
ARBITRAGEM, PRECEDENTES E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UM OLHAR PARA ALÉM DA FUNDAMENTAÇÃO, OBSERVÂNCIA OU VINCULAÇÃO

*ARBITRATION, PRECEDENTS AND PUBLIC
ADMINISTRATION: A LOOK BEYOND REASONING,
OBSERVANCE OR BINDINGNESS*

Suzana Cremasco¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Arbitragem, Constituição e Precedentes: o alcance para a Administração Pública. 2. Os precedentes não-constitucionais previstos no art. 927, do CPC: a necessária atenção àqueles oriundos dos Tribunais Superiores. 3. Uma questão de consenso: os árbitros devem enfrentar os precedentes na sua fundamentação. 4. Uma proposição: os árbitros podem promover distinção e superação no caso concreto. Conclusão. Referências.

¹ Doutora e Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada especialista em Solução de Disputas Estratégicas. Vice-Presidente de Relações Institucionais da CAMARB. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação do IBMEC

RESUMO: Historicamente, decisões tomadas no âmbito do Poder Judiciário sobre temas de direito debatidos na arbitragem sempre atravessaram as alegações das partes e as sentenças proferidas pelos árbitros. Com a edição e entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que instituiu no País um sistema de precedentes, o debate em torno da possível vinculação dos árbitros a essas decisões vinculantes e dos impactos daí decorrentes ganhou força. Este trabalho busca ir além do debate corriqueiro sobre a fundamentação, observância ou vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais, e abordar aspectos que ampliem os nossos horizontes e insiram novos elementos no exame do tema, com foco nas arbitragens envolvendo a Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração Pública. Precedentes Judiciais. Sentença Arbitral. Fundamentação. Distinção e Superação.

ABSTRACT: Historically, decisions made by the Judiciary on issues of law debated in arbitration have always crossed the parties' claims and the awards handed down by the arbitrators. With the enactment and entry into force of the 2015 Code of Civil Procedure, which established a system of precedents in Brazil, the debate surrounding the possible binding of arbitrators to these binding decisions and the resulting impacts has gained momentum. This paper seeks to go beyond the usual debate about the grounds on which arbitrators are based, whether they comply with or are bound by judicial precedents, and to address aspects that broaden our horizons and add new elements to the examination of the subject, with a focus on arbitrations involving the Public Administration.

KEYWORDS: Arbitration; Public Administration. Judicial Precedents. Arbitral Award. Reasoning. Distinction and Overcoming

INTRODUÇÃO:

O Código de Processo Civil de 2015 inaugurou um novo tempo na sistemática processual, ao prever (i) o dever das cortes estatais de uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la íntegra, estável e coerente (art. 926); (ii) o dever de juízes e tribunais de observarem, necessariamente e salvo eventual superação ou distinção, as teses fixadas em decisões proferidas em procedimentos predeterminados (art. 927) e (iii) uma série de mecanismos voltados à efetivação desse sistema de jurisprudência uniforme e vinculante.²

A criação daquilo que se denominou um “sistema de precedentes vinculantes” se materializou na atual codificação desde a elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil, de autoria da Comissão de Juristas, nomeada pelo Ato nº 379 do Presidente do Senado Federal, em 30 de setembro de 2009. A opção que foi feita, naquela oportunidade, decorreu do intuito de se prestigiar a segurança jurídica e estava comprometida “com a busca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito” (Brasil, 2010).

A construção desse “sistema de precedentes” teve por escopo fazer com que “uma vez firmada jurisprudência em certo sentido”, esta passasse a ser observada como norma e devesse ser necessariamente mantida, “salvo se houve[sse] relevantes razões recomendando sua alteração” ((Brasil, 2010). Em última análise, a disciplina pretendeu transformar as Cortes de Vértice em Cortes Supremas, elevar os precedentes judiciais vinculantes a fonte de observância obrigatória no Direito brasileiro e “proteger e preservar as justas expectativas das pessoas” (Brasil, 2010) em relação ao entendimento dos julgadores no tocante a determinadas questões e quanto ao desfecho de determinados conflitos no âmbito do processo judicial.

A existência de decisões de natureza vinculante no nosso ordenamento jurídico não é algo, por si só, novo³ Mas fato é que o impacto dessas decisões para a arbitragem – método de solução de conflitos essencialmente privado – não se revelava, até então, como um objeto de atenção entre os seus atores. Talvez porque os temas de direito usualmente debatidos em procedimentos que originavam decisões vinculantes não encontravam ressonância naqueles

2 É o que se passa, por exemplo, com o reconhecimento da improcedência liminar do pedido formulado em contrariedade a precedente fixado na forma do art. 927 (art. 332), com o julgamento monocrático de recurso que verse sobre tema já assentado em sede de precedentes (art. 932, IV e V) e, ainda, com a concessão de tutela de evidência (art. 311, II) e o cabimento de reclamação em caso de sua inobservância (art. 988, III e IV), entre outros.

3 Apenas em tempos mais recentes se reconhecem, desde a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, as súmulas vinculantes que, a teor do art. 103-A da Constituição Federal, uma vez editadas pelo Supremo Tribunal Federal, produzem efeitos vinculantes “em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, na esfera federal, estadual e municipal”.

temas que comumente permeavam as discussões de procedimentos arbitrais. É que as decisões geradoras de precedentes, até então, costumavam estar atreladas a questões constitucionais e à litigância repetitiva em matéria de direito tributário, previdenciário ou do consumidor. E, sem que se tivesse algum tipo de impacto efetivo na dinâmica da arbitragem, não havia real motivo para que decisões judiciais vinculantes e seus efeitos viessem a ser objeto de grande controvérsia entre os arbitralistas.

Não obstante, o avanço do quadro de precedentes vinculantes no direito brasileiro, ao longo das últimas duas décadas – sobretudo após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que introduziu entre nós todo um sistema jurídico associado aos precedentes – trouxe para a arbitragem a reflexão sobre uma potencial mudança no enquadramento das decisões judiciais de caráter vinculante no tocante à dinâmica do procedimento arbitral (Tucci, 2016).

Mais do que isso, trouxe também o questionamento se a referência ao conteúdo de decisões tomadas pelo Poder Judiciário teria deixado de ser um dos caminhos postos à disposição de partes e árbitros para sua escolha ou se, a partir de então, essa referência, o seu debate e, sobretudo, a observância do seu comando teriam se tornado obrigatórios, não só com o enfrentamento do precedente na sentença arbitral, por um dever inerente à fundamentação da decisão, mas, sobretudo, com a aplicação necessária da tese fixada no âmbito do Poder Judiciário na solução dos conflitos na arbitragem (Tucci, 2016).

Desde então – e especialmente a partir da provocação lançada pelo Professor José Rogério Cruz e Tucci⁴ –, a doutrina se dividiu em dois grupos: de um lado, aqueles que, por motivos diversos – que abrangem desde a compreensão do precedente como fonte normativa do direito brasileiro (e, por conseguinte, da arbitragem) (Amaral, 2017) até a ideia de que o precedente integraria a ordem pública nacional (Bedaque, 2022), passando pela noção de que a arbitragem estaria vinculada ao modelo constitucional de processo (Cenachi, 2021) e pelo fato de não se autorizar a existência de interpretação peculiar, contrária à segurança e à isonomia (Roque; Gajardoni, 2016) na arbitragem –, sustentam que o árbitro estaria vinculado ao sistema

4 Naquela oportunidade, sustentou o Professor que, equiparando-se a sentença arbitral ao pronunciamento decisório estatal e sendo o árbitro juiz de fato e de direito, uma vez escolhido o Direito brasileiro como lei aplicável à arbitragem, “o árbitro não poderá se afastar da interpretação, acerca de determinado texto legal, que desponta consagrada pelos tribunais pátrios”. Mesmo reconhecendo inexistir incidência vertical do precedente judicial à arbitragem, “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”. Justamente por isso, e salvo se se tratar de arbitragem por equidade, uma vez invocada a existência do precedente, deixando o Tribunal de enfrentá-lo, a sentença arbitral seria nula nos termos do art. 489, §1º do Código de Processo Civil, por ausência de fundamentação e, como tal, passível de ter a sua nulidade suscitada nos termos do art. 32 da Lei de Arbitragem (Tucci, 2016).

de precedentes judiciais. De outro, uma corrente minoritária, mas com vozes respeitadas tanto no estudo dos precedentes (Temer, 2018) quanto no estudo da arbitragem (Beraldo, 2016), que entende que essa vinculação não deveria ocorrer e que o precedente judicial, em verdade, teria natureza meramente persuasiva em relação à arbitragem.

Em outros tempos, seria de se esperar que este trabalho fizesse coro ao segundo grupo (Marx Neto, 2019) e assentasse que os árbitros não estão vinculados ao sistema de precedentes judiciais. Isso porque: (i) o precedente é, na sua origem, fonte secundária da arbitragem e, como tal, não tem observância compulsória no ambiente arbitral; (ii) não há vinculação ou hierarquia entre a estrutura judiciária e a arbitragem, o que afasta os planos de incidência vertical e horizontal do precedente no ambiente arbitral; (iii) as partes buscam, quando recorrem à arbitragem, uma solução qualitativamente mais técnica (e melhor) do que obteriam no Poder Judiciário. Tudo isso embora o árbitro tivesse o dever de enfrentar o precedente judicial e pudesse se valer dele como elemento de fundamentação da sua decisão, como também para formar o seu convencimento no mesmo sentido assentado pelo Poder Judiciário (Temer, 2018).

O estudo continuado do tema nos fez ver, porém, que é importante ir além dessa discussão e sugerir, na verdade, a sua superação (Cremasco, 2023). Primeiro porque o exame atento sobre o entendimento lançado por cada uma das duas correntes doutrinárias nos permitiu constatar que, se cada qual tem a sua parcela de razão naquilo que sustenta,⁵ o fato é, também, que, sob a perspectiva essencialmente técnica, quando se pensa à luz da teoria dos precedentes e da teoria da arbitragem, é necessário que se façam concessões e relativizações para sustentar um ou outro caminho.⁶ Segundo – e mais importante – porque, sob a perspectiva pragmática, a dicotomia em si, de forma pura, é verdadeiramente estéril – de fato, um falso problema – que não examina as questões que dela derivam e que precisam – e devem – ser enfrentadas, inclusive quanto a arbitragens envolvendo a Administração Pública.

Em razão disso, o que se propõe neste trabalho é um passo adiante, um olhar para além do debate corriqueiro sobre a fundamentação, observância

5 Entre aqueles que sustentam a vinculação do árbitro aos precedentes judiciais, são bastante razoáveis, por exemplo, as ponderações sobre necessidade de uniformidade na aplicação do direito em território nacional e sobre previsibilidade e segurança como valores inerentes ao ordenamento jurídico e caros aos consumidores da arbitragem. Os partidários da não vinculação do árbitro aos precedentes judiciais, a seu turno, têm razão em questões como a independência da arbitragem em relação do Poder Judiciário, a incompatibilidade entre o sistema de precedentes encampado pelo Código de Processo Civil e a dinâmica da arbitragem e aos efeitos da não observância dos precedentes pelos árbitros, por exemplo.

6 Como, por exemplo, sustentar a existência de um tratamento diferenciado para o caso de violação a lei e ao precedente entre aqueles que reconhecem a vinculação do árbitro aos precedentes.

ou vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais, que nos permita ampliar os nossos horizontes e inserir novos aspectos relevantes no exame do tema.

1. ARBITRAGEM, CONSTITUIÇÃO E PRECEDENTES: O ALCANCE PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A tradição jurídica brasileira reconhece a arbitragem como forma de solução de conflitos desde os tempos da colonização portuguesa⁷ e previu a possibilidade de sua utilização, de forma reiterada e recorrente, em diplomas legislativos internacionais⁸ e nacionais⁹ os mais diversos no curso da história. Diferentemente do que ocorre com o regramento do Poder Judiciário, no

7 As Ordenações Filipinas de 1603 contemplavam a regulamentação “Dos Juízes Árbitros”, no Título XVI, Livro III.

8 No âmbito da legislação internacional, o Brasil firmou o Protocolo de Genebra, de 1923, e o Código Bustamante, em 1929. Em tempos mais recentes, firmou também a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, em 1975, a Convenção de Nova York sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, em 1958, e o Protocolo de Las Leñas, em 1992.

9 Três dos mais importantes diplomas do período imperial já faziam referência à arbitragem: a Constituição de 1824, que facultava às partes nomear árbitros em causas cíveis e penais civilmente intentadas, o Código Comercial de 1850, que previa a arbitragem obrigatória, compulsória e independente da vontade das partes para determinados tipos de conflitos, e o Regulamento 737, também de 1850, que é, talvez, o grande marco na legislação nacional quanto à criação de normas relativas ao procedimento de arbitragem, fosse ela de natureza voluntária ou obrigatória. Esse caráter compulsório – tão estranho à arbitragem nacional em tempos atuais – foi suprimido da estrutura legislativa brasileira ainda no século XIX, pela Lei nº 1.350/1866, que deu azo à edição do Decreto-Lei nº 3.900, de 26 de junho de 1867. Este, por sua vez, regulamentou o Juízo Arbitral do Comércio, fazendo constar que ele seria “sempre voluntário” (art. 2º) e só poderia “ser instituído mediante o compromisso das partes” (art. 3º). Ainda no plano da legislação infraconstitucional, o Código Civil de 1916 disciplinou a figura do compromisso, que poderia ser firmado por “pessoas capazes de contratar” para que árbitros pudessem resolver as suas pendências judiciais ou extrajudiciais, sem limitação quanto ao seu objeto. A figura do “juízo arbitral” – nomenclatura que acompanharia a arbitragem até a entrada em vigor da Lei nº 9.307/96 – alcançou o Código de Processo Civil de 1939, igualmente sem qualquer restrição quanto a quais temas poderiam ser submetidos a essa modalidade de solução de conflitos e sem qualquer referência, também, a quem poderia se valer dela. Na sequência, foi prevista também pelo Código de Processo Civil de 1973, cujo art. 1.072 não só limitou o uso do juízo arbitral às “pessoas capazes de contratar”, mas, pela primeira vez, indicou que elas só poderiam fazê-lo em relação aos conflitos “concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação”. Por fim e ainda antes que se chegasse ao texto da Lei nº 9.307/96, o juízo arbitral também foi previsto na redação originária da Lei nº 9.099/95, ao autorizar que as partes, uma vez não sendo obtida a conciliação, poderiam escolher um árbitro para julgar a controvérsia existente entre elas, no âmbito dos Juizados Especiais.

plano constitucional, as referências à arbitragem sempre foram pontuais¹⁰ ficando a cargo da legislação infraconstitucional cuidar da sua disciplina.

O tratamento dispensado pelo texto da Constituição Federal – que não só diz muito pouco sobre arbitragem, mas também inclui a autonomia privada entre os direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º, II – suscita uma questão: estaria a arbitragem subordinada aos preceitos constitucionais ou, a partir do momento em que as partes optassem por esta via de solução de conflitos estranha à jurisdição estatal, elas estariam, na verdade, se encaminhando para uma ordem jurídica arbitral interna, própria, autônoma, independente, no Direito brasileiro?

Convenções de arbitragem e procedimentos nacionais ou estrangeiros que tenham o “direito brasileiro” como lei aplicável ou que pretendam produzir sentenças eficazes no país, passíveis de serem aqui executadas – especialmente mediante cumprimento de sentença perante o Poder Judiciário –, precisam, a nosso ver, estar em consonância com os preceitos previstos na Constituição Federal. Isso não quer dizer, contudo, que a arbitragem se insira na estrutura de solução de conflitos do Poder Judiciário prevista pela Constituição Federal ou que esteja adstrita às diretrizes da Constituição que se direcionem ao processo judicial do qual ela não é sucedânea. Isso porque, embora a arbitragem não dê ensejo à criação de uma ordem jurídica autônoma e esteja inserida nas diretivas entabuladas pelo texto constitucional, é certo

10 Sob a perspectiva constitucional, além da previsão na Constituição do Império de 1824, o instituto também foi referido na Constituição da República de 1891 – que previu o “arbitramento” como mecanismo de solução de conflito antecedente à declaração de guerra – e na Constituição de 1934 – que manteve a estrutura da Constituição de 1891 para o “arbitramento” e igualmente previu o uso deste recurso para que os Estados resolvessem as suas questões de limites territoriais. Além disso, estabeleceu a competência da União para legislar sobre “arbitragem comercial”, mantendo-se, contudo, a competência dos Estados para legislar sobre o tema, de forma “supletiva ou complementar”. Isso, frise-se, jamais ocorreu durante a vigência daquele texto constitucional. Após um hiato na Constituição de 1937, a arbitragem voltou a ser referenciada no texto da Constituição de 1946, mais uma vez, como forma de se evitar a guerra, mas com a inovação de que esta deveria ser regulada “por órgão internacional de segurança” do qual o Brasil fosse parte. O instituto não foi mencionado nos textos das Constituições de 1967 e de 1969, voltando à tona apenas na Constituição de 1988, em dois momentos: no art. 114, §1º, como forma de solução de conflitos para litígios coletivos do trabalho e no art. 217, §1º, ao tratar de demandas desportivas.

que ela se constitui como um sistema de solução de conflitos independente e distinto do Poder Judiciário e do processo judicial.¹¹

Enquanto tal, é indispensável que a arbitragem se desprenda daquilo que se consolidou como um “modelo constitucional de processo” e que se estruture a partir da criação de um “modelo constitucional de arbitragem” que, muito antes de pretender dar-lhe contornos que ela não tem e que, frise-se, a Constituição não determina que tenha, estabeleça uma sistematização harmônica entre o instituto e os valores constitucionais, o que é perfeitamente possível.

Sobre esse aspecto, é preciso notar, inicialmente, que a própria Lei de Arbitragem – que tem cunho essencialmente procedimental, que não disciplina a aplicação do direito material e cuja redação é posterior à entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 – incorporou princípios e garantias constitucionais referentes à condução do processo, notadamente, o due process.¹² Por outro lado, previsões constitucionais direcionadas ao Poder Judiciário e ao processo estatal que não encontram aderência à dinâmica da arbitragem não são adotadas, sem que isso represente qualquer fissura ou trauma entre a Constituição Federal e o instituto que, como cediço, teve a

11 Afirma Eduardo Parente que: “O processo arbitral, embora inserido na teoria geral do processo, tem instrumentos próprios, produzidos em sua realidade. Possui fechamento operacional. Isso o torna autorreferencial e autônomo relativamente aos demais sistemas de direito, inclusive quanto ao processo estatal. [...] Embora tenha macroestruturas semelhantes às do processo estatal, os mecanismos que o processo arbitral utiliza são bem típicos. Na maioria dos casos, ausentes no processo judicial. Mas mesmo os institutos equivalentes do processo judicial, quando presentes no processo arbitral, funcionam de maneira bastante diversa” (Parente, 2009, p. 315-316) Em tempos mais recentes, o autor chega a sustentar a existência dessa “ordem jurídica arbitral” no Brasil, destacando que: “[...] não se pode negar que o arcabouço que no entorno e no núcleo da arbitragem é bem diferente do que está no processo estatal, o paradigma clássico utilizado para efeito de comparação. Não se está diante de uma singela operação de aplicar um ditame frio de uma lei a uma crise jurídica. A complexidade do ato de julgar no modelo arbitral, com todos os ingredientes mencionados, aponta para um feixe típico. A concatenação da vontade (como pressuposto) de arbitrar com a vontade para direcionar o procedimento (partes e árbitro) junto da influência de ditames processuais constitucionais e decisões judiciais, assim como da forma *tailor made* com que o direito material ingressa nesse modelo, leva a uma conclusão que somente pode ser de especificidade [...]” (Parente, 2017, p. 79).

12 É o que ocorreu com o art. 21, §2º, que contempla aquilo que se considera as diretrizes fundamentais da arbitragem e que determina que “serão sempre respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e de seu livre convencimento”. Igualdade entre as partes (art. 5º, *caput*), contraditório (art. 5º, LIV) e imparcialidade (art. 5º, XXXVII) são valores inspirados pelo texto constitucional. Da mesma forma, também tem origem em concepções insertas na Constituição os princípios da celeridade (art. 5º, LXXVIII), da ampla defesa (art. 5º, LV) e do devido processo legal (art. 5º, LIV) – que, embora não estejam positivados na Lei nº 9.307/96, são aplicados à arbitragem. O mesmo ocorre com as previsões do art. 26, II, da Lei de Arbitragem – que estabelece a fundamentação como um dos requisitos obrigatórios da sentença arbitral, na esteira do que determina o art. 93, IX, segunda parte, da Constituição –, e do art. 2º, §3º, também da Lei nº 9.307/96 – que assegura a publicidade das arbitragens que envolvem a administração pública, em observância ao disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

sua constitucionalidade debatida, examinada e reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, há mais de duas décadas.¹³

Nesse cenário, a questão que se coloca é: será que, a partir do momento em que a Constituição Federal cria decisões judiciais de caráter vinculante – e, por conseguinte, reconhece a existência de precedentes vinculantes –, essa previsão constitucional é compatível com a arbitragem e, portanto, deve ser aplicada à dinâmica do procedimento arbitral?

A Constituição Federal, na sua redação originária, em 1988, não previu a existência de decisões judiciais de caráter vinculante no País. A incorporação desse modelo no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo ocorreu apenas a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que cuidou da chamada “Reforma do Poder Judiciário” e inseriu os artigos 102, §2º e 103-A no texto constitucional.

O primeiro desses artigos dispõe que as decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal nas ações de declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Ele cuida, portanto, das consequências decorrentes do posicionamento, pela Corte Suprema, quanto à compatibilidade ou incompatibilidade de lei ou ato normativo com os preceitos constitucionais.

O segundo artigo, por sua vez, cria a figura da “súmula vinculante”, por força da qual o Supremo Tribunal Federal pode, após reiteradas decisões sobre um determinado tema, e desde que aprovado por dois terços de seus membros, editar enunciados que, uma vez publicados, terão “efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

A Constituição Federal não criou, portanto, um “sistema de precedentes” no Brasil, isto é, uma estrutura normativa com tipos de decisões vinculantes, meios para a sua obtenção e efeitos do seu reconhecimento para o sistema de solução de conflitos.¹⁴ Mas estabeleceu situações pontuais

13 É o que ocorre, por exemplo, com a garantia de publicidade de atos e julgamentos do art. 93, IX, primeira parte, da Constituição Federal, que é dirigida ao processo judicial e não possui contrapartida na arbitragem, que admite que a confidencialidade do procedimento possa ser prevista pelas partes. O mesmo ocorre com o princípio do duplo grau de jurisdição, recorrente no âmbito do Poder Judiciário, apesar de não ser universal, que vê na arbitragem um procedimento que, em regra, se desenvolve em instância única. Ou, ainda, com a garantia de assistência judiciária gratuita (art. 5º, LXXIV), que assegura aos litigantes desprovidos de recursos que possam se valer do processo judicial como forma de solução de conflitos, mas não isenta o recolhimento de custas e despesas na arbitragem.

14 Isso só ocorreu com a edição e entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que, como registra Fredie Didier Jr., tem na estruturação dogmática de um sistema de precedentes um de seus pilares, fruto da transformação do direito brasileiro. A propósito, cf: Didier Jr., 2015, p. 383-398.

– específicas e típicas – capazes de produzir efeitos erga omnes e vincular o Poder Judiciário e a Administração Pública, em todas as suas esferas, ao entendimento emanado pelo Supremo Tribunal Federal quanto a determinada questão. E previu, ainda, a figura da reclamação constitucional para aquelas situações e circunstâncias em que o entendimento consolidado não fosse observado, de modo a garantir a preservação da competência e a autoridade das decisões oriundas daquele Tribunal (art. 102, I, ‘I’ e art. 103-A, §3º).

Nesse contexto, a análise dos dois *únicos* dispositivos do texto constitucional que versam sobre precedentes na Carta de 1988 deixa claro que os destinatários que estão *vinculados* ao comando dessas decisões – vale dizer, que devem cumpri-las obrigatoriamente – são certos e determinados. O texto da Constituição Federal diz que, embora essas decisões produzam eficácia perante “todos”, quem está vinculado ao seu conteúdo – isto é, quem deve observá-lo e sofre consequências em virtude dessa inobservância – são apenas os “demais órgãos do Poder Judiciário e à *administração pública* direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Não há, assim, previsão no texto constitucional de que árbitros ou partes privadas estejam vinculadas, *per se* e automaticamente, ao comando dessas duas decisões que, conforme redação dos artigos 102, §2º e 103-A, “não produzem efeitos de vinculação além dos sistemas judicial e administrativo” (Marques, 2013, p. 126)¹⁵.

O texto constitucional não instituiu, assim, vinculação obrigatória de tese fixada em precedente vinculante no ambiente privado, nem instrumentos para impor essa vinculação caso ela não ocorra, talvez porque tenha preferido prestigiar a autonomia de partes capazes para tratar da autodeterminação de seus interesses disponíveis, dentro dos limites que lhe são próprios. Mas deixou claro que a Administração Pública tem o dever de observá-los.

2. OS PRECEDENTES NÃO-CONSTITUCIONAIS PREVISTOS NO ART. 927, DO CPC: A NECESSÁRIA ATENÇÃO ÀQUELES ORIUNDOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Quando o art. 927 do Código de Processo Civil definiu os precedentes no Direito brasileiro, inseriu entre eles: (i) precedentes oriundos do Supremo Tribunal Federal, como aqueles decorrentes do julgamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes e outrora não vinculantes editadas pela Corte e aqueles derivados do julgamento de recurso extraordinário; (ii) decisões provenientes do Superior Tribunal de Justiça, como é o caso do julgamento de recurso especial repetitivo e das súmulas editadas pelo Tribunal; (iii) decisões de Tribunais de 2º grau, como

15 No mesmo sentido, cf.: Wladeck, 2014, p. 144-146. Em sentido contrário, cf.: Dinamarca, 2013, p. 212-213.

é o caso de acórdãos proferidos em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, além das orientações do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

No âmbito da justiça comum, o Brasil conta com 35 tribunais¹⁶ integrantes do Poder Judiciário, com inúmeros órgãos internos competentes para editar precedentes à luz da legislação processual. Desses, 33 tribunais estão situados em cidades diferentes, pertencentes a Estados e regiões com características distintas, que são compostos por desembargadores e ministros com as mais variadas formações e concepções, os quais, embora por vezes consigam alcançar entendimentos uniformes entre si, não raro – e como é natural em um ambiente dialético como o Direito – produzem decisões contendo interpretações opostas sobre o mesmo tema, que só irão se encontrar, para exame final e pacificação de entendimento, no âmbito dos Tribunais Superiores.

O precedente oriundo de cada um desses tribunais de 2º grau tem sua eficácia vertical determinada pelos limites estabelecidos para a sua jurisdição, de modo que, enquanto os tribunais estaduais e o tribunal distrital estão adstritos ao território dos respectivos estados e do Distrito Federal, os tribunais regionais federais abarcam, cada qual, o território dos estados que compõem a sua região e os jurisdicionados que ali estão.

Dentro dessa estrutura, não há espaço para superposição de competência de forma indefinida. Ainda que, em algum momento, a competência para processar e julgar o conflito seja questionada, a questão será objeto de análise e haverá uma definição fixando o juízo competente para atuar no caso, que estará vinculado a um único tribunal.¹⁷

Em virtude disso, se houver dissenso entre a tese fixada por precedentes dos dois tribunais quanto a determinada questão, é possível que a parte interessada – que teve seu caso examinado à luz do precedente de um tribunal de 2º grau e sabe da existência de precedente diverso no outro – valha-se dessa divergência para, desde que presentes os requisitos de admissibilidade constantes, respectivamente, nos artigos 105, III e 102, III da Constituição Federal, submeter o caso ao Superior Tribunal de Justiça e/ou ao Supremo Tribunal Federal, de forma a ver analisado o tema e alcançada a uniformização de sua interpretação por tribunais que, eles sim, exercem jurisdição sobre todo o território brasileiro.

16 O Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os 26 Tribunais de Justiça estaduais, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e os 6 Tribunais Regionais Federais.

17 Com efeito, não é possível que determinado caso esteja sujeito, simultaneamente, a precedentes originários tanto do Tribunal de Justiça de Minas Gerais quanto do Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, tendo em vista a competência definida para um juízo vinculado a um ou outro Tribunal.

Quando se pensa nos impactos dos precedentes sobre a arbitragem, a ausência de liame de subordinação entre os árbitros e o Poder Judiciário apresenta um ponto importante a ser enfrentado, que é a determinação do quadro de decisões que podem ser consideradas pelo Tribunal Arbitral na definição do arcabouço jurídico da sua decisão, na ausência de convenção das partes a este respeito.

Esse ponto é particularmente desafiador, na medida em que a disciplina da Lei nº 9.307/96, é bastante econômica ao fazer referência a elementos de territorialidade da arbitragem, o que se dá essencialmente em relação ao local da sentença – tanto no art. 10, IV (entre os elementos obrigatórios do compromisso arbitral), quanto no art. 26, IV (entre os elementos obrigatórios da sentença arbitral), como no art. 34, parágrafo único, com vistas a distinguir a arbitragem doméstica (aquela com sentença proferida dentro do território brasileiro) da arbitragem internacional (aquela com sentença prolatada fora dos domínios pátrios) e no tocante ao local (ou aos locais) onde se desenvolverá a arbitragem, elemento facultativo do compromisso arbitral, nos termos do art. 11, I, da Lei nº 9.307/96. Tanto o local da sentença quanto o local (ou locais) onde podem ser realizados atos inerentes ao procedimento arbitral são escolhidos livremente entre as partes, de acordo com a sua conveniência. Elas também podem optar por determinar uma sede para a arbitragem à qual ela estará vinculada para fins legais, administrativos e fiscais, em que pese o fato de que a Lei de Arbitragem não faça menção a isso (Braghetta, 2006).

Muito embora seja comum que essas três referências acabem se fixando em uma única localidade e que, tratando-se de arbitragem institucional, usualmente, essa localidade coincida com a cidade onde está instalado o escritório da câmara de arbitragem responsável por administrar o procedimento, por razões de comodidade, nada impede que se opte por estabelecer localidades distintas para cada um desses territórios. Ou, ainda, que se opte, apenas, por indicar o local da sentença, que, como se apontou, é o único dos elementos cuja fixação é obrigatória pela Lei de Arbitragem, em virtude da necessidade de se determinar a sua nacionalidade e, por conseguinte, de se estabelecer o regime de execução à qual estará submetida (Santos, 2011).

Nesse cenário e não havendo convenção das partes nesse sentido, poderiam os árbitros vir a ser impactados pelos precedentes oriundos de um tribunal de 2º grau, ainda que a arbitragem conte com a participação da Administração Pública? Em caso positivo, esse tribunal seria aquele do local da sede da arbitragem, do local da sentença, do local em que atos são realizados ou de todos eles?

Sendo a arbitragem um ecossistema autônomo e independente do Poder Judiciário, falta entre eles elemento de vinculação ou subordinação

que assegure a eficácia dos precedentes no procedimento arbitral, tanto sob a perspectiva horizontal quanto sob o prisma vertical. Esse fato se revela como um impeditivo intransponível para que se pretenda outorgar aos precedentes de tribunais de 2º grau a capacidade de impactar a arbitragem compulsoriamente, mesmo quando o procedimento tem a Administração Pública como uma das partes.¹⁸ De um lado, em razão da sua relação com a territorialidade – que tem contornos líquidos e plurais – e da consequente dificuldade de se estabelecer um parâmetro estável. De outro, porque a interpretação do direito alcançada pelos tribunais de 2º grau pode estar sujeita à revisão (e, por conseguinte, à alteração) perante os Tribunais Superiores.¹⁹

Nada impede, contudo, que as partes indiquem, na sua convenção, os tribunais de 2º grau que devem ter os seus precedentes considerados, ainda que não haja necessidade de qualquer justificativa para a escolha realizada nem que os precedentes de 2º grau possam ser utilizados de forma persuasiva, para enriquecer a fundamentação de partes e árbitros no bojo dos procedimentos arbitrais. Mas não há como se exigir o seu enfrentamento pelos árbitros quando a decisão na arbitragem já se encontra calcada em outros elementos suficientes para embasá-la, tampouco necessidade de justificação de entendimento diverso que o Tribunal Arbitral tenha em relação às decisões de 2º grau.

Diferente, porém, é a situação quanto aos precedentes fixados pelos Tribunais Superiores. Eles, sim, são dotados de maior estabilidade e definitividade, uma vez que, como regra, não estão sujeitos a recursos adicionais que busquem discutir o entendimento na instância subsequente, mas apenas a eventual revisão/superação futura, além de serem emanados de Tribunais que exercem jurisdição em todo o território nacional e, ainda, devido à própria função que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal exercem na ordem jurídica estruturada a partir do texto constitucional, no sentido de uniformizar a interpretação e aplicação do Direito no País (Theodoro Jr., 2019, p. 1173).

A diferença fundamental aqui não está na aplicação do entendimento do precedente em si, mas na imperatividade de que os precedentes dos Tribunais Superiores tenham os seus fundamentos e a tese neles fixada

18 Isso porque não há, no tocante aos precedentes não constitucionais previstos no Código de Processo Civil, norma que obrigue a sua vinculação à Administração Pública, nos moldes como ocorre no tocante aos precedentes constitucionais.

19 Vale registrar que, mesmo quando a decisão que fixa o precedente no tribunal de 2º grau transita em julgado em um caso concreto, a revisão do entendimento pelos Tribunais Superiores pode vir a ocorrer em um caso seguinte, cujo precedente seja invocado e aplicado, e a parte, inconformada, submeta a decisão a Recurso Especial ou Extraordinário, se for o caso. Daí porque nem mesmo o trânsito em julgado é indicativo de estabilidade, definitividade e segurança, quanto a esse aspecto.

tomados em consideração pelos árbitros e sejam enfrentados na sentença arbitral, em todos os seus termos.

3. UMA QUESTÃO DE CONSENSO: OS ÁRBITROS DEVEM ENFRENTAR OS PRECEDENTES NA SUA FUNDAMENTAÇÃO

A fundamentação das decisões é um aspecto essencial ao processo decisório. Ela consiste em declinar, de forma precisa, os motivos pelos quais uma determinada escolha foi feita, apontando os critérios – fáticos, jurídicos e probatórios – que foram utilizados para se chegar à conclusão indicada.

É ela que possibilita, de um lado, que as partes envolvidas no conflito conheçam, às claras, as razões que nortearam o julgador na tomada de decisão, conferindo transparência e legitimidade ao processo. De outro lado, a fundamentação possibilita o controle e a fiscalização da atuação do órgão julgador, o que se dá com a verificação se a tomada de decisão se deu com base no arcabouço jurídico aplicável ao caso e se ela está em conformidade com os valores e princípios constitucionais. Além disso, quando é o caso, a fundamentação das decisões é vital para a criação de precedentes – por conseguinte, para a ampliação da previsibilidade e segurança no ambiente de solução de conflitos – e é ela que também permite que, quando possível, as partes recorram da decisão, apontando a existência de eventuais erros no procedimento e no julgamento que autorizam a sua revisão. Ela é, assim, indispensável para o funcionamento adequado do sistema de solução de conflitos e, em última análise, garantia inerente ao próprio Estado de Direito.

Além de ser prevista na Constituição como princípio inerente à atividade judicante (art. 93, IX), tanto no Código de Processo Civil (arts. 11 e 489, II) quanto na Lei de Arbitragem (art. 26, II), o legislador incluiu a fundamentação como elemento essencial – requisito obrigatório – da sentença. Em um e em outro método, portanto, os julgadores devem analisar as questões de fato e de direito que lhes foram submetidas pelas partes à luz do contexto fático, jurídico e probatório constante nos autos e indicar as razões pelas quais se convenceram ou deixaram de se convencer a respeito de cada uma delas. Se não o fazem, isso é causa de nulidade da sentença.

Além de prever a fundamentação como parte integrante da sentença, o legislador de 2015 foi além e declinou, no §1º do art. 489 do CPC, uma série de situações que, se verificadas no caso concreto, comprometem a fundamentação adequada das decisões. Com efeito, o texto do dispositivo faz duas referências ao precedente: de um lado, impede que ele seja aplicado sem que se demonstre a similitude entre o caso que deu origem ao precedente e o caso em julgamento. De outro, impede que o precedente seja afastado sem que se demonstre a ocorrência de distinção ou a necessidade de superação

do entendimento. Ambas as previsões têm o intuito de assegurar a adequada utilização do precedente no caso concreto, reafirmando o dever dos juízes e tribunais de observá-lo necessariamente, salvo distinção ou superação, e, em contrapartida, inibindo a sua utilização sem que haja pertinência para tanto. A existência e a utilização do precedente, no âmbito judicial, devem ser enfrentadas pelos magistrados na fundamentação de suas decisões, com vistas a garantir a própria higidez daquilo que decidiram.

Na relação entre os precedentes e a sentença arbitral, não parece ser diferente: as questões afetas ao precedente que forem pertinentes ao caso em julgamento na arbitragem devem ser objeto de consideração pelos árbitros na sua sentença, independentemente de quem forem as partes e de qual a matéria envolvida na discussão. Não porque se trata de questão abarcada pelo precedente, mas porque é assim que se espera que os árbitros se posicionem em relação àquilo que for relevante para o julgamento da arbitragem que conduzem.

O trabalho dos árbitros deve começar já no relatório, quando fazem menção à lei aplicável à arbitragem e, por conseguinte, definem a estrutura normativa que incide sobre o procedimento. Nessa oportunidade, eles devem verificar se as partes autorizam, em tese, a utilização dos precedentes ou se afastam a sua incidência no caso, conforme convenção firmada entre elas, ou se se mantêm silentes a esse respeito.

Ainda no relatório, os árbitros também devem deixar claro se há precedente invocado para os temas de procedimento ou mérito tratados na arbitragem e, em caso positivo, indicar se houve contraditório prévio das partes a respeito da sua aplicação no caso, apresentando os pontos e contrapontos por elas lançados por ocasião do debate.

Na sequência, já na fundamentação, é preciso que os árbitros indiquem, a partir do conjunto probatório produzido na arbitragem, a existência de identidade fática entre o caso que originou o precedente e o caso em julgamento, assentando, por conseguinte, a sua aptidão, a priori, para que ele seja levado em consideração no julgamento, ou a existência de distinção que afaste a sua aplicação. É preciso, então, que os árbitros enfrentem o precedente em todos os seus termos e que, nessa análise, deixem claro a opção pela sua aplicação ou a constatação quanto à existência de eventuais percalços – omissões, incongruências ou erros incorridos na construção da tese – que porventura deem ensejo à censura da decisão alcançada no Poder Judiciário e que, enquanto tal, recomendem outra construção para o caso concreto.

Eventual omissão dos árbitros relacionada a qualquer desses aspectos dá ensejo a apresentação de pedido de esclarecimentos pela parte interessada e, se a fundamentação da sentença for inexistente – o que, frise-se, é improvável

–, pode vir a ensejar também futura ação declaratória de nulidade da sentença arbitral.

4. UMA PROPOSIÇÃO: OS ÁRBITROS PODEM PROMOVER DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO NO CASO CONCRETO

No curso de um processo judicial, o afastamento dos precedentes a partir do momento em que eles se estabelecerem só irá ocorrer em duas circunstâncias: quando for o caso de superação – total ou parcial – do entendimento fixado na decisão primitiva e, portanto, de *overruling* ou *overriding* ou se se entender que a hipótese é de distinção do caso em julgamento em relação àquele que foi julgado anteriormente, e, logo, de *distinguishing*.

No caso da superação, ela traz consigo algo que é inerente à dinâmica do Direito: as inúmeras mudanças – sociais, culturais, econômicas e políticas – que afetam a vida e as relações sociais em diferentes momentos da história e que, como tal, tocam os princípios e valores que determinam as diretrizes do processo de interpretação e aplicação da estrutura jurídica. Embora, a estabilidade das relações sociais e a previsibilidade do Direito sejam valores importantes, que lastreiam a criação e estruturação do sistema de precedentes, não deve haver descompasso entre o cenário que deu ensejo à fixação de um dado entendimento e os valores reconhecidos pela sociedade. O Direito deve estar atento aos valores inerentes à sociedade de cada época e de cada lugar. Se a sociedade muda, as relações mudam, os valores mudam e o Direito e a sua interpretação precisam se adaptar, ainda que isso importe em relativização de precedentes outrora fixados.

Isso pode ocorrer, essencialmente, de duas formas distintas: na primeira delas, a norma jurídica sobre a qual recaiu o precedente a ser superado permanece a mesma, mas o Poder Judiciário altera o seu entendimento em relação à interpretação existente, em virtude da mudança de contexto – social, político, cultural ou econômico – em que o entendimento anterior se formou.²⁰ Ocorre, aqui, o fenômeno conhecido como *overruling*.

Por meio desse fenômeno, o órgão julgador responsável pela fixação do precedente primitivo ou outro de instância superior promove a superação da tese anterior, não sem antes fomentar e realizar amplo debate acerca da

20 Foi o que ocorreu, por exemplo, no Direito brasileiro, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em relação à interpretação do art. 5º, LVII, da Constituição Federal e ao consequente cabimento (ou não) de prisão em segunda instância. O texto legislativo é o mesmo desde a redação originária do texto constitucional, mas, desde então, a Corte mudou o seu entendimento nos anos de 2009, 2016 e 2019, por vezes admitindo a prisão e por vezes a desautorizando. Ou, ainda, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no tocante à interpretação dos arts. 205 e 206, § 3º, V, do Código Civil e ao prazo prescricional da responsabilidade civil contratual. O texto de lei é o mesmo desde a entrada em vigor da lei civil, mas, não obstante, o STJ mudou o seu entendimento em 2019, tendo fixado o prazo, inicialmente, em três anos e, posteriormente, em dez anos.

revisão – e da mudança – de entendimento, não sem fundamentar de forma adequada e específica a alteração promovida e não sem cuidar de modular os efeitos decorrentes da superação, se for o caso, de forma a preservar o interesse social, a segurança jurídica e a isonomia.²¹

No segundo caso, não ocorre a rediscussão e revisão do paradigma, mas surge um novo princípio ou uma nova regra no direito positivo que, de forma superveniente, não afasta, mas limita os efeitos do precedente anterior, em alguma proporção. Trata-se, nesse caso, do fenômeno conhecido como *overriding* (Mendes; Marinoni; Wambier, 2014, p. 182).

Para além das hipóteses de superação, porém, há outra situação que pode ocorrer no caso concreto, que é a constatação de que o precedente existente é inaplicável ao caso em julgamento, na medida em que não estão presentes os parâmetros que autorizam a sua incidência, como a similitude fática ou identidade da questão jurídica objeto de apreciação (Mendes; Marinoni; Wambier, 2014, p. 180). Essa situação, conhecida como *distinguishing*, ocorre quando se promove o cotejo analítico entre o precedente existente e as premissas por ele estabelecidas – de contexto fático que ensejou a decisão, de questões jurídicas apreciadas e de entendimento fixado – e a situação presente. Se há algum desvio em relação ao arcabouço fático ou quanto ao arcabouço jurídico, a hipótese é de distinção, e o precedente não deve ser aplicado (Didier Jr., 2015, p. 311). A distinção efetiva não se confunde com a “falsa distinção” que importa, na verdade, em violação literal ao precedente judicial (*defiance*, Didier Jr., 2015, p. 327-328), que, uma vez constatada, pode – e deve – ser enfrentada no âmbito do Poder Judiciário, com a utilização dos instrumentos cabíveis para tanto (Didier Jr., 2015, p. 301-333).

Quando o que está em conta, porém, é a relação entre precedentes e arbitragem, é preciso compreender os contornos que podem alcançar *distinguishing*, *overruling* ou *overriding*.

No que toca à distinção, não parece haver dúvidas de que o árbitro pode – e deve – fazê-lo sempre que tiver razões para diferenciar o caso do precedente do caso da arbitragem, vale dizer, sempre que encontrar diferenças relevantes entre os fatos e as circunstâncias do caso atual e os fatos e as circunstâncias do caso anterior que ensejaram a formação da tese fixada pelo precedente. Ao promover a distinção, o árbitro deve realizar a análise cuidadosa dos fatos relevantes, do direito aplicável à arbitragem e de todo o arcabouço jurídico a ele inerente, explicando claramente na fundamentação da sentença as razões pelas quais o precedente não se amolda ao caso em

21 Isso está consignado na estrutura de precedentes contemplada pelo Código de Processo Civil, nos termos do art. 927, §§ 2º, 3º e 4º.

julgamento, não produzindo impactos – ao menos de forma direta²² – em relação a ele.

No que concerne à superação, a análise estrita da teoria dos precedentes imporia a afirmação de que o árbitro não está autorizado a promovê-la, na medida em que lhe falta competência para tanto. De fato, no plano ortodoxo, apenas o Tribunal que editou o precedente vinculante tem o condão de promover a revisão da tese outrora fixada e de eventualmente superá-la, não sem promover amplo debate prévio a esse respeito com todos os interessados.

A partir do momento, porém, que falta entre a arbitragem e o Poder Judiciário liame que assegure que os envolvidos no procedimento arbitral tenham acesso aos tribunais estatais e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para buscar a revisão do precedente²³ e, mais do que isso, quando se tem em conta que um dos motivos pelos quais as partes buscam a arbitragem é pela virtude da sentença – assim considerada a qualidade técnica da decisão que será alcançada naquela sede –, é preciso ir além e avançar nesse debate. É preciso também reconhecer que, se na sistemática inerente aos precedentes, os árbitros não dispõem de competência para revisá-los e superá-los, em benefício dos atributos da sentença arbitral, eles estão autorizados a afastar a sua aplicação no caso concreto, quando revelada a superação da tese outrora adotada, seja em virtude de mudança legislativa, seja em razão do contexto valorativo no qual o precedente foi construído.

Nesse caso, o afastamento dependerá de “um ônus argumentativo maior por parte do julgador, pois aplicável o ‘princípio da presunção a favor do precedente’” (Zaneti Jr., 2019, p. 319). Isso significa, mais uma vez, que os árbitros devem cuidar para que a fundamentação de suas decisões revele, de forma suficiente, técnica e adequada, os motivos pelos quais a tese fixada no precedente não foi considerada na arbitragem em julgamento.²⁴

É importante destacar que não há espaço, aqui, para insurreições criativas. A decisão dos árbitros que reputa que a tese do precedente se tornou obsoleta deve estar pautada em aspectos essencialmente objetivos,

22 Diz-se aqui de forma direta, pois nada impede que o árbitro possa utilizar aspectos inseridos no precedente como elemento persuasivo para embasar a construção da decisão na arbitragem, caso em que o impacto indireto da decisão judicial poderia vir a ocorrer.

23 Por meio da interposição, por exemplo, de recurso especial ou de recurso extraordinário apto a ensejar o novo debate a respeito da tese fixada. Nesse sentido, cf: Câmara, 2016.

24 Como registra Robert Alexy: “Nesta situação surge como questão de princípio a exigência do respeito aos precedentes, admitindo afastar-se deles, mas cabendo em tal caso a carga da argumentação a quem queira se afastar. Rege, pois, o princípio da inércia perelmaniano que exige que uma decisão só pode ser mudada se se podem apresentar razões suficientes para isso” (Alexy, 2001).

isto é, que a tese do precedente foi fixada com base em uma determinada norma, que acabou alterada ou revogada, de forma substancial, por outra norma, ou, ainda, que a tese do precedente foi fixada com base em um cenário posteriormente modificado em razão de circunstâncias supervenientes. A decisão estará adstrita às partes da arbitragem e não tem o condão de provocar qualquer impacto sobre a eficácia do precedente no âmbito do Poder Judiciário, que seguirá integralmente submetido ao sistema de revisão previsto no Código de Processo Civil.

CONCLUSÃO

A arbitragem é um método de solução de conflitos autônomo e independente do Poder Judiciário, pautado, essencialmente, pela autonomia privada das partes que, entre outras escolhas, têm a possibilidade de optar pelas regras de direito que querem ver aplicadas ao seu conflito e ao procedimento responsável por sua solução.

Apesar disso, historicamente, decisões tomadas no âmbito do Poder Judiciário sobre temas de direito debatidos na arbitragem, não raro, permearam o procedimento arbitral nas manifestações apresentadas pelas partes e nas sentenças proferidas pelos árbitros.

Com a edição e entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que instituiu no Brasil um sistema de precedentes vinculantes, o debate em torno da possível vinculação dos árbitros às teses fixadas nesses precedentes ganhou força, inclusive no tocante a arbitragens envolvendo a Administração Pública. A partir do debate levado a efeito na doutrina nos últimos anos o que se procurou neste trabalho foi, a partir da superação da dicotomia entre vinculação e não vinculação, ampliar horizontes no tocante ao debate do tema.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill, 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Processo arbitral que não segue decisão judicial com eficácia vinculante pode ser anulado*. Migalhas, 9 fev. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/359364/decisao-judicial-com-eficacia-vinculante-pode-ser-anulado>. Acesso em: 17 fev. 2024.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Os precedentes judiciais na arbitragem*. Disponível em: http://www.esamg.org.br/artigo/Os%20precedentes%20judiciais%20na%20arbitragem_62.pdf. Acesso em: 17 fev. 2024.

BRAGHETTA, Adriana. A escolha da sede na arbitragem. *Revista do Advogado*, v. 26, n. 87, p. 7-13, set. 2006.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 17. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em: 17 fev. 2024.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes*. Consultor Jurídico, 12 fev. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes?imprimir=1>. Acesso em: 17 fev. 2024.

CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond. *Precedentes judiciais na arbitragem: a vinculação do árbitro as fontes de direito com eficácia erga omnes na arbitragem rediga pelo direito brasileiro*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

CREMASCO, Suzana Santi. *Arbitragem e precedentes: uma proposta de sistematização*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2023.

CREMASCO, Suzana Santi; VIANA, Bruno Giannetti. *Aspectos contemporâneos da execução de sentença arbitral: uma análise em torno da certeza, liquidez e exigibilidade do título*. In: MARX NETO, Edgard Audomar et al. (org.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 893-907.

DIDIER JR., Fredie. *Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência*. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 383-398. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3)

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas judiciais vinculantes do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 10, n. 38, p. 96 -137, 2013.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução*. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 301-333. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC), v. 3.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Existiria uma ordem jurídica arbitral?* In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. 20 anos da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Gen-Atlas, 2017.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014, v. 2, p. 167-188.

ROQUE, André Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC?* Jota, 7 nov. 2016. Disponível em: <https://jota.info/colunas/novo-cpc/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016> Acesso em: 17 fev. 2024.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A nacionalidade da sentença arbitral: critério territorialista do direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, a. 8, v. 30, p. 271-286, jul./set. 2011.

TEMER, Sofia. Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória. *Revista de Processo*, v. 278, abr. 2018.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 3.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *O árbitro e a observância do precedente judicial*. Consultor Jurídico: *Conjur*, 1 nov. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>. Acesso em: 17 fev. 2024.

WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*, Salvador: JusPodivum, 2014.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

