



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

MICHELLE SANTOS ALLAN DE OLIVEIRA

**O PROCESSO ARBITRAL E OS PRECEDENTES JUDICIAIS: APLICAÇÃO
CONFORME O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Salvador
2017

MICHELLE SANTOS ALLAN DE OLIVEIRA

**O PROCESSO ARBITRAL E OS PRECEDENTES JUDICIAIS: APLICAÇÃO
CONFORME O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito Baiana de Direito e Gestão, como requisito parcial para obtenção de grau de especialista em Direito Processual Civil.

Salvador
2017

MICHELLE SANTOS ALLAN DE OLIVEIRA

**O PROCESSO ARBITRAL E OS PRECEDENTES JUDICIAIS: APLICAÇÃO
CONFORME O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de especialista em Direito
Processual Civil, pela seguinte banca examinadora:

Nome _____
Titulação e instituição _____

Nome _____
Titulação e instituição _____

Nome _____
Titulação e instituição _____

Salvador, ___/___/2017

DE OLIVEIRA, Michelle Santos Allan. **O processo arbitral e os precedentes judiciais: aplicação conforme o novo código de processo civil**. 2017. 71 f. Monografia (Pós-Graduação) – Faculdade de Direito da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, Salvador, 2017.

O PROCESSO ARBITRAL E OS PRECEDENTES JUDICIAIS: APLICAÇÃO CONFORME O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto analisar o impacto da sistematização do sistema de precedentes no ordenamento jurídico Brasileiro, com a consequente convergência dos sistemas do *civil law* e do *common law*, e sua aplicação no âmbito de um sistema de resolução de conflitos paralelo ao Estatal, qual seja, o procedimento arbitral, que, embora independente, está diretamente ligado e mesmo subordinado a este.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes Judiciais. Aplicação e Superação dos Precedentes. Processo Arbitral. Sentença Arbitral. Vinculação do árbitro ao precedente obrigatório.

DE OLIVEIRA, Michelle Santos Allan. **Arbitration and judicial precedents: application accordingly the new procedure code**. 2017. 71 p. Monograph (Post Graduate) – Faculty of Law of the Bahia Faculty of Law and Management, Salvador, 2017.

**ARBITRATION AND JUDICIAL PRECEDENTS: APLICATION
ACCORDINGLY THE NEW PROCEDURE CODE**

ABSTRACT

The work analyzes the impact of the new system of judicial precedents in the Brazilian law, as consequence of the convergence of civil and common law, and its applicability within a parallel system, the arbitral one, that, although is independent from state activity, is connected and subordinated to it.

KEY WORDS: Judicial Precedents. Techniques of confront and overcoming the previous decisions. Distinguishing. Overruling. Arbitration. Arbitral award. Stare decisis.

LISTA DE ABREVIATURA

CF

Constituição Federal

CPC

Código de Processo Civil

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	ARBITRAGEM.....	10
2.1	ESCORÇO HISTÓRICO.....	10
2.2	CONCEITO.....	13
2.3	O PROCESSO ARBITRAL.....	14
2.4	O PROCEDIMENTO ARBITRAL.....	18
2.5	O ÁRBITRO.....	24
2.6	A SENTENÇA ARBITRAL.....	28
3	PRECEDENTES JUDICIAIS.....	34
3.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	34
3.2	TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	42
3.3	APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES.....	47
4	APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NOS TERMOS DO NOVO CPC NO ÂMBITO DO PROCESSO ARBITRAL.....	61
5	CONCLUSÃO.....	66
	REFERÊNCIAS.....	68

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro trouxe como uma de suas maiores inovações a adoção ao instituto do *stare decisis*, tipicamente adotado nos sistemas de *common law*, agora em aplicação no ordenamento jurídico pátrio, historicamente da tradição *civil law*.

Pode se dizer que a introdução do sistema de precedentes no ordenamento brasileiro fora possível pela atual convergência dos sistemas do *common* e *civil law*, que se aproximaram pelo crescimento da importância da doutrina no *common law* e pela necessidade de um sistema de precedentes que garanta segurança jurídica à aplicabilidade das leis, que não evoluem com a mesma velocidade que o costume.

É de se dizer: na sociedade atual, caracterizada por rápidas transformações, as leis, historicamente gerais e abstratas, perdem progressivamente sua importância, passando o julgador a ter que interpretar as exigências da sociedade para preencher as lacunas existentes no Direito.

Devido à importância conferida aos precedentes, surgem diversos questionamentos acerca da sua extensão e aplicação no sistema pátrio, a exemplo do procedimento arbitral e a eventual subordinação do árbitro aos precedentes vinculantes.

Uma análise perfunctória da Lei n. 9.307/1996, denominada Lei de Arbitragem, permite verificar que o legislador pátrio conferiu ao procedimento arbitral grande relevância, apresentando-se a arbitragem como um meio alternativo para solução de conflitos, mas que se submete aos princípios fundamentais do processo civil, tendo a sentença arbitral natureza de título executivo judicial.

Não se pode olvidar que a jurisdição arbitral é um foro privilegiado e propício para a composição amigável ou para a convergência dos esforços dos

litigantes no sentido de alcançarem rapidamente a solução final da lide, tendo em vista que, quase sempre, ambos têm interesse na resolução do conflito.

Entretanto, embora funcione paralelamente à jurisdição estatal, encontra-se diretamente vinculado a este, posto a sua decisão final reveste-se de natureza judicial, e a sua execução forçada depende diretamente da intervenção estatal.

Portanto, não há uma dissociação entre a jurisdição arbitral e estatal, principalmente pelos poderes que não conferidos aos árbitros julgadores e face à necessidade de intervenção da jurisdição estatal em algumas hipóteses do procedimento arbitral.

Da mesma forma, a sentença arbitral e a sentença judicial são equiparadas, tendo ambas como requisito de forma a existência de relatório, fundamentação e dispositivo, possuindo a mesma eficácia jurídica quanto ao pronunciamento final.

Nesse tocante, surge a problemática acerca da necessidade ou não de observância pelos árbitros do sistema de precedentes nos moldes em que instituído pelo Novo Código de Processo Civil.

Conforme mencionado alhures, os precedentes judiciais passaram a ter grande importância no ordenamento jurídico brasileiros. O Novo Digesto Processual define aqueles precedentes vinculantes, que devem ser observados pelos julgadores, e cria normas para criação, alteração, superação e aplicação desses.

Além disso, define que as decisões proferidas em desacordo com a teoria dos precedentes, ou seja, quando se aplica ou deixa-se de aplicar o precedente em desacordo com a norma processual vigente, são passíveis de recursos sob o sustentáculo de que não foram devidamente fundamentadas.

Dessa reflexão surge o enfrentamento desse trabalho, qual seja, a análise do impacto da sistematização do sistema de precedentes no ordenamento jurídico

Brasileiro, que possuiu contornos aptos a aproximarem o sistema do *civil law*, que imperou até o advento do novo Digesto Processual, ao do *common law*, e sua aplicação no âmbito de um sistema de resolução de conflitos paralelo ao Estatal, com o qual está intrinsecamente ligado.

2 ARBITRAGEM

2.1 ESCORÇO HISTÓRICO

Durante a evolução humana, foram vários estágios de composição dos conflitos de interesse, tendo a arbitragem se apresentado como forma de solução de litígios antes mesmo do surgimento da jurisdição estatal.

Nos primórdios da civilização, a sociedade não dispunha de regras de direito avançado, e o ente Estado não possuía meios para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares. Imperava, portanto, a autotutela (autodefesa), onde o que prevalecia era a vontade do mais forte ou do mais esperto, inexistindo justiça.

Com o passar dos tempos e a evolução do homem em sociedade, surgiu como forma de solução amigável dos litígios o julgamento através dos árbitros, pessoas de confiança de ambas as partes a quem cabia a solução da demanda, pondo fim à desavença entre as partes.

Em um primeiro momento, até pelo importante papel da religião dentro da sociedade, a arbitragem foi exercida por sacerdotes, mesmo porque acreditava-se que devido à formação místico-religiosa eles teriam ligações com a divindade e suas decisões eram a manifestação viva da vontade divina. Depois, a solução dos conflitos passou a ser entregue aos membros mais idosos do grupo social (anciãos), na crença de que, conhecendo eles os costumes de seus antepassados, estavam em melhores condições de decidir eventuais conflitos, ou àqueles reconhecidamente sábios entre a comunidade.

A arbitragem foi utilizada na Grécia Antiga, tanto para a solução de controvérsias no âmbito do direito interno como no público, sendo o mais conhecido exemplo da utilização da arbitragem em conflitos de natureza pública o tratado firmado entre Atenas e Esparta, em 445 a.C., no qual continha espécie de cláusula compromissária expressa.

Na Roma Antiga, época em que já existia Jurisdição Estatal, também era oferecida a arbitragem aos cidadãos, a exemplo do *iudicium privatum*, lista de nomes de cidadãos idôneos, conhecidos como jurados, que tinham por objeto dirimir, extrajudicialmente, questões resultantes de negócio jurídico entre os romanos. O cumprimento da decisão era garantido pelo Estado, que a executava, caso a parte vencida não a obedecesse.

No período da Idade Média, a ausência de leis, falta de garantias jurisdicionais, grande variedade de ordenamentos, fraqueza dos Estados e conflitos entre Estado e Igreja propiciaram o desenvolvimento da arbitragem. Frise-se que a forte presença da Igreja Católica, que favoreceu soluções pacíficas de litígios entre fronteiras, nas questões privadas, no âmbito dos feudos e no campo internacional.

Com a Revolução Francesa, a arbitragem tornou-se primeiramente como instrumento ideal de reação contra os abusos da justiça do rei. Isso não durou muito, pois em 9 de maio de 1806 foi promulgada na França lei sobre arbitragem, que pela sua rigorosa formalidade, terminou por desestimular sua utilização.

Contudo, no século XX, o interesse pela arbitragem foi plenamente revigorado, com a ratificação de tratados sobre a matéria e a inserção do instituto na maioria dos sistemas jurídicos nacionais, e também pela edição de Tratados, Protocolos, estudos e propostas por organismos supranacionais como ONU e OEA, com o intuito de harmonizar normas aplicáveis a contratos internacionais e à arbitragem, visando a contornar as dificuldades entre países de “Civil Law” e de “Common Law”, cujas posturas apresentavam dicotomias de interpretação.

No Brasil, o aparecimento da arbitragem ocorreu com as Ordenações Filipinas (datada de 1595), que acabaram influenciando a sistematização das leis brasileiras. Mesmo após a Independência do Brasil, as Ordenações Filipinas continuaram vigorando.

A arbitragem brasileira, teve seu início a partir de 1850 com o regulamento n.º 737, que, com base no art. 160 da Constituição do Império, do art. 411 até o art. 475, relacionava vários temas que poderiam ser submetidos a iniciativa privada para a tomada de decisões arbitrais. O advento da Lei n.º 9.307 de 23 de setembro de 1996 viabilizou, no plano normativo interno, a efetividade da via arbitral como meio de composição de conflitos.

Importante destacar que, logo que editada referida lei, instaurou-se uma discussão acerca da sua constitucionalidade, devido ao disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 que dita: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

Entretanto, prevaleceu o entendimento de que, sendo o direito processual regido pelo princípio da demanda, ou da iniciativa da parte, não há inconstitucionalidade na Lei de Arbitragem, vez que não há a obrigatoriedade de sua utilização, ou seja, ninguém é obrigado a ela recorrer caso depare-se em conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis.

As partes buscam o instituto da arbitragem de livre e espontânea vontade e, não estão excluídas da apreciação do Judiciário todas questões relativas à validade e eficácia do compromisso arbitral e da sentença arbitral. Não há de se dizer em vedação ao acesso ao Judiciário, mas a opção das partes em solucionar seus conflitos fora dele. Se as partes são capazes e o direito é disponível, deve prevalecer a livre vontade delas.

O Novo Código Civil (Lei n.º 10.406 de 1º de janeiro de 2002), disciplina a matéria em seus artigos 851, 852 e 853, que cuidam do compromisso, da cláusula compromissória e do juízo arbitral.

No atual Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015, há previsão de que a arbitragem é permitida na forma da lei¹, bem como que as

¹ CPC, Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1o É permitida a arbitragem, na forma da lei.

causas cíveis serão processadas e julgadas pelos juízes nos limites de suas competências, ressalvada a instituição legal do juízo arbitral².

2.2 CONCEITO

A arbitragem se apresenta como um sistema pacífico de solução de litígios, que funciona paralelamente à jurisdição estatal, através do qual as pessoas interessadas submetem um litígio a decisão de um ou mais árbitros, ficando obrigadas a respeitarem o resultado, mormente porque a sentença arbitral possui natureza de título executivo judicial.

Nos dizeres de Cláudio Vianna Lima:

A arbitragem é prática alternativa, extrajudiciária, de pacificação (antes do que da solução) de conflito de interesses envolvendo direitos patrimoniais e disponíveis, fundada no consenso (princípio universal da autonomia da vontade), através da atuação de terceiro, ou de terceiros, estranhos ao conflito, mas de confiança e escolha das partes em divergência.³

Por seu turno, José Francisco Cahali conceitua a arbitragem da seguinte maneira:

A arbitragem, ao lado da jurisdição estatal, representa uma forma heterocompositiva de solução de conflitos as partes capazes, de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de uma cláusula contratual, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia, sem a intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial. Daí porque se falar em mecanismo privado de resolução de litígios, ou meio alternativo de solução de controvérsia, ou, ainda, método extrajudicial de solução de conflitos (MESC). E na busca da melhor alternativa às partes, em sua essência temos na arbitragem o modelo mais adequado para diversas situações.⁴

A Lei 9.307/1996 regulamenta todo o mecanismo/procedimento de arbitragem no Brasil e estabelece em seu artigo 1º que “*as pessoas capazes de contratar*

² CPC, Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

³ LIMA, Cláudio Vianna de. A arbitragem no tempo. O tempo na arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani. A arbitragem na era da globalização. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 5.

⁴ CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem : mediação : conciliação : Resolução CNJ 125/2010. 4ª edição, revisada, atualizada e ampliada. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.94.

poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

De acordo com a previsão normativa, podem contratar arbitragem, as pessoas maiores e capazes e as pessoas jurídicas, o que é chamado de arbitralidade subjetiva.

Quando determina a lei que podem ter por objeto da arbitragem os conflitos patrimoniais disponíveis, trata-se da arbitralidade objetiva. Portanto, ficam fora do âmbito da arbitragem os direitos indisponíveis, isto é, aqueles sobre os quais não se pode contratar, não se pode dispor, a exemplo dos Direitos de Família, os Direitos Patrimoniais do Estado, etc.

Independente da natureza do litígio, questões que já foram apreciadas pelo Poder Judiciário e que fizeram coisa julgada não poderão ser objetos de nova apreciação em sede de juízo arbitral.

A opção da solução do litígio através do instituto da arbitragem traz diversas vantagens às partes, sendo as mais destacadas pela doutrina a liberdade de escolha de um julgador que inspire confiança às partes, a sua rapidez em comparação ao processo judicial, flexibilidade das regras procedimentais, e o fato de que o julgamento, via de regra, se dá em instância única, ou seja, sem a possibilidade do manejo de recursos⁵.

Ainda, como consequência dessas ditas vantagens, tem-se que o cumprimento da decisão arbitral é geralmente espontâneo, pois as partes estão comprometidas em aceitar como imperativo a sentença por elas mesmas encomendada.

2.30 PROCESSO ARBITRAL

⁵ CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem : mediação : conciliação : Resolução CNJ 125/2010. 4ª edição, revisada, atualizada e ampliada. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.97-98.

O processo arbitral é iniciado através da convenção de arbitragem, acordo de vontade no qual as partes vinculam a solução de litígios – ainda que futuros – ao juízo arbitral, sendo derogada em relação a referidos litígios a jurisdição estatal.

No sistema brasileiro, a convenção de arbitragem divide-se em duas espécies, o compromisso arbitral e a cláusula compromissória⁶, sendo que ambas têm como objetivo a remissão das questões litigiosas à decisão dos árbitros. As duas referidas espécies diferenciam-se quanto ao momento de escolha de submissão ao procedimento arbitral: enquanto que a cláusula compromissória é a previsão contratual de que eventual conflito derivado deste será resolvido pela arbitragem, o compromisso arbitral é o instrumento firmado pelas partes diante de um conflito manifesto⁷.

O art. 4º da Lei n.º 9.307/96 define a cláusula compromissória como “*a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato*”.

Mediante esta cláusula, as partes comprometem-se a aceitar a arbitragem que for realizada em seus interesses, tendo caráter e efeito vinculante, obrigando as partes a instituir necessariamente a arbitragem. Por sua própria natureza, a cláusula compromissória é genérica e inespecífica, fazendo submeter à solução arbitral questões eventuais que acaso possam ser submetidas à decisão dos árbitros.

O compromisso arbitral, por sua vez, constitui-se no acordo de vontades (contrato) pelo qual as partes instituem efetivamente o juízo arbitral, indicando e fixando a forma de processamento da arbitragem.

⁶ Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

⁷ CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem : mediação : conciliação : Resolução CNJ 125/2010. 4ª edição, revisada, atualizada e ampliada. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 131-132.

Destaque-se ainda que o compromisso arbitral só produz efeitos entre os contratantes, isto é, entre aqueles que deram seu expresso consentimento, sendo, portanto, inoponível a terceiros, que não podem sofrer seus efeitos sem sua expressa anuência, que deve ser manifestada na forma escrita exigida em lei.

De acordo com o que determina o art. 10 da Lei de Arbitragem, os requisitos essenciais do compromisso arbitral são: nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; o nome, a profissão e o domicílio do árbitro ou dos árbitros, ou se necessário, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros, a matéria que será objeto da arbitragem e o lugar onde será proferida a sentença arbitral. A falta de um desses elementos resultará na nulidade do compromisso.

Dispõe ainda a Lei de Arbitragem que o compromisso arbitral poderá ser extinto se houver a escusa do árbitro, não aceitando sua nomeação, e as partes tenham convencionado que não será aceito substituto, se o árbitro vier a falecer ou estiver impossibilitado de funcionar, por não poder proferir o seu voto, ou se expirar o prazo fixado pelas partes para a apresentação da decisão arbitral, desde que o árbitro ou o presidente do tribunal tenham sido notificados da decisão arbitral⁸.

Quanto à natureza jurídica da convenção de arbitragem, esta é, em regra, negócio jurídico processual, posto que surge de negócio jurídico celebrado entre as partes e cuja finalidade do acordo celebrado entre as partes é a solução de litígio, da maneira estabelecida pela convenção de arbitragem. Sob este ponto, destaca-se:

Por isso considera-se que a convenção de arbitragem é um negócio jurídico processual que pode possuir eficácia plena ou limitada de

⁸ Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral: I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto; II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

acordo com a sua forma (“cheia” ou “vazia”), possuindo, na primeira hipótese, um contrato de organização. A cláusula compromissária “vazia” é convenção de arbitragem, mas com eficácia limitada, porque as partes estarão vinculadas à solução do conflito via arbitragem, porém será necessária a celebração de um compromisso arbitral para definir as regras de instauração e desenvolvimento de arbitragem. Esta cláusula será um negócio jurídico processual, mas depende de um outro ato para produzir plenamente os seus efeitos, ou, se necessário, sua celebração por meio de sentença judicial (art. 7º, § 7º, da Lei de Arbitragem)⁹.

Como a arbitragem é instituto que deriva da autonomia da vontade real das partes, as declarações emitidas por estas devem restar incontroversas e claras, sem que estejam eivadas dos vícios de consentimento (erro, dolo, coação ou estado de perigo), vinculando as partes em seus exatos termos, interpretada através do princípio da boa-fé das partes. Ainda, o objeto, *in casu*, o conteúdo do negócio jurídico, deve ser lícito, possível e determinado ou determinável.

Deve se destacar ainda que, uma vez convencionada a arbitragem, há a obrigatoriedade de que a solução do litígio de sê pela via arbitral, sendo este o efeito positivo da convenção de arbitragem. Essa obrigatoriedade decorre do princípio da força obrigatórios dos contratos, o *pacta sunt servanda*, que determina que, uma vez celebrados, os contratos devem ser adimplidos na sua integralidade.

Sob outra vertente, mister dizer que a convenção de arbitragem gera também um efeito negativo, qual seja, a retirada do Judiciário do poder jurisdicional para dirimir as questões que estejam nos limites da convenção de arbitragem celebrada entre as partes. Como exemplo claro do quanto destacado, o inciso VII do art. 485 prevê que é causa de extinção, sem exame do mérito, da ação, o acolhimento da alegação de existência de convenção de arbitragem ou o reconhecimento, pelo juiz arbitral, da sua competência.

A arbitragem pode desenvolver-se de suas maneiras, quais sejam, a institucional ou a avulsa (*ad hoc*). Na arbitragem institucional, indica-se uma instituição a quem será atribuído o trâmite da arbitragem, enquanto que na

⁹ GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de Arbitragem e processo arbitral. 2ª edição, São Paulo, Atlas, 2014, p. 14.

arbitragem avulsa, indica-se diretamente o árbitro, independente e desvinculado de qualquer instituição para arbitragem, que irá desenvolver o procedimento arbitral.

A extinção da convenção arbitral pode decorrer do contrato principal ou pode ser própria da categoria de negócios jurídicos.

2.4O PROCEDIMENTO ARBITRAL

De acordo com o que fora mencionado alhures, um dos benefícios da arbitragem é a flexibilidade do procedimento arbitral, que, por lei, fica a critério das partes ou do árbitro, conforme previsão do art. 21 da Lei de Arbitragem:

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

Nos dizeres do jurisconsulto Francisco José Cahali:

Há liberdade das partes em estabelecer as regras de desenvolvimento da arbitragem ou adotar aquelas estabelecidas por uma instituição arbitral, através de sua eleição para administrar o conflito. A meta é a sentença, com qualidade e rapidez. Daí os esforços para reduzir a burocracia, evitar trâmites ineficientes, expedientes protelatórios ou inúteis, buscando um procedimento pragmático, no sentido de obter o melhor resultado dos atos praticados¹⁰.

Nestes termos, a disciplina do procedimento a ser seguido é facultada às partes, podendo ser antes de iniciada ou mesmo durante a arbitragem, através dos termos conjuntos, ou pela indicação da entidade arbitral, cujo regulamento conterà as regras que deverão ser observadas.

Deve-se observar, contudo, que a flexibilização do procedimento não implica no afastamento da incidência do princípio basilar do devido processo legal,

¹⁰ CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem : mediação : conciliação : Resolução CNJ 125/2010. 4ª edição, revisada, atualizada e ampliada. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.204.

pelo que se impõe a preservação das regras do contraditório, igualdade, imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento¹¹.

O *devido processo legal* é previsão constitucional, encontrada no art. 5º, LV da Carta Magna¹², devendo o processo de solução de conflitos justo, com tratamento igualitário das partes, que fazem jus ao contraditório, não sendo cabível o afastamento desses ditames sob o sustentáculo de que a arbitragem é regida pela autonomia da vontade das partes.

A importância dada à observância dos referidos princípios é tamanha que a própria Lei de Arbitragem prevê expressamente que aquele que for prejudicado pelo desrespeito àqueles pode, através da via Judiciária, mover ação de invalidação, nos termos do art. 32, VIII, da Lei 9.907/1996¹³.

O contraditório se traduz na obrigatoriedade de que seja garantido às partes participação efetiva no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena, igualdade, influírem em todos os elementos (factuais, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão.

De referido princípio decorre o direito da parte à ampla defesa, que deve ser entendido como à necessidade de que seja oportunizada às partes a produção de provas que permitam a demonstração de suas razões.

A igualdade entre as partes significa que o árbitro deve conferir tratamento idêntico àqueles envolvidos no litígio, em especial quanto à faculdade para a prática de atos, de forma que as mesmas condições de defesa sejam ofertadas às partes.

¹¹ Art. 21, § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

¹² Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹³ Art. 32. É nula a sentença arbitral se: VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Quanto à imparcialidade e livre convencimento do árbitro, esses princípios serão analisados no tópico dedicado à análise da figura do julgador no procedimento arbitral.

Em ordem cronológica, pode o procedimento arbitral ser dividido em três momentos distintos, quais sejam: i) instauração da arbitragem; ii) organização da arbitragem; iii) desenvolvimento da arbitragem¹⁴.

O início da arbitragem pode se dar de diversas maneiras, podendo ser os primeiros passos dados extrajudicialmente ou judicialmente, ou perante a instituição arbitral. O modo em que será instaurado o procedimento de arbitragem será de acordo com a origem (cláusulas cheia e vazia, compromissos extrajudicial ou judicial) e espécie de arbitragem (institucional ou *ad hoc*).

Preliminarmente, deve ser a outra parte notificada do conflito e do requerimento de arbitragem como meio de dirimi-lo. Em seguida, há a indicação, nomeação e aceitação do árbitro, momento em que ocorrerá a instituição da arbitragem nos termos do art. 19 da Lei 9.307/1996¹⁵.

Deve-se destacar que é importante o momento da instituição da arbitragem, posto que é a partir desta data que se conta o prazo para prolação da sentença arbitral, conforme previsão do art. 23 da Lei de Arbitragem¹⁶.

Frise-se que a instituição da arbitragem – momento em que é conferida jurisdição ao árbitro – é provisória, pois ainda está submetida à exceção de recusa do nomeado e impugnações quanto a vícios da convenção, que serão apreciados como incidentes.

¹⁴ CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem : mediação : conciliação : Resolução CNJ 125/2010. 4ª edição, revisada, atualizada e ampliada. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.209.

¹⁵ Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

¹⁶ Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Pertinente destacar resumo feito pelo juriconsulto Francisco José de Carvalho acerca das providências preliminares para instituição da arbitragem:

Sob outro enfoque, mas no mesmo sentido do acima exposto quanto às providências preliminares peculiares da arbitragem, com o objetivo de bem fixar as diversas possibilidades de partida para o juízo arbitral, temos: arbitragem institucional, arbitragem como origem em cláusula vazia e arbitragem *ad hoc*:

- A arbitragem institucional decorrente de compromisso ou de cláusula cheia será instaurada segundo as regras previstas no regulamento da entidade eleita.
- A arbitragem decorrente de cláusula vazia reclama providências prévias tendentes à obtenção de compromisso arbitral.
- De outra parte, a arbitragem *ad hoc* decorrente de compromisso, ou de cláusula quando esta contém a indicação do árbitro, dar-se-á como acordado pelas partes ou mediante solicitação dirigida ao julgador eleito para que este, com sua aceitação da investidura que lhe foi outorgada, promova a convocação do adversário.

Especificamente quanto à indicação/nomeação do árbitro, em resumo, também na forma é circunstancial, dependendo de ser a arbitragem avulsa ou institucional, e ainda do quanto se contém na convenção e, se o caso, no regulamento da instituição arbitral¹⁷.

Após a etapa preliminar, deve ocorrer a aceitação do (s) árbitro (s). Antes de aceitar a função, a pessoa indicada a atuar como Árbitro deverá revelar qualquer circunstância que possa gerar dúvidas justificáveis com relação a sua imparcialidade ou independência.

Se, durante o procedimento arbitral surgirem novos fatos que possam suscitar dúvidas, o Árbitro deverá revelar, de imediato, tais circunstâncias às partes, ficando pessoalmente responsável pelos danos que vier a causar pela inobservância desse dever.

Não poderá funcionar como árbitro a pessoa que possua, com as partes ou com o litígio, qualquer comprometimento, apuradas segundo as causas de impedimento e suspeição previstas pela lei processual brasileira.

¹⁷ CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem : mediação : conciliação : Resolução CNJ 125/2010. 4ª edição, revisada, atualizada e ampliada. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.213.

O árbitro poderá ser recusado por motivo ocorrido posteriormente à sua nomeação. Não obstante, poderá ser recusado por motivo anterior à sua nomeação quando (i) a nomeação não tiver sido feita diretamente pela parte; ou (ii) quando o motivo para recusa do árbitro for conhecido após a sua nomeação.

A parte que pretender apontar qualquer questão relativa à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, assim como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar¹⁸, após a instituição da arbitragem, através da respectiva exceção, diretamente ao árbitro, ou ao Presidente do Tribunal Arbitral¹⁹, aduzindo as suas razões e apresentando as provas necessárias.

Acolhida a exceção de recusa do árbitro, será este afastado, assumindo o seu lugar o árbitro substituto (ou suplente), indicado no compromisso arbitral, se houver. Não havendo, serão aplicadas as regras da Instituição Arbitral, se prevista na convenção de arbitragem. Nada dispondo a convenção de arbitragem, e não havendo consenso entre as partes sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, poderá a parte interessada pleitear, no Judiciário, a nomeação do árbitro, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto²⁰.

¹⁸ Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

¹⁹ Art. 15. A parte interessada em arguir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

²⁰ Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver. § 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem. § 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

Rejeitada a exceção, o procedimento arbitral seguirá seu curso, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário, se provocado pela parte interessada.

A Lei de Arbitragem determina ainda que a parte deverá arguir, na primeira oportunidade, questões relativas à competência, nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, nos termos do já citado art. 20.

Reconhecido o vício da convenção, será o litígio remetido ao órgão do Poder Judiciário competente para dirimi-lo, incidindo na hipótese a extinção do juízo arbitral sem solução do conflito, ou seja, sem sentença terminativa²¹. Mister destacar que a remessa do processo ao Judiciário depende do interesse direto da parte, que deve buscar a tutela jurisdicional perante o Estado, não cabendo ao árbitro ou tribunal arbitral este impulsionamento.

Devidamente instaurada a arbitragem, com a resolução dos eventuais incidentes acerca da fixação da jurisdição arbitral e nomeação do árbitro, inicia-se a etapa de organização da arbitragem.

Embora não haja previsão legal, seguindo o quanto determina o Regulamento da Câmara de Comércio Internacional, muitos procedimentos estabelecem um primeiro encontro entre os interessados e o árbitro para a assinatura de um termo de arbitragem, que tem como objetivo explicitar a arbitragem (importante para esclarecer dúvidas, sanar irregularidades, complementar a convenção de arbitragem), fixar o objeto da demanda (qualificação das partes e de seus patronos, árbitros, local da prática dos atos e da prolação da sentença, lei aplicável ou autorização para julgamento por equidade, idioma a ser utilizado, identificação específica do objeto do litígio e peculiaridades procedimentais) e estabelecer cronograma provisório de arbitragem.

²¹ Art. 20, § 1º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

Após estabilizada a demanda, será dado seguimento do desenvolvimento da arbitragem, momento em que devem ser observadas as fases postulatória, instrutória e decisória.

No compasso da cultura da conciliação, deve o árbitro ou tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação entre as partes²².

Durante a fase postulatória, são feitas as alegações iniciais por ambas as partes, sendo permitido ao solicitado do conflito que apresente espécie de pedido contraposto já neste momento. Após, abre-se oportunidade para que as partes exerçam o contraditório, defendendo-se sobre as alegações e juntando documentos aptos a sustentarem sua tese. Se necessário for, pode ser autorizada ou previamente determinada a apresentação de réplicas ou trélicas, até que se inicie a instrução.

Após a instrução, na qual podem ser produzidas prova oral, através do depoimento das partes ou de testemunhas, ou pericial²³, devem as partes, em seguida, fazerem suas alegações finais, restando o feito maduro para julgamento.

2.50 ÁRBITRO

Conforme previsão ao art. 18 da Lei de Arbitragem, o árbitro é juiz de fato e de direito, devendo seguir os princípios impostos aos juízes togados. Sob este ponto, discorre o jurista Luis Fernando Guerrero:

O árbitro, como juiz de fato e de direito (art. 18 da Lei de Arbitragem), deve seguir os princípios impostos aos juízes togados, tais como: (i) imparcialidade – o árbitro deve ser imparcial, competente, diligente, discreto e deve estar em posição equidistante das partes, tratando-as igualmente (art. 125 do Código de Processo Civil); (ii) livre convencimento – de acordo com os elementos de prova trazidos pelas partes, o árbitro deve formar o seu livre convencimento, o compromisso com o árbitro é com a sua própria consciência (art. 131

²² Art. 24, § 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

²³ Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

do Código de Processo Civil); e (iii) motivação da sentença arbitral – o árbitro deve apresentar as razões da decisão proferida (art. 26, II, da Lei de Arbitragem)²⁴.

Nestes termos, o árbitro faz as vezes do juiz, sendo as suas decisões dotadas dos mesmos efeitos, e responde de forma civil e penal pela sua atuação no conduto do processo arbitral.

Determina a lei que *“pode ser árbitro qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes.”* (Art. 13 da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996). Conforme mencionado acima, na hipótese de ser instituída a arbitragem institucional, na qual as partes indicam um instituto e não uma pessoa específica para conduzir o processo arbitral, as partes depositam a sua confiança na instituição, que, por delegação, irá indicar quem será ou serão os julgadores. Há vedação constitucional para que o juiz togado atue como árbitro²⁵, sob pena de perda do cargo por desvio de finalidade.

Mister ressaltar que os árbitros não estão obrigados a terem formação jurídica, em que pese seja necessário o conhecimento do processo de arbitragem, e do processo civil em si, a fim de que sejam observadas as nuances processuais para que não seja a sentença arbitral eivada de nulidades passíveis de controle do poder judiciário.

Nos dizeres de FIGUEIRA JÚNIOR, *“o único requisito de caráter subjetivo imposto pelo legislador é que a pessoa, sobre a qual recairá a indicação e exercerá as funções de árbitro, esteja em gozo de sua plena capacidade civil”*²⁶.

Os árbitros podem ser escolhidos via consenso entre as partes, através da atribuição de tal função a entidade especializada ou árbitro específico através

²⁴ GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de Arbitragem e processo arbitral. 2ª edição, São Paulo, Atlas, 2014, p. 38-39.

²⁵ CF, Art. 95, Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

²⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional. São Paulo: LTR, 1999. p. 197.

de previsão expressa no compromisso arbitral, ou através de decisão judicial, no caso previsto pelo art. 7º da Lei de Arbitragem²⁷.

Em geral, são percorridas três fases até que se defina quem será o árbitro escolhido: a indicação, a nomeação e a aceitação. As partes podem, contudo, estabelecer previamente o processo de escolha dos árbitros²⁸ ou elegerem de plano no próprio compromisso ou cláusula, hipóteses em que apenas haverá a nomeação, que é direta e vinculada ao quanto acordado, e aceitação. Ainda, quando se convencionou pela arbitragem institucional, via de regra será seguido o regulamento da instituição escolhida para o procedimento de escolha do árbitro único ou colegiado.

Na hipótese de julgamento por um colégio de árbitros, devem esses serem nomeados sempre em número ímpar, a fim de que não haja empate e seja inviabilizada a solução do conflito, como prevê o art. 13, §1º da Lei de arbitragem²⁹. Referida legislação prevê também que quando as partes indicarem os árbitros em número par, deverão esses indicarem mais um árbitro.

Havendo necessidade de substituição de árbitro previamente determinado, novamente deve ser observado o consenso entre as partes ou a existência de fórmula expressa para substituição na convenção de arbitragem. Não havendo previsão ou acordo quanto à nomeação do árbitro, é possível a intervenção nos termos do art. 16, §2º, da Lei de Arbitragem³⁰, conforme fora pormenorizadamente analisado anteriormente.

²⁷ Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. § 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

²⁸ § 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

²⁹ Art. 13, § 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

³⁰ Art. 16, § 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

A própria Lei de Arbitragem traz em seu art. 13, §6^{o31}, os atributos que deve ter o árbitro. Destarte, deve o árbitro agir com imparcialidade, independência, competência, diligência e descrição.

A imparcialidade significa isenção do árbitro em relação às partes e ausência de interesse no resultado do conflito, de forma que o julgador decide a controvérsia de acordo com o seu livre convencimento, e seu desrespeito é causa para invalidação da sentença arbitral, conforme previsões combinadas dos artigos 32, VIII³² e 21, §2^{o33} da Lei de arbitragem.

Mister destacar que, por ser a confiança no julgador o alicerce do procedimento arbitral, a não observância da imparcialidade e do livre convencimento do julgador pode levar ao seu impedimento na arbitragem, que, se mesmo assim como ele se desenvolver, poderá dar causa à invalidação da decisão proferida em isenção face à prolação de decisão por quem não poderia ser árbitro, nos termos do art. 32, II da Lei de Arbitragem³⁴.

A independência significa que não pode o árbitro ter qualquer relação de sujeição ou vínculo de qualquer natureza com qualquer das partes, a fim de ser preservada a autonomia e liberdade do julgador³⁵.

Competência, por sua vez, diz respeito à capacidade técnica do árbitro, que deve ter conhecimento específico acerca do tema que será posto à arbitragem, para dirimir o conflito.

Diligência significa que o processo arbitral deverá se desenvolver de forma célere, devendo a sentença arbitral ser proferida dentro prazo estipulado ou

³¹ § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e descrição.

³² Art. 32. É nula a sentença arbitral se: VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

³³ Art. 21, § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

³⁴ Art. 32. É nula a sentença arbitral se II - emanou de quem não podia ser árbitro;

³⁵ CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem : mediação : conciliação : Resolução CNJ 125/2010. 4ª edição, revisada, atualizada e ampliada. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, pg. 186.

dentro do prazo legal de 06 (seis) meses³⁶. Para tanto, o árbitro deve agir proativamente, sem que seja necessário o impulsionamento do processo pelas partes.

Por fim, determina a lei que deve o árbitro agir com discricção, devendo o julgador ser discreto e agir com decência, prudência e reservas quanto a tudo relacionado ao procedimento arbitral, guardando para si as nuances deste, para não violar a confiança que a parte lhe depositou.

Importante destacar que não há no ordenamento pátrio um Código de Ética dos árbitros. Contudo, fora elaborado um *Guia sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional*, que detém diversas orientações sobre questões que envolvem a conduta dos árbitros³⁷.

Considerando que o ordenamento jurídico conferiu ao árbitro o poder de dirimir um litígio, proferindo sentença ostentará natureza de título executivo judicial, equiparando o julgador aos juízes togados no desempenho de suas funções, determina a Lei de Arbitragem que os árbitros, quando no exercício de suas funções, equiparam-se aos funcionários públicos para fins penais, especialmente no tocante aos crimes contra a administração pública³⁸.

2.6A SENTENÇA ARBITRAL

A sentença arbitral é o pronunciamento final do árbitro o do tribunal arbitral, que encerra o procedimento arbitral. É a efetivação da prestação jurisdicional almejada pelas partes. No caso em que não há exame do mérito na sentença arbitral proferida (quando decide-se pela impossibilidade de se instaurar o procedimento arbitral), caberá às partes buscar o acesso ao Judiciário para análise do mérito da controvérsia.

³⁶ Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

³⁷ CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem : mediação : conciliação : Resolução CNJ 125/2010. 4ª edição, revisada, atualizada e ampliada. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 189.

³⁸ Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Nestes termos, poderá a sentença arbitral ser definitiva, quando há a análise do mérito da questão posta e a definição do conflito, ou pode ser meramente terminativa, o que também culmina no fim do procedimento arbitral, mas não é resolvida a controvérsia, podendo as partes recorrerem ao Poder Judiciário³⁹.

Quanto a sua natureza, a sentença arbitral pode ser declaratória, constitutiva, condenatória, executiva ou homologatória de acordo alcançado entre as partes, refletindo a mesma natureza das demandas e tutelas jurisdicionais perseguidas através do compromisso arbitral e da instauração de um juízo particular ou privado.

Em qualquer das situações acima citadas, deve a sentença dispor sobre a responsabilidade de pagamento das custas e despesas com arbitragem e preencher os requisitos obrigatórios previstos no art. 26 da Lei de Arbitragem.

A sentença arbitral deverá ser prolatada no prazo estipulado pelas partes, ou, na ausência de previsão expressa, de acordo com o artigo 23 da Lei de Arbitragem⁴⁰. Destaque-se que a sentença arbitral proferida fora do prazo será nula, cabendo à parte interessada notificar o árbitro ou presidente do tribunal arbitral para prolação e apresentação da sentença arbitral no prazo de 10 (dez) dias⁴¹.

A sentença arbitral, que deve ser um documento escrito, deverá conter, obrigatoriamente, os seguintes elementos: (i) o relatório, com a qualificação das partes, identificação do objeto, síntese do litígio e eventuais incidentes do procedimento arbitral; (ii) os fundamentos da decisão, onde serão avaliadas as questões de fato e de direito apresentadas pelas partes, com menção expressa, quando for o caso, do julgamento ter sido proferido por equidade; (iii)

³⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de Arbitragem. 5ª edição, revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro : Forense, 2014.

⁴⁰ Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

⁴¹ Art. 12, III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

o dispositivo em que os árbitros decidirão acerca das pretensões apresentadas pelas partes, julgando-as procedentes ou improcedentes; (iv) o prazo para cumprimento da decisão, em se tratando de sentença condenatória, isto é, se originar alguma obrigação às partes envolvidas; (v) a data e o lugar onde a sentença arbitral foi proferida; (vi) a assinatura do(s) árbitro(s).

Nos termos do art. 32 da Lei de Arbitragem, é nula a sentença arbitral se: (i) nula a convenção de arbitragem); (ii) proferida por quem não poderia ser árbitro (hipóteses de suspeição ou impedimento); (iii) não contiver os requisitos formais do artigo 26 da lei 9.307/96 (relatório, fundamentos e parte dispositiva); (iv) proferida fora dos limites da convenção de arbitragem (sentença ultra ou extra petita); (v) comprovado que foi proferida por prevaricação (art.3191 do Código Penal), concussão (art. 3162 do Código Penal) ou corrupção passiva (art. 3173 do Código Penal); (vii) proferida fora do prazo; (respeitadas as disposições previstas no art.12, III da lei 9.307/96); (viii) forem desrespeitados os princípios do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento.

O primeiro requisito, de que seja a sentença expressa em documento escrito, decorre do quanto previsto no art. 24 da Lei de Arbitragem, e é um requisito de forma⁴².

No que se refere à previsão de que a sentença arbitral deva possuir relatório, fundamentação e dispositivo, é de se destacar que a opção do legislador equipara a sentença arbitral à sentença judicial⁴³, fortalecendo a identidade de ambas quanto à sua eficácia jurídica.

Discorrendo sobre tais requisitos, SCAVONE JUNIOR ensina que:

⁴² Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

⁴³ Neste ponto, pertinente destacar que o art. 489 do CPC/2015 determina que “*são elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.*”

O relatório se presta a estabelecer os limites do que foi submetido à arbitragem, com reflexos, inclusive, em eventual nulidade da sentença arbitral, vez que será nula se “for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem” ou “não decidir todo o litígio submetido à arbitragem” (art. 32, IV e V, da Lei de Arbitragem).

Os fundamentos da sentença arbitral servem para que se descortinem as questões de fato e de direito que influenciaram no julgamento.

Note-se, todavia, que a fundamentação equivocada não leva à invalidade da sentença, mas pode ser desastroso para o árbitro no meio em que atua, vez que provavelmente não será mais chamado, notadamente por perder a confiança das partes.

(...)

O dispositivo é a parte principal da sentença, local onde se estabelece os limites do que foi julgado.⁴⁴

Conforme determinação do art. 29 da Lei de arbitragem, as partes serão notificadas da decisão proferida via postal ou qualquer meio de comunicação, diante comprovação de recebimento, ou mesmo por entrega direta à parte, mediante recibo. É da data de comunicação da decisão que se inicia a contagem do prazo decadencial para eventual ação de invalidação da sentença arbitral e do prazo para interposição do pedido de esclarecimento.

Qualquer das partes poderá, desde que dê ciência a outra, no prazo de 05 (cinco) dias a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, direcionar ao árbitro ou tribunal arbitral *pedido de esclarecimento*, solicitando que (i) corrija qualquer erro material da sentença proferida; (ii) esclareça obscuridade, dúvida ou contradição; ou, (iii) se pronuncie sobre ponto a respeito do qual deveria ter se manifestado a decisão⁴⁵.

Curioso é observar que tal previsão assemelha-se ao previsto no Código de Processo Civil quanto aos Embargos de Declaração (art. 1.022 e seguintes do Novo Código e art. 535 a 538 do Digesto de 1973). Nos termos do artigo 494, inciso II, do mesmo diploma, embargos de declaração são via para correção da

⁴⁴ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de Arbitragem. 5ª edição, revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 197

⁴⁵ Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

sentença – ao lado da correção, de ofício ou a pedido da parte, inexatidão material ou erro de cálculo -, a exemplo do que ocorre no *pedido de esclarecimento*.

O árbitro ou tribunal arbitral decidirá, no prazo de 10 (dez) dias, notificando as partes, por escrito, de sua decisão, aditando-a, se for o caso. O procedimento de comunicação às partes será idêntico ao da sentença.

Desejando a parte pleitear a decretação da nulidade da sentença arbitral, deverá fazê-la junto ao órgão do Poder Judiciário, no prazo de 90 (noventa) dias, contados do recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

O art. 31 da Lei de Arbitragem⁴⁶ conferiu à sentença arbitral todos os efeitos da sentença judicial, equiparando-as, inclusive para fins de coisa julgada e execução.

“A investidura do árbitro está direcionada à atividade típica de processo de conhecimento, carecendo de poderes para implementar, de maneira forçada, no mundo real, as suas decisões. Estas providências serão adotadas perante o Judiciário, através de cumprimento de decisões, sentença ou execução, como adiante se verá.”⁴⁷

O Código de Processo Civil prevê ainda em seu art. 515, VII que a sentença arbitral é título executivo judicial cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos no Título II, da Seção V, Capítulo XIII do mencionado *Codex*.

Estabelece o artigo 18 que “o árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário”. Tal entendimento encontra-se em compasso com a celeridade do procedimento arbitral, pois de nada adiantaria um procedimento rápido, através de uma

⁴⁶ Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

⁴⁷ CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação: conciliação: Resolução CNJ 125/2010. 4ª edição, revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 198.

alternativa, se houvesse a obrigatoriedade de atuação do Poder Judiciário, tanto para a homologação quanto para recursos.

Na jurisdição arbitral, o julgador limita-se a dizer o direito das partes, sem poderes de fazer exercê-lo. A satisfação no plano material do direito do vencedor que obteve sentença arbitral favorável, estará na dependência da vontade do vencido de cumprir a decisão espontaneamente.

Não obedecendo a decisão do árbitro ou do colegiado, em detrimento da parte que obteve o êxito, por sentença arbitral, a lei não outorga ao árbitro poder coercitivo no sentido de obrigá-lo a cumprir a decisão, mas, porém, deverá o interessado executar a sentença junto ao Poder Judiciário, se condenatória.

Caso a sentença seja executiva, basta que o árbitro solicite ao Poder Judiciário, que seria originalmente competente para julgar a causa, a efetuação da medida para a satisfação do vencedor no plano material.

3 PRECEDENTES JUDICIAIS

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

A prática de seguir precedentes, seguindo a lógica de que casos iguais devem ser tratados da mesma maneira, é comum à tradição jurídica ocidental como um todo. Contudo, nos países em que se tem como tradição o *common law*, tem-se a aplicação dos precedentes vinculantes (*stare decisis*), norma segundo a qual o precedente judicial deve ser seguido pelos julgadores nos casos subsequentes análogos⁴⁸.

A aplicação dos precedentes judiciais vinculantes apenas ganhou força no fim do século XIX, citando a doutrina majoritária o caso *London Street Tramways Co. v. London County Council* aquele onde fora institucionalizada a doutrina dos precedentes obrigatórios, embora se reconheça que em diversos casos anteriores já haviam referências a precedentes obrigatórios ou *stare decisis*⁴⁹.

No sistema pátrio, pode se dizer que, em que pese a existência de dispositivos anteriores que corroboraram com a construção de um sistema de precedentes vinculantes, a exemplo do Código Processual de 1973 que previa a uniformização da jurisprudência e valorização do precedente, a sua efetiva sistematização e regulamentação normativa adveio com o Novo Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil de 2015 promoveu verdadeira valorização dos precedentes judiciais, sendo importante o destaque e breve análise dos seguintes artigos.

O inciso II do art.311 permite que seja concedida tutela antecipada de evidência (independente da demonstração do perigo da demora ou dano ao resultado útil do processo) quando houver prova documental hábil a comprovar

⁴⁸ MACEDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o direito processual civil. Salvador, Jus-Podvim, 2016, p. 50.

⁴⁹ Idem, p.52

o alegado e quando a tese tiver sido firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

A respeito desse inciso, deve se destacar que são feitas críticas à sua redação, que demonstra um equívoco acerca da aceção do conceito de precedente judicial. A respeito, pertinente o seguinte destaque:

3. Precedentes. O art. 311, II, revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos *precedentes*. O que demonstra a inconsistência da defesa do réu não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em “julgamento de casos repetitivos” (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, art. 976 a 987, e recursos repetitivos, arts. 1.036 a 1.041) ou em “súmula vinculante”. É o fato de se encontrar fundamentado em *precedente* do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em *jurisprudência* formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas. O que o art. 311, II, autoriza, portanto, é a “tutela da evidência” no caso de haver *precedente* do STF ou do STJ ou *jurisprudência* firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas vinculantes (...) ⁵⁰.

O art. 332 trata especificamente sobre a possibilidade de o julgador, reconhecendo a desnecessidade da fase instrutória e independente da citação do Demandado, negar liminarmente o pedido com fundamento em enunciado de súmula ou acórdãos proferidos em julgamento de recursos repetitivos, ambos emanados do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência ou enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Acerca da desnecessidade da citação do Requerido, encontra-se na doutrina diversas críticas quanto à constitucionalidade dessa previsão, contrapondo-a ao contraditório que deve ser conferido às partes, conforme verifica-se abaixo:

⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória (comentários aos arts. 300-311). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (org.). Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 796.

(...) Nesse contexto, o art. 332 do NCPC deve ser submetido a uma interpretação conforme à CF para possibilitar aplicação do instituto da forma menos danosa e inconstitucional para o jurisdicionado.

A partir de uma leitura sistemática do NCPC depreende-se um especial cuidado com sua adequação à principiologia constitucional, mormente o contraditório conforme se evidencia na concretização da proibição de decisão surpresa posta no seu art. 10.

Nessa perspectiva, torna-se necessário imprimir essa mesma racionalidade ao art.332 do NCPC. Se o magistrado, ao vislumbrar uma matéria de ordem pública ou uma das hipóteses de indeferimento da inicial postas no art. 330 do CPC/2015 deve assegurar ao autor ou ao réu (na hipótese do art. 10) a possibilidade de exercer o contraditório previamente ao pronunciamento judicial, conseqüentemente, com maior razão essa teleologia deve ser conferida durante a aplicação da técnica de julgamento liminar de improcedência.

Ou seja, antes de se aplicar o art. 332 do CPC/2015, o juiz deve assegurar ao autor a possibilidade de demonstrar porque sua petição inicial, v.g., não contraria súmula do STF ou súmula do STJ. Somente após essa segunda manifestação do autor é que se poderia cogitar da aplicação da referida técnica de forma constitucionalmente adequada⁵¹.

O art. 489, por sua vez, dispõe sobre os elementos essenciais da sentença. Seu parágrafo primeiro versa ainda sobre situações em que não será considerada fundamentada a decisão, tratando-se as hipóteses dos incisos V e VI daquelas decisões onde o julgador “*se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos*” ou “*deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*”.

Pertinente neste ponto destacar os dizeres de José Henrique Mouta Araújo:

Pela leitura da redação pretendida aos itens V e VI, percebe-se que: a) há a necessidade, na fundamentação, de identificação da causa e do precedente a ela aplicado; b) a identificação genérica de que o caso é repetitivo não é suficiente para atender ao critério de motivação; c) a mera citação de ementa de acórdão pode também ser insuficiente; d) o dever jurídico impõe a necessidade de mencionar a *ratio decidendi*, o *distinguishing* ou o *overruling*; e) a súmula, jurisprudência ou precedente passa a ser vinculante e deve constar no julgado (espécie de fundamentação *per relationem*) e, caso ocorra

⁵¹ ABOUD, Georges; SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida Santos. Do Indeferimento da Petição Inicial (comentários aos arts. 330-332). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (org.). Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 859-860.

o seu afastamento, o dever jurídico impõe a demonstração do *distinguishing* ou *overruling*⁵².

Tratando das hipóteses de remessa necessária (decisões que necessariamente estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição), dispõe o parágrafo 4º do art. 496 que não estão sujeitas à remessa aquelas sentenças fundamentadas em súmula de tribunal superior, acórdão proferido pelos Tribunais Superiores em julgamento de recursos repetitivos ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Tratando do julgamento dos processos no Tribunal, determina o art. 932 que incumbe ao relator negar provimento ao recurso que for contrário a súmula do STF, STJ ou do próprio tribunal, acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos, ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, conforme inciso IV. A despeito do tema:

Esse dispositivo vai ao encontro de uma das tendências mais marcantes do NCPC, que é a de criar condições para que se concretize de modo mais pleno o princípio da isonomia, proporcionando condições e criando técnicas para uniformização e estabilização da jurisprudência. Este dispositivo prestigia súmulas, ainda que não vinculantes, o que significa um estímulo a que os tribunais as redijam com muito mais responsabilidade, já que cientes da eficácia que podem ter. por outro lado, essa espécie de dispositivo acaba levando também a que os tribunais fiquem inibidos de alterar bruscamente entendimentos consolidados e sumulados. Dá-se especial relevância, no dispositivo ora comentado, às decisões proferidas em assunção de competência, em IRDR, e em recurso especial e extraordinário julgado no regime dos repetitivos. A razão de ser desses institutos é a de gerar decisões que sejam respeitadas em todo o país⁵³.

Ainda, dispõe o inciso V do artigo acima citado que pode o relator, após o prazo para apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão objurgada for contrária a súmula do STF, STJ ou do próprio tribunal,

⁵² ARAÚJO, José Henrique Mouta. Os precedentes vinculantes e o Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 434-435.

⁵³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (org.). Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 1ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1327.

acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos, ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Comparando-se os incisos IV e V destacados acima, destacam-se as seguintes conclusões:

Já o inciso V contém incumbência que leva em conta não as características intrínsecas do próprio recurso, mas da decisão que tenha por esse recurso sido impugnado. Se no inciso IV prevê o dispositivo hipóteses em que o relator deverá negar provimento a recursos repetitivos, etc., aqui no inciso V, é a decisão impugnada que estampa tal contrariedade à súmula, a julgamento de repetitivos ou a entendimento firmado em assunção de competência ou incidente de resolução de demandas repetitivas.

Embora o inciso V use fórmula inversa à empregada pelo inciso IV, os dispositivos são um o espelho do outro: têm a mesma razão de ser e a mesma finalidade⁵⁴.

Acerca da necessidade de os Tribunais organizarem e uniformizarem sua jurisprudência:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Versando sobre o assunto, Lucas Buril de Macêdo dispõe que:

O art. 926 do CPC/2015 é, certamente, o dispositivo mais importante sobre a teoria dos precedentes judiciais, fornecendo material suficiente para a construção do *stare decisis* brasileiro. Com efeito, a partir da institucionalização dos deveres de *uniformização, estabilidade, integridade e coerência*, torna-se pouco crível o funcionamento do sistema jurídico sem o *stare decisis*. Os deveres consagrados no novo Código de Processo Civil possuem conteúdo normativo suficiente para a criação institucional dos precedentes obrigatórios⁵⁵.

⁵⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (org.). Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 1ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1328.

⁵⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes Judiciais no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 476.

Por fim, dispõe o art. 927 sobre aquelas hipóteses em que as decisões, enunciados e orientações devem ser seguidas pelos julgadores:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Comentado o art. 927 acima transcrito, discorrem Eduardo Cambi e Renê Francisco Hellman:

O art. 927, inc. I, do NCPC indica a necessidade de observância, por todos os juízes e tribunais, dos precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) no controle concentrado de constitucionalidade. (...)

No inc. III, há a imposição do respeito aos precedentes formados nos julgamentos de incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, bem como nos julgamentos dos recursos extraordinário e especial, de modo que os tribunais superiores sejam entendidos como cortes de vértice.

Nos incisos II e IV, o legislador faz referência às súmulas, vinculantes e persuasivas, respectivamente, indicando neste último as do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a fim de que sejam observadas em matéria infraconstitucional. (...)

Por fim, no inciso V, há a previsão de que os juízes e tribunais estarão vinculados às orientações do órgão especial ou do plenário do tribunal a que estejam vinculados⁵⁶.

Sob a interpretação que deve ser conferida a este artigo, pertinente destacar os dizeres de Hermes Zanti Jr.:

Na interpretação correta do novo CPC, precedentes normativos formalmente vinculantes são as decisões passadas (casos-precedentes) que tem eficácia normativa formalmente vinculante para os juízes e tribunais subsequentes (casos-futuros) e são de aplicação obrigatória, independentemente das boas razões da decisão.

(...)

O CPC/2015 rompeu definitivamente com a tradição brasileira do direito jurisprudencial e da jurisprudência persuasiva, elencando no art. 927 e incisos os casos em que os precedentes no Brasil obrigam,

⁵⁶ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 647.

portanto, são normativos e vinculantes, e não meros exemplos de boas decisões. Daí falarmos, nestes casos, de precedentes normativos formalmente vinculantes, uma vez que são normas primárias, estabelecidas como tal pela legislação processual formal, que determina a sua vinculação independentemente de suas boas razões⁵⁷.

Ainda se reportando ao artigo 927 do NCPC, deve se destacar que os parágrafos 2º, 3º e 4º de citada norma⁵⁸ permitem a possibilidade de revogação dos precedentes, de modo que o processo decisório não fique “engessado”, mormente se considerada a sociedade atual, na qual as mudanças de valores e paradigmas ocorrem de forma dinâmica e com maior velocidade do que no passado.

Especificamente quanto ao parágrafo primeiro, que estabelece que “*Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo*”, observa-se que impõe-se ao julgador a obrigatoriedade de observar o contraditório na formação e aplicação do precedente, bem como reafirma o dever de fundamentação na formação, aplicação e superação do precedente.

O parágrafo segundo versa sobre a possibilidade de alteração da tese jurídica adotada em súmula ou como base de decisão de casos repetitivos, impondo, entretanto, que deve ser ouvida a sociedade e que deve ser permitida a manifestação do *amicus curiae*, com a marcação de audiências públicas prévias.

⁵⁷ ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 420-421.

⁵⁸ Art. 927: (...). § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Analisando a previsão deste parágrafo e a preocupação do legislador em legitimar democraticamente a formação, modificação ou superação do precedente, Lucas Buril de Macêdo dispõe que:

Isso demonstra que, para a formação da ratio decidendi e, igualmente, para a sua modificação ou superação, possibilitar a ampla participação é, do ponto de vista dos sujeitos interessados, mais importante do que garantir o próprio devido processo legal nos casos subsequentes, onde se tende para a aplicação do entendimento firmado. Isto é, nas causas repetitivas, há uma fortificação do devido processo legal nos procedimentos de formação de precedentes, que permite, por sua vez, uma simplificação do procedimento de aplicação da tese firmada. Garante-se um procedimento de formação com amplíssima participação, garantido que a Corte analisará o maior número possível de argumentos e fortalecendo, desse modo, a tese firmada, e, por outro lado, a partir daí, sumariza-se o procedimento de aplicação em um verdadeiro procedimento especializado para causas respectivas⁵⁹.

No caso do parágrafo terceiro, permite-se que, havendo alteração do entendimento, possa se operar a modulação de seus efeitos, nos planos temporal e espacial, a chamada superação prospectiva do precedente, que será melhor analisada adiante.

Quanto à necessidade de fundamentação para alteração de súmula, jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de caso repetitivo, diz o parágrafo quarto que a alteração da jurisprudência deve ocorrer apenas em certas circunstâncias, não podendo ser uma ocasião corriqueira.

Por fim, o parágrafo 5º do artigo em análise assenta o dever do tribunal de garantir ampla publicidade aos seus precedentes obrigatórios.

Reportando-se aos requisitos de existência, validade e eficácia do precedente judicial obrigatório no ordenamento jurídico brasileiro, conforme as previsões do novo digesto processual, Lucas Buril de Macêdo sumariza que, em que pese seja fácil perceber se o precedente existe e é válido, a análise da sua eficácia depende do atendimento aos seguintes pontos:

⁵⁹ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o direito processual civil. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 343-344.

Para que haja eficácia do precedente judicial – mais propriamente, para que a *ratio decidendi* possa incidir – é necessário preencher quatro requisitos específicos: (i) quanto à sua formação, o contraditório precisa ter sido respeitado: ainda que a eficácia preclusiva da coisa julgada torne insignificantes vícios para a estabilidade da decisão, ela não imuniza o precedente, que, para ser eficaz, deve ter sido formado adequadamente – caso contrário, algo que, mesmo constando na decisão como “principal”, e, portanto, capaz de formar *ratio decidendi*, deverá ser lido corretamente como mero *obiter dictum*, logo, incapaz de incidir como norma jurídica; (ii) regularidade da fundamentação: para que a norma do precedente possa ser aplicada, é indispensável que ela possa ser compreendida, portanto, quando a fundamentação for insuficiente para isso, a construção racional de *ratio* é impossível, tornando-a ineficaz; (iii) estabilidade: como o precedente obrigatório pauta-se na segurança jurídica, o trânsito em julgado da decisão é importante para evitar a vinculação a decisões ainda sob recurso – e, assim, sob discussão e sob condição (a decisão apenas se mantém caso o recurso não seja provido) – e a constante virada jurisprudencial que seria possível a partir da simples reforma da decisão impugnada; (iv) publicação, sendo este requisito aplicável apenas aos precedentes formados tradicionalmente: o Estado de Direito exige que os sujeitos possam, ao menos, ter conhecimento das fontes normativas relevantes para as suas relações, e, ao se ter o precedente como fonte, é só a partir de sua publicação que a incidência da *ratio decidendi* é possível⁶⁰.

Conforme pode se verificar dos artigos acima citados, o Código de Processo Civil de 2015 introduziu ao sistema processual brasileiro a vinculação dos precedentes.

3.2 TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

O conceito de precedente não se confunde com o de jurisprudência, ementa, súmula ou *leading case* (caso em que pela primeira vez houve pronunciamento judicial a respeito de determinada matéria, ou primeira vez em que houve superação de entendimento judicial anteriormente firmado).

Precedente e jurisprudência se distinguem pelo critério quantitativo: enquanto que o precedente, via de regra, diz respeito a uma determinada decisão ou conjunto de decisões (é possível a identificação de qual ou quais decisões

⁶⁰ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o direito processual civil. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 348-349.

formaram o precedente), jurisprudência refere-se a uma pluralidade de decisões em variados casos concretos (quantidade imprecisa)⁶¹.

A ementa, elemento que integra o texto da decisão, não se confunde com precedente, posto que este refere-se à decisão em sua integralidade, enquanto que aquela é apenas parte destacada do julgado⁶².

Quanto à súmula, esta está diretamente ligada ao conceito de jurisprudência, e se caracteriza pela concentração, em breves textos, da interpretação conferida à norma, sendo elaborada para a solução de todos os casos futuros. O precedente, por sua vez, deve auxiliar na solução do caso concreto futuro, devendo ser consideradas as peculiaridades fáticas e jurídicas do caso em análise⁶³.

De fato, os precedentes judiciais obrigatórios significam que as decisões anteriores passam a ter a prerrogativa de regulação de um caso futuro, vinculando o julgador ao que fora anteriormente decidido.

Assim, nos dizeres do juriconsulto Lucas Buril de Macêdo, precedente tem duas acepções e pode ser conceituado da seguinte maneira:

Em sentido próprio, continente ou formal, é fato jurídico instrumento de criação normativa, em outras palavras: é fonte do Direito, tratando-se de uma designação racional entre duas decisões. Já precedentes em sentido impróprio é norma, significado alcançado por redução do termo “norma do precedente”, que é precisamente a *ratio decidendi*, esse sentido é também o substancial⁶⁴.

Quanto à sua eficácia, os precedentes judiciais podem ser divididos em persuasivos (aqueles que não precisam ser seguidos pelo julgador, mas que

⁶¹ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes. Salvador, Juspodivm, 2016, p.640.

⁶² MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o direito processual civil. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 79.

⁶³ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 641.

⁶⁴ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o direito processual civil. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 73.

servem como argumento para a decisão em determinado sentido, não implicando a sua não aplicação em erro de julgamento) ou obrigatórios (aqueles que geram o dever de observância, sob pena de incorrer o julgador em erro quanto à aplicação do direito)⁶⁵.

Quanto à origem do precedente, é possível distinguir aqueles obrigatórios em horizontais ou verticais, referindo-se à ligação entre o órgão prolator da decisão e o órgão subsequente que se depara com o precedente; nestes termos, o precedente horizontalmente vinculante é oriundo do próprio órgão que irá aplicar ou deixar de aplicar o precedente, enquanto o verticalmente vinculante é emanado de tribunal com hierarquia superior àquele que irá aplica-lo.

Considerando que o ordenamento pátrio é de tradição do *civil law*, no qual a vinculação aos precedentes não é automática como nos países que adotam o *common law*, há uma série de fundamentos que justificam a adoção de um sistema de precedentes no sistema jurídico brasileiro, podendo ser destacados o da segurança jurídica, isonomia e celeridade processual, desestimula à litigância e solução para as causas repetitivas⁶⁶.

Referindo-se à segurança jurídica, instrumento de realização dos valores da liberdade, igualdade e dignidade, pode se dizer que a variação injustificada quanto à interpretação judicial de um texto legal causa instabilidade social e permite as chamadas “aventuras processuais”, estimulando inclusive o abuso de direito processual, e, conseqüentemente, a litigância. Ainda, pode se dizer que o respeito aos precedentes gera previsibilidade da resposta judicial.

A segurança jurídica possui três aspectos, sendo o primeiro deles o estático, pautado na premissa de que o direito é construído para que as pessoas atuem em conformidade com ele, mas como conhecimento prévio da valoração jurídica dos seus atos. Sob outra vertente, tem-se o lado dinâmico, com a estabilidade, que diz respeito à continuidade do direito que possui margem

⁶⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o direito processual civil. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 79.

⁶⁶ CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro, 1ª edição, Forense, 2016, p. 53.

jurídica para alterabilidade. Por fim, tem-se a previsibilidade, que diz respeito a tendência de perpetuação da norma e a necessidade de que o direito evolua constante e consistente, tudo a fim de que a pessoa possa prever razoavelmente qual será a interpretação conferida pelo direito aos casos concretos⁶⁷.

A celeridade processual, intimamente ligada com o princípio da duração razoável do processo, ganha nova dimensão com o sistema de precedentes judiciais, que permite ao julgador “barrar” recursos ou demandas infundadas ou abusivas nas hipóteses dos artigos 332 e 932 como analisado no tópico anterior, abreviando o procedimento do processo e acelerando a entrega da prestação jurisdicional.

Por fim, a isonomia (traduzida no sistema do *commom law* sob a máxima de *treat like cases alike*) permite que todos os cidadãos recebem o mesmo tratamento em matérias iguais postas à apreciação do judiciário, impossibilitando tratamentos divergentes para casos idênticos ou semelhantes, devendo prevalecer a equidade, salvo a possibilidade de o julgador não aplicar o precedente nos casos do *distinguishing* ou *overruling*, que serão analisados adiante.

Diante das considerações acima, pode se dizer que os precedentes devem ser encarados como fonte de direito, a partir do qual é possível a construção de uma norma jurídica, adotando-se o *stare decisis*, que estabelece que as normas reconhecidas nos precedentes devem ser seguidas pelos julgadores subsequentes, salvo as hipóteses de superação de precedentes.

Os precedentes obrigatórios possuem características funcionais essenciais, sendo elas a autorreferência, processo de formação do precedente e publicidade das decisões judiciais.

⁶⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o direito processual civil. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 100-104.

A autorreferência diz respeito ao dever de fundamentação, devendo os julgadores subsequentes decidirem sempre em atenção aos precedentes existentes e afetos à situação concreta. Ou seja, para o funcionamento adequado do *stare decisis*, deve o julgador subsequente fazer a subsunção entre o precedente e o caso concreto, para aplica-lo, afastá-lo ou superá-lo.

Sob este ponto, destaca-se que:

Assim, no caso de uma decisão que aplica norma criada em precedente anterior, é preciso que o magistrado enuncie o precedente e demonstre a similaridade fática que legitima a aplicação da mesma norma ao caso sob exame. Não é diferente quando há desvio da norma do precedente: o juiz que pretende tomar desviando-se do precedente, por entender que os fatos substanciais são distintos (*distinguish*) ou porque a norma não merece mais continuar no sistema jurídico (*overruling*), deve necessariamente referir-se aos precedentes que seriam *a priori* aplicáveis, demonstrando as razões para sua não aplicação ou para sua superação⁶⁸.

No tocante à formação do precedente judicial e a observância do devido processo legal diz respeito à flexibilidade do precedente vinculante, que deve ser passível de modificação ou superação, garantindo-se aos litigantes posteriores que apresentem novos argumentos e que o julgador esteja disposto a corrigir precedentes equivocados.

Além da possibilidade de superação, não aplicação ou modificação dos precedentes, a fim de que o contraditório seja efetivado de forma ampla num sistema de aplicação dos precedentes, o dever de fundamentação tem grande relevância, operando-se a devida consideração dos precedentes judiciais utilizados como argumento.

A publicidade das decisões judiciais significa que apenas é possível a construção de um sistema de precedentes obrigatórios a partir de um sistema em que publicidade das decisões é eficaz, mesmo porque um julgamento só

⁶⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o direito processual civil. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 204.

pode se tornar um precedente obrigatório quanto é possibilitado às partes e ao julgador o conhecimento prévio do mesmo⁶⁹.

3.3 APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

A despeito da aplicação dos precedentes e a necessidade de que haja interpretação hermenêutica e não simplesmente semântica no caso concreto, pertinente a transcrição do seguinte entendimento:

Ou seja, quando o CPC afirma a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem súmula vinculante e acórdão vinculante não há nesse ponto uma proibição de interpretar. Quem pensa isso parecer estar ainda com os pés- ou a cabeça - na jurisprudência analítica do século XIX, modalidade do positivismo da *common law* equiparável ao positivismo energético francês e ao pandectismo alemão. O que fixa explícito é a obrigatoriedade de os juízes e tribunais utilizarem os precedentes vinculantes na motivação de suas decisões para assegurar não apenas a estabilidade mas a integridade e a coerência da jurisprudência⁷⁰.

A sistematização de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios que devem ser seguidos pelos julgadores subsequentes em casos idênticos ou similares não importa na impossibilidade de que o julgador, aplicando técnica de superação ou distinção de precedentes, deixe de aplica-lo ao caso em análise.

Antes de adentrar no procedimento para a aplicação dos precedentes ao processo judicial em primeiro, deve se fazer menção à já explicada diferença entre os precedentes persuasivo e vinculante.

O precedente persuasivo apenas é empregado quando o julgador concordar com a norma jurídica nele fixada, e apenas como reforço da argumentação jurídica para julgamento do caso em análise.

⁶⁹ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o direito processual civil. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 222.

⁷⁰ STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 177.

Dessa forma, caso o julgador não queira aplicar o precedente persuasivo, basta fundamentar de forma específica a sua decisão, relevando os motivos pelos quais discorda com o precedente, vislumbra distinção com o caso concreto ou entende ter sido superado por outro precedente.

Determina ainda o inciso V do §1º do art. 489 do NCPC que o juiz, ao aplicar o precedente persuasivo, deverá demonstrar o encaixe do precedente no caso concreto, ou seja, deve demonstrar a identidade de tese jurídica e semelhança de fatos entre precedente e caso concreto.

O precedente vinculante, por sua vez, é de aplicação obrigatória ao caso concreto, sendo irrelevante se o julgador concorda ou não com a norma jurídica nele fixada.

Da mesma forma que no precedente persuasivo, deve o julgador motivar a adoção do sistema do precedente vinculando, fazendo a devida correlação deste com o caso em análise.

Contudo, se o caso é de precedente vinculante, as únicas hipóteses em que é possível a sua não aplicação é quando o julgador verifica que houve superação do precedente (*overruling*) ou distinção (*distinguishing*) com o caso concreto, devendo a decisão que afastá-lo estar motivada nos termos legais.

A superação de precedentes ocorre de forma paulatina quando o precedente não mais corresponde aos padrões de congruência social (quando a sociedade evoluiu, estando o entendimento anterior defasado) ou consistência sistêmica (quando a concepção atual do próprio direito não mais é capaz de sustentar o precedente), quando as próprias normas jurídicas que sistema a aplicação dos precedentes, a exemplo da isonomia, albergam a superação em detrimento da preservação do entendimento. Ainda, pode haver uma superação de forma

repentina, situação na qual a necessidade de mudança supera a de estabilidade do ordenamento⁷¹.

Acerca da evolução da sociedade e necessidade de adequação dos precedentes aos novos paradigmas que vierem a surgir, até para que se efetive a justiça, assevera Lucas Burreil de Macêdo:

Em síntese, a função social do Direito e os valores de base da sociedade, em qualquer sistema jurídica, resistem à outorga de peso absoluto ou de imutabilidade aos precedentes, até mesmo aqueles considerados estabelecidos há tempos. Mudanças na tecnologia, comércio e indústria, mudança de posicionamento social em matérias como gênero, relações familiares e propriedade, além de mais um sem número de considerações similares podem dar razão a um sentimento de que as normas jurídicas estão na contramão das necessidades e aspirações da sociedade. Mais do que isso, é possível que as próprias bases jurídicas, a partir dos direitos fundamentais ou dos princípios constitucionais, leve a compreender que o respeito a determinados precedentes, ao invés de significar a sabedoria do passado, é um peso morto para o progresso social, significando a garantia de desigualdades substanciais ou injustiças consagradas com base da justiça formal.

Deve-se perceber que as sociedades atuais, em comparação com as antigas, são muito mais complexas e dinâmicas, e essa complexidade e dinamicidade elevadas e crescentes ensejam uma maior falibilidade das normas e decisões jurídicas. Considerando que os sistemas jurídicos servem para perseguir fins sociais, é imprescindível notar que eles devem ser efetivos na realização de seus objetivos e finalidades. Essa necessidade de efetividade da regulação jurídica força não só os legisladores como também os juízes e tribunais a assumirem procedimentos que facilitem a correção das normas e das decisões que se tornem inadequadas⁷².

A primeira a técnica, na qual ocorre a superação dos precedentes, denominada *overruling*, implica na substituição de um precedente judicial por outro, mediante decisão do próprio órgão jurisdicional que estabeleceu o precedente anterior. Ou seja, há revogação total por outro precedente ou outra orientação para determinado caso concreto, como bem ensina Lucas Burreil de Macêdo:

Insista-se, a superação (*overruling*) consiste na retirada de uma *ratio decidendi* do ordenamento jurídico, substituindo-a por outra. Com isso, o próprio precedente judicial que lhe servia de referente passa a ser imprestável como fonte da norma, ele é excluído do sistema de

⁷¹ PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 558-559.

⁷² MACÊDO, Lucas Burreil de. Precedentes Judiciais e o direito processual civil. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 283.

fontes, embora possa vir a ser citado como argumento persuasivo. O valor do precedente superado passa a ser histórico, ele não constitui mais autoridade para tomada e decisões judiciais.

Isso não se aplica, por óbvio, quando o precedente tem mais de um ratio e apenas uma delas é superada. Nessa hipótese, o precedente subsiste como dado relevante para a construção normativa no que toca às *rationes decidendi* que foram preservadas.

Muito embora a superação do precedente seja uma clara expressão da adequação e da flexibilidade do Direito, exprimindo um momento de mudança, ela deve ser realizada mediante o preenchimento de requisitos que buscam a preservação, tanto quanto possível, da segurança jurídica, como será visto adiante⁷³.

Frise-se que o precedente é revogado, superado, em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação.

Neste sentido, a superação é cabível quando o precedente judicial se torna inexecutável ou obsoleto, quando o precedente judicial deixa de corresponder aos padrões de congruência social, ou consistência sistêmica, quando surge nova concepção do direito ou quando se constata que o precedente judicial foi substancialmente errado ou mal concebido desde o início.

Cumpra ainda destacar que a superação do precedente é uma prerrogativa dos Tribunais Superiores; é de se dizer, estando o *stare decisis* diretamente ligado à estrutura judiciária e à ordem jurídica, a superação do precedente só é possível quando feita pelo próprio Tribunal que prolatou a decisão ou por outro em posição hierárquica superior.

O *overruling* ou superação de precedente pode acontecer de forma expressa / explícita, quando tribunal resolve expressamente adotar nova orientação, abandonando a anterior, ou de forma tácita / implícita (*sub silentio*), que ocorre quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última.

⁷³ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o direito processual civil. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 289

Desta forma, a superação do precedente dá-se por outro precedente, proferido pelo mesmo tribunal – ou tribunal hierarquicamente superior -, em sentido diverso daquele anteriormente adotado.

O entendimento diverso pode ser exposto de forma implícita, quando a decisão posterior expõe entendimento incompatível com a anterior, ou explícita, quando o julgador expressamente expõe que está modificando a decisão anterior.

Discorrendo sobre a superação dos precedentes e as desvantagens da superação do precedente de forma implícita, o jurista Lucas Burril de Macêdo destaca que:

Finalmente, cumpre destacar que é possível a existência de superações explícitas e implícitas (*sub silentio*), classificação conforme a evidência da superação. A superação explícita é realizada quando o tribunal expressamente decreta que o precedente e sua norma não mais pertencem ao ordenamento jurídico. Já o *overruling* implícito se dá quando o tribunal, muito embora não o diga expressamente, supera um entendimento, decretando nova norma jurídica. Trata-se de uma noção conforme a prática, embora o ideal seja que toda superação de precedente judicial seja feita de forma explícita, visando preservar a segurança jurídica. Ou seja, superações que não são evidentes ou explícitas são aquelas nas quais é necessária uma reconstrução racional para sua caracterização, podendo tomar uma variedade de formas: pode haver a ignorância consciente do precedentes; pode ser considerado que a *ratio decidendi* não incide, quando, de fato, haveria sua incidência; a *ratio decidendi* pode ser reconceituada ou reformulada, seja quanto à sua hipótese fática ou quanto ao seu consequente; a corte pode reinterpretar uma série de precedentes como significantes de algo diferentes de algo diferentes do que eles vinham sendo compreendidos, etc. São casos nos quais, conquanto os tribunais não tenha, afirmado, os jurisdicionados e julgadores posteriores devem entender o precedente como efetivamente superado⁷⁴.

Ainda quanto à superação, esta pode ser total ou parcial, sendo esta quando há alteração de parte da referida norma. Essa hipótese não está prevista expressamente no NCP. Contudo, face à previsão processual de superação de precedentes de forma genérica, se o tribunal pode superar totalmente o precedente, também pode superá-lo em parte⁷⁵.

⁷⁴ MACÊDO, Lucas Burril de. Precedentes Judiciais e o direito processual civil. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 290

⁷⁵ CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. 1ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 152.

Sob outro ponto, deve se observar ainda que a superação de precedentes deve ocorrer apenas em *ultima ratio*, por envolver a supressão do comando estabelecido pelo *stare decisis*, que aponta para a continuidade do direito jurisprudencial. Contudo, deve se observar que a superação do precedente impende na preservação, ainda que mínima, de um conteúdo da decisão superada, posto que a formulação da superação é feita consoante os parâmetros estabelecidos previamente. Ainda, embora haja a quebra da decisão antiga, a nova decisão passa a ser amplamente aplicável, dando-se, de certa forma, continuidade ao *stare decisis*.

Considerando que o *stare decisis* indica a continuidade do precedente, para que se proceda com a efetiva superação de um precedente judicial faz-se necessário que as razões para a mudança sejam mais fortes do que as razões para a continuidade, estando devidamente fundamentada a decisão que opera a superação, não sendo suficiente o entendimento divergente do julgador ou ainda que o precedente esteja fundado em erro.

A propósito dos aspectos que devem ser observados para que se efetive a superação dos precedentes, pertinentes destacar o que se segue:

Dessa forma, é possível sintetizar o procedimento argumentativo em três passos. A justificação para a superação dos precedentes precisa levar em conta três diferentes aspectos: 1) o substancial, o tribunal precisa demonstrar que a *ratio decidendi* em voga causa injustiças ou é inadequada, e que determinado princípio determina sua mudança por uma norma que demonstre ser mais adequada ou justa para a situação; 2) o formal, o tribunal precisa demonstrar que as razões substanciais para a mudança *superam* as razões formais para a continuidade, isto é, que é mais importante a prevalência do princípio material do que do *stare decisis*; 3) o da segurança na mudança, aspecto final, que consiste na proteção da confiança legítima, ou seja, depois de o tribunal posicionar-se pela necessidade de mudança, deve passar a se preocupar com a proteção dos jurisdicionados que atuaram com expectativa legítima na aplicação dos precedentes, seja determinando um regime de transição ou aplicando o *prospective overruling*⁷⁶.

Destaca-se ainda que, antes que se efetive a superação do precedente, o qual a aplicação é mantida como meio de preservação da segurança jurídica e da

⁷⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o direito processual civil. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 295.

estabilidade, pode ocorrer a sinalização do desgaste do precedente (*signaling*) e a indicação de uma futura superação. Pode-se dizer que quando a superação se dá após a sinalização, essa será mais tranquila, pois é possibilitado o amplo debate acerca da real necessidade e parâmetros da mudança.

A doutrina cita ainda como técnica de superação de precedentes o *overriding*, que consiste em uma redução distintiva parcial de uma *ratio decidendi* para que, em seguida, ao tribunal ampliar outra.

Quanto aos efeitos que podem ser gerados, tem-se a possibilidade de efeito prospectivo, com efeito *ex nunc* (mantém a orientação para os fatos ocorridos até então, sendo que suas alterações somente devem ser aplicadas a fatos posteriores) ou retrospectivo, com efeito *ex tunc* (o precedente substituído não poderá ser invocado no julgamento de casos ocorridos antes da substituição e que ainda estejam pendentes de apreciação e julgamento; ou seja, o entendimento inovador se aplica a fatos e situações ocorridos no passado e ainda não decididos e aos casos futuros).

É a chamada modulação dos efeitos da decisão, no qual é possível sistematizar as possíveis eficácias temporais atribuíveis aos novos precedentes judiciais:

A *superação* pode ser retrospectiva (*retrospective overruling*), consoante a qual a regra se aplica também aos casos anteriores à prolação do precedente, embora não incida nos casos já decididos. A superação retrospectiva pode ser ainda plena, na qual a nova norma atinge também os casos que já foram julgados.

Na superação prospectiva (*prospective overruling*), modelo em que a nova *ratio* aplica-se aos casos futuros, há a possibilidade de que o novo precedente se aplique ao caso que a gerou ou apenas aos casos posteriores à sua prolação, não se aplicando ao caso decidido, na chamada superação prospectiva pura (*pure prospective overruling*).

Há a possibilidade ainda de que a superação prospectiva se dê de forma especial (*special prospective overruling*), situação na qual será definido um marco temporal ou período para aplicação da nova *ratio decidendi*, no futuro ou no passado, devendo se fixar ainda eventos específicos sobre os quais deverão incidir a nova norma precedente.

O outro método para afastar a aplicação do precedente é utilização da técnica do *distinguishing* ou distinção, por meio do qual o precedente não é aplicado ao caso concreto face à mera aparência de identidade com o caso sucessivo, que terá tratamento diverso face às suas especificidades. Analisando o tema, Lucas Buril de Macêdo destaca que:

É correto afirmar, portanto, que o método de aplicação dos precedentes é marcado pelas distinções (*distinguishing*); conceito de suma importância, pois se trata do mecanismo mais relevante na concretização do direito jurisprudencial, justamente por ser o que é utilizado com maior frequência. Nas distinções (*distinguishing*), o jurista deve operar através do raciocínio analógico entre os fatos do precedente e os do caso presente, identificando quais as diferenças e similitudes, demonstrando que são substanciais, ou seja, que são juridicamente relevantes. Essa característica da operação com precedentes faz o processo de sua aplicação essencial e especialmente fundado em analogias, que molda e remoldam as normas a partir de cada decisão⁷⁷.

O precedente só deve ser adotado se o seu caso for idêntico ao caso sob julgamento. Quando não for idêntico, haverá a distinção.

A primeira etapa para a aplicação do *distinguishing* é a delimitação do que restou decidido no precedente, ou seja, verificar no que constitui a *ratio decidendi*. Parte da doutrina chama essa distinção de *distinguishing within a case* (distinguindo no caso precedente), que consiste na separação dos fatos do precedente que são materialmente relevantes daqueles irrelevantes, com o intuito de definir qual fora a norma jurisprudencial criada⁷⁸.

⁷⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o direito processual civil. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 263.

⁷⁸ NUNES, Dierli; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 314.

Após ser realizada a distinção acima destacada (compreensão de qual fora a norma jurisprudencial cuja aplicabilidade será discutida), adentra-se na segunda etapa, de distinção entre os casos, ou *distinguishing between cases*.

A distinção é quanto aos fatos do precedente e do caso em comento, devendo ser destacadas as diferenças fáticas, devendo o julgador determinar se essas diferenças são aptas a importarem em um tratamento jurídico diferente à causa.

Neste método de superação não há uma revogação do precedente, mas apenas não aplicação do caso anterior ao sucessor face à constatação de que os fatos são diferentes, pelo que os julgamentos devem ser diversos.

Considerando que o precedente aplica-se no caso idêntico, faz-se necessária uma análise da identidade de casos, que pode ser absoluta ou essencial. A identidade absoluta é aquela na qual os casos possuem identidade daqueles fatos relevantes para a solução da controvérsia e a mesma tese jurídica. Nos casos em que a identidade é essencial, os fatos são diferentes, mas possuem um núcleo fático e valoração jurídica idênticos⁷⁹.

A aplicação do precedente judicial só se afigura possível quando a tese jurídica entre o precedente e o caso é a mesma, ou seja, quando há semelhança dos fatos e identidade dos fundamentos jurídicos.

Quando não forem idênticos os fundamentos jurídicos, ou, quando idênticos, forem diferentes os fatos, o caso é de distinção.

Conforme destacado anteriormente, o Novo Código de Processo Civil instituiu, no compasso do quanto estabelecido pelo inciso IX do art. 93 da Carta Magna, que não se considerada fundamentada qualquer decisão que aplicar ou deixar de aplicar precedente sem identificar seus fundamentos determinantes ou

⁷⁹ CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. 1ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 143.

demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento, ou mesmo a superação do precedente.

A este propósito, destaca-se que:

Como se viu, a técnica do *distinguishing* e, de forma mais panorâmica, a aplicação de precedentes se baseiam substancialmente na conjugação dessas duas formas de raciocínio jurídico (analogico e contra-analogico), e o novo CPC andou bem em exigir a explicitação de ambas no ato decisório, até mesmo porque é na ausência da demonstração da (in)adequação de determinado precedente e/ou enunciado sumular ao caso concreto que pode residir o fundamento para que a solução oposita seja adotada em detrimento da escolhida pelo magistrado, que deixou de proceder ao raciocínio jurídico correto⁸⁰.

Nesta seara, pode o jurisdicionado suscitar a nulidade daquela decisão que não promover esse juízo de adequação ou distinção.

Conforme mencionado anteriormente, o art. 489 do CPC/2015 trata da fundamentação das decisões judiciais, dispondo o que pode ser considerado como decisão fundamentada ou não, estando no §1º, V e VI especificamente previstas as hipóteses de decisões não no que se refere à teoria dos precedentes.

A fundamentação da decisão judicial é o elemento consistente na indicação de motivos que justificam, juridicamente, a conclusão a que se tenha chegado. A decisão judicial precisa ser legitimada democraticamente, ou seja, a decisão precisa ser constitucionalmente legítima. Para isso, é essencial que o órgão jurisdicional, ao decidir, aponte substancialmente os motivos que justificam aquela decisão, de maneira que esta possa ser considerada a decisão correta para a hipótese.

No inciso V o legislador determinou que o julgador não poderá se limitar a *“invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus*

⁸⁰ NUNES, Dierli; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 328.

fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

Referido inciso termina por introduzir na dogmática processual brasileira o conceito de *ratio decidendi*, ao se referir a *fundamentos determinantes*, positiva a exigência de identificação dos fundamentos determinantes para aplicação do precedente e dos fundamentos determinantes dos precedentes que originaram o enunciado da súmula.

Analisando os requisitos no parágrafo acima elencados, Carlos Frederico Bastos Pereira discorre o que segue:

Em relação ao primeiro ponto, a *ratio decidendi*, expressão difundida no *Common Law* (especialmente, na Inglaterra), é elemento essencial para aplicação do precedente porque constitui justamente a parcela da decisão com força vinculante para casos futuros e análogos. Este ponto joga luz em um problema capital na metodologia de julgamento colegiado no direito brasileiro. É sabido que os órgãos jurisdicionais pouco se importavam com a convergência de fundamentos na decisão colegiada desde que coincidente o resultado no dispositivo. A convergência entre as razões de decidir de cada julgador é imprescindível para a constituição de um fundamento determinante. Em relação ao segundo ponto, o dispositivo do CPC é importante para sepultar de uma vez por todas a “cultura dos ementários” no direito brasileiro, resgatando assim os fatos substanciais que propiciaram determinada solução jurídica. Em relação ao terceiro ponto, nos mesmos moldes acima aportados, trata-se de uma resposta à aplicação mecânica das súmulas. A redação das súmulas é problema combatido com veemência pela doutrina brasileira, tendo em vista que os respectivos enunciados nem sempre externalizam fielmente as circunstâncias fáticas e a solução jurídica dos casos que a originaram⁸¹.

O inciso VI, por sua vez, determina que o julgador não poderá “*deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*”.

⁸¹ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 670-671.

Este inciso traz ao sistema jurídico brasileiro os conceitos de *distinguishing* e *overruling*, exigindo a distinção e a superação nas hipóteses em que o julgador não aplicar precedente, jurisprudência e enunciado de súmula.

A decisão sem fundamento ou sem fundamento aceitável como tal é decisão nula, restando analisar qual seria a consequência da ausência de fundamentação nas decisões.

Alguns juristas defendem que a decisão sem motivação não pode ser entendida decisão. A falta de motivação implicaria na inexistência jurídica de decisão — diversamente da motivação insuficiente, que seria caso de nulidade.

Defendendo este entendimento o professor Benedito Cerezzo Pereira Filho assevera o seguinte:

O descumprimento da lei, até onde se sabe, merece sanção e não aplausos. Não se está, por óbvio, defendendo o exercício puro e cego do princípio da subsunção, como se a lei fosse um ser iluminado de toda razão, sendo suficiente sua fria e crua aplicação ao caso concreto, sem a menor perquirição. Pelo contrário, por vislumbrar no Judiciário um dos responsáveis pela criação do Direito, exige-se dele a devida fundamentação e de todos os pontos suscitados pelas partes. Fundamentação genérica, ampla, sem que se dê resposta ao jurisdicionado é sim ausência de legitimidade de poder.

O concurso público pode até conferir legitimidade quanto a um requisito formal, para boa parte do Judiciário, mas, o que lhe confere legitimidade de atuação, principalmente pela relevância da sua decisão que deverá ser cumprida por todos, sem dúvida, é a devida fundamentação.

Não se pode olvidar que o membro do Judiciário, além de não ser escolhido pelo povo, possui vitaliciedade no cargo. São questões que requerem, ainda mais, esmero na sua decisão. Para nós, decisão judicial que não espelha uma fundamentação adequada é inexistente por carregar consigo o vício intransponível da ilegitimidade e, sendo assim, se o artigo 489 virar letra morta, talvez a escolha de ir para o Zimbábue seja a única opção do jurisdicionado⁸².

Outra parte da doutrina entende que o vício da falta de motivação estaria apto a autorizar, no máximo, o ajuizamento de ação rescisória. Este é o entendimento compartilhado pelo juriconsulto Fredie Didier Jr., que analisando o tema discorre que:

⁸² PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. VÍCIO INTRANSPONÍVEL. Decisão judicial que não espelha uma fundamentação adequada é inexistente <http://www.conjur.com.br/2015-jun-19/benedito-cerezzo-decisao-judicial-fundamentacao-inexistente>.

Para que um fato se subsuma à previsão normativa, é necessário que estejam presentes aquilo que se convencionou chamar de elementos nucleares do suporte fático. A falta de um elemento nuclear impede que se considere como jurídico determinado fato. Os elementos nucleares que compõem o suporte fático do ato “decisão judicial” são, como se pode extrair da própria terminologia: a) ter sido proferida por alguém investido de função jurisdicional; b) a decisão, a norma concreta, o comando, a manifestação do magistrado sobre o objeto litigioso. A motivação é elemento que legitima a decisão, deixa-a conforme a Constituição. É designar uma decisão sem fundamentação de ilegítima, espúria, absurda, autoritária etc., mas é inegável que ela é uma decisão. A partir do momento que se pode atribuir a um substantivo alguns adjetivos é porque algo existe para ser qualificado. É característica dos requisitos de validade exercer a função gramatical de adjetivos, conforme lição de BARBOSA MOREIRA, já transcrita. Não é à toa que o texto constitucional expressamente atribuiu a sanção de invalidade à decisão não-motivada. Para que esta sanção seja aplicada, é necessário que o ato (decisão) contenha um defeito (ausência de fundamentação). De acordo com célebre lição de PONTES DE MIRANDA, “defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito”. Daí se vê que, para que um ato seja defeituoso, primeiro ele tem que ser, tem que existir e, somente se existente, pode conter algum vício. É justamente porque há (existe) decisão, em tais hipóteses, que ela pode ser anulada pelo tribunal para que outra seja proferida (não se anula o que não existe). Trata-se de vício gravíssimo, que pode ser conhecido de ofício e permite a sua invalidação mediante o ajuizamento da ação rescisória⁸³.

Por fim, destaque-se que CPC/2015 ampliou as hipóteses de cabimento da Reclamação Constitucional nos termos dos artigos 988 a 993. No tocante à reclamação por não seguimento do precedente vinculante, destacasse o inciso IV do artigo 988, que dispõe caber reclamação para “*garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;*”, nas hipóteses de aplicação indevida e não aplicação da tese.

Além disso, o art. 988, §5º, II dispõe que não cabe reclamação “*para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias*”, pelo que infere ser cabível a reclamação fundada em desobediência a *ratio*

⁸³ DIDIER JR. Fredie. **Sob a fundamentação da decisão judicial**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>.

decidendi firmada em julgamento de recurso repetitivo quando esgotadas as instâncias ordinárias.

Essas hipóteses de cabimento de ação reclamatória pretendem assegurar a efetividade de alguns precedentes obrigatórios previstos no art. 927 do Digesto Processual, precisamente aqueles formados através de um procedimento rigoroso.

4 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NOS TERMOS DO NOVO CPC NO ÂMBITO DO PROCESSO ARBITRAL

Como destacado nos capítulos acima, o imperativo constitucional do dever do julgador em fundamentar as decisões judiciais também encontra aplicação no sistema arbitral, estando o árbitro, da mesma maneira que o magistrado, obrigado a proferir decisões motivadas⁸⁴.

A propósito da necessidade de fundamentar devidamente as decisões que afastam ou aplicam os precedentes vinculantes, determina a lei que deve o julgador subsequente analisar aquilo que foi decidido anteriormente e, concordando com ele, invocar o precedente, valendo-se da fundamentação para demonstrar a identidade dos casos, ou, caso discorde, deverá apontar as diferenças substanciais entre os casos ou declinar os motivos suficientes para não se aplicar o precedente ao caso *sub judice*.

O Novo Código de Processo Civil ainda dispõe que a decisão que deixar de seguir o enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocados, sem que seja aplicada a técnica do *overruling* ou *distinguishing* será nula por ausência de fundamentação⁸⁵, como já destacado acima quando analisado o parágrafo 1º do art. 489 do Digesto Processual.

Ao instituir o sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, o Novo Código de Processo Civil terminou por sedimentar a necessidade de que, para que a decisão seja considerada fundamentada, esteja ela evidenciado a correlação entre a norma os fatos concretos, impondo ainda ao julgador o mesmo imperativo no caso em que seja invocado precedente ou súmula, seja para aplica-los, seja para afastá-los, na análise do caso concreto.

⁸⁴ Art. 93, IX, CF: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

⁸⁵ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 354.

Dessa forma, considerando que o Código de Processo Civil Brasileiro disciplinou o instituto dos precedentes judiciais, dando maior força à sua aplicação no direito pátrio, mantendo a previsão de que a sentença arbitral tem natureza jurídica de título executivo judicial, que se submete ao processo executório previsto no Digesto Processual, deve haver harmonização entre os processos judicial e arbitral, inclusive devendo os árbitros submeterem-se à vinculação dos precedentes ou às técnicas de superação desses.

Um dos principais argumentos favoráveis à sedimentação desse entendimento é a necessidade de conferir à sociedade segurança jurídica.

A propósito, analisando o tema discorreu o jurisconsulto José Rogério Cruz e Tucci:

Na verdade, a eficácia persuasiva do precedente e a exigência de segurança jurídica é que impõem o seu respeito pelo tribunal arbitral, sobretudo quando aquele estiver consolidado ou até mesmo, pela reiteração, transformado em súmula. É evidente que se for hipótese de incidência de súmula vinculante, com maior dose de razão, o árbitro não poderá desprezá-la, invocando simples questão de convicção íntima.

Não tem sentido algum admitir que, de um lado, o juiz estatal encontre-se sujeito à incidência do precedente, e, de outro, o árbitro esteja livre para afastar a sua observância. Quando nada, maculado estaria o princípio da isonomia, a desacreditar o juízo arbitral.⁸⁶

Diante disso, a não obrigatoriedade de que os árbitros, atuando como julgadores em substituição à jurisdição estatal (inclusive sendo considerados como juízes de fato e de direito perante a legislação), estejam submetidos ao sistema de precedentes termina por afastar a segurança jurídica que este traz ao ordenamento, mesmo porque abre-se a possibilidade de que a parte recorra ao procedimento arbitral puramente para tentar afastar a incidência de um precedente ao caso concreto.

⁸⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. O árbitro e a observância do precedente judicial. Revista Consultor Jurídico, 1 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>>

De mais e mais, admitir que o árbitro esteja livre para afastar a incidência do precedente sem se atentar às normas estabelecidas no Digesto Processual, enquanto que o juiz estatal encontra-se obrigatoriamente sujeito ao sistema referido, importa ferir o princípio da isonomia.

Por outro lado, assim como o juiz togado, pode o árbitro lançar mão das técnicas de superação de precedentes (*distinguishing* ou *overruling*) para afastar sua incidência, destacando a inadequação ao caso concreto ou a superação do julgado paradigma, mediante fundamentação específica e qualificada.

Pertinente destacar também o entendimento do jurista Ronaldo Cramer sobre o assunto:

Como discorrido antes, pela compreensão do Direito como integridade, o árbitro, ao dar a solução para o caso, deve orientar-se pelos princípios constitucionais e precedentes vinculantes, porque esses institutos conformam a unidade da ordem jurídica.

Admitir que o árbitro pode se afastar dos precedentes vinculantes é reconhecer que há mais de uma ordem jurídica, a que fundamenta os posicionamentos do Judiciário e a que embasa as decisões arbitrais, o que cria insegurança jurídica e – pior – escapismos intoleráveis. Esses escapismos seriam a possibilidade de os indivíduos escolherem a arbitragem apenas para fugir dos precedentes vinculantes, o que, no meu entendimento, é inadmissível.

Além disso, o precedente vinculante não adstringe o Poder Judiciário. Essa é uma compreensão simplista do significado da vinculação. O que o precedente vinculante subordina é a atividade jurisdicional. Logo, como o árbitro exerce atividade jurisdicional, ele está submetido aos precedentes vinculantes, já que estes conformam a sua função⁸⁷.

Nestes termos, o tribunal arbitral, para dirimir a controvérsia submetida à sua apreciação, tem o dever inafastável de julgar em consonância com o arcabouço de normas, regras e outras formas de expressão do direito que integram o Direito Positivo brasileiro, sendo, portanto, também indispensável a aplicação do regime de precedentes, devidamente inserido no ordenamento pátrio com o advento no Novo Código de Processo Civil.

⁸⁷ CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. 1ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 119.

Os doutrinadores que defendem a não vinculação do árbitro aos precedentes judiciais destacam, em suma, que o procedimento arbitral no Brasil é utilizado em demandas muito específicas, complexas, enquanto que a lógica do sistema de precedentes adotado no sistema pátrio indica que a sua criação fora incorporada ao ordenamento para resolver o problema da grande quantidade de demandas repetitivas e a necessidade de se garantir a isonomia do julgamento dos casos idênticos.

Expondo o seu entendimento sobre o tema, e contrapondo-se à vinculação do árbitro aos precedentes, pertinente destacar o que discorre a jurisprudência Marcela Kohlbach de Faria:

Inicialmente, manifesto o entendimento de que o Código de Processo Civil não se aplica à arbitragem, salvo se as partes assim convencionarem. Assim, todos os mecanismos e recursos previstos pelo Código de Processo Civil para a aplicação do precedente, como a tutela de evidência, a improcedência liminar, a reclamação, etc. Não são aplicáveis ao procedimento arbitral, ou mesmo em face de decisões arbitrais. Ou seja, a sistemática procedimental trazida pelo diploma processual para o controle da aplicação dos precedentes vinculantes é de todo inaplicável à arbitragem.

Por outro lado, entendo que o precedente faz parte do ordenamento jurídico (como aliás já fazia, ainda que com menor força, antes do CPC/2015) e deve ser enfrentado pelo árbitro ou Tribunal Arbitral, assim como devem ser enfrentados todos os argumentos fáticos e jurídicos aduzidos pelas partes, já que a fundamentação é também requisito obrigatório da sentença arbitral na forma do artigo 26, inciso II.

No entanto, não me parece adequado o entendimento do professor Cruz e Tucci quanto à possibilidade de anulação da sentença arbitral caso o árbitro não se desincumba do ônus de justificar, na fundamentação de suas decisões, a não aplicação da súmula ou do precedente vinculante, seja ele invocado ou não pela parte, especialmente diante da impossibilidade da utilização da ação anulatória como instância revisora da sentença arbitral⁸⁸.

Contudo, respeitado o entendimento contrário, por tudo quanto fora exposto acima, defendendo-se a vinculação do processo arbitral ao judicial, pode se dizer que caso o árbitro não se desincumba do ônus de seguir o precedente vinculante ou afastar a sua incidência ao caso em análise através do método da distinção, a sentença arbitral será passível de controle pelo Poder Judiciário,

⁸⁸ FARIA, Marcela Kohlbach de. Vinculação do árbitro aos precedentes judiciais após a vigência do CPC/2015. Processualistas. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/412259718/vinculacao-do-arbitro-aos-precedentes-judiciais-apos-a-vigencia-do-cpc-2015>>.

devendo ser considerada formalmente viciada, por ausência de fundamentação.

Quanto a este ponto, pode se dizer que a exigência de motivação das decisões judiciais – ou seja, da devida fundamentação – além de possuir uma finalidade técnica e ainda possibilitar a impugnabilidade destas, enquadra-se como garantia fundamental inerente ao Estado de Direito, posto que possibilita o controle externo da atividade judicial.

5 CONCLUSÃO

O legislador, ao dispor que o árbitro é juiz de fato e direito, termina por assentar que o árbitro ou tribunal arbitral, para dirimir a controvérsia submetida à sua apreciação, deve julgar em consonância com o arcabouço de normas, regras e outras formas de expressão do direito que integram o ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, do mesmo modo que o juiz togado está submetido às regras pertinentes ao sistema de precedentes judiciais conforme o Novo Código de Processo Civil, não poderá o árbitro deixar de utilizar-se do precedente vinculante invocado sem que incidam as hipóteses de distinção ou superação conforme as normas procedimentais.

A própria Lei de Arbitragem prevê expressamente que é nula a sentença arbitral que não contiver os requisitos mínimos previstos no seu art. 26, especialmente a fundamentação.

Deve se destacar ainda que a devida fundamentação, que se expressa na motivação das decisões, é um direito do jurisdicionado, que, ao buscar a solução de um litígio, espera que a decisão seja proferida de forma a justificar a conclusão alcançada pelo julgador.

De fato, até mesmo por ter a sentença arbitral natureza jurídica de título executivo judicial, estará essa submetida à apreciação do Judiciário quando não estiver devidamente fundamentada no tocante à aplicação ou não dos precedentes invocados pelas partes por estar eivada de nulidades, notadamente por ausência de fundamentação.

Ademais, aceitar que o árbitro não está submetido ao sistema de precedentes do direito positivo brasileiro equivaleria, em termos gerais, criar uma espécie de rota de fuga à norma procedimental – hipótese inadmissível em nome da segurança jurídica. Melhor dizendo, a desvinculação do árbitro do sistema de

precedentes possibilita àquele que almeja buscar a prestação jurisdicional optar pelo sistema paralelo de resolução de conflitos da arbitragem fundamentalmente para não incidir precedente vinculante que por ventura lhe possa ser prejudicial ou desfavorável.

Diante de tudo que fora exposto, por fazer o precedente parte do ordenamento jurídico, a sua observância pelo árbitro ou tribunal arbitral é medida de direito, principalmente em observância ao princípio da segurança jurídica e ao fato de que a própria lei de arbitragem determina ser a fundamentação requisito obrigatório da sentença arbitral, devendo esta previsão ser vista conjugada com o a previsão do código procedimental que não considera-se fundamentada aquela decisão proferida em desacordo com as técnicas de superação, aplicação e distinção dos precedentes judiciais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida Santos. Do Indeferimento da Petição Inicial (comentários aos arts. 330-332). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (org.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 835-860.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Os precedentes vinculantes e o Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 425-443.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http:// www.planalto.com.br](http://www.planalto.com.br)> Acesso em: fev. de 2017

_____. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm > Acesso em: jan. de 2017

_____. **Lei Federal 13.105 de 16 de Março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: jan. de 2017

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação: conciliação: Resolução CNJ 125/2010**. 4ª edição, revisada, atualizada e ampliada. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 335-360.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 637-662.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **O árbitro e a observância do precedente judicial**. Revista Consultor Jurídico, 1 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>>. Acesso em: 09 de fev.de 2017.

DIDIER JR., Fredie et al. (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador, Juspodivm, 2016.

DIDIER JR. Fredie. **Sob a fundamentação da decisão judicial**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em 01 de março de 2017.

FARIA, Marcela Kohlbach de. **Vinculação do árbitro aos precedentes judiciais após a vigência do CPC/2015. Processualistas**. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/412259718/vinculacao-do-arbitro-aos-precedentes-judiciais-apos-a-vigencia-do-cpc-2015>>. Acesso em 09 de fev. de 2017.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional**. São Paulo: LTR, 1999.

GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e processo arbitral**. 2ª edição, São Paulo, Atlas, 2014.

LIMA, Cláudio Vianna de. **A arbitragem no tempo. O tempo na arbitragem**. In: **GARCEZ, José Maria Rossani. A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

MACÊDO, Lucas Buriel de. A disciplina dos precedentes Judiciais no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 459-490.

MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes Judiciais e o direito processual civil**. Salvador, Juspodivm, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória (comentários aos arts. 300-311). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (org.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 773-797.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. **O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=213410>>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2017.

NUNES, Dierli; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 301-333.

OLIVEIRA, Gustavo Paschoal Teixeira de Castro. **Aspectos Gerais Da Lei De Arbitragem**. Disponível em

<<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/7>>. Acesso em: 08 de fev. de 2017.

PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 537-565.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 663-680.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. VÍCIO INTRANSPONÍVEL. Decisão judicial que não espelha uma fundamentação adequada é inexistente. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-19/benedito-cerezzo-decisao-judicial-fundamentacao-inexistente>> Acesso em 28 de fev. de 2017.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. 5ª edição, revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 175-182.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (org.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (org.). **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 1ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 407-423.