

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

ACESSO À JUSTIÇA I

JOÃO PAULO KULCZYNSKI FORSTER

KARYNA BATISTA SPOSATO

SERGIO PEREIRA BRAGA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriúba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

A174

Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: João Paulo Kulczynski Forster; Karyna Batista Sposato; Sergio Pereira Braga – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-578-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

ACESSO À JUSTIÇA I

Apresentação

Com enorme satisfação apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “Acesso à Justiça I” do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI Salvador /BA promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade Federal da Bahia – UFBA, por meio do seu Programa de Pós-Graduação em Direito com o tema “DIREITO, CIDADE SUSTENTÁVEL E DIVERSIDADE CULTURAL” realizado entre os dias 13 a 15 de junho de 2018 na Faculdade de Direito da UFBA em Salvador.

A presente publicação reúne o conjunto de artigos apresentados e discutidos no referido Grupo de Trabalho, abordando temas diversos e atuais atinentes ao “Acesso à Justiça”. Para fins de apresentação e discussão dos trabalhos, foi proposta pelos coordenadores do GT, uma sub-divisão temática que correspondeu a artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, nos seguintes enfoques: Mediação e mecanismos alternativos de resolução de conflitos; Acesso à Justiça de Grupos vulneráveis e minoritários; Questões ambientais e outros trabalhos diversos.

A mesma subdivisão foi adotada para a presente coletânea, oportunizando uma leitura crítica e contextualizada dos trabalhos, e mais que isso, a identificação de linhas comuns de pesquisa e investigação por parte dos pesquisadores e programas de pós-graduação em Direito que se fizeram presentes.

Assim, em matéria de Mediação e Mecanismos alternativos de resolução de conflitos, o trabalho intitulado “A Arbitragem e o precedente arbitral e judicial – uma análise comparativa entre Brasil e EUA” inaugura a temática trazendo ponderações acerca da presença das soluções alternativas de conflito no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 e da arbitragem como mecanismo capaz de escapar da lógica dos precedentes. Já o trabalho “A (in)efetividade do direito fundamental de acesso à justiça ao excesso de judicialização: a mediação como instrumento garantidor de acesso a direitos” problematizou a cultura do litígio presente na realidade brasileira e as dificuldades de realização da mediação extrajudicial por todos os cartórios, assim como as dificuldades de diferenciação entre conciliação e mediação, a partir de uma pesquisa empírica realizada no Rio de Janeiro. Outro trabalho, “Resolução de conflitos: do jeito à solução” também abordou a dimensão distorcida do constitucionalismo brasileiro tendente a uma cultura jurídica demandista e burocratizada que inibe a real solução dos conflitos e o acesso à Justiça.

De igual dimensão crítica, e adotando a perspectiva comparada, o trabalho “A mediação no contencioso administrativo espanhol” apontou o Estado como principal litigante e o hiato entre a previsão normativa e a prática das instituições, levando à descrença por parte da cidadania, sugerindo por fim, a via da mediação administrativa como importante via de promoção do acesso à justiça. Ainda no que concerne às dificuldades de acesso ao Sistema de justiça, o trabalho intitulado “Reforma do Sistema de Justiça numa perspectiva de direitos humanos: proposições a partir de estudo de casos” demonstra, utilizando-se de estudo empírico, que em se tratando de casos de direitos humanos, muitas vezes o Poder Judiciário e o Ministério Público apresentam atuações pessoalizadas ou indiferentes.

O trabalho “Acesso à Justiça por meio da atermção nos juizados especiais cíveis estaduais”, encerrou o primeiro bloco, indicando aspectos relativos ao funcionamento dos juizados especiais cíveis e a capacitação dos técnicos envolvidos na caracterização dos conflitos.

O segundo conjunto de trabalhos, versando sobre grupos vulneráveis e/ou minoritários foi iniciado pelo trabalho “Dificuldades enfrentadas pelo índios Xoleng Laklãnõ para o acesso à justiça na Comarca de Ibirama.” O estudo se baseou em dados coletados na comarca mencionada, examinando desde a dificuldade geográfica de acesso até questões de ordem técnica, como o acesso a advogados. Seguiu-se o trabalho intitulado “Direito de acesso à justiça dos refugiados: um estudo sob a perspectiva da nova lei migratória” ao abordar o problema de migrantes indocumentados e sem acesso à justiça, tema de enorme atualidade. Em seguida, o trabalho “A crise do Estado quase-moderno e desafios na efetivação do acesso à justiça para pessoas em condições de vulnerabilidade” evidenciou a vulnerabilidade dos réus, instalada por dentro do próprio processo penal.

Na seqüência, o trabalho “O acesso à justiça e adequação procedimental aplicadas aos direitos humanos – exame do Habeas Corpus coletivo nº143.641/SP”, tendo como premissa a adaptabilidade procedimental de um novo modelo de processo civil constitucionalizado, colocou em relevo a utilização de remédio constitucional como instrumento de salvaguarda da liberdade e portanto apto a realizar o direito material em detrimento de formalismos processuais em benefício de mulheres encarceradas grávidas ou lactantes.

O trabalho “Da crise de representação à crise de jurisdição e seus reflexos ao acesso à justiça” discutiu os limites do presidencialismo de coalisção e seu impacto na jurisdição e na efetivação do acesso à justiça. Outro trabalho, intitulado “Da Sesmaria ao entrave burocrático à concessão da propriedade plena”, utilizando-se de pesquisa empírica etnográfica aplicada ao Direito apontou criticamente os problemas existentes no registro imobiliário decorrentes e

sua interferência no reconhecimento do direito à propriedade. Encerrou o segundo bloco o trabalho intitulado “Cooperador da atividade judicial: os negócios jurídicos processuais”, examinando a possibilidade de realização da ‘contratualização’ do processo e quais seriam seus limites.

O terceiro subgrupo, relacionado aos temas ambientais, esteve representado por dois trabalhos. O primeiro, “Acesso à justiça pela via do processo coletivo ambiental: uma abordagem acerca do (des)compasso entre a estrutura normativa brasileira e o ideal democrático participativo” abordou a necessidade e importância de audiências públicas no âmbito das ações ambientais. E o segundo trabalho, “Acesso à justiça, ação civil pública e Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: defesa do meio ambiente a partir da lei nº 11.448/2007” procurou discutir os resultados em matéria ambiental da lei que incluiu a Defensoria Pública no rol de legitimados da Ação civil, a partir de um projeto de pesquisa de doutorado.

O último trabalho, intitulado “Acesso à justiça e o direito humano à internet: convergências e possibilidades numa sociedade em rede” abordou tema inovador em torno da Emenda ao artigo 6º da CF/88 e a percepção do direito à internet como um direito humano.

Como se observa, os textos ora reunidos traduzem a riqueza das discussões oportunizadas pelo Encontro e oferecem um panorama de temas atuais sobre o Acesso à justiça e sua efetivação para todos os pesquisadores que desse tema se ocupam.

Agradecemos a todos que contribuíram para este resultado, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Desejamos uma prazerosa leitura!

Salvador, junho de 2018.

Profa. Dra. Karyna Batista Sposato – Universidade Federal de Sergipe (UFS)

Prof. Dr. João Paulo Kulczynski Forster – UniRitter

Prof. Dr. Sergio Pereira Braga – UNINOVE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A ARBITRAGEM E O PRECEDENTE ARBITRAL E JUDICIAL – UMA ANÁLISE
COMPARATIVA ENTRE BRASIL E EUA.**

**ARBITRATION AND THE ARBITRAL AND JUDICIAL PRECEDENT - A
COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN BRAZIL AND U.S.**

**Daniel Brantes Ferreira
Bianca Oliveira de Farias**

Resumo

Neste artigo abordaremos o tema do precedente judicial e arbitral e sua aplicação pelo árbitro no Brasil e nos EUA sob um viés atual. Em um primeiro momento analisaremos sua aplicação nos sistemas jurídicos brasileiro (com a promulgação do Novo CPC) e americano (stare decisis). Em um segundo, momento analisaremos o precedente arbitral e judicial e sua aplicação pelos árbitros nos dois países e no âmbito internacional para, na conclusão, sugerirmos como os árbitros devem observar a regra do precedente.

Palavras-chave: Arbitragem, Precedentes, Eua, Brasil, Stare decisis, Novo cpc

Abstract/Resumen/Résumé

This paper will analyze the judicial and arbitral precedent and its application by the Brazilian and American arbitrators. We will begin establishing a comparison on how the American and Brazilian judicial systems apply the precedents. In the second chapter we will analyze the arbitral and judicial precedent and its application by the arbitrators of both countries and in international arbitration. Thus, we will be able to suggest how an arbitrator should observe and apply the precedential rule.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Arbitration, Precedents, Usa, Brazil, Stare decisis, New civil procedure code

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo principal analisar a aplicação dos precedentes arbitrais e dos precedentes judiciais pelos árbitros no sistema norte-americano e no sistema brasileiro.

Sendo assim, o recorte metodológico será essencialmente temático e geográfico, ou seja, focado no conceito de precedente nos dois sistemas jurídicos (EUA e Brasil) com a análise posterior de sua aplicação pelo árbitro.

Utilizaremos essencialmente fontes primárias de consulta com prioridade para citação de artigos científicos de revistas indexadas e com fator de impacto de relevância.

Iniciaremos o trabalho abordando a utilização do precedente nos sistemas brasileiro (nos termos do Novo CPC) e americano (*stare decisis*) para assim estabelecermos um termo de comparação na aplicação dos precedentes entre as duas nações.

No segundo momento trataremos especificamente do precedente e da arbitragem. Investigaremos se os árbitros de fato aplicam os precedentes judiciais e se estão vinculados a estes, se estes criam e aplicam precedentes arbitrais e analisaremos as nuances do processo arbitral em comparação com o processo judicial.

Em suma, o artigo possui caráter prescritivo e descritivo e objetivo específico com abordagem vertical sem a preocupação de esgotar o tema em seu aspecto horizontal. Descreveremos o funcionamento da aplicação do precedente judicial e arbitral nos dois países, demonstraremos como os dois sistemas jurídicos tem se aproximado no tema (principalmente após o Novo CPC) e prescreveremos como consideramos que o árbitro deve proceder em seu julgamento. Para melhor elucidar a questão analisaremos também, nos dois países e em breves linhas, os diferentes tipos de arbitragem (desportiva, trabalhista, de investimento, comercial internacional) para atingirmos as devidas conclusões sobre o tema.

1. O PRECEDENTE

1.1. O precedente nos EUA e o *stare decisis*

Nas palavras de Michael Sinclair *no Direito tal como em muitos aspectos da vida existe normalmente uma tensão entre a sabedoria do passado e a racionalidade do presente* (SINCLAIR, 2007, p.366). A racionalidade do presente repousa na tentativa de adequar o direito às necessidades atuais da sociedade. As decisões judiciais devem ser, portanto, normativamente adaptáveis e devem acompanhar a evolução social. Para o autor o *stare decisis*¹, ou seja, a doutrina do precedente tem a função de mediadora desta tensão entre passado e presente.

William O. Douglas afirma que o *stare decisis* é necessário, pois provê uniformidade e continuidade para a aplicação do direito. Segundo o autor não haveria isonomia se uma regra fosse aplicada na manhã e não fosse aplicada no período da tarde (DOUGLAS, 1949, p.736). Para o autor, em seu escrito de 1949, *stare decisis* provê segurança para que os homens consigam negociar e tocar seus negócios com confiança. O *stare decisis* retira o elemento subjetivo do capricho na aplicação do direito e traz estabilidade para a sociedade. Trata-se de um laço estreito que o futuro possui com o passado.

Toni Fine argumenta (FINE apud MOURA, 2014, p.152) que há uma série de características na *common law* americana que embasam a aplicação do precedente na *ratio decidendi* dos casos. Segundo a autora os argumentos mais contundentes seriam: (a) equidade, previsibilidade e a integridade do sistema judicial; (b) eficiência para as partes e para o sistema judicial; (c) decisões judiciais bem fundamentadas.

Earl Maltz, assim como Toni Fine, também aponta as justificativas mais utilizadas para a defesa do *stare decisis*: (a) certeza das decisões futuras e dependência nos precedentes; (b) isonomia das decisões; (c) eficiência; (d) a preponderância da justiça e o afastamento da arbitrariedade nas decisões (MALTZ, 1988, pp. 368-372).

Em suma, a aplicação do princípio do *stare decisis* não retira a discricionariedade do processo decisório do magistrado. Trata-se de um princípio flexível que, no entanto, gera um grau de previsibilidade (*forecasting*) razoável para a

¹ *Stare decisis* significa literalmente a manutenção e defesa do que já foi decidido. KOHLER, 2007, p.358.

sociedade. No entanto, como vimos, trata-se de uma doutrina imprecisa. Imprecisa principalmente porque o escopo dos precedentes, por vezes, não é bem definido, portanto, restringir a aplicação daquele precedente ou aplicá-lo de forma extensiva gera distorções.

1.2. O precedente no Brasil e o Novo CPC

No Brasil a discussão sobre o precedente e o respeito aos mesmos pelas cortes pátrias ganhou especial relevância com o advento do Novo CPC e o art. 489, §1º, VI, segundo o qual não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, inclusive interlocutória, que 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.

Como vimos no ponto anterior o precedente para o sistema norte-americano e para o magistrado é preponderante e de grande relevância para o julgamento do caso concreto. No Brasil, onde prepondera o sistema da *civil law*, a ênfase está na lei e não na jurisprudência anterior. No entanto, os sistemas jurídicos americano (*common law*) e brasileiro (*civil law*) estão em constante aproximação. Leis escritas começaram a ser promulgadas com maior frequência pela *common law* e o precedente ganha cada vez mais importância na *civil law*. Ocorre a chamada interferência horizontal entre os sistemas, ou seja, a imitação de um sistema ou modelo por parte de outros sistemas mesmo que suas origens históricas e linhas evolutivas sejam distintas. No entanto, segundo Alexandre Freitas Câmara não há que se falar na adoção de um sistema misto, principalmente no caso brasileiro (CÂMARA, 2018, p.59).

O argumento supra é ratificado ao observarmos o art. 927 do Novo CPC que trata especificamente dos precedentes vinculantes, que devem necessariamente ser observados pelas cortes. São estes: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Nos estes foram postos no

patamar de precedentes vinculantes.

O próprio código traz a importância e a razão para que os tribunais sigam o precedente em nosso país no art. 926 do Novo CPC ao enunciar: *Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.*

Uma das teorias mais conhecidas sobre o impacto do precedente é a teoria de Ronald Dworkin sobre o romance em cadeia. O magistrado, para o autor, antes de decidir deve se debruçar sobre todas as decisões sobre casos similares do passado para, somente após, prolatar sua decisão. Ou seja, deve considerar sua decisão como um novo capítulo de um romance, que somente fará sentido se guardar coerência com os capítulos anteriores (DWORKIN, 2005, p.238)².

Em suma, trata-se da concepção de direito como integridade expressa no art. 926 do Novo CPC quando este aborda a uniformização de jurisprudência como íntegra e coerente (DWORKIN, 2003, p.286)³. Sem sombras de dúvida a doutrina do precedente no Brasil sofreu influência direta da doutrina norte-americana.

Humberto Dalla considera, com relação aos mecanismos processuais destinados à formação dos precedentes trazidos pelo Novo CPC, que tal previsão não se restringe ao artigo 927. Para o autor, há um rol de dispositivos que formam um multiverso de precedentes. Ou seja, vários universos que seriam aplicados a determinadas situações do processo sendo as hipóteses alargadas ou encurtadas com as peculiaridades de cada caso. Tal multiverso seria composto pelos seguintes dispositivos do código: 927; 311, II; 496 § 4º; 521, IV. Em suma, o microsistema de formação de precedentes no Novo CPC seria composto pelas normas gerais dos artigos 926 a 928 e pelas disposições esparsas supramencionadas (PINHO, 2017, p.208-209).

Portanto, podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que com o advento do Novo CPC, o direito processual brasileiro se aproximou muito do *stare decisis*

² *Ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.*

³ Tradução nossa. *O direito como integridade (...) pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário. Ele sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão. (Sem dúvida, para ele a melhor história será a melhor do ponto de vista da moral política, e não da estética.) (...) O veredito do juiz – suas conclusões pós-interpretativas – deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível.*

americano. Felizmente, com os sistemas informatizados, o constante estabelecimento de súmulas e a disseminação da cultura dos precedentes por advogados, acadêmicos e magistrados fará com que o instituto seja cada vez mais observado e com que o art. 489, §1º, VI ganhe cada vez mais eficácia. Neste momento, utilizando o termo aplicado por Robert Alexy para a distinção entre princípios e regras, os precedentes, no direito brasileiro são mandados de otimização (ALEXY, 1997, p.162)⁴, ou seja, estão mais para princípios do que regras, pois o magistrado deve aplicá-los e segui-los com a maior intensidade possível. No entanto, os advogados, que sempre citaram os precedentes favoráveis a seus clientes e sem ter a certeza de que seriam seguidos pelo julgador, ainda observam o instituto com incredulidade. Caberá à jurisprudência provar o contrário.

2. ARBITRAGEM E O PRECEDENTE

2.1. Nos EUA

Seria a arbitragem um julgamento realizado meramente por equidade? Ou seja, o árbitro buscaria apenas a melhor solução para o caso utilizando seu sentimento de justiça e decidindo a partir deste? Por obviedade, como vimos, no primeiro capítulo deste trabalho, ao analisarmos o histórico da arbitragem concluímos que esta preexiste aos sistemas jurídicos e, devido a isto, os julgamentos eram realizados através da história por equidade. Seria a arbitragem um julgamento que desconsidera a lei e, portanto, o precedente, objeto deste trabalho?

Heinrich Kronstein em seu escrito de 1944 intitulado *Business Arbitration: Instrument of Private Government* faz uma comparação entre arbitragem e equidade afirmando que os dois institutos influenciaram enormemente os sistemas jurídicos e, no entanto, possuem grande distanciamento (KRONSTEIN, 1944, p.66)⁵.

⁴ Tradução nossa. (...) o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são mandados de otimização enquanto que as regras têm o caráter de mandados definitivos. E como mandados de otimização os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. Isto significa que podem ser satisfeitos em diferentes graus e que a medida da sua satisfação depende não apenas das possibilidades fáticas mas também das jurídicas, que estão determinadas não apenas por regras, mas também por princípios opostos.

⁵ Tradução nossa. Nenhuma teoria que defende a arbitragem organizada consegue esconder a ausência de lei desta forma de governo privado. Equidade, por outro lado, originalmente inspirada pela igreja, fortaleceu o processo judicial aproximando-o às demandas da justiça natural. O direito e a equidade juntos, sob o controle de pessoas dedicadas a servir o estado, tornaram-se elementos de

Para Kronstein, nos EUA de 1944, a arbitragem era instrumento de cartelização e de associações de comércio que buscavam monopólio e, portanto, seria incompatível com os conceitos gerais do direito positivo e com a Constituição americana. Para o autor as deficiências do processo judicial contribuíram para o sucesso do desenvolvimento da arbitragem e de seus julgados realizados fora da moldura legal (KRONSTEIN, 1944, p.69). O autor crê que se as cortes judiciais abdicarem de seus poderes em favor de tribunais privados que servem, segundo ele, interesses privados não seria possível a manutenção de nenhuma política ou ordem legalmente estabelecida tal como uma ordem de livre-concorrência protegida por uma legislação antitruste (KRONSTEIN, 1963, pp. 699-700).

Esta corrente defende que o julgamento realizado na arbitragem seria um julgamento sem lei (*lawless*), no entanto, na realidade, existem vários sentidos para o significado de *sem lei*. Christopher Drahozal estabelece três significados para o termo *lawless* (sem lei) na arbitragem: 1. Os árbitros não seriam obrigados a seguir a lei; 2. As partes optam pela arbitragem justamente para evitar a aplicação de determinadas normas desfavoráveis a seus interesses (auto-desregulação); 3. A arbitragem impede a criação de precedentes pelas cortes (DRAHOZAL, 2006, p.189-190)⁶.

Em pesquisa realizada por Dean Thompson e publicada em 1994 relacionada sobre a arbitragem nos contratos da construção civil o autor realizou questionário bem interessante cujos os respondentes eram os próprios árbitros. Dois questionamentos feitos aos árbitros merecem nossa atenção: 1. Você sempre segue a lei ao elaborar a

coordenação social; arbitragem organizada, não servindo a 'justiça social', tornou-se um elemento de dissolução. Defensores da arbitragem argumentam, no entanto, que a justiça social pode ser atendida através de grupos organizados e tribunais citando como exemplos os tribunais das cidades e feudais da Idade Média. Porém, tal defesa aparenta ignorar o fato de que na hierarquia medieval das organizações o dever e a obrigação tinham papel predominante, as camadas menos favorecidas da sociedade aderiam as camadas mais favorecidas e ambas dedicavam obediência suprema ao soberano. Em contrapartida, os expoentes da arbitragem moderna estão atrelados apenas aos interesses comuns do comércio e se suas políticas forem consistentes com os ideias sociais e políticos de uma nação será mais provavelmente o resultado de um acidente do que de seu design.

⁶ O significado mais comum é simplesmente o fato dos árbitros não serem obrigados a seguirem a lei ao elaborarem as convenções arbitrais. As Cortes judiciais afirmam regularmente que os árbitros precisam seguir a lei e os especialistas descrevem o processo arbitral (ao menos nos EUA) como um processo que envolve decisões baseadas na equidade e não na obrigação legal. Um segundo significado é relativo às partes que incluem a cláusula compromissória em seus contratos com consumidores e empregados para evitar a aplicação das leis que protegem os mesmos. Uma vez que os árbitros não precisam seguir a lei, as empresas conseguem evitar a aplicação das leis protetoras de consumidores e trabalhadores (é a auto-desregulação) tendo as disputas solucionadas pela arbitragem ao invés do judiciário. Um terceiro significado é o de que a arbitragem impede a criação de lei, ou seja, precedentes, pelas cortes. Quando as disputas são arbitradas e não litigadas o resultado poderá ser incoerente e será confidencial ao contrário das opiniões públicas das Cortes judiciais que se tornam precedentes

convenção arbitral? (THOMSON, 1994, p.154) 2. Você considera que as sentenças arbitrais devem possuir impacto de precedente em arbitragens futuras similares? Para a primeira pergunta 72% (149) responderam que sim, seguem a lei ao elaborarem as convenções arbitrais; 20% (42) responderam que não e 8% (16) não responderam. Para a segunda pergunta 14% (30) responderam que sim, que as decisões arbitrais devem ser consideradas precedentes para casos similares futuros, 80% (166) responderam que não e 5% (11) não responderam (THOMSON, 1994, p.170).

Christopher Drahozal não logra êxito em confirmar a tese de que a arbitragem seria uma forma de auto-desregulação (*self-deregulation*), ou seja, uma forma de solução de conflitos escolhida pelas partes justamente devido ao fato dos árbitros poderem/ignorar os precedentes judiciais (DRAHOZAL, 2006, p.204-205)⁷.

Em suma, não podemos comprovar o fato de que as partes optam pela arbitragem por acreditarem que a decisão arbitragem será mais por equidade e menos seguidora das regras e precedentes estabelecidos pelas cortes. No entanto, é um fator que não deve ser ignorado. Drahozal conclui, nesse sentido, que a atitude dos árbitros ao seguirem ou não a lei não difere da postura dos magistrados que ao aplicarem o *stare decisis* praticam com frequência o *overruling* e o *overriding* quando falamos de precedentes.

Para Mark Weidemaier a comparação entre o árbitro e o magistrado é tarefa difícil de ser realizada. No entanto, em sua pesquisa, Weidemaier atingiu a conclusão de que os magistrados citam um número maior de precedentes e precedentes mais específicos do que os árbitros. As citações de precedentes dos magistrados também tendem a possuir uma variedade maior (WEIDEMAIER, 2012, p.1133). O autor

⁷ A evidência de que as empresas utilizam a arbitragem para evitarem a aplicação de regras mandatórias não é robusta. Em uma pesquisa de 1997 do conselho geral ou dos diretores jurídicos das empresas da Fortune 1000, 36.9% dos respondentes concordaram que suas empresas utilizavam a arbitragem porque esta evitava/anulava os precedentes judiciais. Ao passo que 48.6% dos respondentes citaram o fato de que a arbitragem não estaria confinada às regras legais como barreira para seu uso. A maior parte dos executivos das empresas de construção civil responderam uma pesquisa realizada por Murray S. Levin e Doug Joyce afirmando acreditar que os árbitros favoreciam soluções por equidade em contraposição às decisões baseadas na lei. Apenas 7% discordavam com a afirmação de que os árbitros estão mais preocupados em atingirem resultados por equidade do que em aderência estrita à lei, enquanto apenas 17% concordou que o fato dos árbitros não aderirem de forma estrita à lei afeta negativamente a justiça da decisão arbitral. Em comparação, em uma pesquisa com advogados transacionais realizada por Celeste Hammons, quase 70% dos respondentes possuíam a expectativa que o árbitro fosse aplicar a lei na disputa. Os estudos encontram-se misturados, porém, demonstram uma percepção de algumas partes de que a arbitragem nem sempre segue a lei. No entanto, o que quer que seja que os estudos sugerem sobre a percepção das partes estes, por fim, nos dão pouca evidência da frequência em que as partes procuram a arbitragem por estes motivos.

assevera em seu escrito que existe um problema fundamental na comparação entre os árbitros e os magistrados: o procedimento é distinto, portanto, qualquer tentativa de comparação torna-se eivada de imperfeições. Muitos dos procedimentos que ocorrem no processo convencional não ocorrem na arbitragem tanto no Brasil como nos EUA. Mesmo que os magistrados e os árbitros julguem casos similares é difícil considerar que foi realizado o mesmo tipo de trabalho na sentença arbitral e na sentença judicial (WEIDEMAIER, 2012, p.1135). No entanto, cabe mencionar que autor denomina o árbitro de *judge-lite*, ou seja, um juiz que considera sim o precedente judicial em alguma medida, porém em medida menor que o magistrado.

Weidemaier prega um diálogo maior entre árbitros e o judiciário. Por definição as sentenças arbitrais são produto de um mercado de serviços para a solução de disputas. Portanto, torna-se razoável supor que os árbitros bem-sucedidos solucionaram as questões legais de maneira que os atores do mercado consideram satisfatória (WEIDEMAIER, 2012, p.1143-1144). Sendo assim, suas decisões podem sim influenciar de maneira positiva as decisões judiciais em certo caso e, poderiam servir como precedentes (se não fossem confidenciais). Até porque, como ressalta, o autor, *judging-lite*, ou seja, arbitrar, também é uma forma de produção de decisões e precedentes.

Em regra, os autores tendem a tratar o tema do uso dos precedentes na arbitragem abordando diferentes áreas: (1) arbitragem comercial internacional; (2) arbitragem desportiva; (3) arbitragem trabalhista; (4) arbitragem de investimentos internacionais; entre outras...

Gabrielle Kaufmann-Kohler trata de distinções entre três campos da arbitragem: a arbitragem comercial internacional; a arbitragem desportiva; e a arbitragem de investimentos internacionais. Na arbitragem comercial internacional, baseando-se em pesquisas empíricas, tanto na *Vienna Sales Convention* (CISG) quanto na *International Chamber of Commerce* (ICC), a autora afirma que o uso de precedentes arbitrais é precário nas sentenças arbitrais. Na ICC, por exemplo, de 190 sentenças arbitrais analisadas, apenas 15 (quinze) citavam outras decisões arbitrais. A maioria dos precedentes arbitrais utilizados tratavam especificamente sobre problemas de jurisdição e procedimento (KAUFMANN-KOHLER, 2007, p.362). Questões de direito material raramente se referem a precedentes arbitrais. Os árbitros simplesmente aplicam princípios que prevalecem nas leis nacionais e nos tratados internacionais tais como a *pacta sunt servanda*, a boa-fé, caso fortuito (*force majeure*),

o respeito pela política pública internacional, *venire contra factum proprium* e a mitigação de danos (KAUFMANN-KOHLER, 2007, p.364) em detrimento dos precedentes. Os árbitros tendem, nesses casos, a transnacionalizar a regras que aplicam ou porque não estão sujeitos a nenhuma espécie de controle com relação ao mérito, ou por atuarem em um ambiente transnacional, ou simplesmente por pertencerem a culturas jurídicas distintas. Independentemente do método decisório utilizado o objetivo principal da transnacionalização em casos de arbitragem comercial internacional é o de remover a disputa do âmbito de aplicação de uma lei nacional inadequada.

Em suma, com relação a arbitragem comercial internacional, a liberdade do árbitro de aplicar a lei e de transnacionalizar a regra que irá aplicar estão em contraposição direta com qualquer aplicação ou consideração de precedente arbitral ou judicial.

A consideração do precedente é completamente distinta na arbitragem desportiva. Sob uma perspectiva quantitativa, as estatísticas e a história mostram uma grande evolução na confiança nos precedentes. Kaufmann-Kohler cita pesquisa que compara as decisões da Corte de Arbitragem do Esporte (CAS) através do tempo. De 1986 a 2003 apenas um em cada seis decisões citavam precedentes. No entanto, desde 2003 quase todas as sentenças arbitrais fazem referência aos precedentes do próprio CAS. Sob uma perspectiva qualitativa a corte menciona em seus casos de que não está vinculado ao precedente, ou seja, ao *stare decisis*, no entanto, afirma que sempre que as evidências permitirem levará em consideração as decisões anteriores (KAUFMANN-KOHLER, 2007, p.365). Ou seja, a corte tem se esforçado para construir um corpo de decisões coerente que alguns denominam de *lex sportiva* e, na prática, tem sim aplicado a doutrina do *stare decisis*.

Com relação a arbitragem de investimento a análise foi realizada principalmente no *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID). Kaufmann-Kohler conclui que nesta corte e nesta área de arbitragem ocorre um meio-termo entre a arbitragem comercial internacional e a arbitragem desportiva na consideração do precedente. Em certos temas o precedente é levado em consideração (*umbrella clause* e *most favoured nation clause*), porém, seu uso é basicamente inexistente em outros temas (*fair and equitable treatment*) (KAUFMANN-KOHLER, 2007, p.368-373).

A autora conclui que afirmando que vivemos em um mundo que deixou de ser

bipolarizado para se tornar multipolarizado com larga expansão da arbitragem em inúmeras áreas. Conforme as atividades econômicas tornam-se mais complexas as disputas e os usuários dos serviços de soluções de conflito devem ser diferenciados cada vez mais. Portanto, em um mundo em rápida transformação e com alto grau de especialização nas disputas a consistência e a previsibilidade das decisões e da aplicação do direito seriam mais importantes do que nunca. Em suma, Kaufmann-Kohler ressalta a importância da aplicação e consideração dos precedentes arbitrais pelas cortes arbitrais afinal a credibilidade de todo o sistema de solução de conflitos depende da consistência. Um processo de solução de conflitos que produz imprevisibilidade resulta na perda da confiança por seus usuários a longo prazo e termina por atacar seu principal objetivo (KAUFMANN-KOHLER, 2007, p.378).

Nicolas Béguin afirma que para ser considerado um precedente a decisão arbitral deve possuir três características principais: autonomia (a decisão arbitral deve ser impermeável ao ambiente jurídico local, ou seja, as cortes judiciais não devem ter o poder de revisar o mérito das decisões arbitrais); consistência (as decisões arbitrais devem possuir consistência com as decisões anteriores para serem consideradas precedentes) e acessibilidade (o processo arbitral é caracterizado pela confidencialidade, no entanto, o autor defende a publicação das sentenças arbitrais preservando o anonimato das partes em disputa, prática utilizada em várias formas institucionais de arbitragem. Há uma crescente tendência na publicação de decisões importantes) (BÉGUIN, 2009, pp-2-5).

O autor, por sua vez, pensa de forma distinta de Kaufmann-Kohler. Afirma que na arbitragem comercial internacional, onde os árbitros aplicam regras transnacionais, devido a sua maior autonomia, possuem maior capacidade de criação de precedentes arbitrais. O que não seria o caso quando se trata de aplicação de um sistema jurídico local. Afirma, no entanto, assim como Kaufmann-Kohler, que o ICSID, câmara arbitral que julga os tratados bilaterais ou multilaterais de investimento, também não está atrelada a legislação local e, devido a este fator, também concede autonomia a seus árbitros. Na arbitragem desportiva também ocorre uma convergência de entendimento entre os autores com relação ao CAS (Corte Arbitral do Esporte). Para Béguin o CAS também aplica um corpo particular de regras através dos quais os precedentes arbitrais podem ser facilmente criados. As decisões do CAS podem ser revistas de forma bastante limitada pela Suprema Corte Suíça. Já as decisões do ICSID, nos termos do art. 53 da Convenção do ICSID, são finais e não podem ser revistas por

nenhuma corte nacional ou internacional (BÉGUIN, 2009, pp-3-4).

Béguin, no entanto, apesar de reconhecer o potencial de criação de precedentes pelas cortes arbitrais conclui que a liberdade decisória demasiada dos árbitros faz com que estes, em regra, deixem de seguir os precedentes. Além disso, afirma que a ausência de uma corte arbitral ou judicial superior com a competência de forçar a consistência das decisões dificulta a aplicação dos precedentes (BÉGUIN, 2009, p.5). Em contrapartida, Béguin, afirma que em certos tipos de arbitragem existe sim uma *regra de facto de obediência aos precedentes*. Ao contrário dos magistrados os árbitros não pertencem a um sistema judicial específico. Eles intervêm em outro sistema jurídico onde as fontes do direito são distintas e onde o precedente arbitral não possui o mesmo patamar.

Weidemaier compara os tipos de arbitragem e a aplicação de precedentes arbitrais com a publicidade dada às sentenças arbitrais. Afirma que os tribunais do ICSID, por exemplo, em regra proferem decisões bem fundamentadas uma vez que estas são publicadas e facilmente acessíveis em seu website. Na arbitragem trabalhista o mesmo ocorre uma vez que as decisões são de grande interesse dos sindicatos, empregadores e dos advogados. Editoras especializadas como a Bureau of National Affairs publicam nos EUA as sentenças arbitrais trabalhistas há décadas. No entanto, Weidemaier assim como Béguin e Kaufmann-Kohler afirma que os precedentes são de difícil aplicação na arbitragem comercial internacional. Apesar dos árbitros proferirem sentenças razoáveis e bem fundamentadas apenas um número muito reduzido destas é publicado. O autor trata a publicidade, ou melhor, a acessibilidade das sentenças arbitrais como *conditio sine qua non* para a evolução do precedente arbitral (WEIDEMAIER, 2010, p.1915). Além disso, afirma que sentenças arbitrais bem fundamentadas motivam os particulares pela escolha da arbitragem como forma de solução de conflitos, serve de guia para legislação a ser promulgada e assegura que o sistema de solução de conflitos alcance os padrões de legitimidade impostos externamente (WEIDEMAIER, 2010, p.1917).

Weidemaier aborda que as sentenças arbitrais não devem possuir publicidade e sim acessibilidade para os participantes do sistema, ou seja, os árbitros. Mesmo quando a sentença não é publicada os árbitros, que em regra se repetem, devem ter acesso a outras sentenças de disputas similares para assim conseguirem aplicar o precedente. Tal argumento sugere que o precedente arbitral conseguiria evoluir com mais rapidez em sistemas onde poucos árbitros conseguem atuar em um grande

número de casos. Litigantes repetidos e escritórios de advocacia também conseguirão, assim, ter conhecimento de disputas anteriores e evocarão as sentenças arbitrais anteriores que favorecem suas posições no caso (WEIDEMAIER, 2010, p.1921). O caso do ICSID é paradigmático uma vez que as decisões são de fácil acesso através de bases de dados online. Ou seja, na arbitragem de investimentos internacionais onde apenas um número reduzido de árbitros internacionais e advogados atuam a aplicação do precedente se torna mais fácil.

O autor suscita duas funções principais do precedente arbitral: 1. O precedente arbitral com a função de preencher lacunas legais; 2. Partes que pretendem evitar a legislação estatal concedem aos árbitros o poder de desenvolverem um corpo de regras alternativo (a tese do *self-deregulation* mencionada por Drahozal).

Para que ocorra a disseminação da aplicação do precedente arbitral o modelo do ICSID (*Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos*), que optou por publicizar as decisões arbitrais em prol da consistência e da previsibilidade das decisões, teria de ser disseminado. No entanto, esses dois valores são valores importantes para as transações de investimentos e talvez sejam menos relevantes em outras áreas da arbitragem e não justifiquem a publicidade e a necessidade ou desejo de consistência decisional. Os críticos do ICSID argumentam que um sistema modelado em arbitragem comercial privada não poderia solucionar com legitimidade disputas regulatórias entre investidores e um estado-nação. Os críticos dos árbitros do ICSID argumentam que os árbitros atuam em um sistema de responsabilidade imputada a apenas uma das partes, onde os investidores trazem as demandas e os estados arcam com as indenizações (WEIDEMAIER, 2010, p.1921). Tais críticas caracterizam o ICSID como uma câmara *ad hoc*, inconsistente e pró-investidor o que atinge diretamente sua credibilidade e a legitimidade de seus árbitros como produtores de regras, ou seja, precedentes. Tais críticas são importantes, pois melhoram a atividade dos árbitros que passam a elaborar suas sentenças arbitrais com estas em mente e tornam o respeito ao precedente, no final de contas, uma forma de aumentar a legitimidade da câmara, do árbitro e do processo arbitral. Vale mencionar também que os árbitros de investimento, que atuam no ICSID, têm excelente posicionamento na carreira, sendo considerados a elite da arbitragem. Tal fato, por si só, já os concede legitimidade suficiente para estabelecerem os devidos precedentes arbitrais da área.

Wedemaier traz à lume argumento interessante sobre o respeito ao

precedente pelos árbitros. Afirma que árbitros já estabilizados na carreira, por já se sentirem seguros no mercado da arbitragem, tendem a seguir menos os precedentes uma vez que consideram estar sendo pagos pelo seu julgamento e bom-senso e não pelo seu conhecimento das decisões de outros árbitros. Neste caso, citar precedentes poderia ser visto como uma atividade judicante de baixa qualidade técnica. Em contrapartida, explorar o uso repetido de árbitros pode ser uma boa estratégia, pois estes se tornariam mais familiarizados com os precedentes arbitrais e tenderiam a utilizá-los com maior frequência. O precedente, neste caso, funcionaria como veículo indicativo de prestígio profissional (WEIDEMAIER, 2010, p.1953).

A grande questão para Weidemaier é de quando efetivamente os árbitros produziram precedentes uma vez que a arbitragem não é um fenômeno unitário e os sistemas de arbitragem podem variar de várias maneiras, por exemplo: a linguagem da sentença e as práticas de publicação; as partes, advogados, e árbitros envolvidos; o direito material aplicável; os incentivos sob os quais os árbitros operam; a extensão pela qual a arbitragem substitui a litigância nas cortes; a legitimidade dos árbitros como elaboradores de regras; entre outras (WEIDEMAIER, 2010, p.1958). Em suma, o autor vê a aplicação do precedente com bons olhos, pois somente assim sistemas robustos de direito privado poderão se desenvolver e a arbitragem ganha força como mecanismo de solução de disputas.

Com relação a aplicação do precedente judicial e a prática do *stare decisis* pelo árbitro nos EUA consideramos que estes devem ser observados obrigatoriamente se as partes contratarem expressamente na convenção arbitral de que a lei estadual será aplicada para o caso em questão. Tal fato pode gerar conflito e entre a própria convenção arbitral e a lei estadual (o que é o grande objeto de apreciação e de precedentes da U.S. Supreme Court). A Suprema Corte, nesses casos tem decidido pela prevalência da Section 2 do Federal Arbitration Act (FAA) que torna a convenção arbitral válida, irrevogável e executável em detrimento da legislação estadual⁸.

2.2. No Brasil

A lei de arbitragem, lei nº 9.307 de 1996, trata especificamente em seu art. 2º

⁸ Sobre a discussão sobre o conflito entre leis estaduais e o Federal Arbitration Act nos EUA vide: DRAHOZAL, 2004, pp. 393-425.

que a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. O art. 11, II, enuncia que a autorização para que o árbitro julgue por equidade deverá estar expressamente prevista na convenção arbitral. No entanto, a regra no Brasil é o julgamento de direito.

Por certo, a arbitragem no país é incipiente historicamente se comparada com a arbitragem nos EUA. A arbitragem nos contratos com a administração pública direta e indireta somente foi permitida com a lei nº 13.129 de 2015 (os decretos regulamentadores dos órgãos governamentais e dos estados começam a ser promulgados – vide, por exemplo, o decreto nº 46.245/2018 do estado do Rio de Janeiro) e a arbitragem no direito trabalhista apenas com a reforma trabalhista de 2017 (lei nº 13.467 de 2017) que inseriu o art. 507-A na CLT permitindo a arbitragem para os contratos individuais de trabalho. A arbitragem desportiva também avança a passos largos. Por exemplo, a Câmara Nacional de Resolução de Disputas da CBF em seu art. 36⁹ nomeou o CBMA (Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem), localizado no Rio de Janeiro, para julgar os casos em sede recursal que anteriormente eram encaminhados para o CAS (Corte Arbitral do Esporte) na Suíça. Em suma, a cultura arbitral no Brasil encontra-se em franca ebulição principalmente devido a lentidão do poder judiciário assolado com incontáveis julgamentos.

O país possui quatro principais câmaras arbitrais (em número de julgamentos e em volume monetário envolvido nos casos), são estas: o CBMA (Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – RJ); CAMARB (Câmara de Arbitragem Empresarial – BH); CCBC (Câmara de Comércio Brasil-Canadá-SP) e a Câmara FGV de Mediação e Arbitragem (FGV-RJ). A natureza *ad hoc* da arbitragem prevalece em todas as câmaras e a construção de um banco de precedentes arbitrais torna-se inexecutável uma vez que o art. 21 da lei 9.307 de 1996 faz com que as partes, em regra, reportem-se aos procedimentos arbitrais dos aludidos centros que preconizam pela confidencialidade de seus casos e clientes como forma de manutenção da credibilidade e como também uma das grandes vantagens do procedimento arbitral frente ao julgamento pelo judiciário. Os Centros teoricamente podem divulgar trechos de seus julgados preservando a identidade das partes, porém, isso quase nunca ocorre¹⁰

⁹ Disponível em: https://cdn.cbf.com.br/content/201712/20171221165506_0.pdf. Acesso em: 30 mar. 2018.

¹⁰ Vide item 17.1 do regulamento de arbitragem do CBMA: 17.1. Salvo acordo em contrário das partes,

Em suma, a única área da arbitragem, no Brasil, que possui potencial de desenvolver precedentes arbitrais é a área desportiva uma vez que o regulamento da CNRD, em seu art. 38, ao tratar da confidencialidade permite a publicação integral ou parcial de decisões que entender de interesse geral do mercado, omitindo os nomes e qualificações das partes¹¹. O § 4º do art. 38 do regulamento também torna o conteúdo das sentenças arbitrais acessível por terceiros com quem mantenha relação de colaboração, ou seja, é a acessibilidade apontada por Weidemaier em contraposição a publicidade e exposição desmensurada. O CNRD, sem dúvida, terá como inspiração a cultura do precedente levada em consideração pelo CAS para gerar previsibilidade e credibilidade em sua atividade judicante perante clubes, atletas, empresariado e torcida.

Com relação ao precedente judicial das cortes brasileiras o árbitro deverá considerá-los a depender das regras de direito escolhidas pelas partes nos termos do art. 2º §1º c/c art. 21 da lei 9.307 de 1996. Caso optem pela aplicação do direito brasileiro o precedente vinculante deverá ser observado pelo árbitro principalmente se este for suscitado por uma das partes nos termos do art. 489 VI do Novo CPC que trata o precedente invocado pela parte como elemento essencial da sentença. A não observância do precedente e não realização do *distinguishing* poderá gerar nulidade da decisão nos termos do art. 32, III da lei 9.307 de 1996 por vício nos fundamentos da sentença arbitral (art. 26, II da lei 9.307 de 1996) uma vez que se trata de julgamento de direito e não por equidade.

ou se exigido por lei aplicável às partes, os membros do Tribunal Arbitral e do Centro manterão confidencialidade sobre os assuntos relacionados à arbitragem, salvo aqueles porventura já de domínio público ou que já tenham sido de alguma forma divulgados. Disponível em: http://site1379424603.hospedagemdesites.ws/regulamento_1. Acesso em: 30 mar. 2018.

¹¹ Art. 38 – Os procedimentos da CNRD são confidenciais.

§ 1º – Todos os Membros da CNRD, bem como as demais pessoas envolvidas nos seus procedimentos, devem manter sigilo sobre as questões objeto dos procedimentos submetidos à CNRD ou que cheguem ao seu conhecimento no exercício de suas funções.

§ 2º – A CNRD deve publicar, integral ou parcialmente, as decisões que entender de interesse geral do mercado do futebol brasileiro, omitindo os nomes e qualificações das partes, excetuado o disposto no parágrafo seguinte, bem como descaracterizando quaisquer elementos que possam identificar ao público aspectos específicos da disputa.

§ 3º – A CNRD pode divulgar aviso ao mercado comunicando a aplicação de sanções aos seus jurisdicionados, identificando as pessoas jurídicas sancionadas e omitindo os nomes e as qualificações das pessoas naturais envolvidas.

§ 4º – A CNRD pode permitir o acesso a informações dos seus procedimentos por terceiros com quem mantenha relação de colaboração para o desenvolvimento de seus mecanismos internos de controle e divulgação de jurisprudência, mediante a assunção formal, pelas pessoas identificadas, do dever de manter sigilo sobre as informações transmitidas. Conteúdo retirado do sítio https://cdn.cbf.com.br/content/201712/20171221165506_0.pdf. Acesso realizado em 30 de março de 2018.

Em suma, o árbitro brasileiro, quando a legislação brasileira for aplicável, deve balizar suas decisões pelos precedentes suscitados pelas partes e pelos precedentes das cortes superiores (TST, STJ e STF). Poderá o árbitro, no entanto, pautar-se em precedentes locais (Tribunais de Justiça) ou Regionais (TRFs e TRT) quando o compromisso arbitral contiver o local onde se desenvolverá a arbitragem, cláusula facultativa nos termos do art. 11, I da lei 9.307 de 1996¹².

Levando em consideração a liberdade concedida pela lei na elaboração da convenção arbitral sugerimos que as partes convençionem na própria quais os precedentes e normas deverão ser considerados pelos árbitros. Tal entendimento se coaduna com o Novo CPC quando trata no seu artigo 190 das convenções processuais e com o conceito de norma do código que engloba, a nosso ver, os precedentes.

Neste sentido, também seria viável às partes convençionarem em suas cláusulas compromissórias a aplicação de precedentes arbitrais e judiciais de tribunais estrangeiros desde que não conflitem com normas de ordem pública.

O problema de se estabelecer padrões para a aplicação de precedentes tanto judiciais quanto arbitrais deve ser, portanto, solucionado pelas próprias partes em suas convenções arbitrais. A arbitragem, devido a sua natureza *ad hoc*, possui em seu bojo um espírito democrático. As partes não só escolhem os julgadores como a lei também as faculta a escolha das regras do jogo nos termos do artigo 11, IV da lei 9.307 de 1996¹³. Portanto, os padrões vinculantes da decisão devem também ser selecionados pelas partes. Que precedentes deve o árbitro considerar? De que cortes judiciais ou arbitrais nacionais ou internacionais? Cabe as próprias partes responderem. Caso contrário a consideração do precedente dependerá de provocação das partes e da ampla discricionariedade do juízo arbitral.

O Brasil, como já mencionado, por influência da *Common Law*, e por uma necessidade de coerência e previsibilidade das decisões leva cada vez mais em consideração o precedente. No entanto, na arbitragem brasileira a consideração de precedentes arbitrais é extremamente difícil uma vez que esbarra na confidencialidade

¹² Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 03 abr. 2018.

¹³ Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convençionarem as partes; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 03 abr. 2018.

(um dos grandes diferenciais comerciais da solução de conflitos em questão). O precedente judicial das cortes superiores deve ser observado quando aplicável a lei brasileira. No entanto, se um dos grandes motivadores das partes optarem pela arbitragem for a possibilidade de *self-desregulation*, ou seja, desejando evitar os precedentes, tal observância poderá esvaziar a arbitragem e o art. 489, VI do CPC pode se tornar um desmotivador da arbitragem. Afinal, parafraseando Ronald Dworkin e o *romance em cadeia*, ao comparar o processo arbitral com o processo judicial podemos estar comparando dois romances completamente distintos onde uma das poucas características em comum seria a atividade judicante e onde talvez a cadeia não faça tanto sentido.

CONCLUSÃO

No Brasil o tema da aplicação dos precedentes judiciais encontra-se em voga devido ao art. 489, VI do Novo CPC. A arbitragem, por sua vez, encontra-se em amplo crescimento (em todos os sentidos: volume financeiro envolvido, ampliação de áreas de atuação e interesse do mercado público, privado e da academia). Felizmente o país já possui centros de arbitragem qualificados e estabilizados no mercado com suas listas de árbitros que gozam de credibilidade e reconhecimento.

Nos EUA a arbitragem já possui uma história mais longa. O Federal Arbitration Act, por exemplo, foi promulgado em 1925. No entanto, muitas são as dúvidas e críticas quando se aborda a atividade do árbitro e as regras que este deve ou não observar.

Common Law ou *Civil Law*, na arbitragem, devido a sua natureza essencialmente *ad hoc*, o questionamento sobre a aplicação dos precedentes arbitrais e judiciais sempre paira sobre a atividade arbitral.

Sendo assim, neste trabalho, algumas questões foram levantadas: 1. Os árbitros criam precedentes? Em caso positivo devem estes levar tais precedentes arbitrais em consideração? 2. Devem os árbitros levar em consideração os precedentes judiciais em suas decisões? Em caso positivo de que cortes judiciais?

A confidencialidade do processo arbitral dificulta a observância de um banco de precedentes judiciais. No entanto, conforme abordado, somos favoráveis a acessibilidade das sentenças arbitrais anteriores pelos árbitros para que, sem violar a confidencialidade, estes possam conhecer como casos similares foram decididos em determinada câmara arbitral. O caso do ICSID é paradigmático com a criação de seu

banco virtual de sentenças arbitrais em matéria de arbitragem de investimento. No entanto, o *full disclosure* prejudicaria muito o mercado arbitral onde a confidencialidade é vista como um de seus principais atrativos além da expertise dos árbitros no tema sob apreciação. Sendo assim, apenas o acesso interno com a preservação do nome das partes seria o suficiente para, quem sabe, a cultura do precedente arbitral ser criada e uma forma de *stare decisis* praticada.

Com relação ao precedente judicial estes devem ser observados pelos árbitros uma vez que seja convencionado a aplicação de lei local na convenção arbitral e o precedente seja suscitado pelas partes. Caberia às partes, a nosso ver, convencionarem que precedentes/normas devem ser aplicados pelo árbitro nos termos do art. 11, IV da lei 9.307 de 1996. Caso contrário, a nosso ver, o árbitro possui liberdade para decidir devido a natureza *ad hoc* da arbitragem e não estará violando o art. 489, VI do Novo CPC (o que poderia acarretar uma ação anulatória da sentença arbitral nos termos do art. 32, III da lei 9.307 de 1996). No caso americano, a nosso ver, o árbitro também deverá observar os precedentes apenas se convencionado pelas partes a aplicação da lei local. No entanto, em regra, as partes optam pela arbitragem justamente porque confiam na expertise do árbitro e não esperam que este seja mero aplicador do *stare decisis*. A arbitragem comercial internacional é um bom exemplo de completa inobservância de precedentes. O árbitro, nesses casos, aplica regras transnacionais e princípios gerais do direito uma vez que não possui precedentes judiciais passíveis de observância.

Em suma, a vinculação do julgamento dos árbitros aos precedentes judiciais pode desestimular a escolha por esta solução alternativa de conflito a não ser que as partes tenham plena ciência de que podem escolher se tais regras serão ou não aplicadas. Para isto, a cultura arbitral ainda precisa ser mais disseminada. Um dos maiores diferenciais da arbitragem e o que mais atrai o mercado é justamente a *ratio decidendi desvinculada* do árbitro. Tal liberdade decisória, portanto, deve prevalecer a não ser que convencionado em sentido contrário pelas partes. No processo arbitral, apesar de ser um julgamento de direito, as partes possuem, em regra, confiança na razoabilidade, na capacidade dos árbitros que nomeiam e em sua discricionariedade para decidir na lacuna da lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os Padrões Decisórios a Sério: Formação e Aplicação de Precedentes e Enunciados de Súmula*. São Paulo: Editora Atlas.

DOUGLAS, William O. Stare Decisis. *Columbia Law Review*, vol. 49, nº, 1949, pp. 735-758.

DRAHOZAL, Christopher R. Federal Arbitration Act Preemption. *Indiana Law Journal*. Vol. 79, nº 2, 2004, pp. 393-425

_____. *Is Arbitration Lawless*. *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 40, 2006, pp. 187-216.

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

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

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELKOURI, Frank et al.. *How arbitration works*. New York: BNA Books, 5ª Edição, 1997.

FINE, Toni Jaeger. *Stare Decisis and the binding nature of precedent in the United States of America*, in MOURA, Solange Ferreira de. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Coletânea de artigos científicos: celebração ao XIV Intercâmbio dos cursos de Direito da Estácio*, Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2014, pp. 148-167.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*. *Arbitration International*, vol. 23, nº 3, 2007, pp. 357-378.

KRONSTEIN, Heinrich. *Business Arbitration, Instrument of Private Government*. *The Yale Law Journal*, vol. 54, nº 1, 1944, pp. 36-69.

KRONSTEIN, Heinrich. *Arbitration is Power*. *New York University Law Review*, vol. 38, 1963, pp. 661-700.

MALTZ, Earl. *The Nature of Precedent*. *North Carolina Law Review*, vol. 66, 1988, pp. 367-394.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: Editora CRV, 2017.

- PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016
- SALMOND, John. *Jurisprudence*. London: Stevens and Haynes, 4th Ed., 1913.
- SINCLAIR, Michael. *Precedent, Super-Precedent*. *George Mason Law Review*, Vol. 14, 2007, pp. 363-411.
- THOMSON, Dean B. *Arbitration Theory and Practice: A Survey of AAA Construction Arbitrators*. *Hofstra Law Review*, vol. 23, nº 1, 1994, pp. 137-172.
- Revista dos Tribunais, 2012.
- WEIDEMAIER, W. Mark. C. *Judging-Lite: How Arbitrators Use and Create Precedent*. *North Carolina Law Review*, vol. 90, 2012, pp. 1091-1146
- _____. *Toward a Theory of Precedent in Arbitration*. *William and Mary Law Review*, vol 51, 2010, pp.1895-1958.