particular a *ratio decidendi* tem relação com o direito em si, é a premissa sem a qual não se atinge a resolução do conflito (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Neste contexto insere-se a conceituação de *obiter dictum*, que são as fundamentações que não compõem o precedente, mas que são trazidas no bojo da decisão, porém não são indispensáveis, nem compõem o núcleo duro da decisão, servem somente para robustecer a decisão. Porém, mesmo estes pronunciamentos não vinculantes possuem pelo menos força argumentativa para a posteridade, por isso, deve-se ter bastante cautela na formação das decisões judiciais, pois mesmo o *obiter dictum* desloca a moldura normativa, ao menos para a argumentação.

Diante do caso concreto, então, é preciso identificar o precedente e para tanto deve-se identificar no bojo da decisão anterior aquilo que é a *ratio decidendi*, o precedente em si. Neste contexto a própria afirmação do que é o precedente passa pela interpretação do órgão aplicador, numa “meta-interpretação”. O próprio CPC no art. 927 §1º aponta que a aplicação deve observar o contraditório, afirmando assim o teor altamente interpretativo da sua aplicação.

Não havendo a identidade entre o precedente e o caso concreto deve-se prosseguir para a distinção entre o caso e o precedente, ocorrendo assim distinções de fato e de direito que afastam a aplicação da decisão anterior. O CPC traz diversos dispositivos que apresentam a possibilidade de distinção entre o precedente e o fato em si (arts. 489, § 1º, 1.037, §§ 9º e 12, 1.042, § 1º do CPC). Tal diferença não pode ser meramente geral, ela deve ser consistente, exigindo-se assim uma real exposição de motivos que ensejem no afastamento do precedente. No direito brasileiro não há a possibilidade de oposição ao precedente sem a apresentação de argumentação suficientemente consistente.

Diante da inconformidade com a realidade e com o direito, os julgadores podem

superar o entendimento, tendo em vista a necessidade de coerência sistêmica e facticidade. De regra a superação do precedente se dá através de sinalização da corte ou prospectivamente, conforme o art. 927 §3º do CPC, esta superação ocorre justamente porque sendo incompatível com a realidade, o precedente deixa de oferecer segurança jurídica e isonomia, sendo intransponível sua alteração.

Há também a possibilidade da superação parcial do precedente. A primeira forma de mudança parcial é a transformação que é quando a corte toma como base questões de fato e de direito que não eram centrais na elaboração do precedente e as usa para fundamentar a sua decisão como se precedentes fossem, dando assim uma nova interpretação ao estabelecido. Tal situação de regra estabelece a revogação total do precedente, mas sem que a corte faça o anúncio oficial disto. Pode-se ocorrer também a revogação parcial através da reescrita do precedente, redefinindo o âmbito de sua incidência, não sendo completamente revogado, mas tendo sua abrangência alterada.

Por fim, o código apresenta o artigo 928 com a definição daquilo que são os julgamentos de casos repetitivos, conceituando-os como decisões proferidas em incidentes de resolução de demandas repetitivas e recursos especiais e extraordinários repetitivos. O parágrafo único do referido artigo afunila a conceituação ao afirmar que o julgamento de casos repetitivos tem por objeto questões de direito material ou processual.

Vê-se, portanto, que o sistema de precedentes apresenta uma complexidade, e uma possibilidade de instabilidade, apesar do fito da estabilidade, elevadas. A aplicação na realidade pode gerar tanta insegurança jurídica pela volatilidade de precedentes, enquanto razões racionalizadas da decisão, como uma amarra aos juízes de mais baixa hierarquia na aplicação do direito, bem como uma confusão no processo de identificação da *ratio decidendi*. Desta feita, para além de compreender a existência do sistema de precedentes, faz-se necessário compreender qual a posição do sistema de precedentes dentro do direito brasileiro.

3.2 Inserção do Sistema de Precedentes na teoria das fontes do direito

A arbitragem em direito como se disse atua sobre o escopo legal, não afastando o ordenamento jurídico, neste contexto a compreensão de qual o lugar dos precedentes neste

ordenamento é fundamental, para assim aferir qual a vinculação da arbitragem de direito ao sistema de precedentes. Assim, essa compreensão passa pela percepção de em qual lugar das fontes do direito o sistema de precedentes se encaixa, pois através disto é que se vê o grau da vinculação. Por conseguinte, este trecho do trabalho refletirá os precedentes enquanto fonte do direito e o encaixará no sistema normativo de acordo com seu grau vinculante.

O ordenamento jurídico é composto por uma gama de normativas e todas elas são postas ante o julgador para que possa tomar a decisão que considere mais adequada. Neste processo decisório aquele que decide deve eleger a norma que aplicará ao caso concreto, tendo em vista a multidisciplinariedade que há sobre a vida real. Porém este processo de decisão de qual norma aplicar não se resolve com uma questão de capricho ou por juízo arbitrário, há em verdade uma ideologia normativa que disciplina este processo de escolha, apontando posturas e conceitos que vinculam o decisor (ROSS, 2007).

A ideologia normativa é a das fontes do direito, esta não quer dispor com a prática o conflito é resolvido, mas apontam o caminho da procedência do julgador ante o caso concreto (neste trabalho, como o árbitro deve proceder ante os precedentes). Ao que se chama fontes do direito, em verdade são as diretivas de aplicação de normas jurídicas de acordo com o seu processo de criação, o direito que brota de procedimentos específicos tal qual a água brota da fonte (ROSS, 2007). Neste sentido pode-se conceituar fontes do direito como:

Por fontes do direito, entender-se-á o conjunto de fatores ou elementos que exercem a influência na formulação do juiz da regra na qual ele funda sua decisão; acresça-se que esta influência pode variar- desde aquelas fontes que conferem ao juiz numa norma jurídica já elaborada que simplesmente tem que aceitar até aquelas outras que lhe oferecem nada mais do que ideias e inspiração para ele mesmo (o juiz) formular a regra que necessita (ROSS, 2007 p 103)

Bobbio (1995,) por sua vez, aponta que as fontes do direito são os fatos e os atos pelos quais o direito condiciona a produção das normas. As fontes por conseguinte são em verdade a expressão do poder disciplinador do Estado, que tanto regula a sociedade por meio das normas, como regula a si mesmo na sua forma de produção.

Na facticidade as fontes do direito são percebidas na maneira como os julgadores aplicam o direito e a gradação que se dá à hierarquização das normas nas razões que integram a decisão. Então é na atuação dos tribunais que se vê a real hierarquia das fontes do direito, porque se os textos legais não produzem efeitos na realidade, não há teor normativo de fato na

norma que se analisa (ROSS, 2007). Porém, o ordenamento jurídico oferece as balizas para a atuação e aplicação destas normas, como se disse anteriormente, não devendo ser interpretadas conforme o humor do hermeneuta.

As fontes do direito então, podem ser classificadas como: e materiais que são as fontes que se originam do pluralismo dos anseios sociais, não constituindo assim direito positivo, mas expressam os valores e circunstâncias sociais, que apesar de não vincularem diretamente a atividade decisória acabam condicionando a produção de normas positivas por representarem os anseios sociais; fontes formais são aquelas que expressam o direito tornando-o conhecido concretamente, são a expressão do direito positivo.

As decisões judiciais, na doutrina clássica não eram entendidos como fontes formais, pois a função deles não era gerar normas jurídicas, mas sim interpretar as leis vigentes. Porém, como se viu, os precedentes são razões de decidir racionalizadas que podem ser aplicadas ao caso concreto diretamente fundamentando a decisão do julgador, constituindo assim expressão formal do direito.

Diante disto, há que se refletir quanto a dependência do precedente para a geração de efeitos, pois as fontes ainda podem ser classificadas como mediatas, que dependem de outra fonte jurídica para manifestar sua força, ou imediatas, que são as fontes que não se fundam em nenhuma outra para se manifestarem (KATCHI, 2006).

Para responder a esta questão, o enunciado do artigo 927 do CPC é evidente: “Os juízes e tribunais **observarão**”. O código impõe uma obrigação aos magistrados de obedecer aos precedentes que elenca nos incisos do artigo, não se trata de uma discricionariedade, mas de um poder dever daqueles que decidem litígios. O código não impõe algum mediador entre o precedente e o caso senão o próprio entendimento do órgão jurisdicional, a aplicação é imediata, logo o precedente com o advento do CPC torna-se fonte formal e imediata do direito, não sendo possível afastar a sua incidência ou condicioná-la.

Este entendimento pode ser visto como uma mudança paradigmática, pois no Brasil é seguida a tradição jurídica da *civil law*, nela a fonte originária do direito é a própria legislação, e com isto anteriormente a jurisprudência e os precedentes possuíam força de integração e persuasão e não de fonte direta do direito. Desta feita, os precedentes eram apresentados como fontes indiretas, secundárias e materiais do direito, ligando-se inclusive aos costumes, não

vinculando de maneira formal o julgador (ZANETTE JR, 2014).

Esta mudança no Brasil não se principia diretamente com o Código de Processo Civil de 2015, ela em suma teve três etapas fundamentais (BARROSO; MELLO, 2016).. A primeira dela diz respeito ao avanço do controle concentrado de constitucionalidade. Com a Constituição de 1988 houve o aumento de instrumentos de controle concentrado, bem como uma ampliação de legitimados para a proposição de ações, bem como a maior autonomia da Procuradoria-Geral da República que passou a ter um mandato não sujeito a exoneração *ad nutum*. Acresce-se a isto todas as normas infraconstitucionais que regulamentam o processo constitucional.

A segunda fase se deu com a valorização da jurisprudência por meio de normas infraconstitucionais, como no caso da Lei 10.352/2001 que retirou a obrigatoriedade do reexame necessário nos casos envolvendo a Fazenda Pública nos casos de que o julgado fosse de acordo com a jurisprudência do plenário do STF, bem como a Lei 11.418 que instituiu o procedimento especial para o julgamento de recursos extraordinários repetitivos, tal instituto foi algum tempo depois aplicado para os recursos especiais, através das Leis 11.672/2008 e 13.015/2014

Porém é com o CPC de 2015 que se institui o sistema de precedentes vinculantes. Tal força se dá a este instituto que o artigo 988 do referido código traz a reclamação como instrumento para cassar todas as decisões que divergirem dos precedentes que sejam obrigatórios conforme o artigo 927 do CPC.

Porém, estes precedentes possuem uma gradação no que se refere à sua eficácia. Patrícia Mello e Luís Roberto Barroso (2016) dividem esta eficácia em três níveis. O primeiro deles são os precedentes de eficácia meramente persuasiva, que são os precedentes advindos de juízos de primeiro grau e de tribunais quando não se trata de incidente de resolução de demanda repetitiva ou de assunção de competência.

Há também os precedentes de eficácia intermediária ou normativa em sentido fraco, como as súmulas simples das cortes superiores e orientações jurisprudenciais. São pronunciamentos que devem ser seguidos, mas em caso de descumprimento não há a possibilidade de ajuizamento de reclamação para reverter a decisão, sendo assim o dever de observar se caracteriza mais como recomendação (BARROSO; MELLO, 2016).

Por fim, há os precedentes de caráter normativo em sentido forte, que são especificamente os que estão no bojo do artigo 927 do CPC, súmulas vinculantes, acórdãos com repercussão geral e entre outros, o desrespeito a estes julgados acarreta na possibilidade de cassar a decisão dado o teor normativo do precedente (BARROSO; MELLO, 2016).

Mostra-se então uma verdadeira alteração na ordem legal brasileira, dado o forte teor normativo destes precedentes. Evidencia esta vinculação obrigatória a realidade de que os precedentes são fonte de direito formal e imediata, não comportando o seu afastamento dos mesmos na resolução das lides. A inserção dos precedentes nesta categoria de fonte atende por fim a teleologia do sistema processual, pois com o sistema de precedentes vinculantes tem-se a perquirição da: realização da igualdade, a busca pela imparcialidade; e o trabalho pela segurança jurídica.

No que se refere à igualdade, vê-se que na *civil law* se tem a expectativa prévia de que o juiz pode se limitar a meramente descrever a norma no texto legislativo, porém se percebe com o avanço do tempo que os juízes verdadeiramente contribuem para a construção do Direito. O reconhecimento do precedente como fonte direta e imediata permite descrever um fato da vida, pois mesmo o texto legislativo carece do significado para produzir seus efeitos e o significado é que produz efeitos na realidade, põe-se então o direito na prática nas mãos do poder judiciário. O sistema de precedentes então trazendo estas normativas como fonte formal e imediata impõe a necessidade de conferir a todos os jurisdicionados um tratamento igualitário, tendo em vista que exige a universalização do precedente.

No que tange à imparcialidade, tem-se uma intrínseca ligação com a igualdade, tendo em vista que a imparcialidade impede o julgador de estabelecer juízos distintos em causas iguais ou atuar com preterição entre as partes. Neste sentido, reconhecer a força do precedente como fonte formal e imediata impede que o julgador tome por fatores pessoais ou por motivações irrelevantes, decisão distinta daquela fixada no precedente que se coaduna ao caso.

Quanto à coerência, como se disse, o direito é produzido também pelos tribunais, e o significado das leis é estabelecido por eles, não se poderia, pois, admitir que tribunais e juízes estabelecessem normas discrepantes sobre o mesmo conteúdo legal. O sistema de precedentes então expressa a perquirição pela coerência. Esta coerência sem dúvidas passa pelo sentido de autoridade, somente se pode dar a coerência à interpretação jurisdicional se os precedentes

forem dotados da autoridade de fonte formal e imediata do direito, pois assim são coercitivas aos demais julgadores.

Por fim, a segurança jurídica, ponto basilar do processo, tem sua busca no sistema de precedentes ao passo que se estabelecem normas prévias que garantem a previsibilidade da atuação do julgador ante o caso, porém tal previsibilidade não é univocidade, tendo em vista que mesmo o precedente carece de interpretação judicial (MARINONI, 2014).

Tem-se, portanto, a impossibilidade de afastar o precedente judicial na decisão de lides, tendo em vista a sua natureza de fonte formal e imediata do direito. Afastar o precedente seria em verdade criar uma nova modalidade de ordem jurídica diferente da que há no ordenamento jurídico brasileiro hoje. Resta então perceber qual a relação entre este sistema de precedentes, fonte inafastável do direito, com a arbitragem de direito.

3.3 Arbitragem e o Sistema de Precedentes.

Viu-se no primeiro capítulo deste trabalho que a arbitragem possui natureza jurisdicional, e que esta jurisdição tem por princípio a unidade e esta unidade tem por corolário a incidência da atividade jurisdicional sobre um mesmo ordenamento jurídico, e através desta relação, para que haja de fato a unidade da jurisdição faz-se necessário que entidades que exercem jurisdição atuem sobre este mesmo conjunto de normas igualmente.

Ao analisar o sistema de precedentes, viu-se que os precedentes são normas jurídicas com força coercitiva tanto quanto as leis em sentido estrito, dado que são imperativos jurídicos dotados de racionalização geral, tal como a legislação, e possuem observação obrigatória por força das disposições do CPC, bem como pela conveniência jurídica.

Conforme o que já foi afirmado, que em geral a arbitragem de direito se trata da resolução de disputas aplicando as regras do direito brasileiro. Ora, se a arbitragem é verdadeira jurisdição, como se viu, e nas normas do direito brasileiro incluem-se os precedentes judiciais, não se pode chegar à conclusão diferente senão que: nas decisões arbitrais, devem ser observados os precedentes judiciais.

Essa concepção se dá através de uma série de construções que passam desde o fortalecimento do instituto da arbitragem e o abandono da concepção meramente contratual

e reconhecendo da natureza jurisdicional, bem como perpassa pelo fortalecimento do institutodos precedentes judiciais enquanto norma jurídica.

Dessa feita, sem o pálio do CPC/2015 e da Emenda Constitucional nº 45/2004³, que fez a reforma do poder judiciário, não seria possível chegar a esta concepção atual sobre a vinculação da arbitragem ao sistema de precedentes. Chegar a uma conclusão diversa desta, seria em verdade criar uma ordem constitucional paralela, tendo em vista que os precedentes apresentam o real teor da norma jurídica, e ao afastar a interpretação real (o que não significa ser a melhor) afasta-se teleologicamente a própria norma e se cria uma nova norma por meio da interpretação.

Negar a vinculação do precedente seria negar sua natureza em si, pois a identidade entre a normativa e a prática é aquilo que concerne de diretiva de determinação do direito vigente (ROSS, 2007). Esta criação de ordem jurídica paralela, geraria o efeito contrário daquilo que se espera do sistema jurídico, bem como, das finalidades já aqui discutidas sobre o sistema de precedentes. Criar-se-ia uma ordem desigual, tendo em vista que a depender da forma da resolução da disputa se poderia obter um resultado diverso, e por conseguinte ocorreria um ataque à coerência do sistema que ora caminha para um lado ora caminha para o outro. Além disso, a isonomia do julgador poderia ser questionada, tendo em vista que ele escolheria arbitrariamente o que vale e o que não vale dentro do ordenamento jurídico, gerando assim uma insegurança jurídica que não pode ser comportada pelo ordenamento jurídico.

Tem-se:

Conclui-se, portanto, que os árbitros devem observar as decisões as quais o legislador atribui eficácia vinculante, tanto em sede de controle concentrado de constitucionalidade, como no caso de enunciado de súmula vinculante. Não com fundamento propriamente na lei processual, mas por força da necessidade de interpretar todo instituto jurídico conforme a Constituição. É que, perdoe-se o truísmo, a arbitragem não pode desprezara incidência dos princípios constitucionais (Lei 9.307/96, art. 21), sob pena de afrontar a unidade do ordenamento jurídico, deixando-o à míngua de qualquer ordem e unidade, permeando-o de contradições e casuísmos. (BASÍLIO, 2018)

^{1 3} “A EC. 45/2004, que foi batizada de ‘Reforma do Judiciário’, implantou no ordenamento jurídico nacional as súmulas vinculantes, inserindo o art. 103-A na CF/1988. Alterou significativamente o enquadramento da jurisprudência dos tribunais superiores entre as fontes do direito nacional, aproximando o sistema jurídico brasileiro dos vigentes em países que adotam o modelo anglo-saxão, dos chamados precedentes judiciais” (ADORNO JÚNIOR, Hécio Luiz; SOARES, Marcelle Carine dos Praseres. A alteração do sistema das fontes do direito brasileiro pelas súmulas vinculantes e pelos princípios normativos. Revista dos Tribunais, v. 170, jul.-ago.2016)

Por isso, o respeito aos precedentes passa pela realidade de que foi a Constituição que outorgou ao Poder Judiciário o poder de interpretar a legislação, bem como foi a legislação feita conforme a Constituição que erigiu o sistema de precedentes. Por conseguinte, abandonar os precedentes judiciais na arbitragem seria em verdade afrontar a própria Constituição, pois se daria ao árbitro o poder de dizer aquilo que é ou não é direito. A exemplo disto, não pode um árbitro aplicar uma lei que tenha sido declarada inconstitucional pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, ou deixar de aplicar uma norma que foi julgada constitucional, pois estes julgados dizem respeito à própria validade da norma (BASÍLIO, 2018).

Porém, a arbitragem é um meio de resolução de disputas que tem como uma das principais características a flexibilidade, um exemplo disto, é que conforme o artigo 2º da Lei de Arbitragem, as partes podem escolher livremente as regras que serão aplicáveis na resolução da disputa. Trata-se da manifestação do princípio da autonomia privada, que dá a liberdade entre as partes de articularem entre si aquilo que lhes aprouver, desde que dentro das possibilidades jurídicas.

A legislação só impõe uma única limitação a esta escolha: o respeito à ordem pública e aos bons costumes. Por isso, não há uma limitação formal das normas que podem ser afastadas e das que não podem ser afastadas, cabe às partes através de boa instrução jurídica efetuar tal escolha. Por isso, caso as partes em convenção de arbitragem ou em compromisso arbitral decidirem por afastar o sistema de precedentes não há em análise primeira afronta à ordem jurídica.

Recorde-se aquilo que foi dito anteriormente: mesmo no afastamento de determinadas regras ou na eleição de outras leis, não se afasta a caracterização de arbitragem de direito, tendo em vista que são por pressupostos objetivos, claros e pré-definidos que vai se resolver a disputa.

Tal escolha não seria de todo inapropriada, tendo em vista que mesmo com o objetivo de trazer estabilidade para a concepção jurídica os precedentes são dotados de uma volatilidade muito maior que a legislação em si. Recorde-se que o próprio precedente exige que aquele que decide o identifique e o interprete como tal, podendo ocorrer nestes movimentos as chamadas “transformações” que são as mudanças na interpretação da interpretação da legislação, sendo

que tais mudanças como se disse, sequer são anunciadas.

Os precedentes em verdade são uma fonte jurídica formal e imediata, mas não são uma fonte completamente objetivada (ROSS, 2007), e esta não objetivação gera uma maleabilidade muito maior na segurança da aplicação da decisão. O emaranhado que há entre a *ratio decidendi* e a *obiter dictum* pode acarretar numa interpretação inadequada do precedente aprofundando uma incerteza jurídica não desejável.

A submissão absoluta da arbitragem de direito ao sistema de precedente seria potencializar o Poder Judiciário com uma competência maior que a que já tem, tendo em vista que se fosse absoluta a submissão o desrespeito ao sistema de precedentes ensejaria o desrespeito ao compromisso arbitral que elegeisse a arbitragem em direito brasileiro e por conseguinte a sentença arbitral poderia ser anulada pelo poder judiciário (SALOMÃO; FUX, 2017). E tal possibilidade vai de encontro totalmente à finalidade do instituto da arbitragem que é compor de maneira mais adequada o sistema multiportas para a resolução das disputas.

Porém há que se refletir sobre a questão da ordem pública, que apesar de ser conceito incerto pode ser percebida através da consciência média social em sua época, rechaçando aquilo que é chocante e endossando aquilo que é congruente, servindo com uma proteção da sociedade de situações que lhe sejam danosas (DOLINGER, TIBURCIO, 2020). A ordem pública possui um nível interno que garante a aplicação das normas cogentes e impede que haja o desrespeito às mesmas, existe a ordem pública internacional que impedem normas estrangeiras ou normas internacionais que ofendam os valores internos do ordenamento, e há a ordem pública universal quem rege os interesses conjuntos da totalidade dos povos (MUNIZ, 2012).

Vê-se, portanto, que a ordem pública é um instituto jurídico polissêmico e, por vezes, não encontra pacificação sequer na jurisprudência. Tem-se como exemplo a não homologação de sentenças internacionais no que se refere às dívidas de jogo por ferir a ordem pública já que a exploração de jogos de azar no Brasil é contravenção penal e a dívida de jogo no Brasil é obrigação natural, não sendo cobrável compulsoriamente. Há no ordenamento brasileiro julgados tanto no sentido de se permitir a cobrança, como no de se

coibir, e ambos utilizando a premissa da ordem pública⁴.

Neste sentido, é preciso que o operador do direito que assessora a parte esteja muito consciente da disposição entre as partes, pois apesar da liberalidade da não incidência do sistema de precedentes, há entendimentos jurídicos que se afastados podem ensejar a desobediência à ordem pública, tais como os de controle concentrado de constitucionalidade. Caso ocorra a ofensa, é possível que haja a nulidade tanto da convenção arbitral, como da própria sentença, o que seria contraproducente.

Porém, tal inserção da ordem pública só deve ser invocada como baliza de controle da arbitragem de maneira verdadeiramente excepcional. Tendo em vista que a própria possibilidade de eleger as normas faz parte da ordem pública tendo em vista a previsão legal, caso se invoque a ordem pública para todas as disposições que elegem normativas para a arbitragem o dispositivo que confere esta liberdade torna-se letra morta.

Para além da ordem pública, a Lei de Arbitragem impõe o respeito aos bons costumes, tal disposição é ainda mais abstrata que a da ordem pública, tendo em vista que o que é bom costume é um dado sumamente cultural e variável com o tempo. Por conseguinte, pode-se conceituar bons costumes como as condutas morais exigidas pela sociedade aos seus membros.

Com isso, se a convenção de arbitragem de direito não restringir a aplicação de alguma norma jurídica, todo o ordenamento jurídico deve ser observado, incluindo os precedentes, mas se caso, por deliberação livre das partes, excluir-se o sistema de precedentes ou parte dele, haverá esta não submissão, resguardando-se a ordem pública e os bons costumes irrelevantes, decisão distinta daquela fixada no precedente que se coaduna ao caso.

⁴ Tem-se como exemplo o AGRCR -5332-EUA, de Relatoria do Ministro Octávio Galotti de 1993 e a CR 9.987-EUA, Ministro Relator Marco Aurélio Mello, 2001. O primeiro julgou negava a execução de dívida por jogos de azar no território nacional e a segunda conceda o exequatur, ambas sob o império da ordem pública.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dado o exposto, vê-se como se deu a construção da argumentação sobre o problema da pesquisa: “há vinculação da arbitragem de direito ao sistema de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?” Para tanto teve-se por objetivo geral perceber esta relação entre o sistema de precedentes e a arbitragem de direito e por objetivos específicos: a compreensão da natureza jurídica da arbitragem e a compreensão da natureza jurídica do sistema de precedentes.

Diante disso, a pesquisa inicialmente apresentou a hipótese de que: tendo em vista a natureza jurisdicional da arbitragem, esta quando se apresenta na modalidade de arbitragem de direito vincula-se absolutamente ao sistema de precedentes. E a partir desta hipótese levantada buscou-se desenvolver a pesquisa procurando estabelecer a interação entre a arbitragem e o sistema de precedentes.

Não haveria a possibilidade de perceber a interação entre os dois institutos sem que antes se percebesse o que são os dois institutos, por isso, elencaram-se estes dois objetivos específicos. Buscou-se construir um pensamento silogístico, estabelecendo a premissa maior que seria o conceito de arbitragem e sua natureza jurídica e a premissa menor que seria referente ao sistema de precedentes, para assim chegar a resposta do problema da pesquisa.

O primeiro objetivo foi discutido no primeiro capítulo do trabalho. De logo conceituou-se a arbitragem como sistema heterocompositivo de resolução de disputas que tem como características essenciais: ser uma forma privada de resolver conflitos, ser uma alternativa aos tribunais do Estado, a autonomia privada como norteador do processo, a resolução definitiva da questão e por conseguinte a vinculação das partes.

Fazendo um recorte mais específico, separou-se da concepção geral de arbitragem o instituto da arbitragem de direito, que é aquela feita conforme o ordenamento jurídico, seja ele pátrio ou internacional. Tal afunilamento se fez para afastar aquilo que se chama de arbitragem por equidade, neste tipo de resolução de disputas não há a incidência de normas objetivas previamente estabelecidas, o problema/oportunidade é solucionado por meio de princípios de justiça e equidade entre as partes, afastando a incidência das normas formais pré-estabelecidas. Este necessário recorte se deu pois não teria sentido discutir o sistema de precedentes fora da arbitragem de direito, tendo em vista que na arbitragem por equidade sequer os pressupostos legais em sentido estritos são vinculantes.

Tendo feito esta conceituação, buscou-se aprofundar no conhecimento além-conceito que é a perquirição da natureza jurídica da arbitragem. Destacando-se neste processo duas teorias: a teoria contratualista e a teoria jurisdicional. Para estabelecer uma estruturação lógica o trabalho firmou em primeira ordem a conceituação da própria jurisdição, tendo em vista que na própria hipótese da pesquisa o conceito de jurisdição atua com centralidade na resolução do problema.

Diante disso, teve-se por conceito de jurisdição uma forma hetercompositiva de resolução de disputas através da interferência de um terceiro imparcial que tem por função criar, efetivar, proteger o direito através de decisão que não pode ser controlada externamente e tem a aptidão de se tornar indiscutível. Estes elementos da conceituação foram discutidos longamente no texto para que ao adentrar na realidade da arbitragem como verdadeira jurisdição se pudesse enquadrar a conceituação do instituto da arbitragem no de jurisdição previamente estabelecido.

Ao discutir a natureza jurídica da arbitragem foi levantada a teoria contratualista, esta defende que pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição não se pode dar à arbitragem a natureza jurisdicional. Afirma-se que a jurisdição é manifestação do poder do Estado em não comporta divisões podendo ser exercida unicamente por aqueles que foram investidos na forma da Constituição na função jurisdicional.

Tem-se ainda a argumentação de que a jurisdição é indelegável não podendo seu exercício ser transferido a outros. No ensejo, os contratualistas afirmam que a jurisdição não serve somente para a pacificação social, mas para garantir os direitos fundamentais, e a arbitragem por sua vez preocupa-se em resolver problemas de caráter essencialmente patrimoniais, não exigindo uma sofisticação maior na discussão, bem como restringindo-se à uma parcela da sociedade, dado seu viés patrimonialista.

Por sua vez, os que advogam a natureza jurisdicional da arbitragem apontam que não se trata de um afastamento da jurisdição, mas uma renúncia da jurisdição exercida pelo Estado. Quanto à investidura, afirma-se que há diversas formas de investidura na Constituição e a convenção de arbitragem seria somente mais uma, dado a previsão constitucional da arbitragem. Bem como afirma-se que se garante na arbitragem uma decisão imparcial, bem como uma escolha prévia do árbitro, não desrespeitando assim o princípio do juiz natural.

Diante disto, ao analisar a forma de que a decisão da arbitragem é formada, e a vinculação gerada por ela, pôde-se ver que de fato a arbitragem possui natureza jurisdicional e

negar isto seria, em verdade, desamparar os direitos dos jurisdicionados que sem o amparo da jurisdição não tem uma discussão aprofundada da lide. Além disso, pela própria construção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça tem-se que a arbitragem é verdadeira jurisdição.

Dado essa conclusão, foi trazida à baila o princípio da unidade da jurisdição, que afirma que toda a jurisdição no território nacional é uma única, fracionada somente pela competência. Esta unidade da jurisdição é vista sobretudo, conforme se afirmou no texto, através da unidade do ordenamento sobre o qual ela incide.

Dessa feita, sendo a arbitragem jurisdição e a jurisdição ter como princípio a unidade, relacionada à unidade do ordenamento, caso se fosse afastado o sistema de precedentes da arbitragem de direito, se quebraria a unidade da jurisdição, já que os tribunais e juízes observam os precedentes obrigatoriamente. Separar parte do ordenamento vai-se de encontro diretamente com a própria natureza jurisdicional da arbitragem.

Vê-se, então, que com esta discussão atinge-se a consolidação do objetivo de compreender a natureza da arbitragem, tendo em vista que se afirmou que a mesma tem natureza jurisdicional. Além disso, através da discussão com o princípio da unidade da jurisdição e a unidade do ordenamento, tem-se o prelúdio da resolução do objetivo geral da pesquisa que é observar a interação do sistema de precedentes com a arbitragem de direito.

Ao atingir o primeiro objetivo específico, o trabalho adentrou na temática do sistema de precedentes, para assim estabelecer a segunda premissa que indicaria a resposta do problema da pesquisa. Foi feito então o debate sobre o sistema de precedentes do Código de Processo Civil de 2015.

Inicialmente, refletiu-se sobre o que é um precedente, tendo em vista que nem todas as decisões judiciais são precedentes. Afirmou-se que o precedente é uma norma advinda de um esforço racionalizante do poder judiciário que pode ser aplicado a outros casos semelhantes. O precedente em si, conforme se viu, se enconta na *ratio decidendi* que são as questões de fato e de direito que são necessárias absolutamente para que se chegasse àquela decisão, a identificação destas razões de decidir são verdadeiro desafio na atividade judicante e absolutamente necessária para a efetivação do sistema de precedentes.

Tal esforço se dá para garantir que haja isonomia entre os jurisdicionados, tendo em vista que não é razoável que casos idênticos tenham decisões diferentes, bem como a segurança jurídica, criando um grau de previsibilidade na atuação do poder judiciário. Garante-se com

isto, tanto a segurança do direito como a credibilidade das cortes, tendo em vista que decisões discrepantes afrontam o direito enquanto sistema e desacreditam o poder judiciário por parte do jurisdicionado.

Estabelecido este pressuposto teórico pôde ser ademtrado o sistema de precedentes erguido pelo CPC de 2015. Percebeu-se que o sistema de precedentes impõe a obrigação dos tribunais de uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Estas diretivas foram discutidas ao longo do texto, podendo ser sintetizado o que se disse na afirmativa de que: deve-se buscar a racionalização das decisões e não se pode admitir no direito brasileiro decisões judiciais que apontem para direções diferentes.

Para tanto o código apresenta alguns instrumentos fundamentais, como a obrigatoriedade de justificar o afastamento do precedente, e a possibilidade de promover audiências públicas antes da alteração de alguns enunciados das cortes, bem como a existência do julgamento dos recursos repetitivos nos recursos especial e extraordinário.

Porém, pode-se identificar o núcleo duro do sistema de precedentes do CPC naquilo que consta no artigo 927, que dispõe sobre a obrigatoriedade de observar alguns precedentes em específicos, a saber: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamentos de recursos extraordinário e especial repetitivos; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados; enunciados de súmula vinculante; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

Além disso, no contexto da presente discussão, problematizou-se o sistema de precedentes na medida que se busca estabilidade com o mesmo, mas há uma série de inconsistências na sua execução, como por exemplo a dificuldade de observar as razões da decisão, bem como o emaranhado desta *ratio decidendi* naquilo que se chama *obter dictum*, bem como as possibilidades de alteração dos precedentes que podem inclusive ocorrer sem o anúncio oficial de sua ocorrência. Afirmou-se também que o próprio processo de aplicação do precedente depende da capacidade interpretativa daquele que irá aplicar, criando uma subjetividade naquilo que já tem origem subjetiva.

Nessa diapasão, alertou-se da necessidade de observar com seriedade a atividade de produção dos precedentes dado que eles estabelecem regras para além do caso que o origina, e

a depender do que se estabelece pode originar uma série de más decisões que impactarão a vida dos jurisdicionados.

Tendo feito essa compreensão, buscou-se encaixar o sistema de precedentes dentro da teoria das fontes do direito, dado que é na teoria das fontes que se vê o grau da vinculação de determinada normativa. A teoria das fontes foi apresentada como uma ideologia que não resolve os casos concretos em si, mas aponta as diretivas de como eles podem ser resolvidos, e a busca desta diretiva foi o que se procurou realizar.

Foi atesatdo que pela evolução da legislação brasileira os precedentes judiciais acabaram por tomar uma nova força, se antes eles eram meramente fontes materiais do direito, que não vinculavam, com o advento de diversas legislações, em especial do CPC de 2015, os precedentes tornaram-se, dentro do nosso sistema, uma fonte formal do direito, sendo expressão viva e direta do direito positivo.

Percebeu-se também que com a indicação da vinculação presente no CPC de 2015 não se carece de intermediários para a aplicação destas diretivas jurídicas, sendo assim uma fonte formal e imediata do direito, tornando impossível afastá-la sob pena de desfigurar o próprio ordenamento.

Porém, ao reconhecer que apesar de se ruma fonte formal e imediata do direito, os precedentes não podem ser considerados uma fonte plenamente objetivada, tendo em vista que ela procede de uma atividade interpretativa e de possibilidade de alteração muito menos rígida que um texto legal em sentido estrito.

Ao finalizar esta reflexão, atingiu-se o segundo objetivo específico da pesquisa que é perceber a natureza jurídica do sistema de precedentes. Viu-se que o sistema de precedentes é de fato de natureza vinculante e constitui fonte formal e imediata do direito, porém não plenamente objetivada.

Após isso, tendo estabelecida a premissa maior da natureza jurídica da arbitragem e da necessidade da preservação da unidade da jurisdição pela unidade do ordenamento, e tendo estabelecido a premissa de que o sistema de precedentes enquadra-se como fonte formal e imediata, sendo assim inafastável, norma jurídica em sentido estrito, chegou-se a conclusão de que a arbitragem de direito brasileiro não pode afastar o sistema de precedentes.

Essa impossibilidade se dá pela necessidade de manter a ordem jurídica constitucional íntegra e o afastamento da incidência do sistema de precedentes na arbitragem de direito seria

desobedecer a própria constituição que deu, às cortes, a missão de estabelecer a real interpretação das normas a serem aplicadas no Brasil. Uma conclusão diversa desta seria, em verdade, criar uma ordem constitucional paralela, na qual haveria uma possibilidade de decisões desiguais, inseguras juridicamente, comprometendo a qualidade da imparcialidade do julgador, dado que ele decidiria de maneira imotivada qual norma do direito brasileiro valeria.

Porém, dado a natureza bastante flexível da arbitragem, viu-se que podem as partes convencionar para que o sistema de precedentes não incida nas decisões arbitrais. A própria Lei de Arbitragem permite que esta escolha seja feita, e tal escolha não afasta a caracterização da arbitragem de direito dado que se continua com pressupostos jurídicos objetivos como norteadores da decisão não decidindo por equidade.

Contudo, ressaltou-se a necessidade de observar a ordem pública e os bons costumes, conforme preceitua a Lei de Arbitragem. Em específico sobre a ordem pública evidenciou-se que muitos precedentes realmente estabelecem normativas essenciais à sua manutenção, o que acarretaria na necessidade de observar, como nos julgamentos sobre constitucionalidade de leis. A não observância poderia gerar a nulidade da sentença arbitral por descumprimento do compromisso arbitral, que elegeu a arbitragem de direito, dado que faz parte do direito brasileiro como se viu o sistema de precedentes.

Nesse sentido restou-se respondido o problema de pesquisa, porém com alteração na hipótese inicial. Tal conclusão pode ser sintetizada em: **o sistema de precedentes é obrigatório na arbitragem de direito (dado a sua natureza de fonte formal e imediata do direito e a natureza jurisdicional da arbitragem) desde que não se estabeleça qualquer disposição prévia em contrário advinda das partes, ressalvadas as decisões que estabelecem verdadeira ordem pública.**

Além disso, dado a vastidão do tema, pode-se revisitar as discussões aqui feitas e aprofundar temas relacionados a este trabalho, tais como: o sentido de ordem pública e dos bons costumes para o ordenamento jurídico aplicando a questão na arbitragem, dado a natureza vaga dos institutos. Bem como, perceber também a natureza vinculante de ordem pública dos precedentes: todos os precedentes são igualmente vinculantes no que tange à ordem pública? Também caberia a reflexão das consequências da vinculação do sistema de precedentes à arbitragem, esta vinculação comprometeria o sistema multiportas? Por serem dotados de jurisdição as cortes arbitrais também formam precedentes? Qual seria o grau de vinculação destes precedentes e quem estaria vinculado? Como os árbitros podem identificar a *ratio*

decidendi se os próprios tribunais têm dificuldade de identificá-la? Não identificando, mas aparentemente aplicando uma interpretação do precedente pode o poder judiciário ainda assim interferir?

Percebe-se que a discussão do tema não se finda com o trabalho apresentado, há em verdade muitas nuances, que seriam impossíveis de exaurir neste texto. Cabe ao pesquisador apresentar algumas respostas possíveis e sobretudo muitas perguntas, pois a pesquisa e a ideia levantada não pertencem ao pesquisador, mas à comunidade a quem ela se dirige. Neste caso em específico a pesquisa pertence a todo o contribuinte brasileiro que através dos impostos permitiu que o pesquisador estudasse e escrevesse sobre o tema. O conhecimento é livre, vasto e dinâmico, põe-se a ideia no mundo e o que virá após é incerto.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João M. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. — 5. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.
- BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. Tradução de J. M. Adeodato. **Revista Brasileira de Filosofia**, v. XXXIX, Fasc. 163, jul.-ago.-set, 1991b, p. 175-184.
- BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, a. 15, n. 3, jul.-set. 2016. p. 11-13. ADORNO JÚNIOR, Hécio Luiz; SOARES, Marcele Carine dos Praseres. A alteração do sistema das fontes do direito brasileiro pelas súmulas vinculantes e pelos princípios normativos. **Revista dos Tribunais**, v. 170, jul.-ago. 2016.
- BASÍLIO, Ana Tereza. **A arbitragem e a sua controversa vinculação aos precedentes do novo Código de Processo Civil**. Editora Justiça e Cidadania, set./2018. Disponível em: www.editorajc.com.br/arbitragem-e-sua-controversa-vinculacao-aos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil/. Acesso em: 14 nov. 2022
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses Ed. Nº 122**. Brasília: 05 de abril de 2019 Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20122%20-%20Arbitragem.pdf Acesso em 17 de outubro de 2022
- _____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm Acesso em 17 de outubro de 2022
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 646105**. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Prova emprestada. Identidade de partes. Desnecessidade. Violação ao contraditório e à ampla defesa. Inocorrência. Nulidade. Inexistência. Ausência de comprovação de prejuízo. Habeas corpus não conhecido. Relator: Felix Fischer. Data do Julgamento: 13/04/2021. Publicação no Diário da Justiça: 26/04/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100474756&dt_publicacao=26/04/2021 Acesso em 17 de outubro de 2022
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.928.951**. Recurso especial. Processual civil. Arbitragem. Cumprimento de sentença arbitral. Impugnação. Alegação de nulidade da sentença arbitral. Incidência do prazo decadencial de noventa dias. Falta ou nulidade da citação. Alegação em impugnação ao cumprimento de sentença arbitral. Não incidência do prazo de noventa dias. Anterior ação de nulidade. Coisa julgada caracterizada. Alegação de idêntica tese em impugnação ao cumprimento de sentença. Impossibilidade. Relator: Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 21/06/2022. Data da Publicação no diário da Justiça: 23/06/2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200451762&dt_publicacao=23/06/2022. Acesso em 17 de outubro de 2022
- _____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 17 de outubro de 2022

_____. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em 17 de outubro de 2022

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso a Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale. Tradução de Silvana Vieira – São Paulo: Martins Fontes, 2004

CINTRA, Antônio C. de A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2006

CREMASCO, Suzana S.; SILVA, Tiago E.. O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 59, p. 367-404, jul./dez. 2011

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento - 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015

DIDIER JR., Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro** nº 64, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255811/Fredie_Didier_Jr.pdf Acesso em: 14 nov. 2022.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. **Direito Internacional Privado**. 15ed. Rio de Janeiro: Forense 2020

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

FERRAZ JR., Tercio S. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação / Tercio Sampaio Ferraz Junior. – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

FICHTNER, José A.; MANHEIMER, Sérgio N.; MANNHEIMER, André L. **Teoria geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense 2019

FOGAÇA, Mateus V.; FOGAÇA, Marcos. O sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no Novo Código de Processo Civil. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 66, pp. 509 - 533, jul./dez. 2015. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2015v67p509

FREITAS, Lorena de M.; Browne Rego, George. **O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito**. 2009. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sste-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009

JAMES, Wiliam. **Pragmatismo**. Tradução de Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2006

KATCHI, António. **Dicionário da parte geral do código civil português. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.**

Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998

KRONMAN, Anthony T. **Max Weber.** Tradução de John Milton. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. Arbitration as a Dispute Settlement Mechanism in Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003. Disponível em: https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/01_Lew-Mistelis-Kr%22oll%2C_pp_1-15.pdf Acesso em: 17/10/2022

MARIA BETHÂNIA. **Carta de Amor.** Biscoito Fino, 2012 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Zi2cb9cK4M8> Acesso em: 17/10/2022

MARINONI, Luiz G. **Teoria Geral do processo** – 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

_____, Luiz G.. **O STJ enquanto corte de precedentes.** São Paulo: RT, 2014

_____, Luiz G.. **Precedentes Obrigatórios.** São Paulo: RT, 2010

MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C.; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C.; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

MÜLER, Friedrich. Unidade do Ordenamento Jurídico. Tradução de Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.298-305, jan./jun. 2017

MUNIZ, Joaquim de P. A escolha de Regras de Direito na Arbitragem. In LEMES, Selma F.; BALBINO, inez. **Arbitragem temas contemporâneos.** São Paulo: Quartier Latin

NASSER, Paulo M. **Vinculações arbitrais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019

NEVES, Daniel A. A. **Manual de Processo Civil** – 13ª Ed. – São Paulo: Ed. JusPodvum, 2021

PARINI, P. A Análise Retórica na Teoria do Direito. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, [S. l.], v. 12, n. 1, 2017. DOI: 10.22456/2317-8558.72771.** Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/72771>. Acesso em: 17 out. 2022

ROCHA, Márcio Oliveira; COSTA, Eduardo Henrique; FIREMAN CAMELO, Natália Tenório. COERÊNCIA E INTEGRIDADE NA FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: A INFLUÊNCIA DE RONALD DWORKIN NO MODELO BRASILEIRO.. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, [S.l.], v. 92, n. 1, p. 132-148, out. 2020. ISSN 2448-2307.** Disponível em:

<<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/248421>>. Acesso em: 14 nov. 2022. doi:<https://doi.org/10.51359/2448-2307.2020.248421>.

RODRIGUES JR., Otávio L. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2007

SALOMÃO, L. F.; FUX, R. ARBITRAGEM E PRECEDENTES: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. **Revista CEJ**, 6 maio 2021.

STRECK, Lenio L.; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação na identificação da ratio decidendi: será mesmo que estamos a falar de precedentes no brasil? **Revista Jurídica**. vol. 01, nº. 54, Curitiba, 2019. pp. 317 – 341. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3312> Acesso em: 14 nov. 2022 DOI: 10.6084/m9.figshare.7841120

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012

VIVAN FILHO, G. T. A. “Natureza jurídica”: ela está no meio de nós?. **Res Severa Verum Gaudium**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/resseveraverumgaudium/article/view/64840>. Acesso em: 17 out. 2022.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília :Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999

ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo civil. **Revista de Processo**, v. 235, set. 2014. p. 298-299