

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**

**Faculdade de Direito**

**Programa de Pós-Graduação**

**BRUNO VAZ FLEURY**

**LÓGICA, SISTEMA E ISONOMIA: APLICABILIDADE DA  
VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES ÀS ARBITRAGENS  
DE DIMENSÃO PÚBLICA**

**BELO HORIZONTE**

**2026**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**

**Faculdade de Direito**

**Programa de Pós-Graduação**

**BRUNO VAZ FLEURY**

**LÓGICA, SISTEMA E ISONOMIA: APLICABILIDADE DA  
VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES ÀS ARBITRAGENS DE  
DIMENSÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Colegiado do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Christian Sahb Batista Lopes

**Área de concentração:** Direito e Justiça.

**Linha de Pesquisa:** 2 – Processualidades, Normatividades e Efetividade: Processos de Produção do Direito.

**Projeto Coletivo:** Novas Fronteiras entre o Direito Material e Processual

**BELO HORIZONTE**

**2026**

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

F618l Fleury, Bruno Vaz  
Lógica, sistema e isonomia[manuscrito]: aplicabilidade da vinculação dos precedentes às arbitragens de dimensão pública / Bruno Vaz Fleury. - 2026.  
155 f.

Orientador: Christian Sahb Batista Lopes.  
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,  
Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 140-155.

1. Direito processual - Teses. 2. Administração pública - Teses. 3. Direito - História - Teses. 4. Arbitragem comercial - Teses. 5. Precedentes judiciais - Teses. I. Lopes, Christian Sahb Batista. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 347.918



## ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO BRUNO VAZ FLEURY

Realizou-se, no dia 24 de março de 2026, às 09:30 horas, em Plataforma Virtual, pela Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *LÓGICA, SISTEMA E ISONOMIA: APLICABILIDADE DA VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES ÀS ARBITRAGENS DE DIMENSÃO PÚBLICA*, apresentada por BRUNO VAZ FLEURY, número de registro 2024651830, graduado no curso de DIREITO/DIURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Christian Sahb Batista Lopes - Orientador (UFMG), Prof(a). Maria Tereza Fonseca Dias (UFMG), Prof(a). Suzana Santi Cremasco (IBMEC).


A Comissão considerou a dissertação:

Aprovada, tendo obtido a nota 95 (noventa e cinco).


Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.


Belo Horizonte, 24 de março de 2026.

Documento assinado digitalmente  
 CHRISTIAN SAHB BATISTA LOPES  
Data: 24/03/2026 12:06:18-0300  
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof(a). Christian Sahb Batista Lopes ( Doutor ) Nota: 95 (noventa e cinco)

Documento assinado digitalmente  
 MARIA TEREZA FONSECA DIAS  
Data: 24/03/2026 12:39:00-0300  
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof(a). Maria Tereza Fonseca Dias ( Doutora ) Nota: 95 (noventa e cinco)

Documento assinado digitalmente  
 SUZANA SANTI CREMASCO  
Data: 24/03/2026 12:09:18-0300  
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof(a). Suzana Santi Cremasco ( Doutora ) Nota: 95 (noventa e cinco)

**BRUNO VAZ** Assinado de forma digital  
por BRUNO VAZ FLEURY  
**FLEURY** Dados: 2026.03.25  
09:00:40 -03'00'

Ciente: Bruno Vaz Fleury (mestrando)

## DECIDATÓRIA E AGRADECIMENTOS

Desde quando comecei a pensar sobre carreira, ainda criança, só tinha uma certeza: eu queria ser professor e escritor. A Academia, permanente fonte de dúvidas e angústias, é esse espaço para mim. O foro das ideias. Debate, escrita, transmissão. Adiei o sonho da Pós-Graduação por cerca de sete anos, enquanto estruturava minha prática advocatícia. Agora, dou mais um passo nessa caminhada, com esta dissertação. De fato, ideias são partejadas. O processo é bem dolorido. Agoniante, por vezes. Algo como Hefesto, abrindo a cabeça de Zeus a machadadas, para a dor de cabeça passar e a Sabedoria (Atena) sair.

Vivemos esse procedimento estranho, em que o pós-graduando, desde a concorrência pela seleção ao programa, deve ingressar já antevendo as conclusões de seus estudos. Não vivi essa linha reta. Troquei de tema quatro vezes e até mudei de orientador e Linha de Pesquisa. Realmente, vivi o Mestrado, li e sobretudo pensei demais. Deixei-me afetar pela pesquisa. Desviei o caminho, pelas margens dos livros. E curiosamente, retornei de onde comecei. Há algo de Odisseu, na vida acadêmica. A nostalgia é a dor (*algia*) de querer voltar para casa (*nostos*). O acadêmico, de uma certa forma, busca a sua Ítaca intelectual, como sempre falava o Embaixador Paulo Roberto de Almeida. Um lugar do qual se parte, mas se quer voltar. E achar-se e reconhecer-se nele. Meu agradecimento e dedicatória deste trabalho, portanto, vão para aqueles que não se cansaram de tecer, à espera da conclusão do meu mestrado e das dúvidas que o perpassaram. Aos que toleraram a ausência e o “enlouquecimento dos meus ponteiros”, como diria Drummond, acusando o ausente.

Primeiramente, agradeço ao Prof. Dr. Christian Lopes, que me acolheu entre o “primeiro e o segundo tempos” e abriu-me todas as portas. Agradeço a disponibilidade, paciência, os conselhos e especialmente o exemplo de profissional, que equilibra a advocacia e o magistério com tanta excelência.

Também preciso citar o Prof. Dr. Ricardo Sontag, quem primeiro me recebeu no programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG e me ofertou valiosas contribuições sobre metodologia e pesquisa.

Agradeço à minha sócia, Caroline Naves, que compreendeu a importância da Academia para mim e me socorreu nos *fronts* da advocacia, quando a pesquisa mais me demandou.

Mesmo com a distância geográfica, qualquer passo jurídico que dou perpassa minha amizade com Camila Ramos Celestino Silva. Nossas décadas de interlocução seguem sendo uma troca preciosa e uma bússola, rumo a Ítaca.

Agradeço, ademais, a Rubens Mateus Rosa Laurindo Gyalóky, irmão de intelectualidade, que contribuiu de modo imprescindível para as reflexões jusfilosóficas deste trabalho.

Dedico este trabalho, especial e finalmente, a quem sempre foi meu esteio. A Analice de Almeida Vaz e Frederico Fleury de Oliveira, meus pais, pelo suporte e amor incondicionais. A Maria Darlice de Almeida Vaz e Edna Carolino, pois tenho o privilégio de ter sido um filho com três mães. Aos grandes amigos da Ordem, oásis epistemológico e estímulo intelectual frequente. E, sobretudo, a Mariana Sobreira, quem mais tolerou comigo os percalços da rotina, juntos. Sempre juntos. Muito obrigado!

Somente os tolos exigem a perfeição, os sábios se contentam com a coerência.  
Provérbio chinês.

*A fidelidade ao precedente, enquanto exigência natural dos princípios da igualdade (entendida como justiça formal) e da segurança jurídica, não era, mesmo, de causar surpresa. Não há sistema jurídico que possa desconsiderar por completo os precedentes judiciais na aplicação do Direito, qualquer que seja o momento histórico, sob pena de o direito positivo entrar em contradição com a própria ideia de sistema, a qual pressupõe a aplicação do Direito como algo racional e coerente. Qualquer sistema jurídico que se desenvolva até um patamar mínimo de racionalidade necessita de certo grau de aderência ao precedente judicial, sob pena de se frustrarem as próprias pressuposições formais implícitas ao Estado de Direito”*

(BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Ed. Noeses, 2012, p. 82.)

Gustav Mahler  
Symphony No. 2 in C Minor

2. Violine.

I.  
Allegro maestoso. Mit durchaus ernstem und feierlichem Ausdruck.

nicht theilen.  
trem. 2

(Bässe) a tempo mf

nicht theilen. 1 2 3

ff p

4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 1

sempre p dim. pp p

molto espr. p

geth. f

## RESUMO

Este trabalho tem como finalidade investigar a aplicação do instituto jurídico do precedente às arbitragens de dimensão pública. Para tanto, objetiva traçar um histórico do precedente judicial, nos sistemas anglo-americanos, para extrair categorias universalizáveis, no trato com o direito jurisprudencial como fonte normogênica. Demonstrando como toda forma de resolução de conflitos concretos por meio do direito é tributária de uma noção de lógica, sistema, integridade e justiça isonômica, sustenta-se que um tribunal arbitral precisa apreciar as decisões pregressas pertinentes à questão jurídica do caso determinado, sob pena de negligenciar a devida valoração das fontes jurídicas e da tradição de compreensão de institutos e conceitos técnicos em julgamento. A questão ganha ainda mais relevo, no que o trabalho chama de arbitragens de dimensão pública, isto é, não confidenciais e com uma natureza plurissubjetiva tendente a reclamar tratamento isonômico entre jurisdicionados diversos, especialmente em casos em que a Administração Pública é uma parte da relação arbitral.

**PALAVRAS-CHAVE:** precedentes vinculantes; arbitragem; direito jurisprudencial; direito processual; administração pública; História do Direito; lógica. sistema. isonomia.

## ***ABSTRACT***

*This research aims to study the application of the legal doctrine of binding precedent to arbitrations specially those ones with a public nature. For this purpose, it seeks to outline the history of judicial precedent in Anglo-American systems, to extract universal categories related to case law as a legal source in western tradition. By demonstrating that every form of legal dispute resolution is inherently linked to ideas of logic, system, integrity, and equal justice, it is asserted that an arbitral tribunal must consider prior decisions relevant to the legal issue at hand. Failure to do so risks neglecting the proper evaluation of legal sources and the decision-making tradition that yields the legal concepts applicable. This issue becomes even more relevant in what this study refers to as arbitrations of a public dimension, that is, non-confidential proceedings with multiple parties or with the government, which tend to require isonomic treatment among various parties subject to the ruling.*

*KEYWORDS: binding precedents; arbitration; case law; procedural law; administrative law; History of the Law. logic. system. equal justice*

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANP	Agência Nacional do Petróleo
Art./art.	Artigo
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973
CPC/2015	Código de Processo Civil 2015
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil (1988)
CSNU	Conselho de Segurança das Nações Unidas
EC	Emenda constitucional
EUA	Estados Unidos da América
IAC	Incidente de Assunção de Competência
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
NCPC	Vide CPC/2015
ONU	Organização das Nações Unidas
Prof.	Professor(a)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.</b> .....	12
<b>2. PRECEDENTES VINCULANTES: DO <i>COMMON LAW</i> AO <i>STARE DECISIS</i> – BREVES ANOTAÇÕES HISTÓRICAS E CONCEITUAIS.</b> .....	19
2.2. Panorama histórico do Common Law: entre o mito do isolacionismo insular e a aproximação com o Civil Law .....	19
2.2. O <i>stare decisis</i> e o conceito “tradicional” de precedente vinculante na concepção jurídica anglo-saxã.....	29
2.3. Proposta de um conceito universalizável de precedente jurisdicional .....	33
2.4. Tipologia dos precedentes .....	39
2.5. Noções fundamentais no trato com precedentes vinculantes .....	41
2.5.1. <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i> .....	41
2.5.2. <i>Distinguishing, signaling, transformation, overriding</i> e <i>overruling</i> . .....	60
<b>3. OS PROVIMENTOS JUDICIAIS DE OBSERVÂNCIA PEREMPTÓRIA NO CPC/2015 – DILEMAS DO CPC/2015.</b> .....	67
3.1. Histórico do direito jurisprudencial no Brasil: das “façanhas” ao CPC/2015, em um cenário global de convergência entre o <i>Civil Law</i> e o <i>Common Law</i> . .....	67
3.2. Ode ao art. 926 e elegia ao art. 927: Do impróprio amálgama conceitual. A decisão que já nasce vinculante <i>ex lege</i> não é precedente.....	69
<b>4. APLICABILIDADE DO DIREITO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO ÀS ARBITRAGENS DE DIMENSÃO PÚBLICA.</b> .....	100
4.1. <i>Is arbitration really all that different?</i> Análise do estado da questão – diálogos com Gaillard, Carmona e Cremasco.....	100
4.2. Lógica, argumentação e sistema – proposta de referencial teórico hermenêutico para a completa cognição de fontes jurídicas do ordenamento, por meio do precedente jurisdicional. ....	111

4.3. Uma visão constitucionalmente adequada dos precedentes jurisdicionais vinculantes, nas arbitragens com a Administração Pública.....	128
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>145</b>
<b>REFERÊNCIAS .</b> ....	<b>151</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Projetos e rascunhos são falíveis por essência. Nasceram com a premissa da mutabilidade, inerente à humana imprevisibilidade do futuro. O percurso retilíneo alinhavado para a presente pesquisa acabou contornando diversas curvas, de forma que, como era naturalmente esperável, muitos ajustes foram necessários no próprio decurso dos trabalhos. Escrevi cinco projetos distintos ao longo do mestrado, trocando de tema, até alcançar este texto.

Desde a juventude, sou um apreciador dos temas de História, cultura, sociedade, organização militar, culinária e política das nações europeias, mormente daquelas integrantes da Grã-Bretanha. Ao adentrar a graduação em Direito, ainda nos primeiros períodos, veio-me o fascínio pelo direito anglo-saxão, nascido na Inglaterra, mas depois herdado e adaptado pelos norte-americanos. A temática virou paixão e trouxe a certeza de que o direito inglês e suas repercussões no mundo e no tempo seriam objeto da pesquisa acadêmica.

A realidade brasileira foi a ferramenta que moldou essa massa de base. Os problemas vividos pelo nosso abarrotado Judiciário empurram os teóricos a buscarem inspiração em modelos que sejam algo “vizinhos” sob o prisma cultural. Há muito se fala em convergência entre os sistemas de *Civil Law* e *Common Law* e o próprio Brasil já podia mostrar alguns desses sinais, ao abraçar institutos oriundos dessa interação, desde o *judicial review*, adotado na Constituição de 1891, sob a batuta de Ruy Barbosa.

O Novo Código de Processo Civil, cuja vigência iniciou-se no ano de conclusão de minha graduação (2016) foi o “toque final” naquele percurso. O novo diploma, após longa tramitação bicameral, trouxe para debaixo dos holofotes o debate acerca de uma (des)necessária e (in)devida aproximação entre os dois grandes universos jurídicos ocidentais. O protagonista dessa querela, em terras brasileiras, foi e é, sem dúvida, o direito jurisprudencial, materializado no instituto do precedente vinculante.

O tema oxigenou uma área da atuação jurisdicional ainda não tão explorada pela doutrina à época, de vez que a normogênese brasileira sempre fora focada no direito legislado. As cicatrizes do direito europeu continental, ainda decorrentes da influência francesa revolucionária<sup>1</sup>, marcam também nossa tradição de resistência ao

---

<sup>1</sup> O contexto das revoluções burguesas vivenciadas pelas nações europeias, desde o Século XVII, é fulcral para a compreensão do papel exercido pelo Poder Judiciário nos sistemas de *Common Law* e *Civil Law*. Na Inglaterra, as concepções sobre a essência do direito nacional, as preferências religiosas e o espírito de oposição ao absolutismo aproximaram os juízes do Parlamento. Assim, quando em 1649 o rei Carlos I foi

reconhecimento de papel criativo ao juiz. O CPC/2015 atçou todas essas questões e consolidou novas balizas de pesquisa.

Agora, no mestrado, os interesses seguem assemelhados, mas enriquecidos por mais anos de prática profissional. Assim, sob as lentes do mesmo tema, proponho-me a divisar novo objeto: a arbitragem. Metodologicamente também me permite alçar voos um pouco mais altos, utilizando ferramentas da Lógica e da Hermenêutica Jurídica, na busca por categorias com possibilidade mais universais. No fundo, parti de questionamentos acerca de algo conatural nos sistemas jurídicos ocidentais, como o desiderato de construção de um sistema coerente, íntegro e justo. E perquiri o papel que o precedente – em todas as suas formas de emanção – desempenha nisso.

Já é lugar-comum a constatação de que o CPC/2015 não adotou uma sistemática de precedentes vinculantes equiparável ao *stare decisis*. Isto é, a inspiração não poderia ser confundida com o resultado prático positivado nos arts. 926 e 927, dentre outros. A preocupação do diploma e de seus aplicadores, progressivamente, foi se confirmando como norteada pela gestão de acervo processual e casos repetidos da litigância de massa. O nosso direito pretoriano, assim, não fora verdadeiramente impregnado com a matriz do<sup>2</sup> *Common Law*. Há que se admirar a musa inspiradora, mas não a copiar. Dessa forma, a melhor interpretação dos dispositivos do CPC que disciplinam o direito jurisprudencial não é aquela que aproxima o Brasil cegamente de um modelo que ainda lhe é estranho. Se a lei não é expressa, deve a prudência do intérprete temperá-la e ter em conta que adaptações paulatinas são necessárias toda vez que um instituto jurídico é importado. Logo se assim o é no Judiciário, na arbitragem, o impacto esperado poderia e deveria ser muito menor, não obstante a plasticidade não-estatal do modelo e as influências da prática anglo-americana tornem até mais fácil a absorção de institutos alienígenas ou transnacionais.

---

decapitado sob as ordens de Oliver Cromwell, o novo sistema político que surgia com a chamada Revolução Puritana depositava crença em sua magistratura. Na França, por outro lado, o forte veio nobiliárquico dos juizes aproximava-os da Coroa, de sorte que a “restruturação” do país que se seguiu à Revolução Francesa foi marcada pela desconfiança em relação ao Judiciário, ainda monarquista, em sua maioria. Pelo exposto, era necessário atrelar seus julgamentos à vontade soberana do povo expressada no Legislativo, razão pela qual o positivismo francês concebeu a célebre figura do juiz *bouche de la loi*, isto é, amarrado às codificações (MARINONI, 2010, p. 52 e ss.). Podia-se falar, pois, em uma verdadeira renitência em se reconhecer à função jurisdicional um papel criativo (TASSINARI, 2013, p. 70).

<sup>2</sup> Explica-se a utilização do artigo masculino, na contramão do que faz grande parte da doutrina pátria. O termo *Law*, grafado com a letra “L” maiúscula não pode ser bem traduzido como “lei”, ao contrário do que comumente se pensa. Significa, em verdade, “Direito”, também grafado com “D” maiúsculo e representando o ordenamento social como um todo e não só os textos escritos editados pelo Poder Legislativo, que em inglês são chamados de *statutes* e alcunhados de *acts*. Dessa forma, como o gênero deve ser respeitado na tradução, optou-se por tomar o termo *Common Law* pelo nome próprio de um sistema, traduzido como “Direito Comum”, daí o emprego de tratamento masculino. Exatamente o mesmo raciocínio aplica-se ao termo *Civil Law*.

No ano de 2024, durante o curso do mestrado, fiz a disciplina que me levou à escolha deste tema de pesquisa. Meu orientador, o Prof. Dr. Christian Lopes, realizou seminários acerca das interfaces entre Arbitragem e Administração Pública. No decorrer do semestre, diversos e respeitáveis juristas foram convidados para palestrar sobre os temas de sua especialidade. Dentre eles, destacou-se para mim a contribuição da Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Suzana Cremasco, que tratou de um dos institutos jurídicos que domina meus interesses, desde a graduação: o precedente. Assim como a Professora, eu também “navego nas águas” existentes entre a arbitragem e o Processo Civil e acho que há diversos pontos de contato que suscitem importantes questões teóricas e práticas.

Este trabalho, em primeiro lugar, é uma homenagem à brilhante tese de doutorado da Prof<sup>a</sup>. Suzana. Mas também é uma tentativa de encarar o mesmo objeto por um ângulo um pouco diverso. Não apenas dando “o passo atrás” necessário, para se fazer o exame a partir das lentes do Processo Civil, mas dando-se um novo passo, “mais para trás” rumo à Teoria do Direito. Por meio desse prisma, universalizável tal como o sistema arbitral, é que procurarei analisar o fenômeno do precedente aplicado à arbitragem. Portanto, este não é um estudo especificamente sobre o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) e sua aplicação à arbitragem, ainda que seja inescapável pensar a questão a partir da concepção formativa de um jurista brasileiro.

Mais que isso, este não é um trabalho de arbitralismo ou de processualística. Tampouco um trabalho de Direito Privado. Cioso da aderência à linha de pesquisa a que me vinculo, proponho uma abordagem que integre os direitos material e processual. Este é, portanto, um estudo de Direito; e um manifesto contra as compartimentações ou insularismos teóricos. O Direito deve ser compreendido em sua integralidade, como fenômeno social multifacetado e complexo. Por isso, a metodologia aplicada é eminentemente teórica, em detrimento de uma perspectiva empírica ou de estudo de casos. Entendo que, antes de essas perspectivas serem aprofundadas, ainda há muito a ser construído, epistemologicamente, acerca dos pontos de contato entre os “regimes jurídicos” arbitral e estatal. Esse trabalho, assim, tentar somar sua contribuição, precisamente, na forma de colocação do debate. Isto é, por meio de digressões e fontes de História e Filosofia do Direito, assim como valendo-se de referenciais teóricos ainda inovadores para o tema, que lançam luzes jusfilosóficas e jusplicistas sobre as arbitragens envolvendo entidades integrantes da Administração Pública.

Qualquer um que frequente a “comunidade arbitral brasileira” já deveria ter ouvido o renomado Prof. Carlos Alberto Carmona, um dos coautores da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), enunciar seu bordão: “*arbitration is different!*”. Com a sagacidade que lhe é peculiar, o Prof. Carmona usa do bom humor, para destacar uma de suas bandeiras teóricas: a alegada distinção essencial da arbitragem, em relação ao processo judicial. Como sempre relembra a Profª. Suzana, o argumento é de que a arbitragem seria uma espécie de ornitorrinco, uma criatura absolutamente singular.

Tendo eu uma intensa advocacia, atuado nas duas esferas – judicial e arbitral – e muito refletido sobre elas, nos últimos onze anos, uma pergunta sempre me afligiu ante as citadas provocações: seria a arbitragem tão diferente assim, em todos os seus âmbitos? Dito de outra forma, não haveria uma raiz comum, haja vista estarmos tratando de formas de resolução contenciosa e adjudicatórias de controvérsias jurídicas? Mais, por estarmos tratando do Direito, como instituto sociocultural, na tradição do Ocidente? Em vez do ornitorrinco, obra da Natureza, não seria a arbitragem algo mais próximo da criação de cães ou cavalos de raça? Isto é, um animal cujas partes, características e categorias já preexistem, mas que, por obra humana, são isoladas e selecionadas de modo quase customizado, nos processos de cruzamento. Ou, para sair de metáfora biológica e ir para uma mais clara, não seria a arbitragem somente uma espécie de alfaiataria procedimental? Ao passo que o processo judicial seria as lojas de roupas *made to measure* e pré-prontas? Ambos vendem ternos, costumes e camisas. Os produtos são os mesmos em essência e possuem quase tudo em comum. A diferença é a forma de confecção: a possibilidade de escolha quase ilimitada em uma via, contra a moldes pré-estabelecidos na outra.

As diferenças são profundas e claras, de fato. Destacá-las teve um papel essencial, na história da afirmação da arbitragem, dentro do ordenamento brasileiro<sup>3</sup>. Mas, talvez, seja o tempo de começarmos a lembrar também as semelhanças. Afinal, ainda que suscetível à plena liberdade de disposição procedimental das partes, a arbitragem ainda está no campo do Direito. Não é, portanto, uma ilha de sentido na História das Ideias Jurídicas. Cada arbitragem não parte de um nada hermenêutico. Quando um ordenamento é eleito para reger a controvérsia, ele traz junto uma tradição e uma comunidade de intérpretes. Um diálogo ativo, entre os vivos e os mortos.

A depender do sistema jurídico eleito, o precedente pode, inclusive, ser fonte primária para resolução do caso. A jurisprudência é fonte normogenética do Direito e, em diversos países, é reconhecido papel criativo legítimo aos juízes. Trata-se, pois do direito

---

<sup>3</sup> Para um retrospecto do histórico de questionamentos e afirmação da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, pelo STF, cf. MATOS; 2022 e SOMBRA; 2011.

positivo daquele cenário. Pactuar uma cláusula compromissória não afasta isso, apenas altera qual entidade aplicará esse direito. Logo, optar pela arbitragem não precisa significar renunciar à segurança jurídica e à previsibilidade.

Ora, a solução tecnicamente correta para um caso, dentro da escolha do direito de determinado Estado, não deveria variar de acordo com o tipo de tribunal que se debruça sobre os fatos. O direito aplicável segue o mesmo. E entender o alcance e o sentido de suas disposições perpassa, necessariamente, ser deferente à tradição de seus intérpretes, nos Poderes público ou na doutrina. Cada arbitragem não refunda, do zero, a o direito material convencionado para reger a controvérsia. Se as partes o elegeram, é porque possuem legítima expectativa acerca das normas postas e conhecidas *ex ante*. Assim, não é questão de se reproduzir a decisão do Poder Judiciário daquele Estado; mas de assumir plenamente as consequências da já pacificada posição de ser jurisdição.

Vê-se, pois, que a questão é tudo, menos um *non-issue*. Assim, diferentemente da abordagem da Prof<sup>a</sup>. Suzana Cremasco, que propôs superar o debate sobre vinculação ou não dos árbitros aos precedentes judiciais, meu intento é defender a aplicação dessa vinculatividade. Não por causa do CPC/2015 – e até mesmo antes dele –, mas porque entendo que a ideia de se respeitar a tradição e os atos e interpretações passados é mera decorrência lógica da ideia de uma ordem que se pretenda justa, isonômica, íntegra, coerente, sistêmica e lógica. Tratar situações iguais da mesma forma é uma das noções mais elementares de justiça. Enfim, defendo que o instituto do precedente é um corolário universal da ideia de Direito e jurisdição distributiva – exercida por qualquer Poder, estatal ou não.

Para demonstrar isso, inicio com um capítulo que pretende investigar o que é um precedente. A ideia possui “DNA” e “genealogia”. É necessário respeitar a autonomia epistêmica dos conceitos, até mesmo para aferir se a lei positiva os deturpa ou não. Portanto, este trabalho abre com a aplicação da metodologia da historiografia das ideias jurídicas, acerca do nascimento da *Common Law*, do *stare decisis* e do *binding precedent*, no que viria a se tornar o direito inglês. São cerca de mil anos de história que geraram institutos jurídicos peculiares aplicáveis até os dias que correm, e cuja compreensão é essencial aos objetivos demonstrativos deste trabalho.

Mais do que uma formalidade, tem-se uma necessidade no caso concreto, uma vez que os institutos jurídicos oriundos do *Common Law* são verdadeiros artefatos históricos, no melhor sentido da expressão. Mesmo os mais modernos conceitos carregam em sua essência e na tônica de sua interpretação a marca do tempo, que não pode ser olvidada de qualquer estudo acerca deles. O precedente, em especial, é o principal instrumento de

coerência no tempo do manejo do Direito, pelas cortes anglo-saxãs. Enfim, trata-se de situar os conceitos jurídicos no tempo, no espaço e em sua natureza, para, após, extrair-lhes o que é universalizável. Vamos da raiz, passando pelo tronco e pelos galhos, ao fruto e até as sementes replantadas, nos ordenamentos jurídicos atuais.

No capítulo seguinte, as lentes se voltam para a aplicação de todo esse arsenal teórico, no Brasil. Afinal, esta é uma pesquisa realizada no bojo da universidade federal brasileira e precisa ter relevância prática para nosso país. Além disso, as ideias articuladas no campo meramente teórico precisam ser testadas em um ambiente de aplicação prática. Portanto, o trabalho começa a examinar a evolução Direito Jurisprudencial brasileiro, como fonte normogênica. A metodologia é eminentemente dogmática, com recurso à doutrina e à historiografia, para descrever o tema das origens lusitanas medievais, até o CPC/2015 e seu sistema de provimentos jurisdicionais de observância compulsória – bem distinto da experiência anglo-saxã. Ver-se-á que o argumento central desta dissertação independe – conquanto seja reforçado – pelas balizas de direito jurisprudencial inauguradas pelo aludido diploma processual.

Tal como na dimensão processual, também é necessário situar o estudo arbitral, no tempo e no espaço. Novamente, o foco é tornar este trabalho algo de valia para a prática jurídica brasileira contemporânea. Logo, o debate é posto dentro das molduras do direito positivo pátrio que ora rege a arbitragem. Mais precisamente, interessa a esta pesquisa as arbitragens que ostentem, por diversas razões, uma natureza pública no sentido de não serem confidenciais e de possuírem alguma dimensão plurissubjetiva ou coletiva. Isso porque, é na arena pública que a demanda por igualdade de tratamento jurisdicional e segurança jurídica é mais patente e ascende o debate sobre coerência e integridade do direito de determinado país.

O capítulo final, assim, é a conjunção de tudo quanto explorado neste estudo. Isto é, combina as ideias de História do Direito, Processo Civil e arbitragem, para mostrar como esta última deve tratar o instituto jurídico do precedente. Princípio, no item 4.1., com a exposição do *status quaestionis* desse recorte temático, em especial diálogo com a tese de doutoramento da Prof<sup>a</sup>. Suzana Cremasco, um marco acadêmico na matéria. Sigo para demonstrar que a arbitragem precisa valorar todas as fontes do direito eleito para resolver a controvérsia posta. Ainda que seja uma forma privada de solução de disputas, ela permanece como jurisdição, de sorte que não pode ignorar as normas jurisprudenciais, tampouco a tradição decisória sobre o tema em disputa, dado que compõe o tecido do direito aplicável à contenda.

O item 4.2, cuida prover o debate com subsídios teóricos mais densos e lentes jusfilosóficas. Sendo o Direito um fenômeno cultural e linguístico, com diversos pontos de coesão e trajetórias históricas compartilhadas, é possível identificar formas de trato comuns das fontes, nas tradições euro-ocidentais. Por meio do ferramental metodológico da Filosofia e Hermenêutica Jurídicas, o capítulo buscará demonstrar como as noções de lógica e sistema impõem nada menos que coerência a qualquer forma de resolução de situações concretas, por meio do aparato abstrato das normas – sejam elas oriundas do Poder Legislativo ou do Judiciário.

Na parte final do trabalho (item 4.3), aplico todo o arsenal desenvolvido neste estudo, para me debruçar sobre as arbitragens de dimensão pública. Isto é, aquelas em que a Administração Pública é parte e traz, a reboque, seu regime jurídico próprio e o sistema constitucional processual. Analiso como essa peculiaridade *ratione personae* impacta os procedimentos arbitrais, com foco no trato com os precedentes vinculantes. Nos trechos finais do capítulo, investigo as consequências jurídicas e eventuais meios de impugnação, para a hipótese de sentenças arbitrais que destoem dos ditames constitucionais firmados em provimentos judiciais de observância compulsória.

Ao final, encerro a dissertação com as conclusões extraídas da pesquisa.

## 2. PRECEDENTES VINCULANTES: DO *COMMON LAW* AO *STARE DECISIS* – BREVES ANOTAÇÕES HISTÓRICAS E CONCEITUAIS

### 2.1. Panorama histórico do *Common Law*: entre o mito do isolacionismo insular e a aproximação com o *Civil Law*

O direito inglês<sup>4</sup> é o berço donde partejou-se a noção de precedente vinculante. Todavia, ao contrário do que é comumente pensado, a força obrigatória da norma pretoriana tardou a aparecer na linha do tempo da história jurídica anglo-saxã, pelo que se trata de fenômeno apartado – ainda que associado – do que se convencionou chamar de *Common Law*<sup>5</sup>.

Como é próprio de todo território insular, tem-se que o isolamento geográfico gera peculiaridades climáticas, naturais e culturais<sup>6</sup>. Não foi diferente com o Direito, que, na Inglaterra, encontrou resistência à influência do direito romano<sup>7</sup> e ao abstracionismo

---

<sup>4</sup> Por óbvio, o foco das anotações históricas que se seguirão será o milenar desenvolvimento dos institutos jurídicos da Inglaterra, que repercutiram nos ordenamentos de todos os países que foram direta ou indiretamente subordinados a Londres. Todavia, não se pode deixar de considerar o papel do pensamento jurídico dos Estados Unidos na temática do precedente. Desde o século XIX, sem dúvidas, foram progressivos a autonomia e o relevo do direito norte-americano, que nunca se fundiu ou meramente reproduziu o direito comum inglês, quer pela ignorância jurídica dos colonos, quer pela natural refração a tudo o que era oriundo da metrópole. Inobstante a decisão no chamado *Calvins's case* (1608) – que deliberou pela aplicação do *Common Law* a todos os súditos da Inglaterra – tenha sido aplicada analogicamente às Treze Colônias, isso não impediu seu flerte com um direito mais legislado e uma constituição escrita, advindo do contato com outras colônias de impérios filiados ao *Civil Law* ou ainda do desejo de se diferenciar do direito imposto pela Coroa Britânica. Como maior exemplo desse fenômeno, tem-se a adoção da Carta da Filadélfia, em 1787, após a vitoriosa campanha de independência dos jovens Estados Unidos da América, primeira nação coligada sob a positivação constitucional de uma república, presidencialista e federalista, tudo isso traços em direta oposição ao Estado bretão.

Todavia, a origem da maioria dos colonos, a identidade idiomática e o ensino jurídico baseado nas grandes obras inglesas, fez com que a mecânica geral do *Common Law* fosse os tijolos sobre os quais o conhecimento jurídico americano se edificaria. Não obstante tenha ocorridos inovações do mais alto relevo, como o *judicial review*, estribado no mais que célebre caso *Marbury vs. Madison* de 1803, tem-se que direito inglês foi a principal fonte de que bebeu a ordem jurídica americana, ainda por todo o Século XIX, inclusive filiando-se à doutrina do *stare decisis*, em uma versão mitigada (I) pela maior flexibilidade dada ao precedente horizontal e (II) pelo modelo federativo (DAVID, 2014, p. 439 e ss.).

Por certo, a influência em tela pode ser considerada até mesmo natural, uma vez que, durante todo o jugo inglês, era inevitável que as instituições jurídicas colonas, mesmo que mais fragmentadas, absorvessem a estruturação normativa metropolitana. Obviamente, a “importação” não ocorreu por simples sobreposição, pois não era factível que um sistema forjado na bigorna de tradições tribais e feudais de povos insulares de relativa homogeneidade étnica fosse aplicado em seu todo e de plano para o continental território e para os diversos povos que viriam a compor os atuais EUA (CRUZ E TUCCI, 2012, p. 105-106).

Entre nós, vale referenciar, o melhor texto acerca da evolução autônoma dos jusconstitucionalismo dos Estados Unidos é a magnífica obra póstuma de MACIEL, 2016. Para o tema em testilha, vide p. 25 e ss.

<sup>5</sup> MARINONI, 2010, p. 33 e ss.

<sup>6</sup> DAVID, 2014, p. 354 e ss.

<sup>7</sup> Na tentativa de mostrar que o esforço isolacionista se frustrou e na busca por uma teoria universalizável do precedente judicial, BUSTAMANTE (2012; p. 03 e ss.) revela que o direito romano do período clássico (Século II a.C. ao Século III d.C) possui mais semelhanças com as linhas-mestras do *Common Law*

cientificista do direito continental em sua forma de prática e de ensino<sup>8</sup>. Todavia, mesmo no Reino Unido, na Grã-Bretanha e na *Commonwealth*, existem microsistemas na Escócia e na Irlanda do Norte, de forma que o termo “direito inglês” em sentido estrito deve restringir-se ao ordenamento aplicado sob a bandeira da Cruz de São Jorge e no País de Gales. Assim, como todo microcosmos que enfrenta uma oposição cosmopolita, tem-se que o direito inglês é marcado pelo orgulho da tradição, seja no costume dos jurisdicionados ou no da Justiça<sup>9</sup>, eixo que estrutura sua organização sócio-normativa. Trata-se, pois, de um ordenamento jurídico de caráter historicista, em sua essência.

Logo, para se entender o que há universalizável na regra do precedente, paradoxalmente, é necessário conhecer sua “terra-natal” e sua “história de vida”. Isto é, de quais questões o instituto nasceu para cuidar e como foi evoluindo em diálogo com as necessidades sociais. Portanto, não é uma daquelas introduções históricas clichês e dispensáveis. Todo conceito de direito inglês é, por essência, um conceito jushistórico. Passa-se, assim, ao exame da tradicional classificação historiográfica dos chamados períodos do direito da Inglaterra.

Conforme ressaltado, o direito de Roma teve impacto menor sobre as tradições jurídicas dos povos nativos da antiga Bretanha. O avanço do Império não foi profundo na ilha, quer em termos geográfico-militares, quer em termos de implementação jurídico-cultural. Dessa forma, no chamado **Período Bárbaro ou Anglo-Saxão** (Século V – 1066), que se seguiu à retirada romana, as normas mantiveram sua conotação tribal, herdadas e moldadas por uma miríade de culturas, como celtas, anglos, saxões, jutos, dinamarqueses e demais povos escandinavos invasores, praticantes da atividade que convencionou-se chamar de *viking*<sup>10</sup>. Dos grupos de origem étnica germânica, a Inglaterra herdou os *Wittenagemont* – os conselhos tribais integrados pelos chefes guerreiros –, que

---

contemporâneo do que com os modernos ordenamentos da Europa continental, supostamente mais marcados pela influência do pensamento jurídico de Roma. Vale dizer, tem-se um direito não codificado, em que a solução de problemas possui caráter dedutivo e casuístico, esculpido por meio de distinções e analogias feitas por uma classe de intérpretes autorizados – antes, os jurisconsultos, hoje, os juízes. Dessa forma, busca demonstrar que a hermética autonomia metodológica no trato inglês com precedentes talvez seja superestimada – e até mitificada – por teóricos do Direito Comparado, marcados pela cisão escavada somente no Século XIX.

<sup>8</sup> DAVID, 2006, p. 02 e ss.

<sup>9</sup> Conforme bem pondera Wambier (2012, p. 22), tem-se um sistema jurídico que extrai a legitimidade da previsibilidade e a previsibilidade da repetição, esta transmitida a cada nova geração. Conforme explica a professora, era possível se falar em dois degraus de autoridade consuetudinária. Primeiramente, havia apenas o costume jurídico arraigado socialmente. Após, a norma alcançava um novo *status* ao ser referendada em um tribunal, até constituir um costume ou prática jurisdicional, isto é, reiterada pela corte e entendida como de direito.

<sup>10</sup> DAVID, 2014, p. 356 e ss.

marcou o desenvolvimento de sua organização política e dispensação de Justiça, constituindo a raiz de institutos importantes, como o parlamento, a aristocracia e o júri<sup>11</sup>.

Todavia, em 1066, a Bretanha medieval, dividida em diversos reinos, sofreu o maior impacto cultural, talvez até os dias de hoje. Guilherme, o Conquistador, Duque da Normandia, invadiu a ilha e unificou-a sob o poderio militar da cavalaria. Instaura-se nova peculiaridade na história inglesa. Os senhores normandos que acompanharam o novo monarca agruparam-se em torno de seu poder centralizado, conformando uma espécie parcialmente centralizada de feudalismo. O poder central político permitiu grandes transformações no direito, de modo que se inicia o chamando **Período de Formação do *Common Law* (1066-1485)**. De plano, a missão de uniformizar o fragmentado direito tribal mostrou-se à beira do impossível. As *County Courts* ou *Hundred Courts* herdadas dos antigos *Shires* e seus tribunais populares aplicavam as leis locais. Por sua vez, a jurisdição eclesiástica aplicava o direito canônico, embebido pelas fontes romanas. O desafio ganhou corpo na medida em que as cortes locais foram substituídas por jurisdições senhoriais, para depois sofrerem o aludido processo de centralização, que se intensificou, no Século XIII, pelos Tribunais Reais de Justiça de Westminster<sup>12</sup>.

Por um lado, o desejo de extensão do poder e de aumento dos lucros advindos da administração da justiça e, por outro, a sede da população por um órgão mais eficiente na solução das contendas sociais gerou progressiva expansão da competência material e territorial das cortes do rei. Todavia, foi somente no Século XIX, em 1875, que a justiça real se tornou a justiça comum. Até então, malgrado seu poder crescente, atuava como justiça de exceção, um privilégio para aqueles que pudessem custeá-la e obter o convencimento do Lorde Chanceler – um alto oficial da Coroa –, para que concedesse um *writ*, garantidor do conhecimento da causa<sup>13</sup>. Assim, paulatinamente, os Tribunais de Westminster esculpiram um novo direito – que, inobstante a pretensão, não conseguiu extirpar a mecânica do costume e da tradição de seu funcionamento, ao traçar *the law of the land of the Englishmen*<sup>14</sup> –, com validade em todo o território do Reino. Era o chamado de *comune ley* – o francês normando era o idioma oficial da corte – e, posteriormente, de

---

<sup>11</sup> GUIZOT, 2008, p. 113 a 133 e MONTESQUIEU, 2014, p. 241 defendem a origem bárbara e aristocrática do instituto, com base na clássica obra de Tacitus, *Germania*;

<sup>12</sup> DAVID, p. 357 e ss.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Esse fenômeno culminou em decisões interpretativas e sistematizadoras desses costumes, com o fito de extrair regras de aplicação geral a partir do caso concreto (*case law*), traçado metodológico em que começou a ser rascunhado o modelo de precedentes judiciais (*rule of precedent*).

*Common Law*<sup>15</sup>. Trata-se de direito essencialmente prático, que foi se adaptando às necessidades concretas do povo que precisava reger. A complexidade do processo inglês, em suas categorias idiossincráticas, tornou-o refratário à absorção do direito romano<sup>16</sup> e dos sistemas que dele se originaram. O ensino jurídico nas *Inns of Court* pautava-se pela prática forense e via no antigo direito imperial uma curiosidade, de modo a não se afetar por ilações teórico-científicas. O direito gravitava na ordem da prática e não da razão, porquanto não era exigida formação acadêmico-universitária de advogados e juízes. A jurisdição real ainda contava com o recurso supremo ao rei, materialização da justiça divina na Terra.

A atribuição de julgar era delegada ao Lorde Chanceler e seu conselho. Contudo, os conflitos que culminaram na Guerra das Duas Rosas (1455 – 1485) trouxeram dificuldades para a gestão dos oficiais reais, de modo que o Chanceler passou a agir como juiz singular. Suas decisões não eram pautadas nas construções das cortes inferiores, mas no seu senso pessoal de justiça, manifestação da vontade do soberano. Tem-se a chamada *equity*<sup>17</sup>, cujo crescimento ensejou o chamado **Período Dual (1485 – 1832)**<sup>18</sup>, de rivalidade entre essa nova – e mais direta – forma de julgamento e o arraigado e complexo *Common Law*.

Tratava-se de processo escrito e inquisitorial, secreto, em oposição à oralidade pública do direito comum. As decisões eram pautadas por princípios gerais, que esposavam lições de juriconsultos romanos e, no horizonte, anunciou-se a possibilidade

---

<sup>15</sup> Com estribos na obra de Blackstone, MARINONI (2010, p. 24 e 25) demonstra que, malgrado carregue o epíteto “comum”, o *Common Law* na verdade era um mosaico composto pelo esforço real de se traçar balizas jurídicas gerais, frente a costumes regionais e tribais e, ainda, face à jurisprudência das cortes, também variável ao longo do território.

<sup>16</sup> Mais uma vez, BUSTAMANTE (2012; p. 13 e ss.), com espeque em Helmholtz, evidencia que, desde os Séculos XI e XII, havia uma preocupação, por parte de parcela dos juristas ingleses, em ao menos conhecer as leis e a organização jurídica praticada nas nações vizinhas, no continente. Com efeito, como demonstra este tópico do trabalho, por diversas vezes, os britânicos flertaram de perto com o antigo direito romano e com os sistemas jurídicos contemporâneos dele originados. Trata-se de tese encampada por *Lord Bingham*, para quem os magistrados dos diversos países da porção ocidental da Europa, ao longo dos séculos e até os dias modernos, enfrentam, em regra, problemas sociais similares e alcançam soluções convergentes, progressivamente aproximadas. Essa tese pode ser confirmada na realidade recente, em que, até o fenômeno conhecido como *Brexit*, assistia-se ao Parlamento Europeu e às cortes da União Europeia uniformizarem a disciplina e a jurisprudência sobre temas de relevo para todo o bloco, inclusive o Reino Unido.

<sup>17</sup> A *Court of Chancery*, para Caenegen (2010, p. 311-315), estatuiu-se como verdadeira corte de consciência (*court of conscience*), em oposição às cortes de direito (*courts of law*), que aplicavam o *Common Law*. Com base na obra póstuma de John Selden, intitulada *Table Talk* (1689), o professor emérito da Universidade de Ghent revela como alguns juristas dos Séculos XVI e XVII enxergavam de forma jocosa a técnica de julgamento aplicada pelo Chanceler e seu tribunal. Dizia-se que, da mesma forma como variava o tamanho do pé do *Lord Chancellor*, poderia variar a medida de sua consciência, o que sujeitaria as soluções jurídicas a parâmetros completamente arbitrários e inconstantes, uma vez que uma corte de equidade mascarava apenas o voluntarismo do oficial real que a presidia, a quem era dada a prerrogativa de opor sua subjetividade ao direito objetivamente posto;

<sup>18</sup> DAVID, 2014, p. 370 e ss.

de uma guinada na trajetória jurídica inglesa. Todavia, a grande demanda pelos julgamentos do Chanceler, atreladas a uma má organização e resistência da magistratura real – aliada do Parlamento em prol da sistematização de regras jurídicas legisladas e da contenção do poder jurisdicional real –, renderam um cenário de morosidade e oposição institucional<sup>19</sup>, que impediu a substituição da magistratura real e consolidou um cenário de disputa e dualidade de judicaturas, apaziguado por uma solução-compromisso de coexistência<sup>20</sup>.

É nesse período, em que o direito consuetudinário teve de lutar para subsistir como viga-mestra, que o pensamento jurídico inglês se voltou com mais peso para o direito produzido nos tribunais, na forma de precedentes judiciais a serem observados no futuro (*rule of precedent*). O país, inobstante derrotado, lograva sair de uma guerra secular com a França, bem como se reestruturava de uma guerra civil dinástica, acontecimentos estes que solidificaram a Inglaterra como Estado nacional moderno. Nesse contexto de consolidação das instituições, conforme pontuado, as cortes não restaram inertes e investiram nas raízes de seu poder, para que subsistissem no novo arranjo político-social<sup>21</sup>.

No Século XVI, começaram a ser editados os *Year Books*, coletâneas de decisões judiciais de e para todo o Reino. O esforço enciclopédico foi acompanhado pela produção jurídico-literária, período que rendeu à Inglaterra alguns de seus maiores autores. Ainda no Século XVI, Francis Bacon inovava os simples compêndios medievais de julgados, ao sistematizar máximas jurídicas, das quais poder-se-ia extrair regras para a solução de casos concretos<sup>22</sup>. No Século XVIII, devem ser destacadas a obra póstuma de Matthew Hale – *History of the Common Law of England, with an Analysis of the Law of England* – e, mais ainda, o grande clássico de William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, talvez o texto a obra mais celebrada da doutrina inglesa, até hoje editada e atualizada. Essa robusta produção de conhecimento contribuiu para a permanência do *Common Law*, que, em amálgama com a equidade, passaria a ser disseminado pelos domínios ultramarinos do ascendente Império Britânico.

---

<sup>19</sup> DAVID, 2006, p. 09.

<sup>20</sup> Consolidada a estrutura de coexistência entre as duas jurisdições – que, no Século XIX, mesclar-se-iam na *Supreme Court of Judicature*, órgão que reuniu os tribunais de Westminster, reorganizados na *High Court of Justice*, na *Crwon Court* e, acima delas, na *Court of Appeal* –, tem-se que os próprios juízes comuns ingleses passaram a indicar aos cidadãos a busca pela Corte da Chancelaria, quando vislumbravam que o direito comum posto não poderiam alcançar uma solução de justiça adequada (CAENEGEM, 2010, p. 316).

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> BUSTAMENTE; 2012, p. 84.

A reforma legislativa de 1832 – seguida pelas reformas de 1833 e 1852, todas as três influenciadas pelo pensamento de juristas como Jeremy Bentham e seu principal sucessor teórico, John Austin – inaugurou o chamado **Período Moderno (1832 – dias atuais)**<sup>23</sup> no direito inglês. De certa forma, o Parlamento voltou seus olhos para os impactos que o arcaico processo estruturado sob o *Common Law* estava causando à nação. Dessa forma, objetivou-se “limpar as ferrugens que emperravam as engrenagens”, para permitir que os juízes se preocupassem mais com o direito material, do que minúcias procedimentais. No mesmo pacote de soluções legisladas, de 1873 a 1875, os *Judicatures Acts* unificaram as jurisdições inglesas. Dessa forma, extinguiu-se os juízos de exceção e qualquer corte comum poderia aplicar tanto a solução de *Common Law* como resolver a lide fundada na *equity*<sup>24</sup>.

Fundamental gizar que o ordenamento inglês não vivenciou um movimento de codificação, como sustentáculo de sua reforma objetivista no Século XIX, assim como ocorreu com a Escola da Exegese francesa, sob o jugo dos códigos napoleônicos. Os citados movimentos legislativos foram instrumentais e não um fim em si mesmo. Dessa forma, os elementos tradicionais componentes da essência do direito anglo-saxão foram preservados<sup>25</sup>.

Em oposição ao pensamento jusnaturalista, hegemônico até então, a contemporaneidade alavancou a preponderância do direito como produto do intelecto humano e posto pela vontade terrena e não por regras da natureza ou pela batuta de alguma divindade. Nesse diapasão, Bentham desenhou as bases do positivismo inglês, uma escola de pensamento que ficou conhecida como *Analytical Jurisprudence*. Como uma de suas teses centrais, essa corrente trouxe a noção de que o juiz não se limitava a declarar um direito estatuído por uma ordem meta-humana, mas na verdade criava normas – teoria constitutiva. Os holofotes dos parlamentares e dos jusfilósofos estavam voltados, portanto, para a atividade jurisdicional. A preocupação com a estabilidade decisória ganhou novo fôlego e, a partir de 1865, a Coroa passou a editar os *Law Reports*, uma nova coletânea jurisprudencial<sup>26</sup>.

Esperado, por isso, que, sobre este palco de reafirmação do direito comum insular, fosse oxigenado o direito de matiz jurisprudencial. Como é cediço, autores como

---

<sup>23</sup> DAVID, 2014, p. 377 e ss.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 378.

<sup>26</sup> MOTTA, 2015, p. 42 e ss.

Bentham<sup>27</sup> e Austin eram partidários do direito legislado, afetos à ideia continental da codificação. Todavia, o direito dito pelo juiz (*judge-made law*) para o caso concreto (*case-made law*), com base no costume juridicamente reconhecido em decisões pretéritas (*precedent*) era noção já em demasia arraigada na tradição da judicatura inglesa. Desse modo, mais uma vez, os juízes estavam no centro da evolução – ou conservação – do direito do país, o que contribuiu para conter eventual aproximação com o abstracionismo inerentes ao direito das famílias romano-germânicas<sup>28</sup>.

Sobre as tensões vividas entre as teorias declaratória e constitutiva da jurisdição, Marinoni revela que, desde a Idade Média, uma perspectiva de mera declaração judicial seria mais própria da tradição dos *Englishmen*<sup>29</sup>. Isto é, acreditava-se que, quer os costumes peculiares de determinadas regiões, quer o costume geral do Reino, seriam um dado posto, criado pela mentalidade histórica e coletiva do povo, desde tempos imemoriais e com validade indeterminada *pro futuro*. Esses institutos seriam descobertos e declarados pelos juízes, de tempos em tempos, ao apreciar cada litígio concreto acerca da aplicabilidade dessas normas consuetudinárias.

Em um primeiro momento, conforme escreve MacCormick<sup>30</sup>, os juízes ingleses abraçaram seu papel meramente declaratório, pois isentava-os da responsabilidade política de “legislar”, isto é, mascarava-se seu engajamento positivo no processo de criação do direito. Se o magistrado decidia com base diretamente no costume, apenas revelava-o, em postura supostamente neutra. Se julgava para manter uma decisão anteriormente firmada, simplesmente curva-se ao direito nela declarado<sup>31</sup>. Em outras

---

<sup>27</sup> A história americana registra que, em 1811, Bentham inclusive ofereceu seus serviços ao Presidente dos Estados Unidos, James Madison, a fim de elaborar a codificação federal do país, na esperança de afastá-lo do *Common Law* inglês.

<sup>28</sup> Segundo BUSTAMANTE (2012; p. 53 e ss.), o isolacionismo e autonomia do *Common Law* são verdadeiro mito oriundo do nacionalismo jurídico inglês. A tensão entre os *common lawyers* – cuja formação dava-se por meio das até hoje existentes *Inns of Court*, centros de educação prática em direito – e os *civilians* – juristas de base científica, que frequentavam universidades, em que *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano e o Direito Canônico faziam parte dos programas de ensino – deitava raízes nos conflitos que marcaram a história do país, especialmente na era Tudor, como as disputas entre o Parlamento predominantemente puritano e afeto à ideia de *law of the land*, versus a Monarquia e nobreza anglicanas. Por isso, antes de um fenômeno natural, a tentativa de apartar a Inglaterra do *ius civile* europeu, em uma espécie de “Galápagos jurídica”, foi um esforço historicamente datado, que contou com maior impulso entre os Séculos XVII e XIX. Essa postura, porém, não restou incólume de críticas para os próprios ingleses, como revela o Professor da UFMG citando Maitland, para quem o comparatismo foi essencial à obra de Blackstone. Conforme aponta Helmholz, a própria Magna Carta (1215) não ficou indene da influência alienígena continental.

<sup>29</sup> MARINONI, 2010, p. 24-32.

<sup>30</sup> MACCORMICK, 1966, p. 197 e ss.

<sup>31</sup> Seguindo o raciocínio do professor escocês supracitado, a teoria declaratória encontrava seu limite epistêmico nos casos em que a *overruling* – revogação do precedente – se mostrava necessária. Isto é, após extirpar o direito existente, o juiz deveria substituí-lo por novas normas, processo que desnudava a atividade criativa da função jurisdicional. Para MacCormick, o desejo de manutenção do véu da simples “descoberta” pretoriana do direito foi um dos fenômenos responsáveis pela solidez do *stare decisis* inglês, se comparado

palavras, conforme já explanado alhures, a atividade judicante inglesa sustentava-se na noção de respeito ao costume dos jurisdicionados reconhecido e interpretado nos tribunais. Dessa forma, o direito inglês se desenvolveu como que com as duas faces do deus romano Janos, em que seguir em frente restava condicionado a olhar para o passado.

As críticas positivistas de cunho constitutivo da Escola da Jurisprudência Analítica desnudaram essa crença geral. Bentham e Austin demonstraram, dentre outros argumentos, que a razão prática e científica não podia conviver com um místico e inalcançável paradigma atemporal, atópico e impessoal. Revelaram como, diversas vezes, o julgador inovava no ordenamento (*law-making authority*), quer positivamente, quer revogando um precedente ou não aplicando uma regra costumeira específica<sup>32</sup>. O real significado da expressão *law-making authority* é mais restrito do que se imagina entre os críticos do modelo britânico e em meio aos juristas do *Civil Law*. Em verdade, o juiz inglês não criava o direito a partir do zero, mas sempre interpretava a lei escrita ou costume posto. Por isso, a simples existência da regra do precedente, de modo a se admitir a decisão judicial como fonte do direito não é sinônimo de equiparação do produto dos julgamentos pretorianos aos instrumentos editados pelo Poder Legislativo. Ao contrário, os magistrados filiados às famílias romano-germânicas passaram a exercer um papel criativo muito mais contundente a partir da evolução do controle de constitucionalidade – mormente a modalidade concentrada –, atividade que tornou mais tênue a fronteira entre o legislador e o julgador, de modo a causar espécie até mesmo aos americanos, “inventores” da revisão judicial da legislação<sup>33</sup>.

---

ao norte-americano, *e.g.* Até hoje, a resistência à superação de um julgado paradigma é muito intensa na prática forense britânica.

<sup>32</sup> Marinoni, 2010, p. 38 e ss.

<sup>33</sup> A dimensão do poder conferido aos ministros da Suprema Corte brasileira, *e.g.*, chama a atenção, haja vista que, por decisão monocrática em medida cautelar – com posterior, mas potencialmente moroso referendo do plenário –, um único magistrado pode suspender a eficácia de lei em todo o território nacional. Interessante levantamento e análise do tema pode ser encontrado em MENDES. VALE, 2011. Também causa espécie, à luz do Direito Comparado, a possibilidade de o STF declarar a inconstitucionalidade de emenda constitucional aprovada e em vigor, poder cuja aceitação é pacífica na atual jurisprudência da Corte. O caso que abriu essa prerrogativa foi o julgamento da ADI nº 939/DF, apreciada em 1993, sob a relatoria do Min. Sydney Sanches e fez o modelo brasileiro de fiscalização constitucional abstrata de normas merecer o epíteto de “ultraforte” para parcela da doutrina (SILVA 2009, p. 217-218). Interessante acrescentar que, ainda que se trate do juiz de primeiro grau, o poder conferido à magistratura pátria afigura-se vasto em outros aspectos. A iniciativa probatória, por exemplo, é garantida *ex legis* (art. 370, CPC/2015), assim como defendida por doutrinadores de escol (BEDAQUE; 2013, p. 173 e ss.). Noutra giro, o Professor Barbosa Moreira (2007, p. 47 e ss.) traz relato de *Lord Denning*, que menciona a história de certo juiz inglês que teve julgamento anulado e foi pressionado a deixar o cargo, porque seu mero ato de fazer muitas perguntas a determinada testemunha foi tido pelos colegas e pelos advogados como violação à sua imparcialidade e ao limite de sua atividade inquisitiva, de modo a violar a garantia do *fair trial*. Essa resistência foi mitigada na Inglaterra, especialmente após a publicação das *Civil Procedure Rules*, todavia, nos Estados Unidos, a determinação oficiosa de provas permanece mal-vista, pois o protagonismo da instrução é dado às partes e seus patronos. Sobre a *Civil Procedure Rules* cf. GONÇALVES. BRITO, 2015, p. 291-326.

Retornando a Bentham e seu discípulo, tem-se que alcançaram conclusões sempre pejorativas acerca do *Common Law*, como se o sistema então entabulado fosse mera desculpa para a arbitrariedade dos juízes ingleses, que, inequivocamente apresentariam um papel jurídico criativo. As lentes desses autores eram imbuídas de ceticismo, ao exaltar a previsibilidade das codificações abstratas existentes no continente, em detrimento do mecanismo dedutivo *a posteriori* da justiça britânica, em que a solução generalizável só podia ser extraída após existir alguma decisão para determinado caso específico. Jeremy Bentham batizou essa mecânica de *dog-law*, comparando-a ao adestramento de um cachorro, que apanha sem advertência prévia, de modo a conhecer seu ilícito apenas após a prática. Malgrado o cinismo latente, essas preocupações mostravam-se válidas, pois referentes à segurança jurídica e à cognoscibilidade apriorística do direito. Tanto o eram, que suas teses foram alvo de coro, até mesmo na *House of Lords*<sup>34</sup>.

Tamanho foi o impacto da escola analítica inglesa, que, até os dias atuais, predomina, nos *speeches* da Câmara Alta, a crítica severa às teorias declaratórias do direito pela magistratura. O consenso antes – entre o Século XII e o final do Século XVIII – estabelecido em prol do papel meramente descobridor do juiz, abriu espaço para uma visão radicalizada – também fomentadora da visão extremada<sup>35</sup> da autonomia dos institutos jurídicos desenvolvidos no bojo da *Commonwealth* – norteada pelo positivismo primitivo de Bentham e pela visão constitutiva da função jurisdicional, que, só muito recentemente, principiou sua decadência, por meio do mais sofisticado e moderado positivismo de Herbet Hart e pelo pensamento de autores pós-positivistas, como o americano Ronald Dworkin e escocês Neil MacCormick<sup>36</sup>.

Nesse contexto, apesar de historicamente imbricado, o surgimento do *stare decisis* não está particularmente condicionado a qualquer uma das citadas teorias acerca da função jurisdicional na Inglaterra<sup>37</sup>. Ao contrário, o respeito aos precedentes sempre

<sup>34</sup> BUSTAMANTE, 2012, p. 73 e ss.

<sup>35</sup> Conforme já debatido à exaustão, trata-se de uma concepção pedestre. O precedente no direito inglês não é um dado cogente permanente inarredável, assim como a lei não é para a tradição continental. *Pari passu*, os sistemas de *Common Law* não são unicamente jurisprudenciais, da mesma forma que a lei não é única fonte do direito para a família do *Civil Law*. A absoluta autonomia e alienação – quer metodológica, quer dos institutos jurídicos – é uma corrente de pensamento que deve ser superada, seja porque falaciosa, seja porque apenas contribui para um atraso na profícua integração entre experiências jurídicas (*Ibidem*, p. 95).

<sup>36</sup> BUSTAMANTE, 2012, p. 73 e ss.

<sup>37</sup> Para BUSTAMANTE (*Ibidem*, p. 70 e ss.) interpretando Bentham e Austin, a relação entre o positivismo inglês e o *stare decisis* como modernamente lido é mais estreita, todavia. A retirada das justificativas transcendentais para o direito tiveram como consequência a necessidade de pilares positivos de cogência, validade e controle, que, no direito anglo-saxão, são constituídos pelos precedentes judiciais, uma vez que as *statutes* – leis abstratas editadas pelo Poder Legislativo – não ocupam a mesma função fulcral verificada nos países de *Civil Law*.

esteve na raiz do direito inglês, que, figurativamente, poderia ser chamado de “passadista”. Todavia, os constantes influxos e choques vividos pela história do *Common Law*, em lugar de abalá-lo, acabaram por calejar esse sistema jurídico. A cada novo embate entre modelos de jurisdição, classes político-sociais ou entre correntes de pensamento, a tradição inglesa saiu revigorada e, junto com ela, o papel fulcral ocupado pela jurisdição, no epicentro da criação e manutenção do direito posto. Os progressivos conflitos acabaram por lapidar os institutos basilares do ordenamento anglo-saxão, de forma a permitir a sofisticação prática e teórica também do instituto do precedente vinculante<sup>38</sup>.

A noção, contudo, só adquiriu o traçado hodiernamente conhecido, a partir do Século XIX. Por óbvio, ao longo de sua milenar história, o direito comum britânico não permaneceu o mesmo, conforme atesta esta digressão histórica. No mesmo sentido, a forma como as decisões judiciais e o respeito a elas devido eram enxergados evoluiu silenciosamente, sempre marcada pelas mesmas cicatrizes que alvejaram as demais categorias jurídicas<sup>39</sup>. É nesse sentido que Wambier<sup>40</sup>, citando Van Caenegem, traz a acertada afirmação, que condensa o ponto principal que se tentou explanar até aqui: o direito inglês, em todos os seus jaezes, é um *continuum* histórico, marcado por uma busca por fidelidade a suas raízes e por coerência no tempo. Um ser avesso a mudanças bruscas, sempre ponderado e razoável, tão preocupado com o destino, quanto com suas origens.

Segundo já se pontuou, é neste rico cenário, que se preparou o receptáculo para o desenvolvimento das teorias do precedente vinculante, como modernamente compreendidas. Assim, por uma última vez, repise-se, o *stare decisis*, sem embargo de dividir a mesma fundação, é edifício distinto do *Common Law* e com ele não se confunde e pode dele se separar, para ser aplicado em ordenamentos oriundos de outros sistemas, como o *Civil Law* e a arbitragem, em razão de sua autonomia dogmática. A *doctrine of the binding precedent* transcende a atuação judicial e toca a prática de todos os poderes estatais que aplicam o direito, pois é fundada na busca por soluções equânimes para casos

---

<sup>38</sup> *Idem*.

<sup>39</sup> DAVID (2006, p. 12 e 13) assevera que “[o] direito inglês é, essencialmente, obra das Cortes Reais – Cortes de *common law* e Cortes de *equity* – que o criaram de precedente em precedente, buscando em cada caso a solução que era ‘razoável’ consagrar. Esse modo de formação e de desenvolvimento do direito inglês acarreta várias consequências. [...] No entanto, essa autoridade variou conforme a época. Tornou-se mais estrita no século XIX, época da expansão da indústria e do comércio, quando se sentiu uma necessidade maior de segurança nas relações jurídicas. Deve-se, contudo, desconfiar um pouco das fórmulas que afirmam hoje, com grande rigidez, a obrigação, para certas jurisdições, de seguir determinados precedentes, estabelecidos por jurisdições de nível igual ou superior. Essas fórmulas são, em si, exatas, mas combinam com outro princípio que, de fato, vem atenuar-lhes o rigor.”

<sup>40</sup> WAMBIER, 2012, p. 20 e ss.

assemelhado e no respeito a uma lógica e coerência que são inerentes a um sistema que se pretenda justo.

## 2.2. O *stare decisis* e o conceito “tradicional” de precedente vinculante na concepção jurídica anglo-saxã

Concluídas as breves anotações históricas registradas no item anterior, importa agora focar na contemporaneidade, a fim de se compreender o contorno dos institutos a que a história do direito inglês deu origem. Souza, Fleury e Porto Cruz lecionam que:

No famoso caso *Beamish v. Beamish*, de 1861, pela pena de Lord Campbell, a *House of Lords* consignou a obrigatoriedade de obediência à *ratio decidendi* declarada em seus julgamentos, para as cortes inferiores, os súditos do reino e para os próprios *Law Lords* (CRUZ E TUCCI, 2012, p. 102 e 103).

Esse julgamento é marco inicial de uma série de conceitos imprescindíveis à temática em análise. Primeiramente, empregou as noções de precedente vertical (vincula todos os tribunais e juízes vinculados à corte que exara o precedente) e horizontal (impõe-se ao próprio órgão julgador que o proferiu; conhecido como precedente autovinculante). Em segundo, tem-se, talvez, o instituto mais importante no manejo de decisões judiciais vinculantes, verdadeiro instrumento de igualdade e segurança jurídica: a *ratio decidendi*.

A “razão de decidir” é a dimensão objetiva do precedente vinculante. Pode ser definida como os motivos determinantes de uma decisão, que estabelece determinada solução de direito, em face da análise das questões fático-jurídicas fundamentais do caso concreto. Trata-se das considerações necessárias e suficientes (*legal reasoning*) para se superar uma questão de direito (*point of law*) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 614). Em verdade, é a essência argumentativa de uma decisão, que se conforma a uma materialidade fática (*statement of material facts*), ao fixar tese jurídica a ser aplicada.

O embasamento casuístico da dinâmica narrada conformou um sistema de *case made law*, isto é, o direito do caso concreto. Nessa toada, valiosa é a lição do *Law Lord* Goff, que demonstra que a teoria do *stare decisis* migra de caso em caso, em um raciocínio concretista de baixo para cima, de modo a depreender de cada situação específica as normas aplicáveis. Lado outro, a tradição continental é marcada pelo abstracionismo, que tenta curvar a realidade em subsunção à lei genérica (BUSTAMANTE, 2012, p. 104 e 105).

Possível, enfim, formular tentativa de conceituação do precedente vinculante, que, ainda que sempre simplória e incompleta, é útil à prática doutrinária e forense. Sob uma perspectiva técnico-processual, a locução se refere a uma decisão individualizada, que, por meio do estudo de um caso concreto, fixa uma tese jurídica, que além de cerne de seu provimento final é parâmetro para decisões futuras sobre casos faticamente análogos (CRUZ E TUCCI, 2012, p. 98).

Extrai-se, portanto, que nem todo juízo de mérito conforma um precedente peremptório. Isso porque o *holding* (elemento vinculativo da decisão) é invariavelmente marcado por razões generalizáveis e replicáveis. A cogência do julgado deriva de sua potencialidade de se firmar como paradigma orientador, em futuras lides. Desse modo, quando as *rationes decidendi* que embasam o provimento de uma decisão mostrarem-se incompatíveis (ainda que convirjam quanto ao dispositivo) ou quando as questões de direito forem

enfrentadas precariamente, não se tem precedente obrigatório (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 610 e 611).<sup>41</sup>

A lição comporta decomposição, para a compreensão de suas partes.

Primeiramente, a mais importante conclusão a ser consignada e repisada é o fato de que os conceitos de *Common Law*, *rule of precedent* e *stare decisis* não se confundem, inobstante comunguem de sua genética. Isto é, foram todos gestados pela evolução histórica do direito inglês. A primeira e a segunda noção foram trabalhadas no item anterior deste trabalho<sup>42</sup>, porquanto, nesta quadra, cumpre apenas sumarizar que o *Common Law* designa todo o sistema jurídico estatuído com base nos costumes interpretados pelas cortes britânicas, desde a Idade Média, ao passo que a chamada “regra do precedente” é o instrumento de coerência interna de uma mecânica que tem na decisão judicial sua fonte precípua de solução de conflitos sociais, pelo Direito. Conforme explanado alhures, trata-se de instituto que começou a se delinear principalmente após a Conquista Normanda, quando a nova Coroa, animada pelo intento centralizador, passou a buscar a criação de um direito comum ao país que se formava. Essa função coube, em regra, aos Tribunais Reais de Westminster, mormente a partir do Século XIII.

Por seu turno, a fórmula latina *stare decisis et non quieta movere*<sup>43</sup>, sob a atual e mais conhecida abreviação de *stare decisis*, conforme também já alinhavado, apenas passou a designar um dos traços característicos das famílias jurídicas anglo-saxãs a partir do Século XIX, isto é, cerca de seis séculos depois. Mais especificamente, o primeiro marco de relevo a ser verificado foi a célebre decisão do *Appellate Committee of The House Lords*<sup>44</sup> no caso *Beamesch v. Beamesch*, em 1861, pela mão de Lord Campbell.

---

<sup>41</sup> SOUZA, FLEURY, PORTO CRUZ, 2016, p. 38 e ss.

<sup>42</sup> Com o fito de apenas complementar as informações declinadas, vale gizar que entre os Séculos XVI e XVIII, a regra do precedente já assumia feições marcadas nas Cortes Reais de *Common Law*, na *Court of Chancery* e na *Star Chamber*. Isto é, mesmo antes da adoção expressa de uma obrigatoriedade vertical e horizontal, já existia, para o Judiciário inglês, a noção de autoridade de uma decisão pretérita a que se devia deferência, na hipótese de se enfrentar uma contenda fática e juridicamente assemelhada (BUSTAMANTE, 2012, p. 82). Esse fenômeno foi de vital importância para a própria subsistência da Corte da Chancelaria. Lord Nottingham, que fora *Lord Keeper of the Great Seal* (1673-1675) e *Lord Chancellor* (1675-1682) é considerado o pai da doutrina da equidade legal e regular (*legal and regular equity*), também chamada de equidade sistemática. Em sua visão, a arbitrariedade ameaçava a mais essencial função *Court of Chancery*, qual seja, fazer justiça. Para tanto, implementou o severo respeito aos precedentes do tribunal, na tentativa de emprestar estabilidade e coerência à sua jurisprudência (CAENEGEM, 2010, p. 313).

<sup>43</sup> Em tradução livre: deixar e não mover com o que está decidido.

<sup>44</sup> Em 2005, a Inglaterra sofreu uma reforma constitucional voltada para reorganização de seus Poderes de Estado. Grande parte das medidas elaboradas foram voltadas para enxugar e lapidar a estrutura do Poder Judiciário. Todavia, a mudança mais significativa na estrutura judicante do Estado veio em 2009, com o *Supreme Court Act*, que extinguiu o Comitê de Apelações da Câmara dos Lordes, antiga instância recursal máxima do Reino Unido. Seus integrantes, passaram a compor a nova Suprema Corte do Reino Unido, que ganhou nova sede e um novo desenho regimental, a fim de desatrelar o Parlamento de seu papel judiciário e garantir maior eficácia à tripartição dos Poderes.

Por certo, o julgamento fora produto histórico de séculos de consolidação da *rule of precedent*, que evoluía ante as novas necessidades de estabilização decisória e de adequação às mais modernas concepções do jusfilosóficas<sup>45</sup> – como a Escola da Jurisprudência Analítica –, estas opositoras ao jusnaturalismo. Os *speeches* que compuseram o julgado tiveram o inegável mérito de perfilhar, expressamente, os principais sustentáculos teóricos que, até os dias modernos, escoram a doutrina do precedente com efeito vinculante (*binding effect*), segundo bem se extrai do excerto coligido. Mais que isso, a adoção expressa da autovinculação<sup>46</sup> constituiu a consagração de tese antes minoritária, que, desde 1827, já era alvo de defesa por *Law Lords* como Lord Eldon, no caso *Fletcher v. Soudes*.

De 1862 a 1900, seguiu-se um período de evolução e consolidação do *stare decisis* como viga-mestra do direito pretoriano inglês e, apenas a partir desse momento, é possível se falar no precedente judicial vinculante em toda a sua amplitude hodiernamente entendida – ainda que não mais aplicada na íntegra, atualmente. No caso *London Tramsway v. London County*, já em 1898, o mesmo comitê judicial da Câmara Alta do Parlamento Britânico asseverou, novamente e com mais assertividade, a impossibilidade de rever seus próprios julgados, bem como a compulsoriedade de sua jurisprudência para as cortes inferiores. A citada decisão, para Marinoni (2010; p. 32), constitui verdadeiro cume do poder vinculante do precedente, perante o Judiciário da Inglaterra.

De posse de todo o exposto, pode-se conceituar o *stare decisis* como a metodologia de racionalização de um sistema de direito jurisprudencial<sup>47</sup>, em que a decisão de determinada corte **que se constitua como um precedente** obriga a ela mesma e/ou a todos os tribunais situados hierarquicamente abaixo<sup>48</sup>.

As aparências levam o observador desavisado a crer que se está diante de um modelo de organização judiciária estamental e fechada, em que as possibilidades

---

<sup>45</sup> Para Bustamante (2012, p. 83) foi o “Positivismo novecentista *à la Bentham*” o responsável pela concretização da vinculação horizontal do precedente. Assim, a regra do precedente ordinária possuiria gênese teórica distinta de sua “evolução” absolutamente vinculante (*absolutely binding*).

<sup>46</sup> Segundo a teoria do precedente obrigatório horizontal então esposada pela *House of Lords*, apenas uma decisão do Parlamento, em suas capacidades legiferantes, poderia revogar a decisão exarada por seu *Appellate Committee*.

<sup>47</sup> Com a expressão “sistema de direito jurisprudencial” não se quer designar apenas países que adotem a jurisprudência como fonte primária do Direito. Isso porque, assim como Marinoni e Bustamante, entendo que a regra do precedente e a lógica do *stare decisis* não possuem relação indissolúvel com o *Common Law*, de modo a afigurar-se perfeitamente possível que ordenamentos voltados precipuamente à codificação estatuem regras destinadas à vinculatividade das decisões de seus tribunais. Em rica retomada dos trabalhos de Dolezalek, Bustamante (2012, p. 75 e ss.) demonstra que diversos Estados, ao longo da história da Europa continental – inclusive a França e reinos que viriam a compor a atual Alemanha –, em alguma fase de sua evolução jurídica, esposaram regras concernentes à observância peremptória dos entendimentos sufragados por suas altas cortes.

<sup>48</sup> MARINONI, 2010, p. 32 e ss.

hermenêuticas se encontram agrilhoadas e, por isso, prostrando imune e intransponível às inovações. Trata-se de concepção errônea, no entanto. A uma, porque a técnica da distinção (*distinguish*) sempre garantiu que os juízes e advogados ingleses pudessem moldar novas regras e adaptar soluções jurídicas ao dinamismo da sociedade, ainda que a erosão do precedente, na Inglaterra, sempre constitua um processo mais lento e paulatino. Naquele país, não é bem-visto o abuso, pelo tribunal, de seu direito de alterar sua posição. *Pari passu*, ainda mais reprovada é a recusa do juiz que não se curva a um precedente já estabelecido, o que levou Neil Duxbury a afirmar que uma intransigência tal é rara, se é que existente, de forma a ser mais comum em romances literários que têm juízes revolucionários como heróis<sup>49</sup>. É certo que inexiste regra legal ou de qualquer outra natureza nesse sentido, porquanto é apenas o peso da tradição legitimadora e o apreço à reputação, que ditam os limites da liberdade judicial<sup>50</sup>.

A duas, porque as próprias dimensões da rigidez do *stare decisis* sofreu mitigações, especialmente a partir da segunda metade do Século XX<sup>51</sup>, para permitir às cortes da Alta Justiça maior flexibilidade para trabalharem seus próprios precedentes. Isto é, as últimas décadas do Século XIX foram apenas o cume de um processo, que, antes<sup>52</sup> e depois desse ápice, foi marcado por maior moderação jurisdicional. Esses dois temas [distinção e superação] serão mais bem compreendidos a partir das análises desenvolvidas no item seguinte desta dissertação.

---

<sup>49</sup> WAMBIER, 2012, p. 40- 42.

<sup>50</sup> *Idem*.

<sup>51</sup> David (2014, p. 249) ainda revela que o precedente apenas vincula (*bind*), se prolatado pelas cortes que integram a Alta Justiça da Inglaterra e dos Países de Gales, de sorte que as razões de decidir esposadas pela magistratura componente da Baixa Justiça não se reveste da mesma força. A Alta Justiça inglesa nada mais é do que a herança reorganizada dos antigos tribunais reais de Westminster e hoje é integrada pela *Supreme Court* do Reino Unido – até 2009, constituía o antigo comitê de apelação da Câmara dos Lordes – o *Privy Council* do Reino Unido, a *Court of Appeal*, a *High Court of Justice* e a *Crown Court*. Outrossim, desde 1966, com o solene *Practice Statement* de Lord Gardiner, então *Lord Chancellor*, que alterou a orientação da casa, no sentido da admissibilidade da superação dos próprios julgados, a força vinculante dos precedentes passou a comportar uma aplicação mais moderada, ainda que o *overruling* seja expressamente evitado entre os magistrados ingleses. Contudo, segundo apontou Blackshield (*apud* WAMBIER, 2012, p. 41), nos vinte anos que se seguiram a essa mudança, embora diversas pequenas alterações ocorressem pelas técnicas de *distinguishing*, *explaining* e *reinterpreting*, a *House of Lords* promoveu apenas dez *overrulings*. Nesse sentido, MacCormick (1966, p. 198) afirma que nada ocorreu de significativo, senão a extirpação da pior parte do *stare decisis*, a quem endereçava fortes críticas. Ainda, adverte BUSTAMANTE (2012, p. 77) que a mudança atingiu apenas o comitê judicante daquela alta câmara parlamentar, de modo que não fora concebida para livrar a *Court of Appeals* da vinculação horizontal.

<sup>52</sup> Nos termos já tratados neste texto, durante o período de existência da Corte de Chancelaria, o instituto da *equity* era visto por muitos como instrumento de justiça, uma vez que permitia afastar o rigor do direito comum interpretado pelas decisões paradigmáticas. Essa afirmação resta clara na clássica obra de Blackstone (*apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 81), que, unido da perspectiva do jusnaturalismo de seu tempo, pontuou que “os precedentes devem ser seguidos salvo quando ‘manifestamente absurdos ou injustos; e essa regra vale se eles parecem injustos para nós, mas estabelecem com clareza o Direito e não são repugnantes à justiça natural, pois eles ‘constituem’ a evidência do que é o *common law*”.

A três, porque a solidez da regra do precedente britânica mostra-se *sui generis*, sendo herdada com muito mais temperança pelos demais países de *Common Law*, conforme se deduz, por exemplo, da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, que não vê problemas em afastar um entendimento que, com a evolução do tempo, passou a ser considerado errôneo<sup>53</sup>. É nesse sentido que Carlos Ferreira Almeida<sup>54</sup> distingue existir entre os norte-americanos uma **política** do precedente, em oposição às feições de **regra** do precedente empregadas na Inglaterra.

Prosseguindo e retomando o curso deste tópico, tem-se que foram externadas as dimensões da *doctrine of the binding precedent*. Todavia algumas das principais questões persistem: o que é um precedente vinculante e o que o reveste de obrigatoriedade? Para tanto, volve-se o exame, mais uma vez, para a citação inicial que norteia a presente reflexão, que continuará a ser esmiuçada.

Entender o “nascimento, vida e morte” do precedente é compreender o que determinada corte “pensa” acerca de cada matéria. Por sua importância, não basta esculpir um conceito de precedente apenas diferenciando-o de outras noções assemelhadas, de modo a se fazer imperativo compreender sua essência. Isto é, tem-se como fundamental estudá-lo preservando em mente que sua função precípua é governar os trabalhos da jurisdição – pública ou privada –, bem como orientar os jurisdicionados, de forma a zelar pela confiabilidade e previsibilidade da aplicação do Direito, de modo a proteger expectativas de condutas<sup>55</sup>.

Outrossim, é necessário saber usar essa ferramenta, para que ela não sofra um desvio de finalidade e se transmute em imobilização social. Já foi abordado, mas, doravante ainda será mais bem examinado, o fato de o precedente se originar a partir de um caso concreto e se destinar a um novo caso análogo, porquanto pode ser afastado nas hipóteses em que o raciocínio associativo seja obstaculizado por discrepâncias fáticas. Ainda, a decisão vinculante não se pretende eterna e carrega em sua essência uma cláusula condicional, segundo a qual sua subsistência está atrelada à qualidade, utilidade, conveniência e força dos fundamentos que determinaram o julgamento. Dito de forma objetiva, o precedente sempre corre o risco da revogação, caso suas premissas argumentativas não mais correspondam à realidade fático-jurídica.

### 2.3. Proposta de um conceito universalizável de precedente jurisdicional

---

<sup>53</sup> CROSS; HARRIS, 1991, p. 20.

<sup>54</sup> *Apud* TASSINARI, 2013, p. 75.

<sup>55</sup> MARINONI, 2010, p. 214.

De posse de tudo isso, passamos a uma tentativa de conceituação universalizável do precedente. Isto é, que possa ter aplicação em qual ordenamento, local, tempo ou sistema jurisdicional da tradição ocidental contemporânea e que comungue da herança histórica que acima sumariei. Antes, um *disclaimer*. Este trabalho enfrenta a temática do precedente vinculante com bases em sua origem no direito inglês, pinceladas de sua evolução pelo ordenamento norte-americano, mas sempre com a mira na prática brasileira. Daí, a natureza transversal da pesquisa: objetivo do trabalho é demonstrar a indissociabilidade entre as noções de precedente e Direito, entendido como um sistema lógico e coerente que almeje sanar disputas concretas, com justiça e previsibilidade. Portanto, tem-se uma noção aplicável a qualquer mecanismo de resolução de disputas que pretenda operar dentro de determinada moldura jurídica de um ordenamento regente da controvérsia de direito material posta.

Assim, tratando-se de uma questão de fontes jurídicas para a fundamentação e de uma lente argumentativa, não há razão para o conceito abaixo proposto não ser aplicável à arbitragem. Ora, não há nada indissociável e intrinsecamente judiciário na ideia de precedente. Historicamente, a noção perpassa a conduta de todos os Poderes, na Inglaterra, até mesmo no protocolo cerimonial real. Nesse passo, a ideia de precedente evoca nada mais que um ato inaugural pregresso, que, visto do futuro, torna-se um possível novo *standard* de uma prática ou solução tida por adequada, dentro de determinadas premissas fático-normativas. A decisão, portanto, torna-se um marco, uma referência para situações análogas, de forma a legitimar um deslinde equivalente e resistir a uma resolução diversa daquela já consolidada. Uma “viga” argumentativa que passa a compor uma tradição com o qual os decisores futuros, quando na mesma posição, precisam dialogar, sob pena de incoerência e iniquidade.

Em matéria de jurisdição – pública ou privada –, o precedente é um provimento decisório prolatado por um tribunal investido de competência e legitimidade para aplicar o direito positivo relevante para a lide adjudicada que é utilizando como fonte jurígena para um julgamento futuro. Desse modo, a necessidade de consideração a uma decisão prévia não pode ser tida como uma exclusividade da magistratura togada. A lei, claro, pode disciplinar de que forma e com qual força o precedente vincula os sistemas de julgamento reconhecidos por um Estado. Este, todavia, não é o objeto deste trabalho. O que defendo é a necessidade de observância ao acervo jurisprudencial de determinado tema, independentemente das minúcias da legislação processual. Por uma questão de lógica, como fonte vinculante da razão e da atuação humanas.

Toma-se a premissa, portanto, de que todo precedente se reveste da forma de uma decisão que diga o que é o Direito, emanada por qualquer poder legítimo para fazê-lo. A recíproca não é verdadeira, todavia. Isto é, nem toda decisão estatal será um precedente<sup>56</sup>. Proponho que, para que o provimento emanado de certo tribunal configure um precedente jurisdicional, em toda a riqueza semântica carregada por este termo na concepção anglo-americana, é necessário que apresente seis características básicas, que serão explicadas em ordem de prejudicialidade, no que concerne sua melhor compreensão.

**Primeiramente**, a decisão deve enfrentar, essencialmente, uma questão de direito e não de fato. É o chamado *point of law*. Assim, o acórdão, *opinion* ou *speech* que tão somente dirime controvérsia fática, ainda que, como argumento subsidiário realize subsunção normativa, não erige um precedente vinculante.

Isso não se significa, entretanto, que o precedente seja desvinculado dos fatos que lhe deram origem, o que leva à **segunda** marca distintiva do “genuíno” precedente vinculante. O tecido argumentativo alinhavado pelos magistrados está umbilicalmente conectado à moldura fática que deu origem à querela de direito material. Dito de outra forma, a solução de direito leva em consideração os exatos limites do caso concreto<sup>57</sup> colocado (*case-made law*). Ainda, é justamente esse matiz fático que norteará a futura aplicação do julgado, cuja força vinculante é condicionada à similitude entre o precedente e a nova situação em testilha – é o já citado *distinguishing*, que se orienta pela noção de *treat like cases alike* ou tratar igualmente casos semelhantes. Sobre o tema, merece ser transcrita a citação de Castanheira Neves, para quem “o precedente é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu [...] – que se soma ou se impõe – como padrão casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente analógica.”<sup>58</sup> Em síntese é possível concluir que o precedente perde o sentido se tomado isoladamente, *i.e.*, se desvincilhado de seu contexto decisório originário, pois sua pretensão não é estatuir uma regra autônoma e de essência abstrata.

---

<sup>56</sup> MARINONI, 2010, p. 215.

<sup>57</sup> Ao prefaciá-la a tradução brasileira da clássica obra *On reading the Constitution* (TRIBE, DORF, 2007), Lenio Streck também aponta com argúcia os riscos da lógica do caso concreto. Para o professor gaúcho, a locução costuma receber uso arbitrário e se torna um espaço de exceção argumentativa, sob o pretexto de limitação contextual. Dessa forma, ao fazer um recorte fático do precedente a corte superior lança as balizas sobre aquilo que pretende deliberar. Foi o que ocorreu em *Bush v. Gore* – que será examinado logo abaixo – e em *Hardwick v. Bowers*, ambos casos da Suprema Corte norte-americana. Neste último feito, por exemplo, em lugar de tratar o caso como o julgamento da constitucionalidade da criminalização de práticas homossexuais, o Tribunal abordou a questão sob a perspectiva do direito à privacidade. Raciocínio semelhante foi empregado no clássico precedente sobre aborto, *Roe v. Wade*. Igualmente, o recorte fático que um juiz faz do processo sob seu exame também é de importância ímpar, uma vez que este ato determinará se determinado precedente é ou não aplicável.

<sup>58</sup> 1983, p. 11.

Em **terceiro**, não basta que o cerne da contenda seja a interpretação jurídica. Tem-se como fulcral que o(s) julgador(es) se debrucem sobre todos os argumentos **que compoñham a espinha dorsal** das razões deduzidas pelas partes. É dizer, a solução de direito apresentada pela corte deve atender a um *standard* qualitativo em sua fundamentação, de forma a ser insuficiente o ato jurisdicional que apenas apresenta o vencedor da causa, sem fornecer as necessárias motivações, imprescindíveis à própria interpretação e futuro emprego do provimento. Por certo, não é exigível que os juízes afastem literalmente cada linha escrita pelos litigantes – argumentos que, por diversas vezes, podem se mostrar irrelevantes –, o que seria ilógico, contraproducente e tornaria a decisão intrincada, até mesmo sob o ponto de vista da elaboração textual. Basta que a resposta jurídica esteja à altura da pergunta levantada e leve em conta todas as peculiaridades articuladas pelos seus destinatários.

Em **quarto**, tem-se que a qualidade estrutural e jurídica do precedente ao solucionar determinada questão jurídica, talvez seja o ingrediente mais importante da “receita” em apreço. Este elemento é a raiz da teleologia do emprego prático do instituto, qual seja, sua utilização como paradigma<sup>59</sup> para decisões futuras. No entanto, o provimento jurisdicional não precisa ser concebido de plano como um precedente e o rito de tramitação de seu julgamento não demandaria diferenciação, para elevar a decisão a esse *status* vinculativo. Apenas o teste do tempo, com seu manuseio e aplicação como ponto de partida da **fundamentação** para o exame de casos futuros vão revelando os reais contornos de sua força vinculante. Conclui-se, por isso, que o intento de um genuíno precedente não é a padronização decisória para casos repetitivos, mas resolver uma controvérsia jurídica da melhor forma possível, de modo a gerar homogeneidade argumentativa e interpretativa para o Direito, como pedra-angular da integridade do ordenamento<sup>60</sup>.

Em **quinto**, o órgão judicante que profere o julgamento deve ser revestido de autoridade para criar o precedente. É o que Tassinari chama de “critério hierárquico”<sup>61</sup>. É

---

<sup>59</sup> Conforme revela HEIKI POHL (*apud* DERZI, 2009, p. 258-259), ainda que toda decisão judicial tente responder a uma pergunta de direito arguida naquela lide em particular, a resolução da contenda sempre trará uma resposta geral e, por isso, com o germe da potencial universalização. Essa é a raiz da utilização de um precedente como diretriz par dirimir controvérsia futuras. Lado outro, Larenz (*apud* DERZI, 2009, p. 268) coloca que o direito judicial é direito vigente, inobstante não constitua uma fonte coativa, mas sim uma forma de conhecimento e de acesso ao ordenamento efetivamente em vigor. Em que pese este último autor esposar posição mais restritiva, no sentido de que a vinculação não é do precedente em si, mas sim da norma por ele interpretada, ressaltai clara a inafastabilidade do papel do julgador como intermediário entre o texto escrito e rascunhado pelo legislador e o sentido concreto – norma – que ele alcançará.

<sup>60</sup> ABOUD, 2012, p. 542-543.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 74-75. A autora ainda adverte que a vinculação não é automática e não dispensa a interpretação, afinal, como texto, o precedente, ao ser interpretado, pode ser afastado, restringido ou ampliado em sua aplicação, de acordo com as exigências do caso. Não suficiente, com base na mesma fonte doutrinária, a

possível que esse poder deite raízes no direito escrito – como fez a Constituição com a repercussão geral e as súmulas vinculantes e como fez o NCPC, em seu art. 927<sup>62</sup> – ou mesmo ser fundado na tradição, assim como ilustrado no escorço histórico realizado acima. É importante apenas consignar que, mesmo a decisão que resolva com profundidade uma controvérsia de direito pode não se imbuir de qualquer força vinculante ou persuasiva<sup>63</sup>, caso tenha sido lavrada por magistrado sem poderes para tanto.

Releva destacar que a referida autoridade engloba também o poder de o tribunal autoconter a potencial eficácia da decisão, **(I)** seja pela fundamentação exarada em seu próprio texto, **(II)** seja criando regras procedimentais e regimentais, que balizem as hipóteses em que é forjado o *binding effect*. Como exemplo do primeiro cenário, tem-se a decisão da *United States Supreme Court* no emblemático caso *Bush v. Gore*, em que a Corte, essencialmente, decidiu o resultado das eleições presidenciais, entretanto afirmou, expressamente, que não se estabelecia um precedente<sup>64</sup>. Para ilustrar a segunda hipótese, observa-se a tradição decisória daquela alta Corte, que, nos casos em que existe um empate entre os *Justices*, reafirma-se o veredito do juízo *a quo* e não se edifica um precedente<sup>65</sup>, normalmente com a produção de uma lacônica *opinion* para atermar essa deliberação.

---

professora relembra a importante distinção entre o precedente persuasivo e o obrigatório, tema que será objeto de análise específica mais abaixo.

<sup>62</sup> Este texto ainda possuirá trechos especificamente voltados a comparar institutos típicos do direito jurisprudencial brasileiro com os conceitos “canônicos” de precedente vinculante. Tudo, para ao final, concluir-se pela necessidade de uma clara distinção, o que impõe afirmar que uma súmula vinculante, *e.g.*, não é um *binding precedent* no sentido estrito.

<sup>63</sup> Evidentemente, para as partes, a sentença é cogente. Refere-se aqui à eficácia extraprocessual, isto é, a capacidade de a decisão revelar-se como um paradigma para julgados futuros que tratem da mesma questão.

<sup>64</sup> A *opinion* pode ser lida em <https://www.law.cornell.edu/supct/html/00-949.ZPC.html>. O trecho que restringe a eficácia da decisão unicamente à causa em questão aduz que: “*The recount process, in its features here described, is inconsistent with the minimum procedures necessary to protect the fundamental right of each voter in the special instance of a statewide recount under the authority of a single state judicial officer. Our consideration is limited to the present circumstances, for the problem of equal protection in election processes generally presents many complexities.*”.

<sup>65</sup> Nessas situações, profere-se também a tradicional decisão *per curiam*, características dos tribunais anglo-americanos. Isto é, caso o *Chief Justice* (equivalente ao presidente da Corte) seja um dos que se manifestou em prol da posição majoritária do colegiado, deve ele redigir ou designar um redator para escrever o texto que retrate a conclusão esposada, **este elaborado como se emanasse de todos os integrantes do órgão**. Caso o *Chief Justice* integre a minoria, o juiz com maior antiguidade na casa que componha a maioria escreve pessoalmente ou escolhe o redator da *opinion*. Tem-se oposição ao modelo adotado no Brasil, o *per seriatim*, em que o acórdão é apenas a soma de votos individuais separados. A dinâmica narrada para os Estados Unidos, porém, não obsta que os magistrados juntem ao texto principal seus votos pessoais, quer concorrentes (*concurrency*), quer divergentes (*dissent*). Adotando-se classificação ofertada por Mello (2015, p. 172-175), o Brasil adota um modelo agregativo, externo e *per seriatim*. É dizer, cada julgador apenas externa um voto pessoal, que é colhido em sessão pública e apenas somados em um placar, para se obter o resultado. Lado outro, os Estados Unidos, a Alemanha e até cortes internacionais, como CIJ, se valem de uma sistemática deliberativa, interna e *per curiam* ou *mistra*, o que significa que há um processo de debate, argumentação e convencimento realizado reservadamente pelos juizes, que, ao final, apresentam uma decisão em nome de toda a instituição, ainda que algumas cortes permitam os votos laterais.

Por **último**, o precedente deve ter em seu conteúdo uma inovação. O mero ato de se reafirmar a letra da lei, o costume ou, ainda, um julgado anterior não dá ensejo a um novo *standard*. Claro, não é necessário que, invariavelmente, esteja-se diante de um *hard case*<sup>66</sup>. O precedente deve, em verdade, inaugurar uma nova solução de direito para determinada composição fática sob a lupa dos julgadores, ainda que o tema já tenha sido alvejado por provimento anteriores. O tribunal pode ofertar uma solução inovadora, uma ruptura parcial, desbravar um tema ainda intocado ou utilizar uma interpretação ou argumentação inéditas. É necessário, enfim, algo que singularize a decisão como o referencial futuro para basear soluções de casos análogos.

Nada obstante, mesmo o caráter inaugural de um precedente não o blinda de constituir alvo de outros julgamentos. A constante reapreciação do precedente, quando a corte se depara com um caso análogo ao preteritamente decidido, é a essência do processo histórico. Assim, além da já citada possibilidade de superação e substituição de determinado entendimento, em razão de nova decisão dotada de igual hierarquia vinculante, o provimento de observância peremptória se sujeita constantemente a interpretações por novos precedentes, que colorem os contornos inicialmente expedidos pelo primeiro órgão julgador.

Desse modo, pode-se condensar todo o exposto até agora na seguinte conceituação: para fins deste trabalho, adota-se a noção de precedente jurisdicional como a decisão prolatada por uma entidade jurisdicional com autoridade e legitimidade para adjudicar uma controvérsia, que, ao dirimir a questão de direito face às peculiaridades fáticas do caso concreto, espousa uma solução jurídica algo inovadora para a matéria, escudada em fundamentação exauriente e que considera a essência da argumentação deduzida pelas partes do feito. Ato contínuo, por sua qualidade decisória, as razões que nortearam a deliberação do tribunal prolator passam a servir de paradigma para o julgamento de casos futuros análogos. Isto é, considerar a decisão originária – para aplicá-la, afastá-la, alterá-la, reinterpretá-la, complementá-la ou revogá-la – passa a ser

---

<sup>66</sup> Aqui a expressão é utilizada nos termos comumente adotados na doutrina inglesa e dos Estados Unidos: o caso difícil é aquele sobre o qual não há prévio pronunciamento judicial. Wambier (2012, p. 27) oferece um conceito interessante para expressão: o caso complexo seria aquele que deve ser decidido em um ambiente decisional frouxo, *i.e.*, em que não há solução clara na lei, na jurisprudência ou outra fonte convencional, razão pela qual juiz deverá esculpir solução criativa – todavia, nunca a partir do zero, sempre com base em uma norma posta –, normalmente inovando uma interpretação já existente ou abroquelando-se na abertura semântica dos princípios. Frise-se que para a renomada processualista, o termo “ambientes de decisão” se refere a situações de direito material que deverão ser alvo de julgamento (*Ibidem*, p. 17). Nos países de anglófonos, esse cenário, tradicionalmente, também é designado pelo termo *first impression case*, uma alcunha autoexplicativa e, portanto, designam algo diferente do que os alemães tomam por casos difíceis – para a doutrina germânica, este seriam os casos cuja solução exige superar um conflito em direitos fundamentais (KREBS, 2015, p. 260-261).

obrigatório para os juízes superiores, ao fundamentarem o veredito dado a lides vindouras que sejam semelhantes sob o prisma fático.

Conclui-se, por conseguinte, que o precedente vinculante é uma decisão específica e não se confunde com o conjunto da jurisprudência, entendida como o coletivo de julgados que esposam solução jurídica convergente – *rerum perpetuo et similiter judicatarum auctoritas*<sup>67</sup>. Isto é, a decisão paradigma, como já induz o próprio nome, constitui as margens pela qual correrá a jurisprudência, sem, contudo, com ela se confundir.

#### 2.4. Tipologia dos precedentes

Explicado o gênero, ainda é interessante mostrar suas espécies, diga-se, as categorias em que a doutrina comumente separa os precedentes.

A primeira oposição a ser apresentada já fora muito trabalhada neste texto. É a autoexplicativa dicotomia entre **precedente vertical versus precedente horizontal**. O primeiro possui sua sistemática de vinculação pautada pela hierarquia. É, assim, a decisão que vincula todas as instâncias judiciárias que ocupam posição inferior à da corte prolatora<sup>68</sup>, no organograma da organização dos órgãos judicantes de determinada unidade política – que pode ser um país, estado ou mesmo organização internacional.

Mais complexo é o precedente horizontal ou autovinculante<sup>69</sup>, pois “amarra” o próprio tribunal de que emanou. Conforme passagens anteriores deste trabalho, registrou-se algumas críticas a essa versão da *rule of precedent*, uma vez que, além de aprofundar o engessamento da jurisprudência, também careceria de sentido prático. Isso porque, negaria à própria corte a possibilidade de aprimorar ou suprimir a criação pela qual foi responsável. Assim, na versão forte do precedente horizontal, veda-se que um mesmo órgão, pelo mesmo procedimento revogue medida anteriormente sufragada. Por outro lado, em sua acepção fraca, o precedente horizontal deve ser considerado e observação na fundamental da corte prolatora. Vale dizer, salvo casos de distinção ou superação, o precedente deve ser aplicado e confirmado. Mas é resguardado ao tribunal o poder de afastar ou reformar o entendimento anterior.

---

<sup>67</sup> MATA-MACHADO, 1986, p. 245.

<sup>68</sup> MARINONI, 2010, p. 119.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

Prosseguindo, ainda há que se distinguir entre **o precedente vinculante e o precedente persuasivo**<sup>70</sup>. Essa distinção não estabelece um maniqueísmo entre dois institutos irremediavelmente separados. Ao contrário, mesmo dentro de um mesmo sistema jurídico, a eficácia dos precedentes em força e espécie pode variar no tempo e no espaço, de modo que prender esta reflexão a uma lógica binária seria um notório empobrecimento. Melhor seria falar em graus de vinculação dentro da lógica adotada por cada sistema<sup>71</sup>, todavia, dada a tradição dessa classificação, teceremos algumas observações sobre ela.

A História demonstrou a possibilidade de implementação de um dos extremos, como o chamado “precedente absolutamente vinculante”, entendido como aquela decisão cuja observância é sempre inarredável e deve ser considerada pelos juízos inferiores e pelo próprio tribunal que julgou o paradigma. Engloba-se, pois a noção de autovinculação. Foi o que vivenciou a Inglaterra no ápice de seu *stare decisis*, ocorrido entre a apreciação do caso *London Tramway v. London County Council* (1898) e o *Practice Statement* (1966). Com bem resume Marinoni, está-se diante uma blindagem, que imuniza o precedente contra a revogação<sup>72</sup>.

Em outro extremo, seria possível conceber um Estado em que cada juiz é absolutamente desvinculado da jurisprudência na hora de sentenciar um processo, de modo a dever observância apenas ao texto direto da lei. Apesar de a tradição continental, habitualmente, renegar as manifestações pretorianas à categoria de fontes secundárias do direito, trata-se de hipótese de difícil verificação prática, pois, conforme pontua Bustamante:

Não há sistema jurídico que possa desconsiderar por completo os precedentes judiciais na aplicação do Direito, qualquer que seja o momento histórico, sob pena de o direito positivo entrar em contradição com a própria ideia de sistema, a qual pressupõe a concretização do Direito como algo racional e coerente. Qualquer sistema jurídico que se desenvolva até um patamar mínimo de racionalidade necessita de certo grau de aderência ao precedente judicial, sob pena de se frustrarem as próprias pressuposições formais implícitas ao Estado de Direito.<sup>73</sup>

Em outras palavras, ainda que em coeficiente diminuto, noções de isonomia tendem a exercer algum grau de influência sobre os julgadores. É, justamente, a chamada

---

<sup>70</sup> Heiki Pohl (*apud* DERZI, 2009, p. 225-226) usa terminologia diversa para descrever o mesmo fenômeno e distingue entre o precedente mandamental e o precedente que é mero demonstrativo da estabilidade espontânea de determinado entendimento.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>73</sup> BUSTAMANTE, 2012, p. 82.

eficácia persuasiva do precedente, que borra as linhas entre a vinculação absoluta e a desvinculação.

Conforme atesta a nomenclatura, o precedente de matiz persuasivo atua sobre o convencimento do juiz, quer por sua qualidade, quer pelo constrangimento<sup>74</sup>. Por exemplo, determinado juízo singular ou colegiado pode sentir-se inclinado a seguir uma decisão proferida pelo próprio órgão que integra ou mesmo um acórdão de origem superior, em razão da densidade argumentativa apresentada no aresto paradigma. Assim, os magistrados servem-se da fundamentação lançada no passado, para complementar ou mesmo guiar a sua própria. Todavia, a lógica de se evitar o retrabalho pode ser um fator mais forte sobre a atuação dos julgadores. Sabendo do risco de ter sua decisão reformada e desejando evitar o embaraço ou mesmo ante a ausência de boas razões para eventual intransigência, o magistrado acaba por ceder ao precedente vertido. Por coerência, respeito ou pragmatismo, o precedente exerce sua *gravitas*.

Enfim, segundo Marinoni<sup>75</sup>, a questão mais importante, seja qual for a combinação de espécies de precedentes positivadas no ordenamento, é garantir que os operadores do direito não se olvidem da necessidade de fundamentação de todos os atos que circunscrevem o trato com os precedentes. Vigente alguma forma de vinculação, a revogação do provimento paradigmático carrega um ônus argumentativo muito mais custoso que a manutenção do *satus quo*. A inovação e o rompimento surpreendem e, por isso, carecem da entrega de maiores satisfações aos juízos “abaixo” e aos jurisdicionados. Por outro lado, ainda que o precedente seja instituto restrito à simples persuasão, não pode o magistrado escusar-se de explicar à parte as razões que o levaram a não aplicar um entendimento chancelado por corte hierarquicamente superior. Trata-se de corolário do dever de fundamentação.

Bem compreendidos os tipos de precedentes, passemos ao exame das partes que o integram, em um raciocínio de análise – e, portanto, decomposição.

## **2.5. Noções fundamentais no trato com precedentes vinculantes**

### ***2.5.1. Ratio decidendi e obiter dictum***

---

<sup>74</sup> MARINONI, 2010, p. 118.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

Este tópico será dedicado à alma de um sistema de precedentes. Absolutamente corriqueiras na prática dos juristas do *Common Law*, as expressões *ratio decidendi* e *obiter dictum* só se tornaram comuns no Direito Brasileiro a partir do CPC/2015. Assim, a melhor lógica impõe que, primeiramente, esquadrinhe-se as mais influentes concepções desenvolvidas por estudiosos da tradição anglo-saxã acerca dos referidos conceitos, para, somente depois, perquirir-se como seus sentidos foram e são tratados na literatura jurídica do Brasil<sup>76</sup>.

A finalidade deste item é dirigir os holofotes para a essência dos precedentes vinculantes, donde será possível separá-los em definitivo de noções como a “jurisprudência” – dicotomia já tateada neste trabalho – e as súmulas. É o que Motta<sup>77</sup>, com esteio nas clássicas obras de Michele Taruffo<sup>78</sup>, chama de dimensão estrutural do precedente, em oposição à dimensão institucional. Aquela se caracteriza por ânimo definidor e conceitual, enquanto esta revela a dinâmica da autoridade do julgamento paradigma. Não suficiente, a identificação concreta da força vinculativa da decisão ainda perpassa compreender sua face dimensional objetiva, materializada nos dois conceitos ora apresentados. Uma vez que, até o presente momento, as dimensões institucional e estrutural foram examinadas, espera-se que o aprofundamento nos elementos objetivos complete esta espécie de “Teoria Geral do Precedente Vinculante” e abra margem para que se adentre o caso brasileiro e, posteriormente, a aplicabilidade do tema às arbitragens.

\*\*\*

Aqueles que já se depararam com textos de renomados juristas ingleses ou norte-americanos percebem que estes espelham uma concepção de metodologia científica diversa daquela empregada em países como França, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Ora, a maneira diferente de se conceber a materialização do trabalho acadêmico, no mais das vezes, deriva apenas do reflexo de uma cultura jurídica diferente, que, no caso foi menos pelo modelo positivo-cientificista francês do final do Século XIX. Por isso, os

---

<sup>76</sup> Mesmo neste momento vestibular da exposição, já calha pontuar que, até as fases finais da tramitação do projeto do NCPD no Congresso Nacional, em 2014 e 2015, o volume de material produzido sobre essa temática afigurava-se mais escasso, haja vista que apenas aqueles mais interessados na matéria arriscavam-se ao trabalhoso estudo dos escritos estrangeiros, fontes precípuas da compreensão do hodierno *stare decisis*. Todavia, aprovado o novel diploma adjetivo, o mercado editorial foi inundado de publicações de “menor esmero”, que inauguraram uma fase de suposta autossuficiência entre os textos contemporaneamente editados, sem preocupações mais profundas em voltar-se para as reflexões advindas dos países herdeiros do direito comum inglês.

<sup>77</sup> 2015, p. 179.

<sup>78</sup> Quais seja, *Precedente e giurisprudenza e Dimensioni del precedente giudiziario*.

livros e artigos produzidos por autores nascidos dentro da lógica do *Common Law* são marcados por uma preocupação maior com o argumento, do que com a erudição, a escrita rebuscada, longas tipologias taxonômicas, normas formais de organização textual ou uma vastidão das citações bibliográficas.

Talvez, por isso, não cause espanto a constatação de que não há um conceito uniforme e firme acerca da *ratio decidendi* para a “doutrina nativa”<sup>79</sup>. Isto é, seja no campo prático ou teórico, muito mais empenho é depositado para sanar questões atinentes ao uso prático dos precedentes do que em delimitar e distinguir com precisão cirúrgica os conceitos a ele imanentes.

Por isso, as análises que se seguem parecem valer-se muito mais de lentes dinâmicas sobre o sistema de provimento judiciais obrigatórios, do que da tentativa de fotografá-lo, para se proceder a uma investigação estaticamente minuciosa.

Em um percurso cronológico dos autores clássicos e de maior destaque, primeiramente, Eugene Wambaugh propõe a formulação de um teste, a fim de se identificar a *ratio decidendi* de um julgado<sup>80</sup>. Para a melhor compreensão do raciocínio do professor americano, elabora-se um modelo: a decisão X apresenta três argumentos (A, B e C), para alcançar o veredito Y. Primeiramente, o observador deve isolar cada uma das proposições de direito formuladas pela Corte. Após, deve inserir no conteúdo de cada uma, alternadamente, uma partícula de negação, a fim de inverter seu sentido, mas preservar a lógica sufragada pelas demais. Se, mesmo após essa operação, o resultado Y for preservado, deduz-se que o teor do argumento negado não foi essencial ao deslinde da contenda. Lado outro, acaso a “inversão do sinal aritmético” do argumento culmine na modificação do resultado, tem-se configurado um elemento fulcral da motivação do precedente.

Por exemplo: Caio recebe juízo de improcedência em sua ação indenizatória contra uma negativação alegadamente indevida, uma vez que a ré, a sociedade Conexão Telefonia S/A, logrou demonstrar a contração do débito lastreador da inscrição do cliente nos cadastros de proteção ao crédito. Caio ainda possuía diversas negativações posteriores àquela questionada em juízo, o que fora mencionado pelo juiz, na sentença que rejeitou seus pedidos. Ora, na hipótese de a companhia não ter se desincumbido de seu ônus probatório, por certo, a solução meritória teria sido oposta. Noutra giro, a existência de apontamentos ulteriores, malgrado confirmam força à visão esposada pelo julgador, não

---

<sup>79</sup> MARINONI, 2010, p. 223. No mesmo sentido, Stones (*apud* MOTTA, 2015, p. 183) chega a classificar a *ratio decidendi* como uma categoria ilusória, em face da celeuma conceitual oriunda de sua indeterminabilidade semântica.

<sup>80</sup> MOTTA, 2015, p. 184.

poderia infirmar a solução constante do *decisum*. Portanto, extrai-se uma regra jurídica do fato da existência de um contrato existente, válido e vigente com pagamentos em aberto e sem quitação demonstrada. Nesses cenários, o credor pode valer de técnicas indutivas extrajudiciais, sem configurar dano moral ao consumidor. Lado outro, o fato de o autor da demanda ser devedor contumaz é apenas um argumento de reforço, de modo que se esse argumento existisse ou não o veredito seria o mesmo.

Com base nesse teste, Wambaugh traz a definição de que a *ratio* é a regra jurídica generalizável sem a qual o caso deveria ser decidido de forma diferente. Por mais óbvia e palatável que pareça, a atual quadra de evolução da teoria do *stare decisis* é algo refratária ao teste proposto, por uma questão de lógica argumentativa<sup>81</sup>. Isso porque, caso as razões A, B ou C sejam todas autonomamente suficientes para se decretar Y, a inversão de sentido de qualquer uma delas não poderá alterar o desfecho do processo. Logo, ainda que haja a inserção da partícula negativa em cada tese, o resultado se manterá pela força das demais, o que pode levar à conclusão errônea de que um argumento considerado essencial pela corte seria dispensável e não vinculante.

Explica-se com ilustração semelhante à anterior, mas com uma pequena variação. No novo caso, Caio também afora a ação pelo procedimento comum buscando a reparação moral pelas inscrições alegadamente abusivas, mas suas outras negativações agora são anteriores àquela questionada em juízo, sendo certo que não logrou provar a ilegitimidade de nenhuma delas. Nesse novo cenário, o magistrado que preside a causa também não acolhe a pretensão exordial pela prova da contratação pelo réu. Todavia, além de valer-se do primeiro argumento, utiliza-se da Súmula nº 385, STJ<sup>82</sup> – com a interpretação dada no julgamento do REsp. nº 1.386.424/MG, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti<sup>83</sup> –, para alinhar que a existência de inscrições prévias elide o dever indenizatório por parte do credor. Ora, caso a parte requerida não tivesse ofertado provas da existência da dívida, o juízo de improcedência permaneceria por força do mencionado verbete sumular. Outrossim, se a jurisprudência não tivesse se pacificado nesse sentido, Caio ainda perderia a causa, pela prova da relação jurídica creditória.

---

<sup>81</sup> MARINONI, 2010, p. 224.

<sup>82</sup> Súmula nº 385, STJ: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.” Segunda Seção, em 27.5.2009 DJe 8.6.2009, ed. 379.

<sup>83</sup> REsp n. 1.386.424/MG, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relatora para acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 27/4/2016, DJe de 16/5/2016. Temas nº 922 dos recursos especiais repetitivos. Tese jurídica fixada: “A inscrição indevida comandada pelo credor em cadastro de inadimplentes, quando preexistente legítima anotação, não enseja indenização por dano moral, ressalvado o direito ao cancelamento. Inteligência da Súmula 385/STJ.”.

Todavia, nenhum dos argumentos pode ser descartado como acessório, uma vez que ambos possuem a mesma força na fundamentação da sentença. Por isso, nessas hipóteses em que o julgado adote razões plúrimas, igualmente determinantes, falha o teste de Wambaugh na detecção da *ratio decidendi*.

Com uma aproximação tendente à escola do Realismo Jurídico<sup>84</sup>, Arthur Goodhart<sup>85</sup> vale-se da oposição entre *material* e *imaterial facts*, em sua busca pela *ratio decidendi*<sup>86</sup>. Em seu artigo *Determining the ratio decidendi of a case* – publicado em 1930, na prestigiosa Revista da Escola de Direito da Yale *University* –, argumenta o professor que as regras gerais – *principles of a case* – de uma decisão podem ser encontradas **na forma como o juiz valora juridicamente os fatos que determinaram seu convencimento** – *material facts*. Tamanho relevo fora dado aos fatos, uma vez que neles acreditava-se encontrar a chave para o raciocínio analógico realizador da igualdade<sup>87</sup> – é a máxima do *treat like cases alike*. Isto é, é a similitude entre os fatos do caso progresso

---

<sup>84</sup> Para mais detalhes sobre a amplitude do termo que designa essa escola de pensamento jurídico cf. BITTAR, ALMEIDA, 2019; p. 444 a 452.

<sup>85</sup> Aqui não se fala em “realismo” na acepção vernacular, mas sim na escola de pensamento jurídico que marcou principalmente o *Common Law* norte-americano, no início do Século XX. Desde o final do Século XIX, autores como Robert Summers, Roscoe Pound, John Dewey e John Chipman Gray encabeçaram um movimento que ficou conhecido sob a rubrica genérica de Instrumentalismo, primeira fagulha da reação contra a Escola da Jurisprudência Analítica austriana.

Sem dúvidas, o texto mais importante desse embrião do Realismo foi o artigo *The Path of Law*, da autoria de Oliver Wendell Holmes Jr. Pragmático, o autor mostrou-se opositor ferrenho à ideia de um direito formalista e racionalista, deduzido a partir de complexos axiomas elucubrados sobre uma legislação pretensamente exauriente. Ao contrário, o *Justice* da *Supreme Court* enxergava a legislação como apenas mais uma das fontes jurídicas, que só ganhava vida sob a pena dos juízes. Assim, em célebre afirmação – por muitos incompreendida –, Holmes asseverou que o Direito é código de conduta extraível das decisões das cortes. Possuidor de arguta compreensão descritiva, o jurista de Boston preocupou-se em despojar argumentos jurídicos abstratos desnudados de real substância, ao passo que também arrancou o véu sobre a ilusória segurança jurídica, demonstrando sua fragilidade frente aos impulsos criativos arbitrários dos juízes.

Sobre essas raízes, ergueram-se os realistas norte-americanos, que miraram seus “microscópios” para a decisão e o comportamento judicial, como elemento central da cognoscibilidade do Direito. Isto é, por mais que se tentasse vincular o juiz a um ordenamento positivo dado aprioristicamente, seu provimento sempre estaria sujeito a uma natureza extrajurídica, a influenciar de modo decisivo a forma como o julgador interpreta a inescapável indeterminação das normas jurídicas (MOTTA, 2015, p. 49-57). Criticava-se, assim, a noção do juiz autômato, que sempre chegaria ao mesmo veredito se inserido em um mesmo contexto de normas e fatos sobre casos semelhantes. Ainda em 1908, Roscoe Pound escrevia seu *Mechanical Jurisprudence* para a *Columbia Law Review*, em que, jocosamente, arguia que o magistrado não era como uma máquina de alimentos, em que se basta inserir a moeda correta para se obter o sanduíche desejado (MATA-MACHADO, 1986, p. 245).

É nesse pujante cenário jusfilosófico que Goodhart estrutura sua reflexão, provavelmente com a influência de Joseph Francis, um dos realistas de maior relevância da histórica estadunidense (MARINONI, 2010, 225).

<sup>86</sup> MOTTA, 2015, p.184.

<sup>87</sup> Malgrado toda a dedicação investida na temática, Goodhart possui uma visão cética e crítica, em relação ao modelo do *stare decisis*, o que pode ser visto em sua famosa afirmação, no sentido de que o juiz inglês de hoje é escravo do passado jurisprudencial, mas, ao modelar os futuros julgados, torna-se um déspota do futuro (in CRUZ E TUCCI, 2012, p. 103).

e a causa precedente que tornam o precedente aplicável como corolário de isonomia, de solução harmônica para situações equivalentes.

Por outro lado, os fatos desprezados pelo julgador, revestir-se-iam de imaterialidade<sup>88</sup>, na medida em que irrelevantes para o desate da controvérsia. Em 1959, com o fito responder a críticas doutrinárias feitas por Montrose e Simpson, Goodhart complementou o artigo em nova publicação intitulada *The ratio decidendi of a case*, em que destaca a importância em se perscrutar o raciocínio percorrido pela Corte, uma vez que apenas dele, implícita ou expressamente, é possível a extração da *ratio*. Com esses esclarecimentos, revelou o professor de Oxford que as razões de decidir não se encontram nos fatos materiais em si, mas no que diz a decisão sobre eles, para solucionar o caso *sub judice*<sup>89</sup>. Segundo revela Neil Duxbury<sup>90</sup>, mesmo com suas limitações metodológicas, a corrente construída por Goodhart, até os dias atuais, é a que reside no inconsciente dos *common lawyers*, de modo a governar a prática forense e o estudo de casos.

Em texto mais moderno, mas igualmente basilar, Rupert Cross refere-se às duas postulações anteriores, bem como realiza uma retomada histórica do precedente e seus elementos na tradição inglesa. Precisamente, quanto ao conceito de *ratio decidendi*, observa-se inexistir harmonia conceitual, porquanto traça proposta mais contida. A frase a seguir tornou-se consagrada no estudo da doutrina do precedente obrigatório<sup>91</sup>:

*The ratio decidendi of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury.*<sup>92</sup>

Com isso, Cross objetivou afastar-se da lógica tão apegada aos fatos empregadas por Goodhart, mas ainda suprir a já consabida falha no teste de Wambaugh. Brian Simpson, atento à relatividade do termo “necessário”, formulou sugestão de alteração no

---

<sup>88</sup> Comentando o sistema inglês, Walker (1980, p. 131-132) chega a conclusão semelhante: o que vincula não seria a decisão como um todo, mas as proposições de Direito (*statements of principles of law*), sobre os fatos considerados demonstrados pela corte (*finding of facts*) e que foram o embasamento do julgamento de mérito alcançado.

<sup>89</sup> Mesmo com a atualização do entendimento de Goodhart, Bustamante (2012, p. 109-114) tece contundente crítica. Qual seja, o jurista nova-iorquino parte da premissa de que é possível elaborar uma distinção sólida entre proposições fundadas em fatos e aquelas fundadas em normas, noção que não contestada pelo Prof. Bustamante, à luz de um paradigma pós-positivista do Direito.

<sup>90</sup> *Apud* MARINONI, 2010, p. 225.

<sup>91</sup> CROSS, 1991, p. 72.

<sup>92</sup> A *ratio decidendi* de um caso é qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário para se chegar à sua conclusão, considerada a linha argumentativa adotada por ele, ou uma parte necessária de sua preparação para júri. (Tradução livre).

enunciado tecido pelo professor da *London School of Economics*, advertindo ser preferível a expressão “suficiente”<sup>93</sup>.

Para MacCormick, porém, qualquer uma das duas teses se afigura abrangente em demasia. O jurista escocês exemplifica sua crítica com determinada lei, que disciplina uma questão posta ao exame do Judiciário. Por certo, algum, senão vários de seus artigos, será não só suficiente, mas também necessário ao julgamento do caso, sem, contudo, conduzir-se à conclusão de que o dispositivo normativo em si seria a *ratio decidendi* do julgado. Em verdade, nesse exemplo, a *ratio* repousa na posição que um tribunal edifica acerca do texto legal<sup>94</sup>.

MacCormick trabalha em uma mescla das noções adotadas por Cross e Simpson – que, posteriormente, foi apreciada e chancelada pelo próprio Cross. No intento de restringir o espectro conceitual até então vigente no Estado d’Arte, o professor da Universidade de Edimburgo acrescentou um elemento novo à essa liga forjada a muitas mãos: a *ratio decidendi* seria a justificação para solução particular dada pelo juiz ao processo, ao se manifestar sobre os argumentos inerentes à solução do conflito<sup>95</sup>. Nas palavras do próprio jusfilósofo, que, claramente, percorrem as pegadas deixadas por Cross:

*A ratio decidendi is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties’ arguments in a case, being a point in which a ruling was necessary to his justification (or one of his alternative justifications) of the decision in the case.*<sup>96</sup>

O esmero conciliador de MacCormick pode ser considerado frutífero, uma vez que suas digressões acerca dos conceitos inerentes ao trato com os precedentes vinculantes compõem o mais sólido acervo existente sobre a matéria. Assim, de posse do rico debate travado entre os acadêmicos do direito alienígena, volve-se esta análise para não menos ilustres estudiosos brasileiros.

Ainda na década de 1980, antes de o tema se vulgarizar, Mata-Machado<sup>97</sup> fora assertivo: a *ratio decidendi* é a regra contida no precedente, que justificou a decisão da corte naquele sentido, sendo extraída sempre no cotejo entre o caso do precedente – em

<sup>93</sup> MARINONI, 2010, p. 232.

<sup>94</sup> *Idem*, p. 231-233.

<sup>95</sup> MOTTA, 2015, p. 189-190.

<sup>96</sup> Uma *ratio decidendi* é uma determinação expressa ou implicitamente dada por um juiz, que é suficiente para resolver uma questão jurídica arguida pelos argumentos das partes em um caso, sendo um ponto em que a determinação era necessária para que ele justifique (ou para uma de suas justificações alternativas) sua decisão no caso. (Tradução livre).

<sup>97</sup> 1986, p. 246-250.

sentido vernacular, isto é, que veio antes – e o caso em julgamento no presente. Novamente, fica claro que não existe um precedente *ex ante*, pois seria até mesmo um paradoxo linguístico. O precedente não pode ser gestado como tal, com “futurologia”. Não pode ser criado *by design*. É apenas seu uso no futuro, quando ele já é o passado decisório, que permite aferir sua eficácia jurídica como paradigma. Ademais, nota-se que a proposta do professor mineiro apresenta elementos semelhantes aos que defendia MacCormick, ao trazer a motivação e os fatos do julgamento para o centro do conceito.

Lembrando que, nos Estados Unidos, a terminologia *holding* também é amplamente empregada como sinônimo da vinculação da *ratio*<sup>98</sup>, Wambier<sup>99</sup> é mais que assertiva na conceituação, ao afirmar que “[a] parte da decisão que realmente vincula é a *ratio decidendi*”. Assim, ela nada mais é do que a essência – implícita ou explícita – da regra que explica o resultado de um julgamento. Tomado em sua perspectiva descritiva, o conceito perpassa a explicação do raciocínio do tribunal. Mais importante, porém, é o viés prescritivo, em que a *ratio* configura uma *proposition of law* necessária para o deslinde da causa. Ao final, tem-se uma *rule of law*, cujas dimensões só serão realmente precisadas com sua posterior interpretação, ao ser utilizada como parâmetro para a apreciação de casos futuros.

Após interessante cotejo de renomados autores que se debruçaram sobre a noção em sistemas de *Common Law*, assim como após examinar casos da jurisprudência inglesa, propugna a eminente processualista que a *ratio decidendi* deve englobar todo o raciocínio perfilhado pela corte – sem prejuízo de sua inevitável interpretação pelos julgadores do futuro<sup>100</sup>. Isto é, a escolha dos fatos, sua qualificação jurídica, a conclusão decisória e como esse conjunto será entendido e manejado pelas gerações vindouras, tudo isso englobaria o elemento vinculante do precedente, sob pena de se frustrar a almejada segurança jurídica.

---

<sup>98</sup> A assertiva não é pacífica. KREBS (2015, p. 198-199), abroquelado na obra de Schauer, defende que os termos não são idênticos e nem podem ser confundidos. As razões de decidir seriam a fundamentação lançada pela corte, para resolver determinada controvérsia jurídica. Diferentemente, o *holding* seria a regra jurídica extraível dessa fundamentação e que se firma como orientação vinculante para os casos futuros. Neste trabalho, porém, assim como feito na prática forense inglesa e norte-americana, adotaremos os termos como sinônimos, para que o objeto de estudo não de desvie para a precisão semântica do inglês jurídico.

<sup>99</sup> 2012, p. 43-52.

<sup>100</sup> Com base em Goodhart, a autora ainda mostra que, em verdade, parece predominar na doutrina anglo-saxã a ideia de que o acórdão que aterra o precedente é incompleto de sentido. Apenas seu manejo e hermenêutica ao longo do tempo podem revelar suas nuances. Comungando dessa visão, defendemos que todo precedente, em verdade é uma decisão plural, pois é formada hermeneuticamente por um julgado originário, assim como por intérpretes ulteriores que lhe conferem as balizas semânticas.

Ainda, valendo-se dos ensinamentos de Michael e Maxwell, a jurista mostra interessante posição, segundo a qual o *holding* seria todas as conclusões jurídicas<sup>101</sup> alcançadas pelo tribunal – implícita ou explicitamente –, à luz dos fatos específicos da querela, independentemente do caminho que o colegiado percorreu para alcançá-las. Assim, a decisão posterior de um tribunal hierarquicamente inferior que sufraga a mesma posição, mas vale-se de uma operação argumentativa distinta estaria em harmonia com o precedente.

Marinoni<sup>102</sup> também possui uma definição de sua autoria, esta moldada para servir também à prática brasileira. Para ele, as concepções majoritárias acerca da *ratio decidendi*, nos EUA e na Inglaterra, revelam-se muito reducionistas. Em regra, atribui-se o *status* de vinculativo aos recortes decisórios essenciais para o resultado específico do mérito do caso. Dessa forma, excluem-se das razões de decidir soluções dadas a questões preliminares ou mesmo pontos do provimento que tenham sido favoráveis à parte vencida. Em regra, não obstante não exista uma predisposição das instâncias inferiores em desobedecerem a essas orientações secundárias, a doutrina tende a tomar essas questões como *dicta* – o que será mais bem explicado logo abaixo – ou, quando muito, como *ratio decidendi* alternativa ou secundária.

O citado professor titular da UFPR mostra-se deveras crítico a esses entendimentos restritivos. Ato contínuo, advoga que, no Brasil, deve-se adotar o conceito de *ratio decidendi* como uma proposição generalizável firmada pelo tribunal, que seja necessária à solução de cada questão de direito específica dentro do caso. Portanto, não seria uma razão de decidir da lide como um todo, mas, sim, uma *ratio* por *point of law*<sup>103</sup>. Logo, cada tese, desde que apreciada pela integralidade do colegiado, teria autonomia, inclusive, em sua eficácia vinculante. Logo, seria possível que um acórdão encerrasse tantos precedentes quanto houvesse preliminares e pedidos meritórios no feito, independentemente de qual dos litigantes beneficie<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> Aqui, não se tem conclusão como sinônimo de parte dispositiva da decisão, mas sim como uma proposição de direito. Isto é, a afirmação, pelo tribunal, de seu entendimento jurídico acerca de determinado quadro fático, donde se extrai uma regra de direito aplicável a casos análogos.

<sup>102</sup> 2010, p. 245-246 e p. 260-263.

<sup>103</sup> Segundo revela Bustamante (2012, p. 103-123), os juristas ingleses, em regra, comungavam da opinião de que qualquer trecho paradigmático do precedente, para ser vinculante, deveria estar profundamente atrelada aos fatos da demanda – inclusive, trata-se de questão já ventilada nesta dissertação. Assim, a “máquina” extratora do sumo do *precedent*, *i.e.*, a *ratio decidendi*, seria a análise das conclusões jurídicas sobre os *material facts* de cada caso. Nesse passo, a mera exteriorização de regras abstratas nas decisões era vista com um grau de generalidade indesejável – na contramão do que ocorre com nossas súmulas e ementas, por exemplo. Para os juristas ingleses, o argumento genérico deveria, em regra, ser tomado por *dictum*, ou, no máximo, anteparos interpretativos da decisão.

<sup>104</sup>No mesmo sentido, caminha Macêdo (2015, p. 223-231), para quem o Brasil não deve aderir ao fetiche pelo método de investigação da *ratio decidendi*, típico dos países que adotam o *stare decisis*. Uma vez que

Fundado em Luiz Renato Ferreira da Silva, Camargo<sup>105</sup> pontua que nem todo precedente vincula, da mesma forma que nem todas as partes de decisão de observância peremptória são responsáveis por essa qualidade. Assim, seria possível sempre decompor o julgado, a fim de isolar a *ratio decidendi* como um núcleo determinante, em oposição às considerações periférica.

Expondo o pensamento de Criscuoli, Bustamante<sup>106</sup> revela que distinguir entre a parcela vinculante e a não autoritativa da decisão judicial foi verdadeira necessidade para os juristas ingleses, o que se extrai, no mínimo, desde o julgamento do caso *Bole vs Horton*, pela *House of Lords*, em 1673. Isso porque, na raiz da teoria inglesa do precedente, conforme explanado alhures, repousa a ideia de que o juiz *cria* o direito do caso concreto. Logo, a magistratura britânica sempre gozou de vasta liberdade formal, ao elaborar seus *rulings*. Isso exigiu a construção de sólidas teorias que objetivavam decantar as simples observações e advertências, daqueles argumentos que representam indispensável nexos de causalidade estrito entre o fato e o julgamento – esta, a *ratio decidendi*, as razões de direito que, ao serem aplicadas aos fatos verificados, servem de fundamento à resolução da disputa em determinado sentido.

Ainda Bustamante, com habitual intento desmistificador e na contramão do que parecem pregar muitos dos estudiosos brasileiros que se debruçam sobre o tema, defende que o fetiche pela motivação de uma decisão como encarnação da *ratio* é um fenômeno relativamente recente na história do *Common Law*. Os atuais contornos do *stare decisis* foram fundamentalmente influenciados pelo Positivismo dos Séculos XVIII e XIX. Segundo o citado autor, dentro dessa perspectiva teórica, por muito tempo, imperou o desapego à qualidade argumentativa de determinado provimento. Isso porque, o esvaziamento axiológico conduzia ao enfoque no formalismo. Isto é, os juristas e magistrados positivistas derivavam o poder vinculante do precedente da autoridade formal da corte que o prolatou, pois esta possuiria legitimidade para tal, segundo as normas de direito positivo vigentes. Trata-se, pois, de um enfoque muito maior em regras

---

inexiste um critério seguro *a priori* e o *holding* sempre será firmado por meio de uma construção argumentativo-interpretativa futura da norma jurisdicional, não há razão para minudências formais. Por isso, o direito pátrio deve ser seletivo ao proceder com qualquer introjeção de institutos jurídicos, a fim de se minimizar o risco de importação de problemas despiciendo ao bom uso da nova ferramenta. Claro, é essencial que jurista seja capaz de discernir a *ratio* do *dictum*, de acordo com o *discrimen* que entender mais adequado. Disso, porém, não derivam empecilhos para que, entre nós, fale-se em precedente com multiplicidade de *rationes decidendi*, em *holding* formado pela decisão de questão preliminar ou em vinculação de entendimento firmado sobre questão processual. Inclusive, nesse sentido, são a previsão legal do art. 928, parágrafo único, CPC/2015 e o Enunciado nº 327 do Fórum Permanente de Processualistas, por exemplo.

<sup>105</sup> 2012, p. 558-564.

<sup>106</sup> 2012, p. 252-282.

de competência, respeito a procedimentos e determinação legal de atribuições institucionais e hierárquicas, do que de um exame material que derivaria legitimidade do *legal reasoning*.

Todavia, iniciado o eclipse do Positivismo Jurídico, após as duas Grandes Guerras, o estudo do Direito observou a ascensão das chamadas Teorias da Argumentação Jurídica e do Neoconstitucionalismo, escolas marcadas pela estruturação de um sistema de princípios normativos protetivos de direitos fundamentais e por uma justificação racional do Direito, incutindo-lhe uma matriz substancial de pretensão autocorretiva<sup>107</sup>. Nesse norte, a estruturação de um sistema de precedentes vinculantes deixou de ser uma formalidade respeitosa a uma autoridade institucionalizada, para se tornar um mandamento de razão prática, consubstanciada na coerência do ordenamento e na concretização da isonomia. Tem-se, portanto, não só uma exigência jurídica, mas também filosófica, para se manter a estabilidade jurisprudencial<sup>108</sup>.

Ato contínuo, perdeu progressivamente relevo o comando materializador da ordem pretoriana final, diante da motivação fornecida para se legitimar a conclusão. A argumentação, desse modo, passa para o centro do debate teórico, como receptáculo precípua das razões de decidir e do poderio vinculante do precedente<sup>109</sup> – trata-se de um raciocínio em tudo compatível com qualquer sistema jurídico de resolução de disputas, em que um dos critérios focais de legitimação perante as partes seja a qualidade da análise meritória pelos julgadores, como a arbitragem, por exemplo.

Passou-se a compreender, enfim, que o precedente, como texto humano, está sujeito a uma série de variáveis no momento de sua redação e, principalmente, no de interpretação. Por isso, face à pluralidade argumentativa normalmente declinada por qualquer tipo de corte jurisdicional – possivelmente em diversos níveis de generalidade –, não mais seria tão frutífera a extração do suposto cerne material do julgado<sup>110</sup>, como se pudesse ser acessada uma verdade ou um sentido unívoco. Sob essa perspectiva, apenas a reiterada aplicação futura do entendimento pregresso, pelos tribunais futuros, renderia alguma delimitação semântica da inteligência da decisão e do que nela deve ser reputado como vinculante.

---

<sup>107</sup> Para uma evolução das correntes de pensamento aplicáveis à Hermenêutica Jurídica, começando por Gadamer, pelo Positivismo Jurídico de Kelsen e Hart, pelo Pós-Positivismo de Dworkin e chegando a autores brasileiros contemporâneos, cf. STRECK, 2015, p. 86-110.

<sup>108</sup> *Idem*.

<sup>109</sup> É o que defende MacCormick, *e.g.* (*ibidem*, p. 256).

<sup>110</sup> Essa é a opinião de Stone (*apud ibidem*, p. 257).

Não obstante essa seja a posição de alguns autores pós-positivistas, Bustamante defende que não se pode abandonar a busca pelo *holding* do precedente. Assim, sob o prisma de uma teoria normativa, mas argumentativa, do precedente judicial, propugna que se supere a antiga dicotomia de que todo o texto da decisão pode ser dividido entre proposições jurídicas absolutamente vinculantes e meros ditos de passagem tomados por ignoráveis. Ao contrário, deve-se transcender a lógica binária do “preto e branco”, para se vislumbrar uma “escala de cinza” sensível à pluralidade de razões inculpidas em um mesmo julgado – cada qual com seu respectivo nível de generalização e vinculatividade<sup>111</sup>, a depender da situação futura em que o paradigma será aplicado<sup>112</sup>. Igualmente, deve-se admitir que um mesmo provimento pode apresentar mais uma *ratio*, cada uma com suas características e força próprias.

Para tanto, o jusfilósofo traça sua teoria do precedente judicial fundado na concepção kantiana de “razão prática” adotada por MacCormick<sup>113</sup>, em sua maturidade intelectual. Dessa forma, conclui que tanto as deduções legislativas, quanto as induções com casos concretos e precedentes sustentam-se na mesma operação intelectual, a saber, a subsunção. Por isso, mesmo o *case law* fundar-se-ia em universalização, ao densificar a exigência de se tratar os casos iguais de modo semelhantes. Novamente, trata-se de concepção de Direito plenamente compatível e aplicável ao sistema arbitral, em que os julgadores raciocinam também com base em uma lógica de subsunção de fatos a normas.

Em outras palavras, ao argumentar que a lide *sub judice* deve ser decidida conforme um julgado de observância necessária, o juiz vale-se da seguinte sistemática: “sempre que presentes os fatos A, B e C narrados no precedente, deve-se dar a solução X prevista nesse *leading case*”. Isto é, assim como o que é feito com a subsunção ao texto legislado, o magistrado ou árbitro apenas compara o caso sob seu exame a uma hipótese apriorística, cuja consequência deontológica está previamente estabelecida.

Assim, Bustamante<sup>114</sup>, com fincas em Cruz e Tucci, revela que, mesmo um sistema norteado pela casuística, guarda em seu cerne o princípio da universalização como vetor axiológico da noção de Justiça e igualdade formais. Isto é, toda decisão

---

<sup>111</sup> O próprio professor (*ibidem*, p. 254) fala em eficácia forte e frágil da obrigatoriedade de observância a um precedente vinculante. No primeiro sentido, se aplicável ao caso em apreço no presente, a solução de direito esposada no julgado paradigma teria de ser reproduzida, inarredavelmente, pela corte que analisa o precedente. Na segunda acepção, ao se deparar com caso análogo, o juiz teria o dever tão somente de levar em consideração o precedente firmado. Isto é, a decisão referencial não pode ser ignorada, mas o veredito pode dela dissentir.

<sup>112</sup> Conforme revela o próprio Bustamante, no trecho citado, trata-se tão somente de enxergar exatamente o mesmo fenômeno, mas deslocando-se seu eixo de legitimidade, sob as lentes de uma perspectiva substancialista.

<sup>113</sup> 2012, p. 110-114.

<sup>114</sup> *Idem*.

jurídica carrega como premissa uma norma cujo comando se pretende universal, quer advindo do Poder Legislativo, quer do Judiciário.

Prosseguindo, a clareza e assertividade do texto de Barroso e Mello<sup>115</sup> lhe reservam a citação direta:

Na cultura jurídica norte-americana, o precedente constitui "a regra jurídica usada *pela Corte de última instância no local em que o caso foi decidido*, aplicada aos fatos relevantes que criaram a questão de mérito levada perante a Corte para decisão". *Stare decisis*, por sua vez, corresponde à "política que exige que as Cortes subordinadas à Corte de última instância que estabelece o precedente sigam aquele precedente e 'não mudem a questão decidida'. Este princípio, *aplicando a doutrina do stare decisis* para estabelecer precedente vinculante, veio para a cultura jurídica dos Estados Unidos da tradição do *common law inglês*".

[...]

De acordo com a doutrina norte-americana, o *holding* constitui *a norma, extraída do caso concreto, que vincula os tribunais inferiores; o princípio jurídico que o tribunal estabeleceu para decidir; a regra necessária à solução do caso*.

[...]

Quanto à dificuldade de determinação dos *limites* e do *conteúdo* do *holding*, vale recorrer à abordagem efetuada por Edward. D. Re para ilustrá-la. De acordo com este autor, a força vinculativa de um precedente se limitaria "ao princípio ou regra indispensável à solução das questões de fato e de direito efetivamente suscitadas e decididas", afirmativa que produz uma ideia restritiva do conteúdo do *holding*, próxima de sua limitação a uma "espécie" de dispositivo da decisão. Entretanto, em outra parte do mesmo trabalho, o autor afirma que apenas "*os fundamentos* da decisão merecem reconhecimento e acatamento com força vinculativa".

Robert S. Summers, por sua vez, observa que, quando o tribunal vinculante foca a maior parte da decisão na discussão acerca de um princípio de direito, a tendência da corte vinculada é de compreender o *holding* como uma aplicação de tal princípio. Se, ao contrário, a decisão se foca em certos fatos peculiares ao caso, é possível que se venha a compreender o *holding* de forma mais restritiva, limitado por tais fatos. Além disso, segundo o autor, a lógica (*the reasoning of the precedent*, nas palavras originais) pode gerar uma extensão do conteúdo do *holding*. Tal variação de conteúdo se daria porque o *holding* de um caso se diferenciaria não apenas de sua fundamentação, mas igualmente de qualquer regra geral ou princípio extraível do *holding*. Enquanto o *holding* constituiria uma decisão específica sobre determinada questão, a regra ou o princípio constituiriam uma generalização formulada a partir do *holding*. Tal processo de formulação da regra ou do princípio, por sua vez, poderia gerar regras ou princípios com diversos graus de amplitude/generalidade, conforme: (a) a amplitude da questão em exame; (b) a lógica/fundamentação utilizada para decidi-la; (c) a possibilidade de (maior ou menor) generalização dos fatos pertinentes.

Os citados autores passam a discorrer sobre as duas principais correntes lógicas de extração da *ratio*, para concluírem que:

Nesse sentido, o método fático-concreto demonstra que a realidade fática é profundamente relevante para a determinação do teor vinculante do precedente, enquanto o método abstrato-normativo afirma a importância dos

---

<sup>115</sup> 2005, p. 179-184.

fundamentos deduzidos pela corte para tal fim; a partir de um exame crítico de ambos, pode-se concluir que: (a) é essencial que a decisão contenha um relatório preciso sobre os fatos, a fim de que se possam identificar aqueles que o tribunal vinculante considerou relevantes para proferi-la; (b) como os fatos estão sujeitos a valorações, não é possível extrair a regra abstraído-se dos mesmos ou da compreensão do raciocínio empreendido pelo tribunal no que concerne a tais fatos e ao direito aplicável, razão pela qual, para a identificação da própria norma vinculante e sua aplicação a novos casos, é necessário passar pela fundamentação; (c) as regras extraídas a partir de fatos e do raciocínio empreendido em torno deles podem ser formuladas de modo mais ou menos genérico, ampliando-se ou não o escopo vinculante de um precedente, e, para a modulação de sua amplitude, torna-se novamente essencial o exame dos motivos determinantes da decisão.

[...]

Tal conclusão, aliás, se alinha com as novas concepções da hermenêutica contemporânea, que afirmam que o processo de compreensão de um enunciado (ou de um julgado) é circular, desenvolvendo-se através de um raciocínio que se movimenta da parte para o todo e de volta à parte, como forma de apreensão de seu conteúdo. Portanto, de um raciocínio que se movimenta da norma para o fato e de volta para a norma; da decisão para os fatos e para a fundamentação e de volta à decisão; do dispositivo para o relatório, para a motivação e de volta ao dispositivo. Tanto assim que, aos nos confrontarmos com uma decisão judicial, não nos atemos a ler apenas o seu dispositivo, sendo necessário examinar seus motivos determinantes e a moldura fática do caso concreto para a plena apreensão de seu conteúdo. Assim, pode-se concluir que há uma fundamentação mínima, que constitui a lógica da decisão e que orienta a conformação da própria regra a ser extraída do precedente. Há, igualmente, um *background* fático mínimo que delimita o *holding*, tanto assim que, se profundamente alterado, chegar-se-á, conforme o caso, à afirmação de inaplicabilidade do precedente, seja por se tratar de hipótese de *distinguish* em razão de diferenças e peculiaridades fáticas, seja por sua efetiva não incidência à situação concreta porque muito diversa.<sup>116</sup>

Interessante notar que, em nenhum momento, se fala de normas abstratas ou de leis – *acts* ou *statutes*. Todo o raciocínio normativo, ainda que passível de abstração, funda-se na solução do caso concreto.

Cruz e Tucci<sup>117</sup> é igualmente retilíneo nesse sentido. Afirma que a *ratio decidendi* é tese, isto é, o princípio de direito contido na decisão suficiente à resolução da controvérsia em exame. Para o aludido processualista, a *binding force* do precedente vinculante não repousa na parte dispositiva da decisão, vale dizer, na ordem jurisdicional em si (*injunction*), mas sim na fundamentação da decisão, nos elementos argumentativos que nortearem o convencimento do julgador em determinando sentido. É desse material – que traz o real conteúdo e base do provimento final – que os magistrados, advogados e cidadãos do futuro extrairão conclusões acerca do direito aplicável aos casos daquele *jaez*<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> *Idem*.

<sup>117</sup> 2012, p. 100-101.

<sup>118</sup> MARINONI, 2010, p. 220.

A temática reveste-se de vasta relevância, porque, se comparada à tradicional opção técnica feita pelos países integrantes da família do *Civil Law* – incluindo-se aqui o Brasil – com o modelo adotado nos sistemas algo-saxônicos, encontrar-se-á uma oposição fundamental. Qual seja, quer por força de regra legal expressa, quer pela pena da doutrina, nas nações herdeiras da tradição romano-germânica, observa-se um foco teórico e dogmático no dispositivo da decisão. Além de ser a parte tratada como efetivamente cogente do provimento, o dispositivo é a base da coisa julgada e definidor de seus limites subjetivos/pessoais e objetivos/materiais<sup>119</sup>. Mesmo o NCPC, que confere especial relevo à atuação motivadora do juiz (art. 489, §1º, CPC/2015), segue a reboque dos diplomas processuais que o antecederam ao dispor que:

Art. 504. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

Portanto, ao contrário do que se viu nos sistemas do *Common Law*, nem a fundamentação e nem os fatos materiais demonstrados têm qualquer relevância para a conformação do que efetivamente vincula, na decisão. Em síntese, do excerto legal acima transcrito conclui-se que o cerne da decisão judicial está em seu comando final executável e, por isso, apenas este trecho reveste-se de “definitividade”. Ato contínuo, é apenas na coisa julgada que as esperanças de segurança jurídica são centradas, o que culminou em uma histórica subestimação dos outros elementos das sentenças e acórdãos. Por exemplo, o relatório dos fatos, dos argumentos das partes e da tramitação do processo, bem como a fundamentação em si, a aplicação do Direito aos fatos.

Todavia, é do raciocínio jurídico explanado pelo magistrado, à luz dos fatos da contenda, que se extraem as razões de decidir do caso, o que empurra este estudo para uma breve leitura crítica, que se constrói a partir de um comparativo entre os dois modelos. Sem dúvidas, os termos “precedente vinculante” e “coisa julgada” não designam o mesmo instituto jurídico<sup>120</sup>. Em acepção propositadamente breve – para não se perder o norte deste trabalho –, pode-se entender a *res judicata* em sua acepção material – que mais importa nesta senda – como a imutabilidade da solução de mérito dada pelo jurisdição a determinada contenda, conforme preconiza o CPC:

---

<sup>119</sup> *Idem*.

<sup>120</sup> Baseado em Heinsz, é possível afirmar que, nos Estados Unidos, a noção que se tem de coisa julgada no Brasil é perpassaria dois institutos. Fala-se em *res judicata*, como preclusão de um pedido, por perda de uma oportunidade processual ou existência de prévia decisão a seu respeito, e em *colateral estoppel*, como imutabilidade preclusiva para questões de fato (*apud ibidem*, p. 293-294).

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Trata-se de garantia constitucional (art. 5º, XXXVI, CRFB/1988) contra a possível retroatividade do Direito, ao passo que também é a pedra-angular da pacificação social, vez que resguarda a existência de um termo final ao conflito de direito material. No entanto, a coisa julgada, em seus efeitos *endo* e extraprocessuais, possui eficácia, em regra, somente para o caso *sub judice* e para as partes que nele se confrontaram. Novamente, o diploma adjetivo disciplina que:

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

Portanto, conquanto a coisa julgada realize também o ideal de segurança jurídica no sistema processual brasileiro, sua função é distinta daquela conferida ao precedente no *Common Law*. O precedente, conforme já destacado alhures, é constatado sempre em um novo caso futuro e para partes diversas daquelas do caso paradigma. Trata-se de uma eficácia extraprocessual e que transcende os limites subjetivos da lide original, para alcançar um sem-número de potenciais casos análogos. A propósito, a lição de Marinoni<sup>121</sup> é irretocável, pelo que deve ser reproduzida:

[...] O respeito aos precedentes garante a previsibilidade em relação às decisões judiciais, assim como a continuidade da afirmação à ordem jurídica. A coisa julgada, por sua vez, garante que nenhuma decisão estatal interferirá de modo a inutilizar o resultado obtido pela parte com a decisão acobertada [...].

Diante da coisa julgada, não há falar em previsibilidade ou em continuidade de um modo de compreender – e, portanto, de afirmar – o ordenamento jurídico. A confiança que a coisa julgada confere aos jurisdicionados nada tem a ver com a expectativa de uma decisão em determinado sentido. A coisa julgada tutela a confiança do cidadão no ato estatal que decidiu *seu caso*, assegurando que o benefício outorgado por este ato jamais lhe será retirado.

[...]

De outra parte, o precedente vinculante permite ao jurisdicionado prever as consequências jurídicas dos seus atos e condutas, tendo o efeito de permitir confiança nas decisões já tomadas – então vistas como critérios para definir o seu comportamento – e nas decisões que podem vir a ser proferidas – compreendidas como decisões que podem atingir as suas esferas jurídicas.

---

<sup>121</sup> 2010, p. 139.

Enfim, assentadas todas as premissas acima dispostas, é possível passar esta análise para o conceito de *obiter dictum*, igualmente nevrálgico no trato com precedentes, em oposição à ideia de *ratio decidendi*. Tem-se exposição que, clássica e inevitavelmente, segue-se à explicação do que conforma as razões de decidir, por se tratar de conceitos tão irmanados, quanto opostos. Em verdade, nesta quadra, o leitor, em raciocínio *a contrario sensu* do que já se expôs acerca da *ratio*, já pôde formular sua própria noção do que seria o *dictum*, o que permite uma digressão menos alentada.

Em verdade, a própria doutrina especializada<sup>122</sup> toma a noção por um conceito negativo, de modo que tudo aquilo que não puder ser classificado como *ratio decidendi* será um *obiter dictum*, isto é, sem força vinculante. Mello<sup>123</sup> entende que as *obiter dicta*<sup>124</sup> são considerações marginais, desnecessárias à apreciação da ação ou, ainda, entendimentos minoritários dentro do colegiado de julgadores, que não podem compor o trecho vinculante do precedente, por não retratar a posição da corte prolatora.

Em investigação ainda mais verticalizada, Krebs<sup>125</sup> coloca que o *dictum* seria uma passagem de argumentação marginal do julgado, como uma opinião pessoal do julgador, uma passagem desconectada do caso em apreço ou de seu deslinde ou mesmo uma assertiva acerca de uma temática alheia à argumentação das partes, sem relevo para o julgamento. Contudo, a depender da força da argumentação contida no trecho, nada obsta que a passagem seja empregada como ferramenta de persuasão.

Assim como já demonstrado acima, taxar parte de uma decisão como juridicamente não cogente foi uma necessidade, face ao reconhecimento do poder criativo do juiz, na Inglaterra. Dessa forma, é a noção de *obiter dictum* que impede que, em uma decisão que verse sobre o tema X, o tribunal passe firmar uma série de conclusões sobre a matéria Y, com pretensão vinculativa. É uma faceta do que se convencionou chamar, no Brasil, do princípio da congruência ou adstrição, que limita o poder de manifestação judicial àquilo que foi objeto de provocação pelas partes.

Cruz e Tucci<sup>126</sup> joga maior luz sobre a força persuasiva dos *dicta*. Após repetir a mesma noção básica, sempre trazida por todos os autores embasados na obra de Rupert Cross, o processualista mostra como os votos de concorrência e divergência podem ser fulcrais na prática forense dos países de *Common Law*, ainda que não integrem o *holding*.

---

<sup>122</sup> MOTTA, 2015, p. 182.

<sup>123</sup> 2015; p. 10.

<sup>124</sup> *Obiter dicta* é o plural de *obiter dictum*. Em tradução livre, significa um trecho dito, redigido ou externado de passagem, na periferia do raciocínio central de uma fala ou texto.

<sup>125</sup> 2015, p. 197-198.

<sup>126</sup> 2012, p. 124-125.

Muitas vezes, a solidez de um voto dissidente de hoje é a semente da reforma jurisprudencial futura. Da mesma forma, o voto convergente eloquente pode tornar-se muito mais paradigmático do que o voto condutor ou a *opinion* da corte. Por fim, ainda que se tenha apenas um texto proferido *in percuriam*, é possível que uma afirmação concebida como coadjuvante, com o tempo e experimentação do julgado, seja empurrada para o eixo central de compreensão do precedente. Essa complexa relação argumentativa interna a cada decisão é parte inerente ao trato com o direito de origem pretoriana. Trata-se de uma construção que apenas o tempo e o uso reiterado do julgado podem revelar. É um processo de construção histórica e não um dado *a priori* ofertado pela corte prolatora do paradigma.

Finalmente, Marinoni<sup>127</sup> ensina que a filtragem de uma parcela não vinculante do julgado é mecânica conhecida, no mínimo, desde o Século XVII, na Inglaterra, sendo que, até o Século XIX, imperava a posição segundo a qual os *dicta* não seriam *judicial opinion*, mas sim considerações de caráter extrajurisidicional. Sem surpresas, em seu texto, retoma as clássicas hipóteses exemplificativas de Duxbury, assim como investiga as definições de Cross. Entretanto, na obra deste último mergulha com maior profundidade, para decantar graus e espécies de *obiter dictum*. Também reconhecendo o forte papel persuasivo que o instituto em tela pode assumir, o doutrinador paranaense defende que seria necessário identificar não só o *holding*, mas também dois tipos de *dicta*. Dentro dessa própria parte sem eficácia vinculante, seria essencial discernir entre o mero excesso de argumentação – o clássico *obiter dictum* – e o fundamento que, apesar de não ser essencial ou suficiente ao desfecho do julgamento, configura questão jurídica sobre a qual a corte se debruçou com profundidade e firmou conclusões sólidas e homogêneas – o chamado *judicial dictum* ou *gratis dictum*. Por isso, mesmo que supostamente marginais, não podem ser ignoradas, porque fundamentais à interpretação do precedente como um todo, inclusive da *ratio decidendi*. Logo, apesar de assessórios, por não conterem regras jurídicas vinculantes, esses trechos permanecem úteis à hermenêutica da decisão paradigma. São contexto, amálgama e ajudam a definir sentido e alcance.

Enfim, revisada a bibliografia dos autores que se aprofundam nos temas trabalhados, mesmo antes da vigência do CPC/2015 e do “modismo” raso que manchou os estudos sobre precedentes, é possível formular uma nota conclusiva deste tópico, com a construção de uma posição acerca das diversas correntes expostas.

---

<sup>127</sup> 2010, p. 233-238.

Melvin Eisenberg<sup>128</sup> dividiu em dois grupos as teorias metodológicas surgidas no bojo da *Common Law*, que objetivavam formular critérios para a separação entre a *ratio* e o *dictum* de um julgador. De um lado, elencou as correntes de abordagem minimalista (*minimalist approaches*), como sendo aquelas que buscam reduzir o recorte do trecho que recebe poderio vinculante no precedente. Nessa perspectiva, estão os autores que entender ser a *ratio* somente aquilo que é essencial/suficiente para que o tribunal dirima uma contenda. No outro *corner*, estão as correntes centradas no resultado (*result-centered approaches*), cuja abordagem busca investigar quais os fatos determinantes para o resultado encontrado pelos julgadores.

O professor de Berkley, porém, mostra-se refratário às duas clássicas diretrizes expostas, pois focadas no produto da ação das cortes e não na fundamentação desses atos decisórios. Dessa forma, propõe uma terceira corrente, a abordagem enunciativa<sup>129</sup> (*announcement approach*), que parte da premissa de que a função das cortes de vértice é uniformizar a interpretação das normas jurídicas e enriquecer o Direito, de modo a utilizar lides concretas como pretexto para tanto. Por isso, toda conclusão relevante estatuída e enunciada pelo tribunal deve ser considerado como uma das *rules* fornecidas pelo julgador.

Motta<sup>130</sup> combina o pensamento de Eisenberg com a visão de Marinoni sobre o conceito de *ratio decidendi*, que fora desenvolvido acima. Ato contínuo, defende que toda solução dada a uma questão de direito diretamente ligada ao caso concreto em análise e sobre a qual tenha sido oportunizado o prévio debate pelas partes comporão a *ratio decidendi*. No mais, restariam somente as *obiter dicta* – ressalvadas as já externadas variações em sua força persuasiva e utilidade interpretativa.

Acompanhamos a conclusão de Motta, em sua junção de dois teóricos de imensurável relevo para a doutrina do precedente em seus respectivos países. De um lado, é forçoso reconhecer que, em uma estrutura judicial hierarquizada, às cortes superiores é reservado o papel uniformizador<sup>131</sup>. Todavia, não se pode perder de vista que a interpretação do direito positivo é uma consequência do manuseio das normas para se resolver problemas concretos. Logo, não são as disputas um pretexto prático ou uma metodologia decisória, para que os altos tribunais pacifiquem dissídios jurisprudenciais e criem normas abstratas. Sobre o tema, Theodoro Júnior. *et. al.*<sup>132</sup> ensinam que:

---

<sup>128</sup> 1998, p. 52-53.

<sup>129</sup> Macêdo traduz livremente o termo para “método da proclamação”.

<sup>130</sup> *apud* MOTTA, 2015, p. 193-197.

<sup>131</sup> MARINONI, 2025, p. 26-30.

<sup>132</sup> 2016, p. 405.

Dessa forma, não podemos concordar com a afirmação de Gilmar F. Mendes, segundo a qual nos Estados Unidos, quando se discute um caso, “o importante não é o caso em si, mas o seu tema”. Entendemos que, mesmo quando pertinente ao novo caso, o juiz terá de “moldar” o precedente à sua resolução; em outras palavras, o novo caso é que ditará o uso de precedentes e não o inverso. O juiz (seja de qual grau for) terá de avaliar o caso descrito no processo, para então se voltar aos precedentes, inclusive para avaliar sua pertinência/aplicabilidade ao caso.

No final, reconhecida a atuação dúplice das cortes de vértice, é certo que a conclusão encabeçada por Eisenberg e Motta, com base na *announcement approach* é mais adequado a uma leitura argumentativa e substancialista de uma teoria do moderno *stare decisis*.

### 2.5.2. *Distinguishing, signaling, transformation, overriding e overruling*

Abandonada a complexidade e as polêmicas doutrinárias inerentes à dicotomia entre a *ratio* e o *dictum*, as demais técnicas clássicas do trato com o *binding precedent* podem ser abordadas com maior objetividade. Trata-se de conceituação essencial para se demonstrar que todos os institutos atinentes ao trato com precedentes podem e devem ser aplicados por qualquer forma de jurisdição, quer estatal, quer arbitral.

Segundo já exaustivamente mostrado nesta dissertação, a lógica do *stare decisis* opera por meio de analogias. Isto é, ao receber um caso, o operador do direito irá comparar sua materialidade fático-jurídica com determinada decisão paradigma, a fim de descobrir se deverá prevalecer a mesma solução jurisdicional ou, se, em alguma medida, deverá o julgador inovar ao examinar o processo – o já referida *first impression*, que caracteriza o *hard case*, para as jurisdições de *Common Law*.

A esse raciocínio analógico e analítico dá-se o nome de *distinguishing*, vale dizer, o processo pelo qual se afere a correspondência ou não, entre a substância de um caso em exame e àquela firmada na *ratio decidendi* de um precedente<sup>133</sup>. Logo, a existência de um provimento de natureza compulsória não é sinônimo de aplicabilidade mecânica e cega<sup>134</sup>. Decidir se determinada espécie subsume-se ao *holding* proclamado em um precedente vinculante pode ser até mais complexo do que a própria solução determinada no paradigma. Trata-se de procedimento interpretativo complexo feito pelos julgadores, que perpassa a compreensão da distinção entre a parcela vinculante e as considerações

<sup>133</sup> CRUZ E TUCCI, 2012, p. 125-128.

<sup>134</sup> *Idem*.

incidentais da decisão, para se aferir se existe dever de subordinação ao paradigma firmado<sup>135</sup>. Ao realizar essa atividade, as instâncias judicantes inferiores, a própria corte prolatora ou os árbitros fixam as balizas não só da materialidade, mas também do alcance e força das proposições constantes do *binding precedent*. É nesse sentido que se fala em *ampliative e restrictive distinguishing*, na medida em que o colegiado torna mais elástico ou mais contida a incidência do *decisum* vinculante<sup>136</sup>.

Todavia, a possibilidade da distinção não é um convite à arbitrariedade dos julgadores, para que apliquem tão somente os precedentes com que concordem. É necessário que o juiz ou árbitro argumente as razões pelas quais blinda a lide *sub judice* das amarras da uniformização jurisprudencial, o que só pode ocorrer com base em fatos relevantes que permitam constatar objetivamente discrepâncias materiais<sup>137</sup>.

Por certo, consubstanciado o *distinguishing*, o precedente não resta revogado ou tido como *bad law*. Em verdade, o julgado vinculante é classificado apenas como *inapplicable law* naquela hipótese específica. No entanto, caso um mesmo *binding precedent* esteja sofrendo inúmeras distinções por um período considerável, pode-se ter um sinal de sua defasagem como instrumento jurídico, face à realidade social. Tudo isso mina sua autoridade e pode culminar em sua breve superação<sup>138</sup>.

Sofisticando a leitura da mecânica da distinção, Bustamante<sup>139</sup> pondera que se tem um afastamento da regra jurisprudencial, sem que sua validade seja arranhada, porém. O professor ainda vislumbra duas operações básicas em que pode se fundar o *distinguishing*: (I) ou se procede a uma redução teleológica, em que o âmbito de incidência da regra abstrata é reduzido, pelo reconhecimento de novas exceções à sua aplicação; (II) ou se conclui que os fatos concretos não podem ser subsumidos ao *holding*, que permanece intacto. Novamente, são todas operações jurídico-intelectuais que podem ser realizadas pela jurisdição estatal ou privada, sem qualquer embaraço.

Avançando, a técnica do *signaling* tem lugar quando nenhuma das duas citadas hipóteses tem lugar; *i.e.*, quando não é possível que seja realizado o *distinguishing*. Seria necessário, portanto, uma mudança de posicionamento e não uma diferenciação. Todavia, por razões de segurança jurídica, a corte pode entender não ser o caso de alterar prontamente sua jurisprudência e, por conseguinte, revogar um precedente que passou a reputar incorreto ou incompleto. Isso porque, os jurisdicionados pautam suas condutas,

---

<sup>135</sup> MARINONI, 2010, p. 326.

<sup>136</sup> CRUZ E TUCCI, 2012, p. 125-128.

<sup>137</sup> MARINONI, 2010, p. 327.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 328.

<sup>139</sup> 2012, p. 473.

negócios são celebrados e advogados traçam estratégias com base nos entendimentos firmados. É o que a doutrina norte americana chama de *reliance interests*<sup>140</sup> e se relaciona com a proteção às legítimas expectativas, no Direito brasileiro<sup>141</sup>. Isto é, os precedentes, em que pese decididos *ex post factum*, acabam por ofertar diretrizes para o futuro, não apenas para magistrados e arbitrados, mas para pessoas naturais e jurídicas, entidades públicas e atores internacionais.

Nesse cenário, o tribunal prolator ou o colegiado de nível superior podem optar pela aplicação do julgado paradigma, mas destacar, na fundamentação, que ele adentra um estágio moribundo. Isto é, assinala-se para a sociedade que aquela posição não deve ser mais acolhida, pelo que o *binding precedent* será revogado em um futuro visível. A historiografia jurisdicional norte-americana documenta que a superação pode ser rápida e não tardar. Por outro lado, também pode gerar uma extensa procissão de casos, que, por muitas décadas receberam uma solução parcialmente inadequada ao olhar mais atual do tribunal, mas sempre com a ressalva de que o provimento não mais subsistirá no futuro<sup>142</sup>.

O tempo de vida do precedente varia ao alvedrio do colegiado competente, que deve levar em consideração a confiança depositada na *ratio* em questão, bem como o tempo necessário para que ela possa ser extinta do universo jurídico. Contudo, acaso os julgadores constatem que as expectativas colocadas no precedente não são justificadas, em razão de seu claro desgaste histórico, podem eles abreviar a vigência do *decisum* obrigatório, tornando mais breve o período de sinalização<sup>143</sup>. O termômetro dessa velocidade se dá pela voz dos advogados, da doutrina ou ainda pelas mãos da magistratura, em *distinguishings* e manifestações *obiter dictum* – nas *opinions*, *dissents* e *concurrings*. Do mesmo modo, também a sociedade civil, a imprensa ou os Poderes Políticos podem ser atores de pressão, buscando a modificação jurisprudencial.

Entre a sinalização e revogação abrupta do precedente, ainda há a possibilidade da modulação de efeitos, quando do *overruling*. Historicamente, a Suprema Corte dos EUA e as cortes de vértice estaduais, assim como a *House of Lords* do Reino Unido, enxergam toda tutela anulatória com as lentes da eficácia *ex tunc*. É o que sucede, em regra, no *judicial review* norte-americano, na apreciação cotidiana de uma cláusula contratual, assim como com superação de um julgado peremptório. No entanto, a partir do último quarto do Século XX, as altas cortes do *Common Law* passaram a trabalhar

---

<sup>140</sup> KOZEL, 2013.

<sup>141</sup> Para um aprofundamento acerca da proteção das expectativas dos jurisdicionado, face à alteração jurisprudencial, cf. DERZI, 2009, p. 251-295.

<sup>142</sup> Para todo o parágrafo, vide MARINONI, 2010, p. 335-343.

<sup>143</sup> MARINONI, 2015, p. 120-130.

progressivamente mais com a ideia de modulação dos efeitos de suas decisões, seja para não alterar situações passadas, para excluir o caso sob sua lupa ou mesmo para fixar um termo inicial futuro, para a vigência da nova posição<sup>144</sup>. Nesse cenário, seria possível que um colegiado julgante atendesse aos primados da segurança jurídica e da proteção da confiança valendo-se desse mecanismo, que até pode ser somando a um contexto prévio de sinalizações.

Também há que se cogitar do instituto chamado de *transformation*. Opera-se a transformação, quando a corte nega o conteúdo de um precedente, mas sem afirmar de modo expresso a revogação da *ratio* pretérita<sup>145</sup>. Trata-se de reler ou reinterpretar o próprio julgado, com o fito de se alterar sua aplicação. Ao realizar a *transformation*, o tribunal tenta compatibilizar um precedente que passa a ser repudiado – mas não expressamente revogado – com a nova solução fixada, de modo a evitar admissão do erro de julgamento e tentar preservar a segurança jurídica, buscando-se uma continuidade lógico-interpretativa da questão. Não é incomum, porém, que a manobra reste ineficaz, uma vez que sua sutileza e pouca clareza podem levar a incompreensões por parte dos juízos inferiores, que permanecem aplicando a decisão original e não sua releitura transformada, pelo que parte da doutrina considera a transformação uma técnica insegura e inadequada aos predicados de segurança jurídica e clareza na orientação das instâncias inferiores<sup>146</sup>.

Como terceira figura que se assenta nas fronteiras entre a distinção e a superação, tem-se o *overriding* ou *modifying*. Como esta última expressão indica, não se afasta, revoga, anuncia a superação e nem se reconstrói o precedente. Em verdade, o Judiciário reconhece a existência de um novo fundamento que gera a necessidade de se modificar o *holding*, estreitando-a (*narrowing*) ou alargando-a (*extending*)<sup>147</sup>. Trata-se, enfim, de uma espécie de emenda de alteração de escopo de incidência. Para Eisenberg<sup>148</sup>, observa-se o *overriding*, quando o âmbito de incidência da *rule* conformada em um paradigma precisa, *in abstracto*, ter sua incidência limitada, devido a um entendimento supervenientemente consolidado. Isto é, se à época da prolação do precedente, a corte possuísse a mesma compreensão acerca dos fatos e das normas envolvidos nos conflitos de determinado jaez, sua decisão teria sido mais restrita do que originalmente consignada<sup>149</sup>. Segundo o

---

<sup>144</sup> *Idem* nota nº 143, para como referência bibliográfica para todo o parágrafo.

<sup>145</sup> *Op. cit.*, p. 343-346.

<sup>146</sup> PEIXOTO, 2015, p. 542.

<sup>147</sup> MOTTA, 2015, p. 206.

<sup>148</sup> 1998, p. 134 e ss.

<sup>149</sup> Para alguns autores, trata-se da técnica empregada pela Suprema Corte norte-americana, ao julgar o caso *Planned Parenthood v. Casey*, em 1992 e restringir em parte o direito ao aborto garantido no célebre

professor paranaense, há autores que falam no estabelecimento de um caso especial de desvinculação, outros, em reescrita parcial restritiva do texto que atermam a *ratio decidendi*. O resultado dessa técnica, porém, é o mesmo: os julgadores continuam a entender como válida determinada solução jurídica antes fornecida, pois consistente com o estado d'arte do direito até então disponível. Para o futuro, porém, retiram-se ou somam-se determinados fatos da esfera de aplicabilidade de determinada *ratio*, cuja validade permanece intacta ao disciplinar as situações que não foram excetuadas<sup>150</sup>. Assim, não há que se falar em uma mecânica de anulação, mas sim de adequação, que pretende uma coerência decisória.

Chega-se, por fim, à *overruling*, reforma ou superação. Estudou-se o nascimento e a vida do precedente vinculante, agora, tratar-se-á de seu fim. Com base na obra de Summers e Eng, Bustamante define o fenômeno em tela como *judicial departure*, que culmina na ab-rogação de determinada *ratio decidendi*<sup>151</sup>. Isto é, quando um paradigma decisório é abandonado e culmina no abandono e extinção de uma regra de direito antes aplicada pelos tribunais. A bem da verdade, segundo já se explanou nos tópicos pregressos, excetuado o curto período em que imperou no Comitê de Apelações da *House of Lords* a doutrina do precedente absolutamente vinculante – eficácia cogente horizontal –, a pretensão autocorretiva do Direito sempre impingiu aos juristas do *Common Law* lidar com a necessidade de revogação dos precedentes<sup>152</sup>.

Em detida e profunda pesquisa sobre o tema, Mello<sup>153</sup> sumariza as razões que levam determinado tribunal a revogar a *rule* moldada em julgamento pretérito. Alinhava que se decide pela *overruling* quando se considera que a manutenção do precedente restaria contraditória com os demais entendimentos contemporâneos da corte; ou quando a posição se mostrasse em descompasso com a realidade social; ou, ainda, quando o *holding* outrora estabelecido se revela juridicamente obsoleto; assim como na hipótese de os julgadores entenderem que a posição consolidada no passado deve passar a ser considerada tecnicamente equivocada.

Em qualquer dessas hipóteses, porém, deve o colegiado atentar-se para a função precípua de um sistema de precedentes, qual seja, garantir a coerência e a estabilidade na

---

precedente *Roe v. Wade*, de 1973. Para outro, cuidou-se de uma sinalização. Para uma análise do tema, até a superação, no caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, em 2022, cf. BECKER e SOBREIRA, 2022.

<sup>150</sup> DIDIER JR. BRAGA. OLIVEIRA, 2015, p. 507-508.

<sup>151</sup> 2012, p. 387-390.

<sup>152</sup> CRUZ E TUCCI, 2012, p. 107. Conforme afirma o referenciado doutrinador, a adaptação das balizas interpretativas do direito à historicidade social e ao contexto social do presente sobressalta-se como uma necessária medida perene de justiça (*ibidem*, p. 109).

<sup>153</sup> 2008, p. 237 e ss.

compreensão do direito, de modo a resguardar os direitos fundamentais referentes à segurança jurídica, previsibilidade, proteção da confiança e isonomia. Por isso, a superveniência de inovação jurisprudencial deve ser feita com cautela e antecedida da inexorável superação de um ônus argumentativo pela corte<sup>154</sup>. Em outras palavras, os juízes que firmam a superação devem ser sensíveis às expectativas depositadas no julgado paradigma que se revoga, bem como ofertar sólidas razões para a alteração proposta, especialmente em cenários de ausência de mudança legislativa, sob pena de a construção mais moderna receber a pecha da arbitrariedade. Tão maior será o dever de fundamentação, quanto mais antigo, consolidado, aplicado e fundamentado for o precedente a ser reformado<sup>155</sup>.

Adentrando a taxonomia do instituto, temos que a extirpação do *binding precedent* do ordenamento jurídico pode ser total ou parcial, assim como expressa (*express overruling*) ou implícita (*implied overruling*)<sup>156</sup>. Neste último caso, tem-se que o tribunal firma nova posição com a mesma autoridade e especificidade de decisão anterior, mas em sentido contrário ou alcançando conclusões incompatíveis às pregressas, donde se conclui pela insubsistência da *ratio* mais antiga. Ainda, em regra, é necessário que o órgão judicante possua legitimidade para proceder à revogação, o que se materializada na posição ocupada na pirâmide hierárquica judiciária. Assim, apenas a corte prolatora ou suas superiores, podem reformar o julgado vinculante<sup>157</sup>.

Essa última assertiva possui apenas uma exceção. É o que se chama de *antecipatory overruling*, instituto de origem estadunidense. Trata-se da revogação pelos órgãos jurisdicionais inferiores de um precedente da corte *ad quem*. Daí o nome do instituto, em que o tribunal *a quo* se antecede ao órgão prolator, que já dava sinais expressos de que o a decisão vinculante constituiria *bad law*<sup>158</sup>. A revogação antecipada fora pensada como modalidade absolutamente excepcional de superação, sendo certo que se exige a demonstração de clareza, pelos juízes que propugnam a revogação, acerca da mudança jurisprudencial do pretório superior. Vale dizer, é necessário que a fundamentação deixe clara a ocorrência de uma espécie de delegação tácita da função de se concretizar a extirpação do entendimento pretérito do ordenamento jurídico e

---

<sup>154</sup> CRUZ E TUCCI, 2012, p. 110.

<sup>155</sup> PEIXOTO, 2015, p. 555-557.

<sup>156</sup> Para um aprofundamento nesta tipologia, bem como uma diferenciação entre a superação implícita e a transformação, cf. *op. cit.*, p. 541-542.

<sup>157</sup> CRUZ E TUCCI, p. 108-111.

<sup>158</sup> *Idem*.

necessidade de que isso ocorra por uma instância inferior que, em regra, estaria desautorizada a fazê-lo<sup>159</sup>.

Nos termos já explanados acima, a *overruling* por excelência é expressa e possui eficácia *ex tunc*, alvejando até mesmo situações jurídicas iniciadas no passado. Nesse sentido, a expressão poderia até receber um epíteto, confirmando a espécie de *retrospective overruling*<sup>160</sup>. Mais complexa, noutra giro, é a *prospective overruling*. O tema também já teve a oportunidade de ser debatido neste trabalho. Nas hipóteses em que a corte considera que a revogação não pode ter impacto no passado, no caso *sub judice* (*pure prospective overruling*) ou mesmo que deve ter um prazo fixado no futuro para sua implantação (*prospective prospective overruling*), é possível que module os efeitos da decisão superadora, para que opere apenas efeitos futuros<sup>161</sup>. Essas espécies mais nuançadas e exóticas do instituto da revogação e suas diferentes formas moduladas são mais bem aceitas na jurisprudência das altas cortes americanas – e, mesmo assim, apenas mais recentemente –, do que no mais conservador Judiciário Inglês, que tende à aplicação da *overruling* em sua concepção clássica, retroativa, como regra<sup>162</sup>.

Por fim, entendida a definição do *binding effect* do veredito judicial, assim como as partes de um precedente e a razão de sua potencial vinculação, passaremos ao exame de como esses institutos e seus equivalentes foram tratados na tradição jurídica lusitana – portanto romano-germânica, de *Civil Law* – e, ao cabo, recebidas e desenvolvidas pelo ordenamento brasileiro.

---

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>160</sup> *Idem*.

<sup>161</sup> MARINONI, 2012, p. 341.

<sup>162</sup> BUSTAMANTE, 2012, p. 400 e 415-422.

### 3. OS PROVIMENTOS JUDICIAIS DE OBSERVÂNCIA PEREMPTÓRIA NO CPC/2015 – DILEMAS DO CPC/2015

Completo o ciclo de análises acerca da história e dos institutos fundamentais da *doctrine of the binding precedent* nas nações que lhe deram o berço, passa-se este exame para “o como” o direito jurisprudencial adentrou a ordem jurídica brasileira. Isso porque, esta dissertação almeja tratar do manejo do precedente nas arbitragens de dimensão pública nacionais. Exposto o contexto histórico, o direito comparado e a teoria geral do precedente vinculante, o feixe de luz desta lupa investigativa deve afunilar-se. Adentraremos, portanto, o estudo do tema no direito brasileiro, para, no próximo capítulo, chegarmos no ponto focal: a arbitragem.

O objetivo deste capítulo, enfim, é retomar com extrema brevidade o trato das normas de origem pretoriana na história jurídica pátria, para, depois, tecer críticas à moderna disciplina insculpida no CPC/2015, à luz da genuína teoria da precedente anglo-saxão. Assim, espera-se demonstrar que a plena aplicabilidade do precedente vinculante às arbitragens brasileiras pode ter correlação e pontos de toque, mas não depende de nenhuma disposição específica do código processual.

#### 3.1. Histórico do direito jurisprudencial no Brasil: das “façanhas” ao CPC/2015, em um cenário global de convergência entre o *Civil Law* e o *Common Law*

O direito brasileiro pode se gabar de um mosaico de influências: os Direitos Penal, Processual e Empresarial beberam destacadamente de fonte italiana, por exemplo. Não se pode olvidar, ademais, da grande contribuição da doutrina alemã mais moderna para os criminalistas nacionais. Noutra giro, no Direito Administrativo, é concebido da herança da matriz francesa. Todavia, em toda a instituição jurídico-estatal brasileira, vislumbram-se com maior nitidez as marcas da colonização portuguesa<sup>163</sup>. Necessário, por isso, conferir o que o direito português traz de relevante para a moderna teoria do precedente brasileiro.

Em obra clássica, Castanheira Neves<sup>164</sup> revela que o direito jurisprudencial lusitano remonta um instituto chamado de “façanhas”, datado pelo menos desde o Século XII, durante o reinado de D. Afonso Henriques. Helena Cristina Costa Tomás<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> TEIXEIRA, 2003, p. 37-41. E, ainda, BARBOSA MOREIRA, 1994, p. 1-24.

<sup>164</sup> 1983, p. 04-09;.

<sup>165</sup> *Idem*.

argumenta que a noção muito se aproxima da extração de uma regra de direito, profundamente atrelada à interpretação de fatos específicos, empregada na solução de um caso concreto, pelo que se enxerga notável semelhança com o *precedent* que começava a se estruturar nas recém-criadas Cortes Reais inglesas. Assim, segundo a autora, é possível traçar distinção entre as façanhas e os famosos assentos, surgidos em 1518, no Período Manuelino, que possuíam um matiz generalista e abstrato<sup>166</sup> em sua redação e pretensão.

Barbosa Moreira ensina que a terminologia “assentos” designava uma série de ordenações acerca da interpretação do Direito, que eram inscritas no “Livro da Relação”, após deliberação da “Mesa Grande”, um colegiado composto de Desembargadores. Até 1995, o Código Civil português ainda previa o instituto, malgrado tenha sofrido alterações em seu procedimento de criação e nas consequências de sua inobservância, ao longo dos séculos. Ainda em 1769, a “Lei da Boa Razão” demonstrava a preocupação portuguesa com imensa proliferação de assentos, editados pelas cortes de todo o país. Dessa forma, o instituto uniformizador perdeu-se em celeuma, por inserir apenas mais um corpo de normas sem harmonia<sup>167</sup>. Logo, o citado diploma legal limitou o poder de criação dos assentos apenas à Casa da Suplicação e às Relações, sendo que as proposições destas últimas deveriam ser referendas por aquela, para serem válidas e vinculantes<sup>168</sup>.

Ainda segundo o professor titular da UERJ, no Período Imperial brasileiro, o Supremo Tribunal de Justiça detinha competência para tomar assentos, caso verificadas dissonâncias manifestas em julgamento divergentes das instâncias inferiores, acerca da interpretação das leis. As constituições e a legislação processual republicanas mantiveram esses legados, conformando o que se tem, hoje, nos enunciados de súmula de jurisprudência e nos incidentes de uniformização. Barbosa Moreira prossegue demonstrando que, para lidar com o fenômeno da do aumento da litigiosidade, o Poder Judiciário teve de buscar reformas estruturais, o que se operou mormente por meio da da EC nº 45/2004. A partir daí, o insigne doutrinador faz uma leitura panorâmica de institutos como a súmula vinculante, a ampliação da legitimidade e a sofisticação do controle de constitucionalidade via ação direta, os julgamentos por amostragem ou por causa-piloto

---

<sup>166</sup> Algo muito próximo das modernas súmulas brasileiras.

<sup>167</sup> O cenário é indubitavelmente familiar com o que é vivido pelo Brasil, hoje. Há súmulas vinculantes, súmulas das cortes superiores e dos tribunais de apelação, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos trabalhistas, recursos com repercussão geral e repetitivos, incidentes de uniformização de jurisprudência, arguições de inconstitucionalidade, ações do controle concentrado de constitucionalidade, enunciados de fóruns doutrinários e jurisdicionais, IRDRs e IACs. Assim, além de compreender as dezenas de milhares de leis e decretos, nos três níveis federados, os profissionais jurídicos ainda precisam conhecer sua interpretação jurisprudencial, especialmente se o precedente for dotado de observância compulsória.

<sup>168</sup> 2007, p. 299-300.

(art. 543-A e ss., CPC/1973), assim como da improcedência liminar do pedido (art. 285-A, CPC/1973).

Os mais básicos manuais de Direito Processual Civil podem oferecer definições e exemplos ricos sobre cada um dos citados institutos, pelo que não carece dissecá-los nesta assentada. Ademais, o escopo deste trabalho é apreciar as disposições do novel diploma processual civil, sob a perspectiva da doutrina do precedente vinculante anglo-americana e não se delongar sobre o diploma revogado.<sup>169</sup>

### **3.2. Ode ao art. 926 e elegia ao art. 927: Do impróprio amálgama conceitual. A decisão que já nasce vinculante *ex lege* não é precedente**

O livro do CPC/2015 que rege o processo nos tribunais é aberto pelos arts. 926 a 928. A análise topográfica é eloquente, pois revela que a inteligência desses dispositivos deve ser o primeiro vetor da atuação das cortes brasileiras. Isto é, estão no capítulo sobre “disposições gerais”<sup>170</sup>, pois devem permear toda a atuação judicante dos pretórios. Por certo, tem-se apenas mais uma evidência de um fenômeno de amplitude global, qual seja a aproximação entre os institutos das famílias jurídicas do *Common Law* e do *Civil Law*, que, no Brasil, podia ser observado nas recentes mudanças supracitadas na legislação processual<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> Para se aprofundar na lógica do direito jurisprudencial sob a égide do Código Buzaid, sugerem-se as seguintes leituras: BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 300-313; MARINONI, 2010, p. 457-521; WAMBIER, 2012, p. 81-86, CRUZ E TUCCI, 2012, p. 111-121; CAMARGO, 2012, p. 589-673 e a obra de Rodolfo Camargo Mancuso, intitulada **Sistema Brasileiro de Precedentes**.

<sup>170</sup> A adoção de um pretenso “sistema de precedentes” também trouxe impactos específicos, para diversos campos do direito processual. No plano das tutelas provisórias, o art. 311, II, CPC/2015 garante a concessão de tutela evidência a pleito fundado em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante. O art. 521, IV dispensa a caução para o levantamento do depósito em dinheiro feito pelo devedor, no bojo de cumprimento provisório de sentença, caso a sentença exequenda esteja em consonância com a jurisprudência sumulada das cortes superiores ou com acórdãos de julgamentos repetitivos. Ainda, o art. 966, §5º autoriza o ajuizamento de ação rescisória, com base na violação manifesta a norma jurídica (art. 966, V), nas hipóteses em que a coisa julgada rescindenda tiver se conformado sem consideração de *distinguishing* em relação a enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos. Para mais detalhes sobre esses mecanismos que empregam as decisões peremptórias na facilitação ou aceleração da tutela jurisdicional, cf. THEODORO JÚNIOR. *et. al.*, 2016, p. 425-431. Cimardi (2015, p. 320-321) também lembra que o art. 332, I a IV, CPC/2015 autoriza que o juiz pronuncie liminarmente a improcedência do pedido exordial, por afronta dos *decisuns* vinculantes. Outrossim, o art. 489, §1º, V e VI tratam do direito jurisprudencial, ao estatuir hipóteses de nulidade de decisão por ausência de fundamentação. O art. 1.022, parágrafo único, I traz hipótese de omissão presumida *ex lege*, da decisão que não considerar tese firmada em julgamento paradigma. Finalmente, as disposições do art. 932, IV e V relacionam os poderes monocráticos de apreciação meritória do relator de recurso, com entendimentos jurisprudenciais uniformizados.

<sup>171</sup> THEODORO JÚNIOR, *et. al.*, 2016, p. 404-405. Ainda, Souza, Fleury e Porto Cruz (2015, p. 40) comentam o tema sob o signo de uma hibridização renitente, observada nas apelidadas “commonlização” (STRECK. ABOUD, 2015-A, p. 09) das famílias romano germânicas e *statutorification of the Common Law*. Densa leitura das raízes da aproximação vivenciada entre os grandes sistemas jurídicos ocidentais

Reza o CPC/2015:

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

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

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

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

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

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual

A vigente redação do art. 926 é resultado de sugestão feita pelo Prof. Lenio Luiz Streck ao Prof. Fredie Didier Jr. – um dos doutrinadores que encabeçava os trabalhos na comissão de juristas que elaborou o anteprojeto do código na Câmara dos Deputados – e ao Deputado Paulo Teixeira, parlamentar relator da proposta de lei. A visão que norteou as alterações, conforme seu próprio autor, é voltada para uma leitura do Direito como

---

pode ser extraída de THEODORO JÚNIOR. NUNES. BAHIA, 2010, p. 40-47. Por fim, para um olhar anglo-saxão para os sistemas de *Civil Law* cf. MERRYMAN e PÉREZ-PERDOMO, 2009.

integridade, fundada na obra de Ronald Dworkin, com vistas ao fornecimento de um marco hermenêutico para a atuação do Poder Judiciário<sup>172</sup>.

Em todo caso, é certo que o artigo traz o óbvio<sup>173</sup>. Os deveres insculpidos no texto em apreço deveriam ser simples decorrências dos direitos fundamentais de igualdade substancial e isonomia formal perante a aplicação concreta do Direito. Todavia, a lotérica litigância brasileira conformou a necessidade de que essas previsões fossem positivadas expressamente, pelo que o art. 926 deve ser celebrado<sup>174</sup> <sup>175</sup>. Vale dizer, o legislador processual apenas respondeu ao estímulo enviado da prática forense.

É imperioso que se dê toda a extensão comportada à deontologia preconizada na enunciação legal. Assim, não se pode tomar as expressões elencadas pelo dispositivo como comandos genéricos, abstratamente equivalentes, pois cada um dos termos carrega um sentido autônomo.

Esmiuçando brevemente a leitura do art. 926, tem-se que o dever de uniformização veda a omissão do tribunal perante a dissonância jurisprudencial. O dever de estabilidade cria uma “uma alta carga argumentativa imposta contra a alteração do *status quo* decisório e a facilitação da manutenção da posição vigente. O dever de coerência, por sua vez, deve ser atendido nas perspectivas: **formal** – não-contradição – e **substancial** – conexão de sentido; e **externa** – autorreferência e diálogo com as decisões pregressas do tribunal – vs. **interna** – congruência na fundamentação. Por fim, o dever de integridade, que considera e se inspira, mas não pode se limitar ao pensamento de Dworkin, é multifacetado e alberga as posturas jurisdicionais de entender o Direito como sistema uno, coeso, harmônico internamente e refratário a voluntarismos; considerar todas as normas,

---

<sup>172</sup> Indene de dúvidas que não se pode buscar uma suposta única interpretação correta do direito escrito na intenção do legislador. Todavia, no caso em tela, a solidez doutrinária que norteou a redação do art. 926 faz com que a leitura do entendimento do Prof. Streck a seu respeito constitua, no mínimo, o ponto de partida para a compreensão do dispositivo, que pode e deve ser alvejado pelas mais diversas construções doutrinárias. Por isso, ainda que a citação de artigos da *internet* quebre o protocolo acadêmico, é imperativo ofertar o material necessário à compreensão do tema, ainda que para ser criticado. Nesse passo, pouco tempo após a inclusão das expressões “íntegra e coerente” ter sido adotada pelo texto do projeto de lei, o referido autor publicou em sua coluna eletrônica um texto que condensa a perspectiva teórica que orientou a mudança: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>. Para o estudo mais aprofundado das noções de sistema e integridade aplicadas a uma teoria geral do precedente judicial, cf. o tópico 2.6 deste trabalho.

<sup>173</sup> É o que Cimardi (2015, p. 318) chama de “regra desprecienda” e Cruz e Tucci (*apud ibidem*, p. 319) regra pedagógica, mas inócua, porquanto destituída de conteúdo normativo determinado.

<sup>174</sup> DIDER JR., 2015, p. 473-474.

<sup>175</sup> Há posições contrárias, que tomam por inconstitucionais as novidades trazidas pelo NCPC, no que concerne as fontes jurídicas de origem pretoriana. Para esses autores, assim como fora realizado pela EC nº 45/2004, em respeito à Tripartição dos Poderes e à disposição do art. 5º, II, CRFB/1988, toda atribuição de poder de edição de normas vinculantes a algum Poder demandaria a alteração direta na Constituição (NERY JUNIOR. NERY, 2015, p. 1.836 e 1.837).

em sua hierarquia, bem como a relação entre o direito material e o processual; considerar todos os argumentos aduzidos pelas partes do processo<sup>176</sup>.

Theodoro Júnior *et. al.*<sup>177</sup> relembram a prestigiada tese do “romance em cadeia” do citado professor estadunidense, segundo a qual o direito deve ser interpretado a partir de uma perspectiva construtiva e dialógica, em relação ao passado. Pedimos *venia* para aprimorar a terminologia e falar em uma abordagem reconstrutiva, pois a edificação da solução do caso futuro exige que o tribunal se reporte ao seu histórico jurisprudencial, como elucidam os referenciados autores.

Os citados autores, ainda preocupados com a gênese de cada novo precedente e com o diálogo com as raízes que lhes legitimam relembram a metáfora de Maurício Ramires, para comentar o teor do já colacionado art. 926, §2º, CPC/2015, os eminentes processualistas deixam advertência contra o abstracionismo conceitual no direito brasileiro. É típico ao legalismo da Europa continental raciocinar por fórmulas mais abstratas, ao passo que a tradição do *Common Law* nasce do casuísmo, dos fatos concretos. Advertem, pois, para o risco da conduta de um boticário. Isto é, buscar-se retirar de flores destiladas uma essência aromática, para guardá-la num frasco e utilizá-la no futuro, em uma fragrância que, nos mais das vezes, nem levará o nome da planta que lhe originou. O que se buscou descrever com o lirismo é um fenômeno comum à indústria e ao Direito: um produto passar por um processo tão intenso de transformação, que torne sua origem distante e abstrata, de modo a impossibilitar sua identificação. Ora, as normas jurisprudenciais não podem ser compreendidas apartadas do contexto jurisprudencial, bem dos fatos que a partejaram. Por isso, é irreal a expectativa de condensar toda a inteligência fático-jurídica de um precedente em assertivas abstratas, com o texto o mais sucinto e direto possível, como se faz com súmulas de jurisprudência e ementas, cujo substrato concreto não raro é olvidado.

A crítica é acertada e perpassará todas as anotações feitas em desfavor do art. 927. De plano, devemos nos debater contra a própria instituição de um rol<sup>178</sup> de supostos precedentes, independentemente da composição desse elenco. A história do *stare decisis*, conforme já revelado neste trabalho, mostra que a aproximação dos ordenamentos com paradigmas focados em fundamentação como fonte de legitimação judicial afasta a autoridade do precedente da simples instituição *ex lege* ou da hierarquia dos tribunais.

---

<sup>176</sup> Para todo o parágrafo cf. DIDIER JR., p. 474-486.

<sup>177</sup> 2016, p. 412-417.

<sup>178</sup> Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 461-463) defendem não se tratar de um rol exaustivo. Por exemplo, as súmulas editadas pelos tribunais de segundo grau apresentariam a mesma força insculpida no art. 927, IV, CPC/2015, no âmbito de suas respectivas competências territoriais.

Dentro de uma perspectiva que compreenda o Direito como um sistema harmônico de instituição de normas a serem aplicadas e interpretadas na regência e solução de casos concretos com isonomia, conforme exposto no item 4.2 desta dissertação, seria inadequado que determinada decisão tenha poderio vinculante tão somente porque emanada de determinado órgão ou porque submetida a determinado procedimento legalmente previsto. Isso porque, ter-se-ia apenas a institucionalização formal do voluntarismo, na contramão do paradigma argumentativo, que não prescinde de testar a fundamentação do julgado no teste epistêmico no tempo. Não por outra razão, o *Common Law* é aberto à possibilidade de que qualquer decisão judicial se tornar um *binding precedent*, caso preencha os requisitos materiais para tanto – também já enumerados neste estudo<sup>179</sup>. Outrossim, ainda que proferido pela mais alta cúpula jurisdicional dos países de matriz jurídica anglo-saxã, é possível que o provimento não ganhe a natureza vinculativa<sup>180 181</sup>. Não é uma lei que confere esse *status*, tampouco um rito de tramitação. É a utilização do caso, por sua qualidade argumentativa, para resolver controvérsias futuras fática e juridicamente semelhantes que tornam sua observação imperiosa. Ele se torna um marco hermenêutico na compreensão do tema e não pode ser desconsiderado por julgadores do futuro, quer estatais, quer privados.

Voltando-se, pois, ao art. 927, CPC, constata-se, facilmente, que a disposição normativa misturou espécies distintas de direito jurisprudencial, em um inadequado tratamento conjunto. Nos dez anos de vigência do CPC/2015, isso tem resultado em um impróprio amálgama conceitual, que irmana noções muito distintas, sob a mesma natureza, de modo a criar um poder hipertrofiado dos tribunais que mais parece vocacionado à gestão de acervos massivos. Em verdade, o código não trouxe ferramentas para se julgar melhor, mas para se julgar mais.

---

<sup>179</sup> MATA-MACHADO, 1986, p. 248 e SANTOS, 2012, p. 151.

<sup>180</sup> THEODORO JÚNIOR, *et. al.*, 2016, p. 421 e STRECK. ABBOUD, 2015-A, p. 109.

<sup>181</sup> Aqui, não se está a defender que apenas um “rol estelar” de julgados seja passível de gerar vinculação. Toda decisão carrega a potencialidade de ser um precedente, conforme já dito e reiterado, neste trabalho. O que se argumenta é que a produção jurisdicional é vasta e, não raro, há inúmeros provimentos sobre casos assemelhados. Assim, são aqueles de maior qualidade argumentativa que tendem a se tornar paradigmáticos – o que é compreensível e desejável, pois costumam oferecer soluções mais robustas e completas aos *points of law* contendidos. Os demais, ainda que possam seguir úteis a situações futuras, tendem a ser preteridos. Obviamente, caso seja mais interessante para seu cliente, o advogado poderá suscitar um precedente de “menor quilate argumentativo”. Nesse cenário, haverá um debate sobre qual se amolda melhor ao processo, claro. Sem prejuízo, porém, de que o tribunal delibere, dentre duas soluções aplicáveis, em prol daquela que melhor resolve a controvérsia posta. Em suma, no plano deontológico e pensando no que passa a integrar o Direito vigente e não apenas nos interesses parciais dos litigantes, sustentamos que, dentre o manancial de julgados potencialmente vinculantes, essa potência acaba concretizada quando um deles é pinçado para servir de paradigma. O que, nos mais das vezes, é – e deve ser – uma questão não só de utilidade e adequação para o caso, mas de densidade material dos fundamentos;

Parcela significativa da doutrina preconizou e ainda sustenta que CPC adotou um “sistema de precedentes”, materializado na lista em apreço, supostamente detentora de alguma homogeneidade dogmática<sup>182</sup>. O objetivo deste terceiro capítulo, em verdade, é mostrar que o valor jurídico do precedente como fonte geral do Direito, na tradição jurídica ocidental, não decorre de nenhuma mudança advinda do édito de 2015. Portanto, quer para a jurisdição estatal, quer para a arbitragem, este não deve ser o marco analítico. Isso porque nenhum dos exemplares positivados no art. 927 pode ser chamado de precedente vinculante, ao menos, não como tradução ou importação direta do *binding precedent* anglo-saxão. Muito menos naqueles casos em que tampouco se tem um julgado específico, mas sim um enunciado abstrato editado por tribunal<sup>183</sup>.

Para demonstrar essa tese, passa-se ao exame dos incisos do art. 927. A melhor didática impõe trabalhar os incisos em grupos dogmaticamente aproximados. Destarte, primeiramente, será comentado o dispositivo que trata dos julgamentos do STF, em sede de controle concentrado, oportunidade em que serão minudenciados o instituto da coisa julgada *erga omnes* e as teorias da “abstrativização do controle de constitucionalidade difuso” e da “transcendência dos motivos determinantes”, à luz de uma teoria normativa pós-positivista dos precedentes judiciais (inciso I). Seguindo, será tratado o caso dos julgamentos por amostragem (inciso III). Após, tratar-se-á das súmulas de jurisprudência e sua modalidade vinculante (incisos II e IV). Finalmente, uma breve anotação sobre o inciso V fechará este trecho do texto. É o que se segue.

Dada a importância, na tradição brasileira, da *res judicata* como parte vinculante de uma decisão específica, faz necessário cotejar o exame da coisa julgada *erga omnes*<sup>184</sup> com os precedentes – matéria que ganha largo relevo no que toca o controle de constitucionalidade concentrado. No âmbito federal brasileiro, esta espécie de filtro de compatibilidade normativa é poderio monopolizado pela Suprema Corte<sup>185</sup>. Pelo julgamento de ações típicas (ADI, ADC, ADO e ADPF) e pela edição de súmulas vinculantes, o STF empresta eficácia geral e abstrata de modo cogente a seus

---

<sup>182</sup> A denúncia é de ABBoud, 2015, p. 399-400.

<sup>183</sup> STRECK. ABBoud, 2015-A, p. 56-63.

<sup>184</sup> Acompanhamos a posição de Marinoni (2010, p. 293-325.), quando afirma que a eficácia vinculante emana do simples entendimento do Pleno do STF, ao passo que a coisa julgada é qualidade diversa de cada decisão específica. Assim, quando uma corte superior revoga um precedente, por exemplo, foram superadas as razões vinculativas, ao passo que a coisa julgada – *erga omnes* ou *inter partes* – resta intacta, regendo o período de vigência do entendimento agora insubsistente. Por isso, uma decisão do STF em sede de controle de concentrado possui sempre dois amparos distintos para sua observância peremptória: a força vinculante da *ratio decidendi* que declina e a coisa julgada oponível a todos.

<sup>185</sup> Por óbvio que, em respeito ao Federalismo adotado na Carta de 1988 e ao chamado princípio da simetria, quando os Tribunais de Justiça, por meio de seus plenos ou órgãos especiais assumem a função de corte constitucional estadual, replicam-se as normas referentes ao controle concentrado de leis, ressalvado que o parâmetro utilizado é a constituição de cada Estado e não o Texto Magno federal.

entendimentos concernentes à harmonia entre a Constituição e os diplomas inferiores que lhe devem deferência. A previsão dessa oponibilidade universal possui assento constitucional e legal:

Art. 102 da CRFB/1988 [...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Art. 103-A da CRFB/1988. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Art. 28 da Lei nº 9.868/1999. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Não suficiente, observa-se a disciplina da *res judicata* com aplicabilidade contra todos no microssistema de tutela de direitos coletivos, conforme se extrai do art. 103, I e III, CDC. Entretanto, na esteira do que registra Marinoni<sup>186</sup>, inobstante a notória extensão do instituto em tela, que transborda as possibilidades de sua efetividade para um número incontável de casos e de sujeitos, persiste a distinção ontológica em relação ao que é praticado, atualmente, pelos países que se valem do *stare decisis*. Sim, porque mesmo com sua amplitude máxima de eficácia, ainda está a se falar no gênero coisa julgada, o que limita as características de todas as suas espécies.

Explica-se com fincas nos ensinamentos do citado processualista. A coisa julgada *erga omnes* possui mecânica semelhante à de uma ficção jurídica. Trata-se de técnica processual por meio da qual, a partir de um direito cultivado em uma ação única, colhem-se os frutos para todos os jurisdicionados que vivam a mesma situação jurídica, como se estes tivessem intentado sua própria ação autônoma. Isto é, o sujeito, efetivamente, possui

---

<sup>186</sup> 2010, p. 140.

o direito a ser tutelado, mas apenas vale-se da cognição exercida em processo conduzido por legitimados extraordinários, antes de obter a prestação jurisdicional específica para si.

A complexidade do tema faz oportuna a oferta de dois exemplos. No primeiro deles, a Procuradoria Geral da República combate lei federal tributária, ao argumento de vulnerar determinada limitação constitucional ao poder fiscal do Estado. Obtida a vitória em sede de ADI, no STF, Tício, sócio de companhia até então contribuinte do referido tributo, decide que a pessoa jurídica ajuíze a competente ação pelo procedimento comum, com pleitos de natureza declaratória – de inexistência de relação jurídica com o Fisco da União – e repetitória, trazendo como causa de pedir próxima o referido julgado do Supremo. Em outra ilustração, determinada associação de consumidores, valendo-se de ação civil pública, obtém juízo favorável acerca da abusividade da cobrança de um encargo bancário exigido dos correntistas pelo Banco X. Mévio, cliente da instituição financeira, mesmo não tendo atuado como parte na referida ação coletiva, afora cumprimento de sentença individual, escudando-se na coisa julgada *erga omnes* formada.

Por certo, os dois casos não são equivalentes sob o prisma da técnica processual. Contudo, em ambas as hipóteses, pode ser verificada a lógica acima exposta: os atores das ações individuais apresentavam concretamente em sua esfera jurídica um direito que já fora tutelado em abstrato – coisa julgada *erga omnes* –, de modo a carecem apenas da tutela específica. A cognição da matéria de Direito, portanto, já foi exercida e o tema já foi dirimido.

Não é o que ocorre no trato com precedentes. Conforme já explanado em mais de uma passagem desta dissertação, o operador do direito do *Common Law* raciocina por meio de analogias. Assim, a decisão paradigma não tutela o direito em si do caso *sub judice*, mas tão somente se debruçou sobre fatos semelhantes. O que é objeto do *leading case*, por isso, não é o direito subjetivo de um grupo indeterminado de jurisdicionados, mas sim um caso concreto, que pode se replicar ou não, no futuro. Assim, protege-se “apenas” a legítima confiança do cidadão na segurança jurídica do sistema jurisdicional, materializada na legítima expectativa de sempre receber uma decisão equânime àquela anteriormente proferida em um caso idêntico.

Volta-se às linhas dos dois exemplos ofertados, para fins de comparação com o que seria um verdadeiro raciocínio com precedentes.

Marcelo, ciente da referida decisão da Corte Suprema, percebe que a sociedade de que é parte paga aos cofres estaduais outro tributo cuja cobrança parece encontrar óbice exatamente no mesmo impedimento constitucional constatado pelo pleno do STF. Ato

contínuo, ingressa em juízo requerendo que a inteligência decisória empregada na ADI seja aplicada a seu caso, uma vez que as hipóteses são faticamente equivalentes, *mutatis mutandis*. Ainda, Plínio, cliente do Banco Z, constata em sua fatura que a instituição insere um encargo análogo àquele declarado ilegal na mencionada ação civil pública consumerista, julgada desfavorável ao Banco X. Pelo exposto, arguindo que onde impera a mesma razão deve incidir o mesmo direito, ingressa com seu petitório requerendo que o magistrado singular espouse analogia para conceder-lhe o fim da cobrança e a repetição almejada.

Repise-se: nessa segunda leva de exemplos, Marcelo e Plínio não são e tampouco se apresentam como beneficiários do mesmo direito lapidado nos julgados com eficácia *erga omnes*, em que embasam suas alegações. Dessa forma, o sucesso de suas pretensões depende completamente não só da possibilidade de convencimento do juiz acerca da aproximação fática entre seus casos e os arestos paradigmas, mas também do entendimento do magistrado acerca da matéria de Direito, à luz das posições firmadas em cada acórdão paradigma<sup>187</sup>.

Constata-se, pois, que a prática legiferante adotada no âmbito do *Civil Law*, ao centrar-se na parte dispositiva do julgado, deixa desassistida uma dimensão da segurança jurídica. Qual seja, a salvaguarda a proteção da confiança em dimensões mais completas, na motivação dos julgados. O exame do contexto e das razões de decidir, portanto, pode ter um efeito de estabilidade e pacificação social muito mais amplo, podendo conviver com a noção de coisa julgada *erga omnes*, sem com ela se confundir. Trata-se da noção de integridade do ordenamento, o que só é alcançado dando-se destaque aos fundamentos da decisão judicial e arbitral, que carregam o mapa para analogias, equiparações e distinções acertadas<sup>188</sup>.

Por essa noção ser mais bem concretizada em um genuíno sistema de precedentes, advoga-se ser inarredável que qualquer sistema de resolução de disputas, ao se debruçar sobre o direito jurisprudencial, como fonte normogenética e cognitiva, faça-o por meio das ferramentas e perspectivas de trato com precedentes, conforme declinado nesta

---

<sup>187</sup> Isso porque, no Brasil, historicamente se consolidou tradicional posição doutrinária segundo a qual a liberdade de convencimento do juiz facultar-lhe-ia discrepar suas sentenças do direito uniformizado pelos tribunais de maior hierarquia. Tudo isso, sem qualquer tipo de reprimenda, seja disciplinar, administrativa, moral ou epistêmica.

<sup>188</sup> Também com base em exemplos, mas trazendo ainda o escólio de Castanheira Neves e de Laurence Tribe, Abboud (2012, p. 527-530) mostra que a vinculação genérico-abstrata é metodologia de raciocínio jurídico própria do pensamento lógico normativista e não se confunde com a função paradigmático-casuística dos precedentes, nos sistemas de *Common Law*. Para além disso, ao contrário do que se vê com a coisa julgada, a regra do precedente não objetiva a imutabilidade, mas apenas o fornecimento de um referencial decisório estável. Isto é, o *stare decises* hodierno abraça a necessidade de flexibilidade.

dissertação. O foco, portanto, deve estar volvido para a fundamentação das decisões de seus juízes – estatais ou árbitros –, o que se entende como condição de procedibilidade mínima, para a efetiva extração de todos os potenciais que uma aproximação com o *stare decisis* oferece, como garantidor de direitos fundamentais.

É nesse giro interpretativo, que realoca a espinha dorsal da vinculação dos julgados, que reside qualquer intercâmbio que se pretenda exitoso, entre sistemas de *Civil Law* e a *doctrine of the binding precedent*. Essa abordagem é a que permite extrair, mais que a *ratio*, mas o *logos* de um sistema de precedentes; isto é, imperativos de lógica argumentativa, no exame de situações equânimes. Elemento este universal, não apenas entre Estados e ordenamentos nacionais, mas aplicável a foros internacionais e até entre sistemas decisórios paraestatais, conforme apontado no item 4.2 deste trabalho.

Prosseguindo, a oportunidade crítica ainda deve ser aproveitada para se apontar outras “muletas” em que parte da doutrina e da jurisprudência pátria tenta apoiar-se, a fim de se evitar “as quedas” resultantes da falta da sistematização, em solo brasileiro, da *rule of precedent*. Curioso ver, porém, que muitas vezes essas construções erigem-se amparadas em “sofisticados” empréstimos conceituais, justamente de institutos do direito anglo-saxão. Todo este trecho busca demonstrar que raciocínios desse jaez não consubstanciam o real emprego da noção de *ratio decidendi*, em toda a riqueza já explanada neste estudo.

Notadamente no campo do controle de constitucionalidade difuso, vê-se que, especialmente o STF tenta valer-se de todo o arsenal – ou seriam artifícios? – teórico ao seu alcance, para expandir a eficácia de suas decisões, com o fito de gerir a massiva quantidade de processos que progressivamente abarrotam os acervos dos gabinetes, assim como de agremiar poder em temas centrais à República.

Ao projetar a Constituição de 1891<sup>189</sup>, Ruy Barbosa objetivou importar o modelo de *judicial review* norte-americano, marcado pela fiscalização jurisdicional difusa, *in concreto* e com eficácia *inter partes*<sup>190</sup>. No entanto, em célebre frase de Ricardo Lobo Torres, os conceitos jurídicos navegam mal pelo Oceano Atlântico. Nos Estados Unidos, o risco de um anárquico mosaico decisório proveniente da lógica difusa do *judicial review*, por todas as instâncias e tribunais, foi quase completamente mitigado, em face da

---

<sup>189</sup> Fernandes (2015, p. 1.167-1.168) anota que, desde a Constituição Provisória de 1890 (art. 58, §1º, *a* e *b*), regulamentada pelo Decreto nº 848/1890, os moldes para o sistema de controle de constitucionalidade já estavam esboçados. Posteriormente, a Lei nº 221/1894 tratou de forma mais minudente acerca desse poder, que passou a ser conferido aos juízes brasileiros.

<sup>190</sup> Para SILVA, 2014; p. 563-546, o instituto, porém, acabou renegado pela magistratura da Primeira República, que não era simpática à ideia de que o Judiciário poderia negar vigência a leis editadas pelo Poder Legislativo, ainda que somente para fins do caso concreto.

sólida herança inglesa do *stare decisis*, que foi desenvolvida e adaptada pelos juristas das antigas Treze Colônias.

Essa “trava de segurança”, porém, não foi adotada pelo direito brasileiro, desde a nossa primeira constituição republicana, que preferiu legar ao Poder Legislativo a discricionariedade<sup>191</sup> de revogar a norma cuja inconstitucionalidade fora reconhecida pela Corte Suprema, de modo a conferir ao julgamento oponibilidade abstrata, *i.e.* perante todos. Atualmente, a matéria é tratada no art. 52, X, CRFB/1988, como competência privativa do Senado Federal, mas, na prática, a disposição beira a “letra-morta”:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Contudo, caso algum lampejo deste poder ainda ressaia vivo, há posições no âmbito do Supremo Tribunal Federal que se empenharam em exterminá-lo. É o que se vê, desde o julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes<sup>192</sup>. No caso, a Defensoria Pública do Estado do Acre, arguia que determinado magistrado presidente da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco afrontava o entendimento consolidado pela Corte no HC nº 82.959/SP, ao negar a progressão de regime a condenados por crimes hediondos. Argumentava o reclamante que a posição do STF sobre a matéria em debate deveria ser tomada com efeitos *erga omnes*, ainda que consolidada pela via concreta, de modo que a decisão do magistrado singular afrontaria diretamente a autoridade da Suprema Corte.

A reclamação fora manejada em 2006 e teve seu julgamento finalizado com juízo de procedência, em 20.03.2014. No entanto, não foi acolhida a argumentação do reclamante. A posição majoritária entendeu que a posterior edição da Súmula Vinculante nº 26 garantia à Corte o poder de impor a tese, antes firmada no âmbito de mero *habeas corpus*, a todas as instâncias inferiores da Justiça brasileira. Logo, o julgado não firmou a eficácia vinculante de uma decisão proferida em sede de controle difuso, ao contrário, fundou-se nos efeitos *erga omnes* de súmula peremptória ulterior. O que interessa

---

<sup>191</sup> FERNANDES, 2015, p. 1.178. Para estudo introdutório e didático acerca dessa interação entre o STF e o Senado Federal, na esfera do controle difuso, recomenda-se a leitura da obra ora referenciada, mormente a partir da p. 1.171 e ss.

<sup>192</sup> O relato que se seguirá pode ser compreendido diretamente da leitura do acórdão em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>.

destacar, porém, são os votos proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes – relator do feito – e Eros Grau<sup>193</sup>.

Ambos propugnaram que, pela via de mutação constitucional decorrente da inércia do Senado Federal, o supracitado dispositivo da CRFB/1988 deveria ter sua leitura alterada, para que as decisões do Supremo, mesmo em sede de fiscalização difusa, fossem revestidas de eficácia *erga omnes*, de modo que incumbiria à Câmara Alta do Congresso Nacional tão somente dar publicidade ao julgado. Trata-se da teoria que recebeu o nome de “Abstrativização do Controle Difuso”.

O Poder Judiciário deve aplicar a lei, não editá-la. Portanto, a nosso sentir, não pode uma proposta de hermenêutica constitucional desbordar os limites de seu texto<sup>194</sup>. Ademais, a questão da eficácia dos julgados firmados em sede de controle difuso poderia ser perfeitamente bem equacionada por meio das ferramentas lógicas e jurídicas de trato com precedentes, conforme articuladas neste estudo. Não havia necessidade adulteração e extensão da eficácia da coisa julgada, tampouco de agressão a uma divisão de poderes estatuída pelo constituinte originário. Igualmente, a teoria em exame é nefasta sob o prisma democrático-republicano, porque mina o diálogo institucional<sup>195</sup> entre Poderes, no processo interpretativo da Constituição, com a Suprema Corte buscando ter a palavra final, ainda que em desobediência ao texto que alega guardar. A jurisdição não é o foro da abstração, é o *locus* por excelência da concretude jurídica. Um tribunal julga casos e não teses.

Ora, no trato com precedentes vinculantes, o que se tem não é um esforço a todo custo para se enxertar a realidade no julgado paradigma ou em uma tese abstrata, de forma a tornar o paradigma o mais abrangente e vago que a linguagem permita. Ao contrário, conforme já sustentado e reiterado nesta dissertação, a mecânica do *stare decisis* salta de caso em caso, sempre com a mais arguta atenção aos detalhes, na tentativa de aproximá-los ou afastá-los, de modo a concretizar a aplicação justa do direito posto e dos entendimentos acerca dele consolidados. Acaso metade da dedicação doutrinária e jurisprudencial depositada em se hipertrofiar as decisões das cortes de vértice tivesse sido depositada na elaboração e sofisticação de uma teoria brasileira do precedente judicial, muito provavelmente os ganhos para a democracia e a para gestão processual poderiam ter sido maiores.

---

<sup>193</sup> Para o estudo alentado do julgamento, cf. PEDRON, 2015.

<sup>194</sup> SCALIA. GARNER, 2012, p. 56 e ss.

<sup>195</sup> Expressão tomada no sentido dado por Brandão (2012), este profundamente inspirado nos escritos do Prof. Virgílio Afonso da Silva, mas também na importante escola que a Universidade Estadual do Rio de Janeiro desenvolve nesse campo.

Mais uma vez, Marinoni<sup>196</sup> merece a citação literal, ao comentar o acórdão prolatado pelo STF no bojo da Reclamação nº 1.987/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, mais especificamente, o voto do Min. Gilmar Mendes, que citava o pensamento de Klaus Vogel:

Na verdade, Vogel está misturando coisa julgada com eficácia vinculante ou obrigatória, ou melhor, está rotulando de força obrigatória das decisões, peculiar ao *common law*, de coisa julgada, ou, ainda mais precisamente, está conferindo à fundamentação o que o *common law* atribui à *ratio decidendi*.

É certo que a limitação da coisa julgada material à parte dispositiva constitui uma opção técnica no âmbito do *civil law*. É possível impedir às partes, em dado sistema de *civil law*, a rediscussão dos fundamentos da decisão. Porém, há que se notar que este obstáculo apenas atinge as partes, a menos que se pense em coisa julgada *erga omnes* dos fundamentos, o que equivaleria, em substância, a abandonar o instituto da coisa julgada para tratar de outra questão, em que também importaria a obrigatoriedade dos fundamentos, mas em dimensão e perspectiva completamente distintas.

A coisa julgada nada tem a ver com a intenção de se permitir igual solução a casos semelhantes. O conceito de Vogel deve sua originalidade à concepção de *ratio decidendi*. Note-se que, assim como a *ratio decidendi*, a “norma decisória concreta” está à distância do dispositivo e dos fundamentos. Para permitir a decisão de casos semelhantes, tanto a *ratio decidendi* quanto a norma decisória concreta devem constituir uma espécie de “extrato significativo da fundamentação”.

Porém, não obstante a equivocada assimilação entre eficácia vinculante e coisa julgada, o conceito de Vogel, quando bem-visto, contém um *plus* significativo em relação à ideia de eficácia vinculante ou transcendente da fundamentação. É que a ideia de norma decisória concreta diz respeito à porção fundamental em que se identifica o motivo pelo qual se decidiu e, portanto, com o isolamento de uma parte significativa da fundamentação, deixadas de lado aquelas que não importam como razões de decidir que, assim, são *obiter dicta*. [...]

Ao se colocarem os conceitos de norma decisória concreta e de motivos determinantes da decisão na mesma dimensão do de *ratio decidendi*, deseja-se apenas evidenciar a importância de se extrair da fundamentação o que realmente levou o tribunal a decidir, bem como sublinhar que a não identificação desta porção da fundamentação gera incerteza, colocando em sério risco a segurança jurídica e a própria missão que se quer atribuir aos tribunais como a extensão dos efeitos vinculantes.

Os conceitos de coisa julgada material e de coisa julgada *erga omnes* não são relevantes quando se pretende dar soluções iguais a casos semelhantes. Nem mesmo a eficácia vinculante, caso limitada à parte dispositiva, aí teria alguma importância. De outra parte, falar em coisa julgada *erga omnes* dos fundamentos da decisão seria baralhar os institutos, já que os objetivos perseguidos com a coisa julgada e com a obrigatoriedade de respeito aos fundamentos não só não se confundem, como exigem conceitos operacionais e metodologias diversos.

Assim, em harmonia com tudo quando sustentado até aqui, extrai-se que o instituto da coisa julgada tem relação com a possibilidade de rediscussão de determinada solução de mérito. Sua essência é a imutabilidade de um veredito, não a análise lógica da (de)semelhança de casos.

---

<sup>196</sup> MARINONI, 2010, p. 276-277.

Igualmente relevante é apontar que a falta de uma robusta teoria acerca do *binding precedent* não pode ser suprida pela lógica que se convencionou chamar de “Transcendência dos Motivos Determinantes da Decisão”. Parece-nos apenas outro subterfúgio teórico, a fim de se suprir a ausência de uma profusa e contundente teoria do precedente vinculante no Brasil, atribuindo-se uma espécie de eficácia *erga omnes* à fundamentação, cuja legitimidade segue mais fulcrada na autoridade, do que na qualidade decisória<sup>197</sup>.

Com base na obra do jurista alemão Theodor Mauz<sup>198</sup>, entendemos necessário demonstrar nossa concordância acerca da necessária distinção entre os conceitos de eficácia vinculante e eficácia *erga omnes*<sup>199</sup>. No sistema germânico, a força dos julgados do *Bundesverfassungsgericht* é estudada em três dimensões: a coisa julgada de eficácia perante toda a coletividade, o efeito vinculante dos fundamentos do tribunal e a força de lei de suas decisões. Têm-se três perspectivas normativamente atribuídas àquela corte, mas que não se confundem. No que importa para este estudo, basta reiterar que a coisa julgada, em sua dimensão preclusiva, objetiva resguardar uma decisão específica no tempo, para certos sujeitos. Noutro giro, a função paradigmática é extraída dos debates travados pelos julgadores, ao proferirem seus vereditos em novas relações jurídicas materiais e processuais.

Diferentemente, não há, no direito inglês e na Carta da Filadélfia, qualquer norma que propugne a estabilidade decisória para os tribunais. A natural evolução de um sistema de direito positivo não fundado na escrita, mas no costume transmitido oralmente e simplesmente compilado e registrado em coletâneas jurisprudenciais conformou o que se designa hoje por *stare decisis*<sup>200</sup>. Ora, em verdade, a própria essência do que se encontra entre os alemães não compartilha o cerne da doutrina do precedente vinculante. Seguindo as pegadas de Abboud<sup>201</sup>, é possível afirmar, como já delineado neste texto, que provimento judicial de observância peremptória, desde sua origem, dialoga por meio de analogias construídas entre casos concreto. Em momento algum a *ratio decidendi* se pretende genérica, apartada dos fatos que ensejaram aquela peculiar solução de direito. Pelo exposto, ainda que esta seja chamada de “motivo determinante”, não pode possuir

---

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 289-325.

<sup>198</sup> *Apud* Abboud, 2012, p. 531.

<sup>199</sup> STRECK. ABBOUD, 2015-A, p. 98.

<sup>200</sup> MACIEL, 2006.

<sup>201</sup> 2012, p. 533-535.

como habitat natural uma decisão que se pretenda tão abstrata, que já nasça almejando transcender todas as peculiaridades do caso concreto e a todos atingir como se lei fosse<sup>202</sup>.

Tem-se, pois, o gancho perfeito para volver o exame às já citadas técnicas de julgamento por causa-piloto, materializadas no código nos recursos repetitivos, perante o STF (extraordinários – art. 102, III, CRFB/1988) e STJ (especiais – art. 105, III, CRFB/1988), e os incidentes (de resolução de demandas repetitivas – IRDR – e assunção de competência – IAC), perante os Tribunais de Justiça (TJs) e Tribunais Regionais Federais (TRFs).

Firme na celebrada classificação de Barbosa Moreira, Cimardi<sup>203</sup> divide as técnicas de uniformização jurisprudencial em métodos corretivos – que dirimem a divergência após sua instauração – e preventivos – que pacificam uma questão de direito antes do dissídio a seu respeito se conformar. Ainda com base na lição do citado processualista, a autora releva que, além de solucionar a lide de direito subjetivo, os recursos excepcionais – aqueles dirigidos às altas cortes de Brasília – carregam a pretensão da padronização decisória, questão afeta ao direito sob o prisma objetivo. Portanto, é nesse cenário corretivo *a posteriori* que a técnica dos recursos repetitivos se insere; ao passo que o IAC e o IRDR, de matiz apriorístico, integram a modalidade preventiva. Todos esses institutos, porém, comungam do fato de se valerem de um procedimento específico, disposto na legislação; e é esse procedimento que legitimará sua força vinculante, independentemente da qualidade material decisória alcançada. A essa mecânica, dá-se o nome explicativo de julgamento da causa-piloto ou julgamento por amostragem<sup>204</sup>, pois se vale da construção de *leading cases* paradigmáticos para sanar uma questão que é posta abstrata e previamente pela corte<sup>205</sup>.

No que concerne à competência recursal extraordinária do STF, a CR/1988 – reformada pela EC nº 45/2004 – adotou o filtro da repercussão geral, objetivando que apenas questões cujo relevo transcendesse o indivíduo e impactassem toda a sociedade brasileira fossem arguidas perante a aquela excelsa corte<sup>206</sup>. O novo crivo de acesso ao

---

<sup>202</sup> THEODORO JÚNIOR, *et. al.*, 2016, p. 406.

<sup>203</sup> 2015, p. 234-241, para todo o parágrafo.

<sup>204</sup> Cimardi (*ibidem*, p. 307-309) fala em apreciação de processo-tese ou procedimento-modelo, no que tange o IRDR, em razão de sua inspiração no *Musterverfahren* alemão e no *Group Litigation Order* inglês, instrumentos que teriam nascido para que as os tribunais se dedicassem à consolidação de proposições de direito acerca de conflitos repetitivos. Mais que uma técnica de julgamento ou filtro de admissibilidade, a repercussão geral também passou a se tornar um efeito, na prática processual do STF. Isto é, malgrado todos os recursos extraordinário tenha a análise desse requisito, nem todos são julgados pelo “circuito procedimental” que leva o efeito vinculante, para fins do art. 927, CPC. Assim, os casos julgados monocraticamente ou pelas turmas, seguem tendo efeitos apenas para o caso concreto (THEODORO JÚNIOR, *et. al.*, 2016, p. 441-456).

<sup>205</sup> THEODORO JÚNIOR, *et. al.*, 2016, p. 432.

<sup>206</sup> CIMARDI, 2015, p. 249.

Supremo também foi regulamentado no código processual revogado, lógica que foi reprisada no CPC/2015. Seguem-se as disposições constitucionais e do diploma legal, respectivamente:

Art. 102. [...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

\* \* \*

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

II – Revogado. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

§ 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

§ 6º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 7º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º ou que aplicar entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos caberá agravo interno. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.

§ 9º O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

§ 10. Revogado. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 11. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão.

Após décadas de reivindicação dos Ministros do STJ, sistemática equivalente foi adotada, pela EC nº 125/2022, que, ao inserir os §§2º e 3º, no art. 105, positivou a chamada relevância da questão federal:

§ 2º No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

§ 3º Haverá a relevância de que trata o § 2º deste artigo nos seguintes casos: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

I - ações penais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

II - ações de improbidade administrativa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

III - ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

IV - ações que possam gerar inelegibilidade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

V - hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

VI - outras hipóteses previstas em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

Conforme exigido pelo aludido §2º, a eficácia plena e funcionamento prático do instituto carece de regulação legal, pelo legislador ordinário, o que ainda não ocorreu, ao tempo da redação deste estudo. Sem embargo, a doutrina não deixou de interpretar a norma constitucional, tampouco de tentar prever, à luz do funcionamento do STJ e da experiência do Supremo, com a repercussão geral, como a relevância da questão federal impactará o “sistema de precedentes” brasileiro<sup>207</sup>.

Até que a EC nº 125/2022 receba a necessária densificação legislativa, seguimos com o regramento dos recursos especiais repetitivos dados pelo CPC/2015, que adotou a mesma disciplina análoga para os procedimentos dos recursos especiais e extraordinários chamados repetitivos. Por ora, a principal diferença entre as duas modalidades recursais está no filtro. Isto é, para ingressar no STF, a causa deve demonstrar sua transcendência e relevância, à luz de um impacto sistêmico para o direito nacional; já, no STJ, a simples multiplicidade de demandas análogas satisfaz o requisito de admissão<sup>208</sup>.

Em comum aos dois institutos, vemos que, na sistemática da causa-piloto, escolhe-se um dos recursos que bem retrate e represente seus pares e a controvérsia posta em diversos casos semelhantes. Em tese, o objetivo do tribunal é buscar um feito que proveja o mais rico debate acerca dos argumentos integrantes na querela, de modo a fornecer o solo mais fértil para uma uniformização mais densa e profícua<sup>209</sup>. Esse procedimento,

<sup>207</sup> Sobre o tema, cf. MARINONI, 2023, Parte II, Cap. 3, Item 3 e MIRIDIERO, 2022, Parte II, Item 1, 1.2.

<sup>208</sup> Mesmo elaborada sob a égide do Código Buzaid, são valiosas as observações de Marinoni ao art. 543-C, e o procedimento dos recursos repetitivos perante o STJ (2010, p. 494-499).

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 260-268.

enfim, realiza a afetação de um tema encontrado em demandas seriais ou múltiplas, por meio da escolha de um caso específico que detenha as alegações, pedidos e fatos necessários ao julgamento paradigma<sup>210</sup>.

O IAC e o IRDR também são regidos minuciosamente pelo CPC/2015, respectivamente:

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

\* \* \*

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. [...]

Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;

II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias;

III - intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. [...]

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

Essa extensa reprodução de normas processuais tem um objetivo. Evidenciar que, *mutatis mutandis*, a lógica das técnicas de uniformização por julgamento de causa-piloto possui um padrão na sua procedimentalização normativa. Qual seja, um foco exacerbado

<sup>210</sup> Para os critérios orientadores dessa escolha cf. os referenciados autores (2016, p. 435-438).

nas balizas formais, mas ignora exigências qualitativas materiais para o julgamento-modelo<sup>211</sup>.

Observa-se a existência quatro fases. A primeira, é a **fase de admissibilidade**, em que a corte afere a existência de uma controvérsia objetiva de direito, bem como seu relevo jurídico para a coletividade. Outrossim, também verifica a presença dos pressupostos específicos de cada caso. Admitido o recurso ou incidente, inicia-se uma **fase de tramitação**. De plano, caso imposto ou autorizado pela lei, o relator do feito tem o poder-dever de determinar a suspensão de todos os processos que versem sobre idêntica controvérsia, nos limites territoriais impostos pela natureza do caso e/ou pela competência do órgão julgante. Em seguida, o tribunal colhe as manifestações do Ministério Público, Defensoria Pública, entidades representativas da sociedade civil – atuando como *amici curiae* ou pela via de audiências públicas –, dentre outros. Em terceiro, o caso concreto é apreciado e julgado com um dispositivo que lhe é particular e, em paralelo, é firmada uma tese de direito de linguagem abstrata e genérica com a pretensão de orientar as instâncias inferiores. **Trata-se da fase decisória**. Finalmente, tem-se a última etapa, que chamamos de **fase de aplicação**, em que o veredito firmado é aplicado às causas sobrestadas e aos processos futuros, a depender das peculiaridades da hipótese ou do tipo de incidente em tela.

Ora, na mecânica exposta e compartilhada pelas ferramentas processuais em apreço, vislumbramos três problemas, a saber: (I) a tentativa de reprodução, *ex lege* e, por isso, artificial, de uma lógica de interpretação e criação do direito fundada na “natural” evolução histórica do costume jurídico e da tradição pretoriana típica dos sistemas anglo-saxônicos. Vale dizer, na perspectiva do *Common Law*, a decisão nunca nasce autointitulada precedente; ela conquista<sup>212</sup> o *binding effect*, por se tornar uma referência contumaz, no teste do tempo; (II) a confiança absoluta no procedimento de tramitação e julgamento, em detrimento da qualidade substancial do produto da atividade jurisdicional; e (III) a estruturação abstracionista da conclusão jurídica da decisão na causa paradigma, com a fixação de uma tese jurídica. Discorrer-se-á, breve e conjuntamente, sobre essas proposições.

Sobre a desnecessidade de previsão legal para consolidação de um sistema íntegro e coeso de direito jurisprudencial, Santos<sup>213</sup> leciona que:

---

<sup>211</sup> Krebs (2015, p. 173-184), traz profunda, mas objetiva sumarização dos ritos a serem seguidos nos recursos excepcionais repetitivos na tramitação do IRDR. Igualmente, cf. THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 431-456.

<sup>212</sup> Sobre o tema, remetemos o leitor à nota de rodapé de nº 181;

<sup>213</sup> 2012, p. 150.

Não dependemos do legislador para operar com precedentes, inclusive para eventualmente identificar entre tantas decisões, aquela que deverá servir, de um momento em diante, como padrão de julgamento para casos semelhantes. No *common law*, vale registrar, não há regra posta pelo legislador impondo aos juízes a observância de determinadas decisões, tampouco atribuindo a algumas eficácia mais persuasiva ou, até mesmo, vinculante. Por mais incrível que possa parecer aos olhos de um positivista, tudo se passa no plano deontológico. A doutrina do *stare decisis* não é mais do que isso: uma doutrina encampada pelos tribunais, respeitada pela comunidade jurídica e apoiada pela sociedade. Vale dizer, os precedentes são obedecidos não pela imposição do legislador e pelo receio da correlata sanção, mas porque isso é moralmente correto. Nessa linha, Raphael A. Akanmidu nota (no que faço aqui tradução livre) que “o precedente é uma ferramenta moral que molda o caráter geral do sistema judiciário porque controla a índole e o temperamento do juiz individual”.

Sim, porque tratar situações idênticas de forma idêntica é, antes de tudo, princípio que remonta à ideia de justiça distributiva de Aristóteles (...tratar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade...). É, portanto, como notam Cross e Harris, princípio básico da administração da justiça, independentemente desse plano, de tradição originária deste ou daquele sistema jurídico concretamente considerado.

Na verdade, é o mínimo que se espera daqueles que operam o sistema jurídico: que o façam de maneira organizada, racional, coerente e, o quanto possível, previsível. Isso, como já percebeu a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, preserva a confiança da sociedade no Judiciário (o que significa, em termos amplos, no sistema jurídico) como fonte de julgamentos consistentes e impessoais.

Somando ao estofo jusfilosófico do item 4.2 desta dissertação, o excerto acima é uma das teses centrais que almejamos relevar. A noção de que raciocinar com precedentes não é uma obrigação legal, mas um corolário de Filosofia ou Teoria Geral do Direito, que impõe uma deontologia moral e lógica de coerência, isonomia e justiça, na aplicação das normas abstratas ao caso concreto. Essa noção integra qualquer ordenamento que se pretenda organizado, harmônico, confiável e estável; qualquer sistema de resolução de disputas. Não é, portanto, um predicado apenas da jurisdição estatal, devendo ser considerado também por árbitros, conforme será evidenciado no capítulo 4 deste trabalho.

Nesse sentido, Alexy<sup>214</sup> sustenta que a *rule of precedent* seria, portanto, uma metanorma, uma regra de argumentação que integra o “código da razão prática”, segundo a qual um precedente sempre deve ser levado em consideração quando aplicável e cujo afastamento nunca prescinde a necessária justificativa. Logo, a previsão legislativa da obrigatoriedade de se seguir as normas de direito pretoriano restaria despicienda. Ademais, não é a opção por determinado meio de solução de controvérsias que teria o condão de afastar essa característica intrínseca ao Direito, nas tradições ocidentais.

---

<sup>214</sup> 2001, p. 258-261.

Abboud<sup>215</sup> vai mais além e defende a prática de se instituir mecanismo inerentes à doutrina do *stare decisis*, por meio de alterações legislativas. Sim, porque nos Estados Unidos e principalmente na Inglaterra, a força vinculante do precedente não surgiu repentinamente. Inexistiu um decreto pela força da caneta ou da espada, tampouco seriam suficientes alguns poucos anos de debate parlamentar sobre a matéria. Ao contrário, o *binding precedent* se formou em quase mil anos de desenvolvimento histórico do direito inglês e ainda trilhou novos caminhos igualmente prósperos, ao ser herdado pelos norte-americanos<sup>216</sup>. Assim, não se deve crer que a tentativa de reprodução legal de um ordenamento dessa natureza *ex nihilo* – ou mesmo de apenas parte dele – possa ocorrer a reboque de um artigo de lei e de um fetiche pela *Common Law*, como um berço indevido de técnicas de gestão de litigância de massa e acervo processual.

O art. 926 pode até materializar um primeiro passo de uma nova perspectiva para o direito jurisprudencial, no Brasil. No entanto, para que ele seja dado com o pé direito, é imperioso que se pautem pela humildade, no complexo jogo de aprendizagem com a experiência alienígena, e pela deferência à natureza dos institutos inspiradores. Temos, portanto, décadas ou séculos, para tentar cultivar nossa própria adaptação consciente de mecanismos oriundos do direito estrangeiro, em combate à simples importação imprudente, desatenta e com finalidades estranhas, sendo mais prudente a constante atenção às peculiaridades, necessidades e tradição do direito pátrio<sup>217</sup>.

Não suficiente, conforme já tivemos a oportunidade de sustentar neste trabalho, é exigido da solução jurisdicional fornecida a um caso concreto que atenda a parâmetros materiais de qualidade, para que se torne paradigma inafastável para o deslinde de contendas futuras<sup>218</sup>. Trata-se de verificação que é feita sempre no futuro, pelos magistrados e demais operadores do direito que se servirão da *ratio* firmada, quando investigarem a solidez e eficiência da fundamentação esposada pela corte prolatora do passado. Por isso, não se pode aceitar que, numa sessão de julgamento – ou mesmo antes dela –, os julgadores, assessores, advogados, partes, imprensa e sociedade, saibam, *ex ante*, que a solução a ser dada pelo tribunal será vinculante, independente da robustez jurídica das premissas e conclusões alcançadas nos votos ou na *opinion*<sup>219</sup>. Precedente com data marcada para nascer não pode ser receber esse nome com autenticidade<sup>220</sup> que

---

<sup>215</sup> 2012, p. 493.

<sup>216</sup> ABBOUD, 2015, p. 400-402.

<sup>217</sup> 2012, p. 137-140.

<sup>218</sup> SANTOS, 2012, p. 156-157.

<sup>219</sup> ABBOUD, 2012, p. 537.

<sup>220</sup> THEODORO JÚNIOR, *et. al.*, 2016, p. 406-407.

traz consigo as noções do direito algo-saxão. Um genuíno *binding precedent* conquista esse título, pelo emprego reiterado como a melhor solução jurídica possível para determinado arranjo, teste esse que alonga no tempo, no inexorável viés histórico do *Common Law*. Relutar com isso gerará um batismo vazio, um sistema de precedentes falso e a ausência de mudanças ou resultados reais, como os últimos dez anos do (nem-mais-tão)Novo CPC demonstram com eloquência dura.

Perceba-se que o problema não é a existência de um *leading case*, cuja decisão servirá de modelo. Em verdade, o próprio *stare decisis* lida muito mais com a noção de casos únicos paradigmáticos do que com grupo de decisões uniformes, que caminham em igual sentido – jurisprudência<sup>221</sup>. A chave da presente crítica se funda na observação do fato de que, no Brasil, em regra, inexiste ônus qualitativo-epistêmico para o *decisum* piloto, cuja vinculatividade não será aferida a partir de arguta comparação fática, mas será aplicada como um carimbo, em milhares de processos sobrestados<sup>222</sup>. O espírito de cada um desses mecanismo é diverso, como não poderia deixar de ser, pois surgiram para lidar com problemas de direito distintos<sup>223</sup>.

Em suma, no atual *stare decisis*, o precedente é o *starting point* da solução de uma querela, um marco norteador dos debates a serem travados<sup>224</sup>. Lado outro, no Brasil, o “precedente” está na “linha de chegada” do sistema, cultivando-se a profunda esperança de que o julgamento por amostragem seja o “início do fim das discussões” sobre a controvérsia, ao ofertar uma solução única, pronta, em forma de tese fixada, ementada e, talvez, futuramente sumulada<sup>225</sup>. Texto abstrato e dissociado dos fatos – como a lei o é – justamente, para ser mais facilmente replicado e generalizado<sup>226</sup>.

Tudo isso, apenas confiando que, se a decisão seguir o rito preconizado pela lei, reunirá todos os requisitos para ser unificada pelo efeito vinculador-paradigmático<sup>227</sup>, dispensando-se o teste qualitativo feito pelas instâncias inferiores, no futuro<sup>228</sup> e frustrando-se uma abordagem argumentativa, lógico-hermenêutica, democrática e teoricamente consistente da teoria geral do precedente judicial – todos os marcos teóricos já trabalhados no decorrer deste trabalho, notadamente no item 4.2.

<sup>221</sup> RODRIGUEZ, 2013, p. 59-60.

<sup>222</sup> ABOUD, 2012, p. 536-541.

<sup>223</sup> FRANCO, 2015, p. 522-529.

<sup>224</sup> THEODORO JÚNIOR, *et. al.*, 2016, p. 408-409.

<sup>225</sup> STRECK. ABOUD, 2015-A, p. 112.

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 543.

<sup>227</sup> Lado outro, é justamente a aceitação pelos juízos *a quo*, pela comunidade jurídica e pelos jurisdicionados, que confere a legitimidade democrática ao precedente nos países anglo-saxônicos (ABOUD, 2015, p. 404).

<sup>228</sup> STRECK. ABOUD, 2015-A, p. 106-107 e 116.

Já nesta altura do trabalho, acerca dos incisos III e IV, é necessário cuidado para que o texto não reste repetitivo. Assim, salienta-se que as críticas feitas em relação à problemática da equiparação da simples eficácia *erga omnes* à complexidade do precedente judicial aplica-se ao fato de a súmula vinculante constar no rol do art. 927. Do mesmo modo, o que se anotou acerca dos problemas da formulação de abstrações e teses genéricas, não remissíveis à moldura fática da decisão paradigma, pode ser alvo de reprovação no que toca à súmula de jurisprudência ordinária.

Por fim, cumpre apenas lembrar, com Streck e Abboud<sup>229</sup>, distinções basilares entre as súmulas em geral – especialmente as vinculantes – e o genuíno provimento obrigatório do *Common Law*, pois isso permitirá formular importante advertência que também servirá em desfavor da prática do “ementismo”<sup>230</sup>, pelos tribunais brasileiros. Segundo MacCormick, o precedente é uma espécie de coletânea que deve condensar, na decisão, o melhor conhecimento jurídico passado, acerca de um tema. A súmula, por outro lado, é fria em relação aos fatos e vincula por sua autoridade pura. É dizer, com Castanheira Neves, que o genuíno *binding precedent* tem raiz analógico-casuística, retrata um recorte na história da tradição jurídica em questão. Ao passo que a súmula pretende cristalizar, indeterminadamente, uma posição e, como os antigos assentos lusitanos, desliga-se do caso que lhe deu à luz; é estruturada de uma forma que torna inacessível a investigação de seu “DNA e genealogia”. É desenhada para a reprodução em massa e pouco investigada. O precedente, a seu turno, não recebe sua força da promulgação e é fonte de problematização e de perquirição, nos debates em busca pelo *holding* – sua depuração e aplicação ao caso posto.

Os enunciados pretorianos prescindem da análise de seus fundamentos, por serem autojustificáveis, uma prescrição literal que se pretende autossuficiente e contenta-se em ser obedecida. Ora, a disposição jurisdicional jamais pode ser compreendida separada do fato que lhe deu ensejo, razão pela qual o precedente tem origem rastreável e gera aprofundamento apenas para seu manuseio; enquanto isso, a reprodução da súmula somente silencia em sua inflexibilidade. A súmula opera como uma espécie de *demi-lei*, só que editada por outro Poder, cujas funções deveriam ser mais afetas ao concretismo, do que ao abstracionismo.

---

<sup>229</sup> 2015, p. 68-90, para todo o trecho e tela.

<sup>230</sup> A expressão refere-se ao lugar-comum forense de se replicar incontáveis ementas em petições e decisões, apenas analisando se seu conteúdo avaliza as afirmações consignadas, sem, contudo, atentar-se para o inteiro-teor dos julgados e a necessária pertinência fático-analógica. Para um aprofundamento no tema, cf. MAGALHÃES. SILVA, 2014, p. 224 a 234.

Imbuídos dessa profunda reflexão, que, em boa parte resume a essência deste terceiro capítulo, os mencionados juristas formulam um aviso. O trecho abaixo coligido foi redigido como contra-argumento aos teóricos que advogam a existência de uma metodologia segura para se trabalhar com as súmulas ordinárias e vinculantes, como ferramentas úteis à simplificação interpretativa das normas originárias dos pretórios. A citação evidencia a falha na concepção que pensa um enunciado ou tese autossuficientes, dispensando a necessária operação hermenêutica entre leis, fatos e *ratio decidendi*, no precedente e no novo caso que o paradigma pode ou não ser aplicado. Confira-se:

O grande problema dessa metodologia judiciária consiste em apregoar no precedente repercussão hermenêutica intransitiva que lhe é indelevelmente avessa, porquanto sua carga de eficácia vinculante não será jamais atestada pela simplicidade e precisão de seus termos e, conquanto assim seja na rasa gramática de sua dimensão textual, invariavelmente dependerá do cotejo interpretativo vindouro – por razões ou fundamentos devidamente explicitados pela argumentação (racionalidade expositiva) – entre o critério adotado no precedente institucional e a insurgência do caso concreto de onde se proclama tratamento diferenciado ou diverso.<sup>231</sup>

Finalmente, o art. 927, V, CPC trata das orientações do plenário ou órgão especial de cada tribunal. A norma traz duas dimensões de vinculação<sup>232</sup>. Na dimensão interna, o pleno, o órgão especial e os órgãos fracionários de todo o tribunal passam a dever deferência ao que restar assentado na forma deste inciso. Outrossim, na dimensão externa, existe a observância peremptória para todas as demais instâncias inferiores.

A vagueza semântica do termo “orientações” funciona como uma faca de dois gumes. Por um lado, permite que as súmulas firmadas pelas cortes de apelação, bem como que provimentos de qualquer natureza editados pelas citadas cúpulas se revistam de obrigatoriedade. No primeiro caso, repisam-se as críticas acima feitas aos verbetes sumulares. No segundo caso, reafirma-se a explanação já realizada no sentido de combate à concepção formalista do precedente como um mero argumento de autoridade ou hierarquia judicial. Não suficiente, a norma levanta algumas importantes questões, face sua imprecisão: as decisões do plenário do STF em sede de controle difuso, por exemplo, foram equiparadas, no que toca sua força vinculante, às ações diretas? Operou-se, portanto, verdadeira objetivação do controle concreto<sup>233</sup>, ao menos internamente à Suprema Corte? Todo o art. 927 peca por excesso, pois a amplitude do quanto reza apenas maximiza poder autoritativo, sem a necessária precisão conceitual. Vinculatividade,

---

<sup>231</sup> STRECK. ABOUD. 2015, p. 68-90.

<sup>232</sup> DIDIER JR. BRAGA. OLIVEIRA, 2015, p. 466-467.

<sup>233</sup> *Idem*.

assim, é atrelada ao poder dos ritos praticados pelas cortes e não pela qualidade jurídico-paradigmática dessas “orientações”.

Encerrando esta excursão que se iniciou no medievo inglês, passou por Portugal, pela história do direito processual brasileiro e culminou em uma interpretação teórica das disposições de direito jurisprudencial do CPC/2015, consignamos as seguintes conclusões parciais, antes de se ingressar no território arbitral propriamente dito.

Sob um ponto de vista objetivo, não é possível atestar que o *Common Law* seja uma família que permeia sistemas jurídicos superiores àqueles verificados no ramo do *Civil Law*. Não só porque seria uma generalização absurdamente cega da riqueza de espécies de ordenamentos que se inscrevem em cada tradição, mas também porque não há um referencial empírico, filosófico-jurídico ou hermenêutico seguro para uma assertiva de tamanha pretensão<sup>234</sup>. A eficiência do Poder Judiciário, a profundidade dos juristas e a qualidade das instituições de ensino do Direito são evidências muito mais contundentes de boas políticas públicas, boa gestão empresarial-educacional, disponibilidade de recursos, dentre outros fatores diretamente desatrelados da tradição jurídica perfilhada por cada nação. É no mínimo raso, infrutífero e reducionista, buscar esse tipo de comparação. Entretanto, é perfeitamente possível colher da prática de diversos países a boa experiência vivenciada com a adoção de determinadas ferramentas jurídicas e delas tentar extrair ideias para resolver problemas semelhantes observados no Brasil. É o caso da *rule of precedent*, que hoje já transborda as fronteiras da Inglaterra, dos Estados Unidos e da *Commonwealth*, para ser recebida, com maior ou menor número de alterações, em diversos ordenamentos.

Dentre essas vantagens, pode-se rememorar aquelas que, direta ou indiretamente resguardam direitos fundamentais de natureza processual e, por isso, são plenamente aplicáveis à jurisdição estatal ou provada: (I) a proteção à segurança jurídica, materializada na necessidade de previsibilidade e proteção da confiança do jurisdicionado, o que se vê cumprido na maior estabilização do entendimento jurisdicional; (II) concretização do princípio da igualdade formal, entendida na perspectiva de isonomia perante o Poder Judiciário; (III) fomento à coerência da ordem jurídica; (IV) o controle do poder e da imparcialidade do juiz, acompanhado da inibição à arbitrariedade e ao personalismo – fatores que, combinados, garantem, dentre outras vantagens, a estabilidade jurisprudencial, mesmo diante da alteração da composição dos magistrados que oficiam no juízo e, por isso, conferem legitimidade, credibilidade e

---

<sup>234</sup> STRECK, ABOUD, 2015, p. 91-94.

deferência às decisões; (V) a possibilidade de que profissionais do direito tomem decisões e orientem seus clientes com mais acurácia, assim como de que os cidadãos possam conhecer e aferir os limites de seus direitos, tudo em um ambiente de relações jurídicas mais previsíveis, sejam comerciais, pessoais, laborais ou na interação com o Estado; (VI) a definição prévia e racionalizada de expectativas; (VII) o desestímulo à litigância aventureira, o que culmina em fomentar a autocomposição e evita a ampliação de acervos processuais com questões já sedimentadas pela jurisdição.

É ocioso rememorar que o Brasil não deve e nem precisa adotar a exata doutrina do precedente de uma nação estrangeira. Não se trata de clonar institutos, mas de adaptá-los, sem desnaturá-los. Do contrário, tudo aparenta mudar na legislação, mas continua da mesma forma, na prática. Encampamos com Bustamante a necessidade de desmistificação da separação radical entre a história do *Common Law* e do direito de linhagem romano-germânica. Especialmente, no que toca o plano metodológico, uma vez que o jurista do *Civil Law* e o *commonlawyer*, malgrado tratem de modo diferente as fontes do Direito, utilizam o mesmo raciocínio de subsunção em seu mister profissional, seja com o texto legal ou com o da *ratio decidendi*. Por isso, a dicotomia entre as duas grandes famílias jurídicas ocidentais não poderia ter como cerne a doutrina do *stare decisis*, uma vez que esta, historicamente, não nasceu junto com o direito comum inglês e dele pode se dissociar para ser aplicada em outros ordenamentos<sup>235</sup>.

Ainda, conforme o mencionado autor, a superação do positivismo jurídico no âmbito de uma Teoria Geral do Precedente exige uma abordagem normativo-argumentativa<sup>236</sup>, que traga para a formulação do direito pretoriano a pretensão autocorretiva do Direito. Outrossim, defendemos que isso só pode operar com o deslocamento da força autoritativa do precedente, que deve deixar a autoridade da corte encarnada no comando decisório, para adentrar o plano da qualidade substancial da fundamentação do julgado. Nesse cenário, devem ser abandonadas as lógicas de cariz extremista e binário, para que seja abraçada uma visão que enxerga a pluralidade do texto de uma decisão judicial, de modo a se admitir a extração de diversos *holdings* com características diversas e variáveis em seu poder vinculante e materialidade temática.<sup>237</sup>

O histórico de instabilidade jurisprudencial brasileiro, oriundo de fenômenos como o volume superlativo de processos em trâmite perante nosso Judiciário, o estabelecimento de uma cultura de desrespeito à uniformização de entendimentos pelas

---

<sup>235</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 605.

<sup>236</sup> BUSTAMANTE, 2015, p. 295-296.

<sup>237</sup> BUSTAMANTE, 2012, p. 270.

cortes superiores e a ausência de uma sólida teoria da decisão judicial que reprima decisionismos, voluntarismos e personalismo judicante trouxe a necessidade de positivação dos deveres de coesão, estabilidade, integridade e coerência para os tribunais (art. 926, CPC/2015). Assim, criou-se um marco positivado, que, se interpretado como ponto de partida para uma Teoria do Precedente Brasileiro que aprenda com as experiências estrangeiras, sem se olvidar das peculiaridades do nosso direito, nossa sociedade e do nosso Estado, pode representar um novo *front* na promoção dos direitos fundamentais<sup>238</sup>.

A mesma visão esperançosa semeada pelo art. 926 não pode ser reproduzida em relação o art. 927, também do diploma processual civil vigente. Isso porque, o dispositivo encerra verdadeira miscelânea conceitual, aproximando o tratamento de institutos díspares. Esse rol presta um desserviço à lógica da integridade jurisprudencial, pois, na prática, reforça ou perpetua o sistema pregresso, fundado em autoridade, procedimentos formais e hierarquia judicial. Uma coisa, porém, as figuras elencadas no texto legal possuem em comum: de plano, nenhuma delas cumpre os supracitados requisitos materiais, qualitativos, hermenêuticos e epistêmicos de embasamento de um genuíno sistema de precedentes<sup>239</sup>. Entendemos, destarte, que uma leitura profunda de todas as ferramentas trazidas pelo rol do art. 927 permite concluir que o CPC/2015 criou não um sistema de precedentes de vinculantes, mas sim um microssistema de gestão preventiva e corretiva da litigiosidade de massa<sup>240</sup> e uniformização jurisprudencial, com foco em enunciações jurisdicionais de observância obrigatória.

Em síntese, a fim de se evitar confusões, este estudo esposa a ideia de que não se deve designar nenhum dos institutos constantes da disposição legal em tela por precedente *per se*. Por isso, adota-se terminologia diversa, de modo a se preservar a expressão “precedente” apenas para as decisões que merecem esse título, ao cumprir os requisitos extraídos do sistema de *Common Law* – estejam elas no rol do art. 927 ou não. Assim, não é sua presença no citado dispositivo que lhe unge com o *status* autêntico precedente, podendo um acórdão de um caso regular servir melhor como paradigma decisório material.

---

<sup>238</sup> Sem menosprezar o desafio de alteração de uma cultura jurídica – o que não se opera pelo simples tacape legislativo –, Bustamante (2015, p. 297) também apresenta uma conclusão otimista em relação ao espírito que norteou o desejo de sistematização do direito jurisprudencial no país. Se bem compreendida, interpretada e aplicada, é possível que logre resultados salutares.

<sup>239</sup> ABBOUD, 2015, p. 403-404.

<sup>240</sup> THEODORO JÚNIOR, *et. al.*, 2016, p. 410.

Claro, lidar com matérias repetitivas é uma das vantagens de se possuir mecanismo de estruturação coerente da atividade jurisdicional. Todavia, entendemos que, no *Common Law*, o precedente judicial não é um capítulo da tutela dos direitos coletivos, da gestão dos conflitos de massa, tampouco um mecanismo de objetivação ou transcendência de decisões. Até porque a conformação de um *binding precedent* prescinde da multiplicidade de causas versando sobre o mesmo tema ou da existência de direitos materialmente coletivos. Eventual gestão de grande volume de processos é apenas uma possível externalidade positiva.

Ao contrário, reconhece-se justamente que, à luz de um critério finalista, ambas as noções não podem ser aproximadas. Historicamente, a *rule of precedent* representa uma técnica de racionalização da aplicação do Direito, uma forma de se decidir melhor e não em maior quantidade. Noutra giro, parece que o intento do legislador processual foi permitir que a Justiça brasileira se tornasse mais produtiva, isto é, que pudesse resolver um maior número de conflitos com um menor número de manifestações<sup>241</sup>. Logo, de um lado, tem-se uma preocupação qualitativa e, do outro, uma quantitativa. Ambas as opções são políticas válidas, diante das emergências e necessidades judiciárias de cada local e tempo, mas o papel da dogmática é distinguir os remédios devidos a cada problema.

O precedente, exatamente como a lei, é um texto normativo. Dessa forma, igualmente, está sujeito a ser interpretado, revogado, alterado e desobedecido. Ora, inexistente razão sólida para se afirmar que um sistema baseado na força vinculante dos precedentes seja, necessariamente, mais seguro e estável que aquele fulcrado no respeito à lei. Se determinados jurisdicionados já possuem predisposição a arcar e enfrentar a reprimenda por inobservância de um comando legislado – especialmente os chamados *repeat players* –, é razoável crer que não possuirão embaraços para se furtarem à deferência aos comandos judiciais, ainda que incorporados em enunciados uniformizantes ou decisões paradigmas. Não há ganhos em se trocar o “juiz boca da lei”, pelo “juiz boca do precedente”. O problema não é legal; antes, é cultural. O fetiche pela jurisprudência vinculante não representa remédio de qualquer grande eficiência ou inovação<sup>242</sup>, se isolado. O *stare decisis* opera com êxito nos EUA e na Inglaterra com base em um imperativo racional, moral e até econômico, e não pela ameaça sancionadora do Estado ou por técnicas procedimentais estatuídas em leis.

---

<sup>241</sup> É o que Nogueira (*apud* FRANCO, 2015, p. 526-527) chama de técnicas de mera otimização do tempo de julgamento, por meio da tentativa de expressão sintética e reproduzível em larga escala, de entendimentos jurisprudenciais.

<sup>242</sup> ABBOUD, 2015, p. 402-403.

Os tribunais, por seu turno, constituem a pedra de toque desse rompimento na cultura de litigância. Para tanto, devem repensar seu modelo deliberativo, de modo a dar foco à apreciação colegiada corretiva<sup>243</sup> e homogênea dos argumentos *sub judice*, o que é feito por meio de argumentos que forneçam precisas molduras fático-jurídicas ao caso<sup>244</sup>. Igualmente, a própria estrutura deliberativa e o veículo de sua publicação devem ser questionados<sup>245</sup>. Entendemos que o modelo *per curiam* fundado na divulgação de uma *opinion of the court*, que reflita e explique as conclusões dos debates travados, resguarda com maior êxito os fundamentos da decisão institucional. Trata-se de um modelo melhor do que disfarçar sob a falsa unidade de uma vaga ementa, as insulares e muitas vezes descompassadas posições contidas em um acórdão *per seriatim*<sup>246</sup>.

Inobstante não seja possível afirmar que o CPC instituiu um “sistema de precedentes”, nada impede que a inspiração no *Common Law* dê novos passos à frente, para que seja possível trazer e adaptar os institutos de maior valia para a prática forense brasileira. Assim, é salutar que, em busca da evolução da genuína cultura do *binding precedent*, os operadores do direito passem a se valer das técnicas inerentes ao manejo deste instituto – tratadas no item 2.4 deste trabalho –, sempre que ele realmente se fizer presente<sup>247</sup>.

Por certo, é inadmissível que se advogue qualquer modalidade de aplicação autômata<sup>248</sup> de quaisquer das espécies do direito jurisprudencial<sup>249</sup>. Especialmente o precedente judicial não pode ser pensamento como uma forma de escravizar o juiz cegamente a seu colega do passado<sup>250</sup>. Tampouco de se impor às partes de uma arbitragem e aos árbitros um sistema legal resguardado ao contencioso judicial.

O convencimento do juiz e do árbitro, sem dúvidas, encontram balizas no direito positivo e não é soberana e ilimitadamente livre, de forma que não é tolerável que o entendimento pessoal se sobreponha à lei ou à jurisprudência uniformizada<sup>251</sup>. Todavia, uma perspectiva hermenêutica<sup>252</sup> do provimento cogente é combativa do engessamento

---

<sup>243</sup> THEODORO JÚNIOR, *et. al.*, p. 456-459.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 459-467.

<sup>245</sup> VALE, 2015.

<sup>246</sup> BOGOSSIAN. ALMEIDA, 2016.

<sup>247</sup> THEODORO JÚNIOR, *et. al.*, 2016, p. 405-411.

<sup>248</sup> Remete-se o leitor ao exemplo da máquina de sanduíches relembrado por Mata-Machado.

<sup>249</sup> *Ibidem*, p. 407.

<sup>250</sup> CRUZ E TUCCI, 2012, p. 126-127.

<sup>251</sup> SANTOS, 2012, p. 190-194.

<sup>252</sup> Entendemos ser insustentável a afirmação de Marinoni (2010, p. 223) que questiona a possibilidade de interpretação dos precedentes e até mesmo seu alcance. Assinala este autor que exegese da *ratio* não cuida da busca por seu sentido, mas apenas da procura por elementos materiais analógicos, em um processo de comparação formal. A tese não poderia ser mais desatrelada da doutrina e da prática forense da *Common Law*.

absoluto do sistema<sup>253</sup> e fortalece o papel da magistratura dos árbitros, de modo a protagonizar suas funções de realização *in concreto* de garantias fundamentais e de aquilatar disposições pregressas a novas situações futuras<sup>254</sup>. Até mesmo na tradição do *Common Law*, malgrado obrigatório, tem-se que o comando do precedente é tido por flexível, no sentido de que autoriza, fomenta e até reclama sua própria interpretação e exame de sua possível aplicação, de modo a evidenciar a lógica permanentemente argumentativa de sua operação, a partir de uma reconstrução histórica íntegra do Direito. São os ensinamentos de Castanheira Neves, Laurence Tribe e Eduardo Sodero, conforme recolhidos por Streck e Abboud:

Nas palavras de Castanheira Neves, “a vinculação por precedentes na *common law*, longe de ser uma vinculação de fixidez e definitiva, traduz antes o sábio dúctil equilíbrio, praticamente conseguido, entre estabilidade e a continuidade jurídicas, por um lado, e a abertura e a liberdade jurisdicionais, por outro lado, através da vinculação com as possibilidades de *distinguishing* e *overruling*. Em sentido próximo, Laurence Tribe é enfático ao dispor que o *stare decisis* é, apesar de tudo, um comando flexível. No mesmo sentido, manifesta-se Eduardo Sodero ao dissertar que todo precedente se constrói com uma pretensão de correção, nunca podendo ter uma exatidão absoluta de sentido de que seja tanto definitiva como válida para todos os tempos. Nunca é definitiva, porque a incontável variedade e a contínua mudança das relações da vida põem constantemente quem aplica as normas diante de novas questões.”<sup>255</sup>

Tem-se, enfim, uma questão teórica vertida para primar pela qualidade decisória. Nada mais próximo dos ideais que, historicamente, norteiam a opção pela arbitragem, no sistema brasileiro. Buscar-se uma decisão materialmente robusta, célere e confiável. Longe de haver qualquer incompatibilidade ou tentativa de imposição do modelo judicial, toda a análise acima cuida apenas de como a Teoria Geral do Direito e a Hermenêutica Jurídica devem ser afinadas e densificadas, em uma Teoria Geral do Precedente, quando se fala do manejo do direito jurisprudencial, como fonte do Direito – quer em instâncias estatais ou privadas.

Este trabalho recupera uma profunda digressão histórica (capítulo 2) e filosófica (item 4.2), para demonstrar que não são os art. 926 e 927, CPC/2015 que impõem deveres de observância aos árbitros do direito jurisprudencial. Determinado ordenamento eleito pelas partes só pode ser conhecido verdadeiramente, se todas as suas fontes receberem o devido exame pelo painel adjudicador. Inequivocamente, está-se diante de uma outra esfera de composição de litígios, não sujeito aos mesmos ditames da esfera judiciária.

---

<sup>253</sup> STRECK, ABBOUD, 2015, p. 176-177.

<sup>254</sup> SANTOS, 2012, p. 188-190.

<sup>255</sup> STRECK, ABBOUD, 2015, p. 78.

Todavia, por ainda ser jurisdição<sup>256</sup>, isso não escusa a arbitragem de alguma forma de incidência de uma Teoria Geral Precedente (cf. item 4.2), pois ainda será necessário encarar um antecedente hermenêutico acerca da legislação. Seja na jurisprudência, na doutrina, nos costumes e usos gerais ou nos princípios gerais de Direito, nenhum julgador pode partir da “lei pura”. A legislação não é todo o Direito. Notadamente, quando a natureza do caso arbitrado lança o julgamento na esfera pública – no sentido de ausência de sigilo e de uma dimensão de Direito Público, intrinsecamente plurissubjetiva.

É disso que trataremos em nossa linha de chegada, o último capítulo, que aplicará o cabedal teórico até então desenvolvido às arbitragens em geral, mas, especialmente, aquelas em que a Administração Pública é parte, dentro da sistemática prevista e autorizada pelo direito brasileiro.

---

<sup>256</sup> Segundo art. 18 da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem): [...] “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”.

## 4. APLICABILIDADE DO DIREITO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO ÀS ARBITRAGENS DE DIMENSÃO PÚBLICA

### 4.1. *Is arbitration really all that different?* Análise do estado da questão – diálogos com Gaillard, Carmona e Cremasco

Examinados os elementos constitutivos de uma doutrina do precedente judicial, desde seu nascedouro, na Inglaterra, até o vigente diploma processual brasileiro, podemos retomar a provocação bem-humorada feita na introdução desta dissertação. Concluir se a arbitragem é, de fato, tão “diferente” do processo judicial impõe um juízo de natureza comparativa. Por isso, passaremos a discorrer sobre a interface entre a arbitragem e o Direito Jurisprudencial.

Principiemos investigando, de plano, se é possível falar-se uma ordem arbitral autônoma.

Segundo Cremasco<sup>257</sup>, a existência de uma ordem jurídica arbitral independente dos ordenamentos jurídicos domésticos, delimitada por regramento específico e dotada de eficácia própria<sup>258</sup>, é matéria controvertida na doutrina internacional. A autora retoma as proposições de grandes nomes da escola francesa de arbitragem, como Philippe Fouchard, Berthold Goldman e Emmanuel Gaillard, assim como as contraposições feitas por críticos, tais como Troy Harris. Para os defensores da posição de autonomia, a ordem arbitral teria uma dimensão insular, flutuando em paralelo aos direitos estatais. Assim, cada arbitragem particular estaria inserida nesse sistema próprio, apenas espelhando um conjunto de regras de direito material, como lei aplicável e paradigma para a resolução do conflito<sup>259</sup>. Em outras palavras, a eleição de determinado direito pelas partes não faria com que o procedimento arbitral aderisse ou adentrasse o referido ordenamento jurídico.

---

<sup>257</sup> 2023, p. 55-58.

<sup>258</sup> Diversas iniciativas internacionais têm buscado unificar ou, ao menos, aproximar as soluções adotadas pelos diferentes ordenamentos nacionais no campo da arbitragem, dando continuidade ou ampliando o processo de uniformização inaugurado pelo Protocolo de Genebra de 1923 — relativo às cláusulas compromissórias — e pela Convenção de Genebra de 1927, voltada à execução de sentenças arbitrais. Esses diplomas foram reforçados posteriormente pela Convenção de Nova Iorque de 1958, que veio substituir os dois instrumentos anteriores ao tratar do reconhecimento e da execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Destacam-se ainda, no âmbito regional, a Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional (Genebra, 1961), a Convenção Europeia que estabelece uma lei uniforme de arbitragem (Estrasburgo, 1966) e a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Panamá, 1975). Em escala global, os avanços mais expressivos em direção à harmonização da disciplina da arbitragem são atribuídos, sobretudo, à atuação da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL/CNUDCI), responsável por instrumentos de grande relevância para a consolidação de normas internacionais ao modelo. (GALHARDO COELHO, 2000, p. 11-12).

<sup>259</sup> GAILLARD, 2010, p. 35-50.

Com base na obra de Gaillard, Cremasco<sup>260</sup> sistematiza as correntes teóricas pertinentes sobre o tema, primariamente a partir das lentes da arbitragem internacional:

Gaillard expõe que há três correntes acerca da relação entre a arbitragem internacional e os ordenamentos jurídicos internos. A primeira é a visão mais tradicional, caracterizada por uma representação monolocal, sendo “*a territorialist view that considers the law of the seat of the arbitration to be the sole source of legitimacy and validity of the arbitral process*”. A segunda é uma representação “westphaliana”, caracterizada pela legitimação *a posteriori* por meio de “*a model in which each state decides for itself the conditions under which it will consider an arbitral process to be legitimate and the resulting award worthy of recognition*”. A última seria uma representação transnacional da arbitragem, através de um modelo que “*accepts that international arbitration transcends national legal orders and that it constitutes a transnational system of justice sometimes labeled as the ‘arbitral legal order’*” (GAILLARD, Emmanuel. *Transcending national legal orders for international arbitration*. In: BERG, Albert Jan Van den. (ed.). *International arbitration: the coming of a new age?* ICCA Congress Series, v. 17. The Hague: Kluwer Law International, 2013, p. 371-377, p. 372-373). No mesmo sentido: GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. Tradução de Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11-60.

Gaillard demonstra que, embora a prática arbitral tenha evoluído enormemente, as reflexões teóricas sobre o fenômeno ainda permanecem precárias, em especial porque os autores e aplicadores desse modelo jurídico continuam a vislumbrar o instituto unicamente a partir de uma perspectiva centrada na jurisdição estatal, mesmo em sua dimensão transnacional, ao passo que o fundamento de jurisdição da arbitragem estaria na autonomia da vontade<sup>261</sup>. Ele reconhece que o problema central para a arbitragem consiste na determinação de suas fontes, como critérios de validade<sup>262</sup>, pois a arbitragem tensiona a estrutura estatal, não apenas como *locus* detentor do monopólio jurisdicional definitivo, mas também como ambiente de cultivo de valores-fonte caros à plena fruição da liberdade individual.

Com base nesse problema-referencial, Cremasco afirma:

---

<sup>260</sup> 2023, p. 53.

<sup>261</sup> GAILLARD, 2010, p. 2-3.

<sup>262</sup> Para chegar a essa conclusão, Gaillard parece remeter a um misto de concepções kelsenianas acerca de uma norma hipotética fundamental (*grundnorm*), e hartianas de uma regra de reconhecimento (*rule of recognition*), como radicais de validade normativa: “*(...) the question of the sources – if not the source, the ‘basic norm’ for some, the ‘rule of recognition’ for others – is one of the most complex in legal theory, international arbitration should be considered a privileged field of interest for legal theorists. If indeed ‘the fruitfulness or sterility of a legal theory is measured against its broad ability to resolve the question of the sources in positive law’, international arbitration can hardly leave legal theorists indifferent.*” (GAILLARD, 2010, p. 2). Em tradução livre: a questão das fontes – senão a fonte, a ‘norma fundamental’ para uns ou a regra de reconhecimento para outros – é uma das mais complexas na teoria do Direito; a arbitragem internacional deveria ser considerada um campo privilegiado de estudo para os juristas. Se, de fato, ‘a fecundidade ou esterilidade de uma teoria jurídica é medida pela sua ampla habilidade de resolver a questão das fontes de direito positivo’, a arbitragem internacional dificilmente poderá deixar os juristas indiferentes.

O fundamento para a existência dessa ordem jurídica arbitral está, essencialmente, na criação de um ambiente de segurança jurídica. A sentença arbitral proveniente da arbitragem internacional deve, como regra, circular. Como tal, ela não pode ficar sujeita ao ordenamento jurídico dos países de cada uma das partes, às suas múltiplas interpretações e ao risco de um posicionamento refratário a uma sentença condenatória contra o seu cidadão, o que poderia culminar no risco de anulação da sentença arbitral ou de sua ineficácia – com a eventual recusa de homologação e cumprimento da sentença que guardasse esse cenário. Logo, a proposta de criação de uma ordem jurídica arbitral transnacional parte da noção de que a ordem jurídica arbitral flutua, na medida em que não é – e nem deveria ser – ligada às diretrizes de nenhum ordenamento jurídico nacional.<sup>263</sup>

Todavia, se essa construção teórica apresenta elevado grau de coerência no plano abstrato, o fato é que, no plano concreto de eficácia das normas e decisões, a arbitragem internacional não pode prescindir inteiramente das ordens jurídicas estatais. Até porque, comumente, será necessário se valer do aparato coercitivo por elas proporcionado, para reivindicar a efetividade de suas determinações. Por mais que a autonomia privada configure o núcleo estruturante da convenção arbitral, é possível que haja resistência da parte vencida em obedecer ao tribunal. Nesses cenários, a operatividade da sentença arbitral depende do reconhecimento, por algum Estado, de que esse provimento é juridicamente válido e apto a conformar efeitos práticos e coercitivos<sup>264</sup>.

Logo, se a arbitragem sozinha não consegue garantir a satisfação do direito material reconhecido em sentença, o argumento de uma autonomia plena e uma natureza ontológica absolutamente distinta e própria já pode ser afastado. Ele só conseguiria subsistir em uma dimensão de teoria pura, que ignora a prática dos institutos em exame.

O que ocorre com a arbitragem, pois, não é a filiação a um ecossistema ruritano, transnacional e ensimesmado, mas apenas mais um “tijolo” no “edifício” das fontes do direito de matriz jurisdicional concretas, em interação com as demais fontes estatais, sociais e doutrinárias<sup>265</sup>. Apenas se tudo corresse consensualmente, da convenção ao adimplemento, essa perspectiva insular seria sustentável. Quando há ruptura e divergência de vontades espontâneas, resta nítido que a arbitragem não cria uma espécie de vácuo jurídico, no tempo e no espaço, alheio às normas heterônomas. Uma liminar judicial, uma sentença anulatória ou uma execução de sentença arbitral reinserirão a arbitragem em alguma moldura jurídica estatal.

---

<sup>263</sup> CREMASCO, 2023, p. 54.

<sup>264</sup> CREMASCO, 2023, p. 54-59.

<sup>265</sup> BROWER. SCHILL. 2009, p. 495-496.

Refletindo sobre essa controvérsia para o direito brasileiro, a citada Cremasco<sup>266</sup> traça um panorama histórico dos diplomas normativos brasileiros – desde o II Reinado, passando pela CR/1988, pela edição da Lei nº 9.307/1996 e até o advento da EC nº 45/2004 –, para demonstrar uma tendência de tratamento incipiente do tema da arbitragem, na nossa tradição legiferante. E, quando disciplinada, a eficácia da decisão arbitral sempre esteve atrelada a mecanismos de autorização ou *enforcement* da jurisdição estatal doméstica, que, para emprestar sua cogência, reclamava coerência com seus ditames<sup>267</sup>.

A visão da doutrina, da mesma forma, caminhava no sentido de que a arbitragem, internacional ou doméstica, ostentava valor jurídico somente porque e na medida em que a lei pátria lhe reconhecesse contornos e efeitos<sup>268</sup>. Nada obstante, nas últimas três décadas e a partir da edição da Lei nº 9.307/1996, a arbitragem consolidou-se como um mecanismo jurisdicional de resolução de disputas<sup>269</sup>, com autonomia dogmática e epistemológica – o que não é sinônimo de independência do embasamento de sua validade jurídica, nem de isolacionismo em relação às demais fontes do Direito.

Nessa toada, a nosso sentir, a arbitragem brasileira se distancia consideravelmente de uma arbitragem envergada em uma ordem jurídica própria, independente, autônoma, transnacional e atópica. Não obstante todos os avanços teóricos e práticos, ela segue um

---

<sup>266</sup> 2023, p. 58-63.

<sup>267</sup> No mesmo sentido, Carlos Alberto Carmona atribui essa deficiência ao parco regramento do instituto pelo Código Civil de 1916, e consequentes omissões do Código de Processo Civil de 1973: “Basicamente, eram dois os grandes obstáculos que a lei brasileira criava para a utilização da arbitragem: em primeiro, o legislador simplesmente ignorava a cláusula compromissória (o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil não exibiam qualquer dispositivo a esse respeito); ao depois, o diploma processual, seguindo a tradição de nosso direito, exigia a homologação judicial do laudo arbitral.” (CARMONA, 2009, p. 22).

<sup>268</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello o afirma com veemência: “chega a ser grotesco imaginar-se que o entendimento revelado em decisão proferida por sujeito privado possa se sobrepor à intelecção proveniente de uma autoridade pública no exercício da própria competência.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 2013. p. 732); Ainda, conforme Alcides de Mendonça Lima, citado por Federico Nunes de Matos: “Ora, o juízo arbitral somente pode existir, excluindo da apreciação do Poder Judiciário uma lesão de direito individual disponível, porque a lei permite ou autoriza tal atividade. Ao tempo da promulgação do CC e dos CPC dos Estados e do CPC Brasileiro, as Constituições respectivas – 1891, 1934 e 1937 – nada prescreviam a respeito, de modo que a questão seria infundada, se levantada. Desde, porém, o advento da Constituição Federal de 1946, confirmada pela atual Lei Magna, que o panorama se alterou, em face do citado dispositivo, que torna duvidosa a instituição do juízo arbitral.” (MATOS, 2022, p. 206).

<sup>269</sup> Nesse sentido, ressoa harmônica a mais respeitável doutrina, para Carlos Alberto Carmona “o intuito da lei foi o de ressaltar que a atividade do árbitro é idêntica à do juiz togado, conhecendo o fato e aplicando o direito.” (CARMONA, 2009, P. 268 - 269); já Ada Pellegrini Grinover aduz que “hoje, há uma firme e consolidada concepção a respeito da natureza jurídica da arbitragem: de mero meio alternativo, ou equivalente jurisdicional, passou sua natureza a ser considerada como jurisdicional, tanto mais que a sentença arbitral surte os mesmos efeitos da coisa julgada que coroa a sentença judicial, os atributos dos árbitros são exatamente os mesmos do juiz togado e os princípios constitucionais que a regem são os do ‘devido processo legal’.” (GRINOVER, 2016. p. 61 - 62); ainda, afirma Cândido Rangel Dinamarco: “A jurisdicionalidade é inerente a própria arbitragem, prescindindo das vicissitudes da legislação ou mesmo das opções do legislador. O que há de fundamental é o reconhecimento da função de pacificar pessoas mediante a realização de justiça, exercida tanto pelo juiz togado quanto pelo árbitro.” (DINAMARCO, *apud* ROCHA. FERREIRA. FERREIRA. 2021. p. 419 - 420).

fenômeno decorrente da permissividade constitucional e materializada na ordem legal. Portanto, como este trabalho detém a pretensão de utilidade prática, essa será a perspectiva do recorte temático-metodológico: não a visão de modelos teóricos estrangeiros ou de ordens internacionais abstratas; mas, antes, o que o direito positivo nacional permite concretamente e com efeitos na realidade objetiva.

Em decorrência da adoção dessa posição, tem-se que, nem pelo critério de reconhecimento e validade, tampouco pelas técnicas satisfativas, pode-se concluir por uma “diferença” substancial da arbitragem, em relação ao processo judicial. Ambos são admissíveis, porque reconhecidos pelo ordenamento positivo brasileiro e orientados aos mesmos fins, que só são garantidos com a coerção ínsita ao Direito, por meio da intervenção estatal.

É consenso que a arbitragem entre pessoas de Direito Privado é absolutamente peculiar, em suas infundáveis possibilidades de customização – o que, em geral, ostenta um caráter mais procedimental<sup>270</sup> e menos afeto à legitimação de sua existência, validade e eficácia. Assim, parece-nos que o ponto característico da arbitragem reside na liberdade das partes em escolher apenas *o modo* como eventuais controvérsias oriundas de sua relação, que tenha por objeto direitos patrimoniais disponíveis, será decidido. Impõe-se, em decorrência, analisar se essa peculiaridade é relevante o suficiente, a ponto de alterar a forma como as fontes do Direito devem ser manejadas na decisão. Dessa forma, além de uma reflexão sobre as bases normativas que subsidiam e legitimam a existência da jurisdição privada, também é necessária uma revista aos deveres exigidos e poderes conferidos ao árbitro, em seu *munus* de aplicar e manejar as normas – legais, jurisprudenciais ou costumeiras – oriundas desse mesmo manancial de fontes<sup>271</sup>.

É dizer: se a arbitragem pode existir, ser válida e ter eficácia, com base nas mesmas disposições positivadas; se sua execução forçada se dá por via análoga ao processo estatal; e se o que se observa é apenas que a postulação e a instrução podem ser modeladas pelas partes, não parece haver tão grandes diferenças essenciais. Logo, resta aferir apenas se o mesmo ocorre com a fase decisória, especialmente em seu núcleo, tocante à fundamentação da decisão de mérito. Isso porque, conforme evidenciados nos

---

<sup>270</sup> CREMASCO, 2023, 60. Embora seja uma técnica ainda pouco utilizada na prática forense brasileira, é certo que mesmo o processo judicial deu passos rumo às possibilidades de customização, por meio dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190, CPC/2015.

<sup>271</sup> Carmona assevera que o árbitro deve atuar basicamente segundo os mesmos preceitos éticos exigidos do juiz estatal: “o árbitro deverá proceder sempre com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção no exercício de sua atividade, potencializando assim as vantagens clássicas da arbitragem. [...] a função do árbitro não difere substancialmente daquela desempenhada pelo juiz estatal, foi inserido na Lei o disposto no artigo 17, equiparando árbitros e funcionários públicos para os efeitos da legislação penal.” (CARMONA, 2009, p. 23).

capítulos 2 e 3 e aprofundado no vindouro item 4.2, a temática dos precedentes insere-se dentro de uma perspectiva das Teorias da Decisão e da Argumentação Jurídica. Destarte, o exame comparado – entre processo judicial e arbitral – do manejo prático dos *binding precedents* joga importantes luzes na discussão sobre a própria natureza e autonomia da arbitragem.

Haveria, enfim, diferença nesse quesito? É dizer, os árbitros devem considerar o precedente jurisdicional de modo diverso dos magistrados estatais? A questão não é nova para a doutrina<sup>272</sup>, mas foi mais bem situada por Cremasco, como uma investigação acerca de fontes do direito eleito como lei aplicável ao caso. Assim, o procedimento arbitral, embora apartado da estrutura jurisdicional estatal, não fica imune à lógica estrutural do ordenamento jurídico escolhido como regente, devendo propiciar um diálogo com todo o seu conjunto de fontes. Nesse norte, a professora mineira anota que:

(...) duas são as diretrizes que os árbitros precisam considerar: de um lado, é necessário verificar se eles estão diante de uma arbitragem por equidade ou de uma arbitragem de direito; de outro lado, em se tratando de uma arbitragem de direito, é preciso que os árbitros verifiquem quais são as normas que foram escolhidas pelas partes para serem aplicadas (ou afastadas) na condução do procedimento e no julgamento do mérito da controvérsia. Uma vez identificadas essas normas, tem início a pesquisa das fontes a elas relacionadas – como costumes, princípios, doutrina e o eventual entendimento dos tribunais estatais sobre os temas em questão, inclusive em sede de precedentes vinculantes.<sup>273</sup>

Em disputas entre particulares, claro, as partes podem convencionar as regras de direito aplicáveis, sejam legais, jurisprudenciais, principiológicas ou consuetudinárias, na forma do art. 2º, Lei nº 9.307/1996<sup>274</sup>. É-lhes facultado, inclusive, afastar ou impor a

<sup>272</sup> À guisa de exemplo amostral, Rômulo Greff Mariani: “(...) as decisões pretéritas ocupam lugar de destaque, sendo naturalmente alvo daqueles que buscam fundamentar seu discurso num ou outro sentido, haja vista serem geradas num campo (processo) em que o debate de ideias fomenta o surgimento de decisões que passam pelo crivo de diferentes opiniões correntes. Quando essas decisões são bem fundamentadas e, ainda, produzidas por julgadores com boa reputação e conhecimento acerca da matéria discutida, a fonte ganha especial relevância e surge como notório meio de persuasão dada a autoridade de que irá gozar perante os envolvidos.

Não se pode ignorar que decisões pretéritas, a depender o grau de autoridade que possam angariar, podem influir na conduta das partes antes da instauração do litígio, argumentos por elas desenvolvidos ao longo de um processo e finalmente no convencimento dos árbitros.” (MARIANI, 2018, p. 46 - 47).

<sup>273</sup> CREMASCO, 2023, p. 72.

<sup>274</sup> A aplicação de equidade, princípios gerais do Direito ou usos e costumes do comércio internacional (*lex mercatoria*) remanesce fonte de acesa controvérsia na doutrina (CARMONA, 2009, p. 20-21). Analisando o regramento da arbitragem no sistema português, Galhardo Coelho pontua que “(...) na querela que hoje tão vivamente divide as legislações, as jurisprudências e os autores quanto à possibilidade de subtrair a resolução do litígio à aplicação de qualquer lei estadual [entenda-se por “lei do Estado nacional”], confiando essa solução à aplicação da *lex mercatoria* ou a princípios ou regras escolhidas *ad hoc*.” (GALHARDO COELHO, 2000, p. 17). Em sentido diametralmente oposto, Heidari e Mobasher afirmam “[...] *national laws, being developed and refined within national borders, are generally not suitable for managing disputes in international trade. With this perspective in mind, and considering the numerous reasons discussed in*

observância a provimento de origem pretoriana. É o que se colhe da abertura conferida pelo texto legal:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.  
 § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

De todo modo, sendo a arbitragem de direito e sendo eleita a lei brasileira com menção genérica e sem ressalvas na disposição compromissória, remanesce o questionamento acerca da aplicação dos julgados de observância peremptória – não apenas por força do art. 927, CPC/2015, mas dentro da perspectiva substancialista proposta nos capítulos 2 e 3.

De toda forma, uma vez que a Lei de Arbitragem foi editada no interstício posterior à promulgação da CRFB/1988, mas anterior ao advento da EC nº 45/2004, não há nela qualquer menção à obediência aos julgados de caráter vinculante ou às determinações de observância obrigatória trazidas pelo art. 927 do CPC/2015 – tendo sido ainda omissos a esse respeito os adendos trazidos pela lei nº 13.129/2015. Por isso, Cremasco constata, com acerto, que não há no ordenamento brasileiro comando constitucional ou legal direto que imponha a vinculação de precedentes de origem judicial, às arbitragens<sup>275</sup>.

Após rememorar célebre publicação, na imprensa especializada, do Prof. Cruz e Tucci<sup>276</sup>, a citada autora sistematiza as principais correntes e seus destacados representantes, no que toca à vinculação ou não dos árbitros pelos precedentes judiciais,

---

*this study, arbitrators prefer to apply international Lex Mercatoria instead of or as a complement to the national laws governing a contract when resolving disputes in international commercial contracts.*” (HEIDARI. MOBASHERI. 2025. p. 113). Nosso entendimento se coaduna à posição de Carmona: “Considerando que não há um sistema legal internacional, e que também não existem normas uniformes aceitas universalmente, percebe-se que os árbitros que recebem poderes para julgar de conformidade com as regras do comércio internacional acabam tendo a possibilidade de julgar de acordo com o que consideram correto e justo, colocando-os em posição semelhante à dos *amiable compositeurs*. Em última análise, as partes, ao estabelecerem que os árbitros julgarão segundo as regras do comércio internacional, estão afastando a incidência de uma outra lei nacional (ou seja, estão desnacionalizando o contrato), o que permite aos julgadores decidir com a aplicação da lei que julgarem adequada, ou então seguir pura e simplesmente a praxe internacional, decidindo segundo a experiência do comércio internacional e seus respectivos princípios gerais, o que acaba por permitir – diante da nebulosidade das regras a serem aplicadas – o julgamento por equidade, com a sua consequente incerteza e imprevisibilidade de resultados.” (CARMONA. 2009 p. 74-75).

<sup>275</sup> CREMASCO, 2023, p. 65.

<sup>276</sup> 2016.

para concluir pela esterilidade do debate<sup>277</sup>. Prioriza, assim, uma concepção pragmática e conciliadora:

Em razão disso, o que se propõe neste trabalho é um passo adiante, que está calcado em um exame sistêmico e essencialmente aplicado e prático da arbitragem. Ele permite o alcance de um ponto de equilíbrio intermediário entre uma corrente e outra no qual se reconheça que: se o fato é que precedentes vinculantes não podem ser desconhecidos ou ignorados quando se escolhe o direito brasileiro como lei aplicável na arbitragem, o fato é que também não se autoriza a imposição a partes e árbitros, de forma obrigatória e automática, das mesmas amarras que o sistema de precedentes impõe no regramento do processo judicial, sob o fundamento de que na arbitragem “espera-se que o caso seja julgado pelos árbitros conforme o seria pelo juiz estatal”.

Creiasco, embora reconheça que os precedentes integrem o arcabouço de fontes do direito brasileiro, filia-se à corrente dominante, citando Eduardo Talamini, Érico Andrade e Humberto Theodoro Jr., no sentido de ser o precedente fonte secundária e, por isso, apenas integrativa das fontes primárias, como a lei<sup>278</sup>. Não por outra razão, defende inexistirem mecanismos de controle e revisão sobre o árbitro, que possam impor à sua sentença a observância dos julgados vinculantes<sup>279</sup>. Pondera que o viés mais acertado para se apreciar a interação entre a arbitragem e os precedentes ocorre no plano da fundamentação<sup>280</sup>:

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. 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.

---

<sup>277</sup> *Ibidem*, 147-149.

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>279</sup> *Ibidem*, p. 151. Ademais, às p. 247-258, a mesma autora defende, e acompanhamos, o descabimento de ação anulatória e reclamação, caso haja inobservância ao precedente judiciário. Contudo, deixaremos para aprofundar nossa visão sobre o tema, dentro do recorte metodológico do trabalho, no item 4.3, ao adentrar as arbitragens com a Administração Pública. Interessa-nos investigar se o fato de um ente estatal ser parte do procedimento tornaria cabível a ação anulatória, quer por desobediência a uma decisão vinculante, quer pela falta de fundamentação acerca do tema.

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 203-204.

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.

Ora, se, no capítulo 3 deste trabalho, defendemos que, nem para o processo judicial, os arts. 926 e 927, CPC/2015 e as disposições constitucionais sobre coisa julgada com eficácia *erga omnes* constituem fundações salutares para uma doutrina do precedente brasileiro, também não poderíamos fazê-lo para a arbitragem. Acompanhamos, nesse diapasão, as posições de Cremasco, para acusar que, ainda que superada a ideia de ordem arbitral autônoma, mesmo dentro do direito brasileiro, não é possível se falar em vinculação dos árbitros, *por comando normativo*, ao sistema de provimentos judiciais peremptórios desenhado no édito processual<sup>281</sup>.

Embora também situemos a perspectiva mais frutífera para o debate, no vetor da fundamentação, diferentemente da Prof<sup>a</sup>. Suzana Cremasco, entendemos que a real vinculação de uma autêntica *rule of precedent* advém de outro *locus* deontológico, conforme se explicará no item 4.2, *infra*. Por ora, basta assentarmos que, ao se estabelecer um modal de julgamento caracterizado pela utilização das normas do sistema do direito brasileiro, não se poderia permitir que o painel, ao argumento de não aplicação do CPC ou de uma autonomia diferencial da arbitragem, afastasse discricionariamente, sem convenção das partes, a incidência de suas fontes normativas, de seu plexo de valores, e dos princípios atuantes.

Portanto, a contenda arbitral não é pretexto para que os julgadores lidem com as fontes jurígenas como se fossem um “cardápio”, de onde se poderiam escolher que certos itens iriam para a mesa e outros não<sup>282</sup>. Apenas as partes podem delimitar as fontes do direito aplicáveis, não os árbitros<sup>283</sup>. E, mesmo assim, trata-se de liberdade plena somente

---

<sup>281</sup> GOULART. HOLLO, 2023, 134.

<sup>282</sup> Goulart e Hollo, após buscarem lastro em Guilherme Rizzo Amaral, Guilherme J. Pereira Setogui, Marcela Kohlbach Faria e José Rogério Cruz e Tucci, revelam que: “[...] a vinculação dos árbitros a precedentes (...) [decorre] da observância do quadro de fontes do Direito brasileiras e do princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, ressaltam que a vinculação dos árbitros a precedentes judiciais encontra fundamento na própria autonomia da vontade das partes que, ao determinarem a aplicação do Direito brasileiro no caso concreto, pretendem que o sistema normativo como um todo seja aplicado.” (2023, p. 131).

<sup>283</sup> Apesar da liberdade pactual dos contratantes, quando se pensa na opção político-legislativa de um Estado, o tema das fontes do Direito admitidas não é uma questão de procedimento ou processo. Não diz respeito, reitera-se, ao que versa o art. 927, CPC, *e.g.* A eleição de quais fontes geram o Direito diz respeito

de partes de Direito Privado, uma vez que a Administração Pública não pode afastar os regimes constitucional e legal, conforme será demonstrado no item 4.3. Portanto, em qualquer cenário, afastamento de uma fonte em detrimento de outra, quando possível, cria um severo ônus argumentativo para a sentença arbitral<sup>284</sup>.

Tampouco se trata de submissão da arbitragem ao art. 489, §1º, CPC/2015:

Art. 489 [...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - 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.

A Lei de Arbitragem, em seu art. 26, II já coloca a fundamentação como requisito da sentença e, no art. 32, III<sup>285</sup>, impõe a nulidade ao provimento que não observar o citado art. 26. Logo, não há necessidade de uma espécie de “judicialização” da arbitragem, conforme adverte Eduardo Talamini:

[...] [O]s riscos para a arbitragem não estão em sua excessiva processualização. Pois ela já é, na sua essência, processualizada. O risco reside na sua

---

à própria estrutura ontológica de um ordenamento. Não por outra razão, o tema é disciplinado pela nossa Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), um diploma de caráter geral e transdisciplinar. O tema recebeu ainda mais verticalização em sua reforma ocorrida pela Lei nº 13.655/2018, com destaque para as atuais redações dos arts. 19 a 24. O art. 20 ainda foi regulado pelo Decreto nº 9.830/2019, que minudencia o dever de fundamentação das decisões, inclusive judiciais.

<sup>284</sup> Sobre o tema das fontes, Zanetti (2025, p. 76) traz interessante distinção da doutrina alemã, entre fontes propriamente jurídicas e, portanto, vinculantes em si mesmas; *versus* fontes de conhecimento do Direito, que apenas interpretam as fontes vinculantes, mas não são a origem de deveres próprios. A nosso aviso, a diferenciação ecoa a clássica separação entre fontes primárias e secundárias. Não obstante, acompanhamos o citado autor, no sentido de que o correto trato do problema das fontes insere-se no dever de diligência dos árbitros, que devem buscar conhecer todo o Direito aplicável ao caso. Sob essa ótica, a diligência prevista no art. 13, §6º da Lei de Arbitragem ganha ares de um dever de “prudência” (*idem, op. cit.*). O autor cogita de cenários em que, por exemplo, a orientação dos tribunais se fixe em sentido contrário à dicção legal e recomenda que o desate desse conflito ocorra no plano da fundamentação (*ibidem*, p. 77 a 89). Sob uma lente filosófica, o tema ressoa uma ética hermenêutica da prudência (*phronesis*), na linha de autores como Paul Ricoeur (2008, p. 60 e ss.), que defendem o desenvolvimento de uma virtude interpretativa específica que permita uma ponte entre teorias morais gerais e circunstâncias particulares que reclamem solução concreta.

<sup>285</sup> Lei nº 9.307/1996: Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: [...] II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se: [...] III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei.

“judicialização”. E aqui se está empregando um neologismo, para designar o risco da excessiva oficialização, estatização, da arbitragem: a tendência de ela passar a ser tratada como uma réplica, espelho ou simulacro do processo judicial.<sup>286</sup>

O citado professor conclui que a regra é proceder à fundamentação da sentença arbitral interna, quando aplicável a lei brasileira. Motivação essa, que deve conter considerações técnicas suficientes e racionalmente controláveis, para os fins das aludidas disposições da própria Lei de Arbitragem, sem necessidade de se recorrer aos regramentos próprios do processo judiciário<sup>287</sup>.

Em outras palavras, a existência de decisões judiciais paradigmáticas, insertas ou não no art. 927, CPC, oferece um manancial de fontes do Direito aos árbitros, que devem considerá-las e analisá-las, à luz da coerência e da integridade do sistema, quer para a aplicação ou afastamento do precedente. Não porque as partes esperam decisão idêntica àquela proferida em uma ação judicial; não pelo *standard* de fundamentação do art. 489, §1º, CPC; mas, antes, porque as partes elegeram o direito nacional, na integralidade de suas fontes, e isso precisa ser respeitado, como corolário da autonomia da vontade, da liberdade contratual e dos primados constitucionais de isonomia que chegam a reboque da escolha do ordenamento do Brasil. Qualquer afastamento disso, por força da própria legislação arbitral, carece de fundamentação.

Nesses quesitos, em suma, a arbitragem *is not really that different*. E nem precisa ser. É necessário superar esse fetiche pelo insularismo arbitral. Atualmente, com a consolidação teórica e prática desse método de solução de controvérsias, podemos abaixar a guarda. A arbitragem venceu: existe, consolidou-se e é respeitada pelo empresariado, pelos juristas, advogados e pelos Três Poderes do Estado Brasileiro. Se partes privadas assim o quiserem, a arbitragem poderá ser procedimentalmente irreconhecível, face ao processo judiciário. Ou, por outro lado, também pode acabar sendo bem parecido. No entanto, caso os litigantes tenham parte de sua liberalidade restrita, como ocorre com a Administração Pública, talvez vejamos mais similaridades do que diferenças. Revela-se, assim, que a autonomia da arbitragem, no direito brasileiro, não equivale a um isolamento hermenêutico. Consiste, na verdade, em um mecanismo procedimental heterocompositivo, com diferentes possibilidades de customização, abarcado pelo

---

<sup>286</sup> TALAMINI, 2023, p. 182-184. No mesmo trecho, o Prof. Talamini ainda registra interessante observação acerca da existência de diversos regulamentos de instituições internacionais de arbitragem que dispensa a fundamentação, salvo se as partes a exigirem. Trata-se de mecânica estranha aos regimes constitucional e legal da ordem brasileira.

<sup>287</sup> TALAMINI, 2023, p. 201.

“guarda-chuva” normativo constitucional e infraconstitucional, em maior ou menor grau, a depender da natureza das partes e de sua liberdade convencional.

Compreendidas as principais visões dogmáticas acerca da interação entre as temáticas da arbitragem e do precedente judicial, resta indagar quais razões existiram para o trato e manejo conjunto desses dois institutos jurídicos. Aproximá-los ou afastá-los seria uma questão de escolha legislativa ou jurisdicional? Ou haveria algo de universalizável na noção de precedentes que tornasse comungáveis as noções discutidas nos itens 2.1 a 2.5, *supra* e dessem dimensão deontológica à sua consideração? Esclarecido no item 3.2 que o cerne da vinculação do precedente não está em um rol normativo de ritos formais, qual seria o fundamento último de uma potencial vinculação de qualquer forma de jurisdição ao precedente?

É sobre este tema que versará o tópico vindouro, com o fito de demonstrar que alguma noção de precedentes ou *case law* é ínsita a qualquer ordenamento jurídico ou forma de resolução de disputas que pretenda aplicar normas abstratas na resolução de casos concretos. É essencial, portanto, situar o debate para além dos limites de um “arbitralismo” ou de uma “processulística”, para traçar linhas de uma Teoria Geral do Precedente com matriz na Hermenêutica Jurídica.

Exposto o *status quaestionis*, enfim, o próximo tópico trará nossa contribuição, acerca da perspectiva teórica sob a qual reputamos que a matéria deve ser trabalhada.

#### **4.2. Lógica, argumentação e sistema – proposta de referencial teórico hermenêutico para a completa cognição de fontes jurídicas do ordenamento, por meio do precedente jurisdicional**

Conforme delineado no capítulo 3, discutir o tema dos precedentes, no direito brasileiro, não é uma novidade para a Academia Jurídica. Debater a aplicabilidade dos precedentes à arbitragem, tampouco, nos temos do item 4.1, acima. Há menor número de produções que versam sobre precedentes, especificamente nas arbitragens em que a Administração Pública é parte (cf. item 4.3, *infra*). Juntar tudo isso é uma das pequenas contribuições deste trabalho. Sem embargo, a maior inovação, dentro dos limites de uma dissertação de mestrado, está em inserir a matéria em um marco teórico mais histórico (capítulo 2) e jusfilosófico (este item 4.2), debruçando-se sobre o tema, a partir das lentes de uma perspectiva da hermenêutica, da Teoria da Argumentação, da Teoria da Decisão jurisdicional.

Impõe-se, pois, a necessidade de desvelar, por entre os corredores da Filosofia e da Filosofia do Direito, algumas breves anotações em prol da coerência e da sistematicidade, válidas para qualquer espécie de ordem que se pautem em linguagem e interpretação. Especialmente em um sistema que precise ofertar respostas práticas e coerentes a situações diversas, é essencial a busca por coerência, integridade e lógica, para que seja possível edificar expectativas razoáveis de conduta, de isonomia e de segurança jurídica, como características de uma ferramenta útil, previsível e justa. É isso que se espera de qualquer ordenamento jurídico. A partir dessas balizas, objetiva-se tecer uma contribuição para uma Teoria Geral do Precedente Vinculante, que possa ser aplicável aos meios judicial e extrajudicial de solução de disputas<sup>288</sup>.

O recorte epistemológico dessa investigação, além do âmbito de uma História das Ideias Jusfilosóficas, abarcará também vieses sociológicos, políticos e de ramos específicos do Direito. Registra-se nossa consciência, no sentido de quem nem todas as teorias a seguir expostas são necessariamente filiadas às mesmas escolas de pensamento. Algumas, inclusive, ostentaram divergências de abordagens e conclusões, como ficará evidente. A meta, contudo, é alcançar uma compreensão integral e generalizante de uma possível Teoria Geral do Precedente, dentro da perspectiva de uma Teoria Geral da Decisão e da Argumentação Jurídicas, por meio das contribuições de diversos autores.

Isso porque, em essência, o direito jurisprudencial nada mais é do que uma fonte normogenética utilizada como um dos argumentos que embasam uma decisão futura ao precedente manejado. Por sua vez, as obrigações<sup>289</sup> de motivação e *legal reasoning* são uma limitação ao exercício dos poderes decisórios da jurisdição – estatal ou privada. Portanto, em última instância, sempre se chegará a alguma teoria da argumentação

---

<sup>288</sup> O que se convencionou chamar de Teoria Geral do Precedente, na doutrina nacional, é a explicação dogmática da formação, do funcionamento e dos conceitos específicos do precedente judicial. Dentro dessa perspectiva, o instituto é visto, acertadamente, como passível de universalização e de forma atópica. Isto é, como um conceito teórico, que busca sua essência, independentemente de disposições normativas específicas, no tempo e espaço. Essa abordagem se vale ainda do Direito Comparado, para demonstrar as diferenças do instituto nos países de *Common Law* e de *Civil Law*, assim como da historiografia jurídica, sobre como esse instrumento surgiu e se aperfeiçoou. Perpassamos este caminho nos itens 2.1 a 2.5 deste capítulo. Agora, propomos ir além. Muitos dos empreendimentos doutrinários progressos não foram capazes de demonstrar a existência de uma verdadeira Teoria Geral do Precedente aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro – e.g. CRUZ E TUCCI, 2015, p. 455-456. Faltava-lhes o rigor metodológico e conceitual próprio do raciocínio jusfilosófico. Bustamante (2012) foi pioneiro, entre nós, nesse quesito. Streck e Abboud (2015) seguiram na mesma linha. Aqui, pretendemos demonstrar que essa perspectiva precisa avançar e formar um corpo de conhecimentos criteriosamente desenvolvido e dotado dos atributos da sistematicidade. Trata-se, portanto, de uma categoria autônoma, auto-referenciável (*autopoiesis*) e dialógica, dado que deve ostentar organização interna, coerência lógica e regras de um funcionamento próprio. Isto é, um sistema deve deter autonomia epistêmica e até ontológica contra o meio em que opera, mas possuir a capacidade de interagir com os demais elementos jurídicos e teóricos desse meio (dialeiticidade).

<sup>289</sup> Cf. art. 489, II e §1º, CPC/2025 e art. 26, II da Lei de Arbitragem.

jurídica utilizada como premissa, expressa ou implicitamente – isto é, ainda que não conhecida ou declarada pelos julgadores. E este é um dos pontos centrais deste estudo: ainda que não declinadas pelo tribunal, sempre haverá premissas jusfilosóficas nas técnicas de argumentação e motivação, pois inexiste um grau-zero hermenêutico. O sentido de um texto – seja a lei o precedente ou outra fonte do Direito – sempre é construído a partir de um *a priori* conceitual edificado por uma comunidade pregressa de autores e intérpretes. Por isso, é necessário o levantamento bibliográfico das principais correntes sobre o tema que oferecem contribuições relevantes para o recorte desta dissertação. Resta nítida, pois, a insuficiência da dogmática arbitral ou processual, especialmente se levadas em consideração eventuais implicações frente ao interesse público. É o que se passa a demonstrar.

Nessa toada e adentrando o cerne deste item<sup>290</sup>, Immanuel Kant<sup>291</sup> busca compreender como a experiência e a racionalidade humanas poderiam ser conciliadas com o fito de erigir uma lei moral e jurídica apta a uma orientação universal da conduta. O filósofo prussiano contrapõe os preceitos iluministas anteriormente estabelecidos ao defender que, uma vez que o direito é materializado a partir de conceitos puros como liberdade, universalidade e coerção, não poderia ser definido simplesmente por meio de tradições empíricas. Trata-se do germen da superação do paradigma iluminista do “estado de natureza” como mito fundador universalizável do Direito.

Assim, Kant<sup>292</sup> habilmente erige as bases de um sistema de Direito desvencilhando-o de componentes estritamente experienciais e potestativos, ao passo volve o foco da autoridade jurídica para a cogência lógico-racional da ordem estabelecida. Isso é feito por meio da estruturação da teoria dos imperativos categóricos, aptos a abrigar os fundamentos valorativos imanentes a preceitos universais. Portanto, a vinculação não deriva da força ou hierarquia da autoridade instituidora, mas de critério qualitativos materiais do sistema estabelecido<sup>293</sup>.

Isso é importante para este trabalho, pois, a partir dessa perspectiva, a argumentação racional passou para o eixo da legitimação dos sistemas jurídicos, em

---

<sup>290</sup> O início dessa digressão pelo pensamento de Kant não deve ser lido como adesão às suas ideias. A opção é feita por objetividade acadêmica, uma vez que o citado pensador é o fundador de uma tradição de pensamento racionalista contemporâneo que: (I) segue em diálogo, até atuais grandes teóricos alemães da Teoria da Argumentação Jurídica, como Robert Alexy; e (II) impregnou a os sistemas jurídicos da Europa Continental, após as revoluções burguesas, servindo de base para as grandes escolas positivistas (para aprofundamento no tema e valorização da lógica tradicional da Antiguidade Clássica, cf. os capítulos iniciais de KREEFT, 2024).

<sup>291</sup> 2013, p. 51 e ss. e 2017, p. 45.

<sup>292</sup> 2017, p. 36.

<sup>293</sup> GUYER, 2009, p. 296-297.

detrimento das teses de mera imposição cogente de normas de direito positivo. No capítulo 3, *supra*, trabalhamos essa mesma perspectiva, ao demonstrar que a regra do precedente vinculante, no direito brasileiro, não merece observação em decorrência do art. 927, CPC, 2015 ou da hierarquia dos tribunais superiores, mas a partir de um corolário de compreensão e manejo racionais, éticos e lógicos do Direito como ferramenta – abstrata e passível de interpretação – para a resolução de conflitos concretos.

Prosseguindo, o pensamento kantiano evidencia que, pela necessidade de validade universal dentro de um sistema, o Direito ostenta uma natureza necessariamente objetiva. Logo, não pode se ocupar da pureza das intenções morais, mas da forma universalizável das ações, preservando a objetividade de regramento necessária para um ordenamento que pretenda conferir segurança, previsibilidade e isonomia à vida em sociedade. Dessa forma, a racionalização do direito deixa de ser um expediente meramente formal e passa a constituir a própria essência que permite ao sistema jurídico operar sem contradições internas, preservando, ao mesmo tempo, a coerência entre a liberdade individual e os limites impostos pela vida em sociedade<sup>294</sup>.

A partir dessa matriz racional, a teoria kantiana do Estado republicano — no qual a separação dos poderes, a publicidade das leis e a submissão do governante ao quadro normativo, assumem um papel estruturante — reforça a exigência de que a decisão jurídica seja resultado de um processo lógico e isonômico, capaz de garantir a cada indivíduo não apenas a previsibilidade da conduta estatal, mas também a certeza de que a coerção legítima será exercida exclusivamente sob critérios universais<sup>295</sup>.

A ciência do Direito, almejava o teórico em exame, seria purgada do arbítrio administrativo, do voluntarismo legislativo e do decisionismo judicial, impondo-se um sistema fundado no consenso racional e na reciprocidade das liberdades. Conseqüentemente, a justiça deixa de ser uma virtude moral subjetiva e se converte em uma estrutura **pública** – não porque estatal, mas porque compartilhada – de compatibilização objetiva, em que as controvérsias são solucionadas não mais por meio da força, mas pela impessoalidade da lei universal, de caráter igualitário. Com fulcro nesse mesmo argumento, Kant rechaça a possibilidade de que um juiz decida por equidade<sup>296</sup>.

---

<sup>294</sup> KANT, 2017, p. 43 e ss.

<sup>295</sup> KANT, 2017, p. 179.

<sup>296</sup> KANT, 2017, p. 48-49.

Hegel, expandiu as concepções formalistas<sup>297</sup> da teoria kantiana. Enquanto Kant estabeleceu o arcabouço lógico que permitiu conceber o direito como sistema universal, Hegel, no âmbito do desenvolvimento de sua história do espírito (*Phänomenologie des Geistes*) — processo dialético de reconhecimento da consciência humana na história, e em especial no Direito (*Anerkennung*) — procurou compreendê-lo como expressão concreta da vida ética (*Sittlichkeit*), em que a liberdade individual é lastreada pelo Direito em abstrato (*abstraktes Recht*) e pela consciência moral (*Moralität*)<sup>298</sup>.

Paralelamente ao espraiamento dessas ideias, o processualismo se afirma epistemologicamente como um ramo autônomo da “ciência jurídica”<sup>299</sup>, com a publicação, em 1868, por Oskar von Bülow, de seu *Die lehre von den Prozesseireiden und die Processvoraussetzungen* (*A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*)<sup>300</sup>. A teoria do processo passa a beber da fonte jusfilosófica de Kant e Hegel e os princípios e conceitos dessa nova “ciência processual” passam a constituir uma “unidade ontológica”, coerente com um sistema aplicável a todos os demais ramos do direito material, sendo então possível defender a existência de uma Teoria Geral do Processo<sup>301</sup>. Nesse sentido, é preciso reconhecer como fundamental a influência do pensamento hegeliano, pois, com ele, as qualidades universais anteriormente desenvolvidas serão voltadas para a busca de um resultado materialmente justo<sup>302</sup>.

Em suma, pensando-se em como as teorias filosóficas sobre lógica, argumentação, legitimação e justiça marcaram o desenvolvimento da dogmática processual, é possível sumarizar o que foi dito, em algumas características fundantes de um sistema jurídico coerente. Esse nosso entender, um sistema dessa natureza deve: (i) operar segundo princípios gerais dedutíveis racionalmente; (ii) ser legitimado por meio do compromisso consensual fundado na racionalidade pública comum; (iii) conformar um regime jurídico apto a disciplinar e restringir o arbítrio pessoal e estatal, provendo expectativas razoáveis dotadas de elevado nível de previsibilidade e segurança; (iv) integrar a uma estrutura universalizante, por meio de argumentação racional objetiva, a fim de conferir isonomia; e (v) deve possuir fundamentos éticos intrínsecos, como *standards* materiais qualitativos,

---

<sup>297</sup> TRAVESSONI, 2009, p. 572.

<sup>298</sup> HEGEL; 1997.

<sup>299</sup> CÂMARA, 2013, p. 11.

<sup>300</sup> A referida obra de Bülow foi a primeira a lidar exclusivamente com conceitos próprios de uma dita “ciência processual”, já trazendo em seu bojo a sistemática de seus preceitos fundantes, tais como a delimitação da relação jurídica processual, o elenco dos princípios processuais e a suma importância do direito de exceção (direito de defesa), concepções estas que foram materializadas no proceduralismo do Código de Processo Civil Alemão (*Zivilprozessordnung* - ZPO) promulgado em 1877.

<sup>301</sup> CÂMARA, 2013, p. 15-17.

<sup>302</sup> HEGEL; 1997, p. 33.

suficientemente sólidos para a efetivação da justiça, aquilatando soluções dissonantes, segundo sua própria coerência interna.

Em consequência direta do arranjo intelectual alcançado na modernidade, inaugura-se, sobretudo a partir de Durkheim<sup>303</sup>, uma compreensão sofisticada do Direito como fenômeno socialmente condicionado, na medida em que a Sociologia passa a se articular como disciplina autônoma dedicada ao estudo do fato social<sup>304</sup>. O Direito passará a ser analisado como uma expressão concreta de dinâmicas coletivas, reflexo das instituições e de padrões de comportamento generalizados, estes impingidos por meio de uma estrutura normativo-coercitiva.

É no bojo dessa abordagem que exsurge a chamada Teoria Geral dos Sistemas, concebida por Bertalanffy, tendo como campo originário conjecturas relativas às ciências “duras” (*hard sciences*), como a Biologia e a Química. A seu turno, Talcott Parsons avança, em relação a concepção de um funcionalismo estrutural, aduzindo que a sociedade constitui um sistema complexo, tal como um organismo, em que os atores/agentes (indivíduos e instituições) interagem para o funcionamento do todo<sup>305</sup>.

É, finalmente, com Niklas Luhmann, que as ferramentas teóricas ofertadas pela Sociologia ganham uma nova dimensão de trabalho, para a compreensão da teórica da sistematicidade<sup>306</sup>. Na mesma linha, Habermas<sup>307</sup> constrói sua teoria argumentativa com perspectivas orientadas pela batuta de Luhmann, em um movimento de conversão de sua Teoria dos Sistemas para um novo paradigma filosófico.

Posteriormente, ainda na linha da tradição jurídico-argumentativa alemã, Claus-Wilhelm Canaris<sup>308</sup> desenvolve uma abordagem inovadora segundo a qual o ordenamento jurídico atua como um sistema aberto, constantemente permeável ao ambiente social, por meio do que trata como acoplamentos estruturais que condicionam sua evolução. Há, portanto, um dinamismo entre as normas e as transformações sociais. Desse modo, o Direito se revela simultaneamente dependente da sociedade e distinto dela, movendo-se pela lógica interna da licitude, porém, sem deixar de repercutir e absorver os valores e transformações sociais, em uma relação recíproca de determinante-determinado.

Luhmann e Canaris possibilitam que os sistemas sociais sejam então vislumbrados como dotados de subsistemas específicos gravitantes em interrelações, cuja

---

<sup>303</sup> DURKHEIM, 1999, p. 48.

<sup>304</sup> DURKHEIM, 2000, p. 1-7.

<sup>305</sup> Para todo o parágrafo, cf. LUHMANN, 2010, p. 35 e ss.

<sup>306</sup> LUHMANN, 2010, p. 21.

<sup>307</sup> HABERMAS, 1990, p. 32.

<sup>308</sup> CANARIS, 2002, p. 103-124.

funcionalidade depende da maneira como se acoplam ao tecido social e como são reconhecidos por seus participantes<sup>309</sup>, sendo o Direito um desses endo-sistemas – e, dentro si, comportando outros sistemas próprios e internos<sup>310</sup>.

A apropriação dessa noção é essencial, para se firmar uma Teoria Geral do Precedente. Isso porque, qualquer modelo que se erija sobre a pedra angular do sistema jurídico (subsistemas jurídicos) deve ser sustentado pelas mesmas premissas lógicas e estruturais que soergueram seu arcabouço<sup>311</sup>. Assim, cada novo “galho e ramificação” é alimentado pelo mesmo “tronco” jurídico e pelas mesmas “raízes” filosóficas. O que se desafina dessa cadeia de determinação gera incoerência e desordem, prejudicando a integridade e isonomia que são os resultados buscados por um sistema de Direito e justiça<sup>312</sup>. Essa possibilidade de se autorreferenciar e auto-organizar é o que Luhmann chama de *autopoiesis*<sup>313 314</sup>.

Portanto, se há um conceito de Direito que ostente uma possibilidade ou tendência à universalização, o mesmo ocorrerá com seus subsistemas basilares que lhe devem harmonia. Nesse passo, se dois Estados exemplificativos organizam seus Poderes de modo assemelhando e possuem sistemas processuais e jurisdicionais que partilham dessa mesma tradição institucional e teórica da Europa Ocidental, há uma espinha dorsal que os conecta. E, assim como o biológico que mapeia semelhanças entre seres e os aglutina em conjuntos taxonômicos, também o jurista deve perceber esses traços comuns ao categorizar e manusear institutos. Logo, novas leis não surgem em vácuo epistemológico. Antes da EC nº 45/2004 e do CPC/2015, já havia um conceito jurídico de “precedente” e de sistemas de direito jurisprudencial, no Brasil e alhures, que precisam ser considerados na exegese e aplicação das disposições vigentes. O constituinte e o legislador ordinário não fundam palavras, mas utilizam códigos de linguagens preexistentes nas normas que editam.

Analizadas perspectivas filosóficas e sociológicas, passamos a percorrer alguns autores da Filosofia do Direito contemporânea que se inserem na tradição de debate até então examinada. Em uma reaproximação com a filosofia aristotélica e a retórica de

---

<sup>309</sup> LUHMANN, 2010, p. 63.

<sup>310</sup> *Ibidem*, p. 101 e ss.

<sup>311</sup> ABOUD. GAVAZZONI, 2017, p. 266 e 267.

<sup>312</sup> LUHMANN, 2010, p. 183 e ss.

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>314</sup> Explicando o termo, Parente (2012, p. 13-15) revela tratar-se da descrição de um sistema autônomo, autossuficiente e que não é normatizado por outro. Esse “fechamento operacional” do sistema, todavia, não o torna “autista”, em razão do fenômeno da “abertura cognitiva”, que ocorre por meio das interações e comunicações entre corpos sistêmicos distintos;

Cícero<sup>315</sup>, Theodor Viehweg buscou aferir como a reflexão jurídica — entendida aqui como investigação permanente (*zetetiké*) — poderia ser orientada por uma metodologia que privilegia a análise dos problemas, antes da submissão estrita a fórmulas legais predefinidas<sup>316</sup>. Sua teoria consiste, basicamente, em uma resposta contundente ao positivismo kelseniano<sup>317</sup> e retoma a noção clássica da Tópica (do grego *tópoi*, “lugares”), concebida não como um método dedutivo de aplicação da regra ao caso concreto, mas como um procedimento indutivo, que parte das circunstâncias particulares para a construção de uma solução geral capaz de harmonizar os elementos em conflito<sup>318</sup>. A semelhança com a história das técnicas do *binding precedent* é notável.

Assim, mais do que subsumir os fatos à moldura da lei, a tópica se volta à definição do problema, à identificação dos pontos de vista relevantes que podem iluminar suas diferentes dimensões e, a partir deles, construir uma resposta racionalmente adequada, consoante uma “perspectiva dialético-retórica”, partindo-se do concreto, para se chegar ao abstrato<sup>319</sup>.

Cada *topos* (singular) representa, portanto, um ponto de vista possível, como uma perspectiva normativa que incide sobre o caso e que permite configurar o debate conceitual em torno do problema concreto<sup>320</sup>. A adoção de múltiplos *topoi* (pluralidade de perspectivas)<sup>321</sup> — como critérios axiológicos<sup>322</sup>, princípios gerais de direito, ou, na esteira do que pretendemos: os precedentes judiciais — organiza um campo argumentativo em que as diferentes posições são confrontadas dialeticamente até que se identifique a solução mais adequada à luz das premissas tomadas como válidas. Trata-se, para Viehweg, de uma técnica essencialmente retórico-argumentativa, que reconhece a pluralidade intrínseca do debate jurídico e propicia estruturar a decisão como um processo de racionalização das alternativas.

Nada impede, pois, que um *topos* seja determinado pelas *autopoiesis* de um subsistema jurídico, como a Teoria Geral do Precedente ou os institutos de Direito Jurisprudencial. Uma vez voltada ao acervo dos precedentes judiciais, a Tópica fornece um método para ordenar argumentativamente os postulados jurisprudenciais em tensão, permitindo que a decisão jurisdicional emerja como uma síntese racional das forças

---

<sup>315</sup> VIEHWEG, 2008, p. 21-31.

<sup>316</sup> VIEHWEG, 2008, p. 33-34.

<sup>317</sup> BUSTAMANTE, 2004, p. 156-157.

<sup>318</sup> BUSTAMANTE, 2004, p. 154.

<sup>319</sup> BUSTAMANTE, 2004, p. 160.

<sup>320</sup> VIEHWEG, 2008, p. 37-42.

<sup>321</sup> VIEHWEG, 2008, p. 42.

<sup>322</sup> VIEHWEG, 2008, p. 81 e ss.

hermenêuticas em jogo, destiladas a partir do problema concreto<sup>323</sup>. Viehweg, todavia, não aprofunda essa aplicação de seu pensamento, conforme revela Bustamante, remetendo-se às críticas de Alexy:

Robert Alexy [...] salienta alguns pontos em que a tópica fracassa como empreendimento teórico: 1 - a tópica subestima a importância da lei, da dogmática e dos precedentes; 2 - realiza uma análise insuficiente da estrutura dos argumentos; e 3 - possui um conceito pouco preciso de discussão.<sup>324</sup>

Ainda assim, Bustamante reconhece o valor da Tópica como modelo bem-sucedido em “introduzir no direito o conceito de razão prática”, concluindo, enfim, que os problemas desse referencial teórico consubstanciam desafios a serem corrigidos pelo modelo da argumentação jurídica a ser esmiuçada<sup>325</sup>.

Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca também partem de uma recuperação da retórica e da dialética clássicas, precisamente, para adensar a temática da argumentação. Os citados autores reconhecem que a incerteza e a indeterminação do Direito demandam a aplicação de técnicas capazes de persuadir de forma racional, respeitando critérios de coerência (sistematicidade) e relevância (tópica), mas sem a pretensão de produzir demonstrações apodíticas ou silogismos infalíveis<sup>326</sup>. A “Nova Retórica” consiste, desse modo, na técnica de sistematização do discurso, visando a orientar e justificar as decisões. Cuida-se de um processo dialético, em que um *orador* constrói o discurso persuasivo em face de um *auditório*, após o estabelecimento de premissas em um *acordo*<sup>327</sup>.

Em seu *Tratado da Argumentação*, Perelman e Olbrechts-Tyteca exploram o manancial das técnicas argumentativas legados pela Antiguidade Clássica, a fim de ofertar as ferramentas necessárias para a construção de um discurso não só convincente, mas também justificável à luz dos valores e princípios reconhecidos pela comunidade<sup>328</sup>. Não se trata de formalismo sofista, meramente persuasivo, mas de se municiar o peticionante e o decisor com meios que alcancem fundamentos coerentes com as

<sup>323</sup> “Justificado que a Jurisprudência tem de ser concebida como uma permanente discussão de problemas e que, portanto, sua estrutura geral tem de ser determinada a partir do problema, buscando pontos de vista para sua solução, resulta que seus conceitos e suas proposições têm de estar ligados de modo especial como o problema.” (VIEHWEG, 2008, p. 100).

<sup>324</sup> BUSTAMANTE, 2004, p. 163.

<sup>325</sup> “Quanto à questão da insuficiência da tópica para avaliar e controlar as decisões obtidas pelo procedimento discursivo, penso que se trata de um defeito que as teorias contemporâneas da argumentação jurídica haverão de consertar.” (BUSTAMANTE, 2004, p. 163).

<sup>326</sup> PERELMAN, 1999, p. 183-186.

<sup>327</sup> PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 1996, p. 20-26.

<sup>328</sup> PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 1999, p. 17-19.

premissas axiológicas postas<sup>329</sup>. São assim fornecidos: os elementos necessários para a distinção e sopesamento de evidências e provas<sup>330</sup>; para a identificação de vieses cognitivos e juízos subjetivos de valor<sup>331</sup>; além de vários outros instrumentos que permitam a formação de juízos materiais sobre um caso.

De posse das balizas acima expostas, Robert Alexy desenvolve sua teoria da argumentação jurídica, em que depura os elementos fundantes para a ponderação entre princípios, vocacionada sobretudo ao trato com direitos fundamentais. Para Alexy, a legitimidade e alcance das decisões decorre de um processo de argumentação racional, público e controlável, mediado pela ponderação, fórmula segundo a qual o “peso” dos valores em choque provê a medida de sua incidência, possibilitando a solução de conflitos entre princípios contendentes, desde que preservado seu conteúdo essencial (*schrankschranks*). O pensamento do autor alemão postula que essa técnica jurídico-discursiva permite então desvelar a melhor resposta possível, vez que dotada de maior coerência e proporcionalidade em face dos princípios subjacentes<sup>332</sup>.

Deste lado do Atlântico, Ronald Dworkin é o principal debatedor com essa tradição germânica. É, seu substancialismo argumentativo, que se aperfeiçoa a ideia do sistema jurídico como um todo coerente e íntegro. Com base nesse sistema, os juízes – referidos em sentido amplo, como quem quer que tenha a atribuição legítima de decidir, abrangendo assim magistrados investidos da jurisdição estatal, administradores públicos e árbitros privados – obrigam-se, num esforço dialético-argumentativo “hercúleo”, a ofertar a interpretação mais coerente e justificável permitida pelo Direito posto, na busca pela decisão correta ao caso concreto.

O professor norte-americano combina inúmeras das perspectivas até então examinadas. Partindo da noção de espaço argumentativo de Viehweg (tópica), juntamente com o emprego de técnicas retórico-dialéticas voltadas a resultados materiais axiológicos (Perelman), com o fim de preservação mínima do conteúdo essencial de Alexy (*schrankschranks*), Dworkin sintetiza suas teorias da argumentação coerente<sup>333</sup> e da decisão deferente às premissas hermenêuticas do sistema (*chain novel*) – dentre elas, claro, os precedentes<sup>334</sup>.

---

<sup>329</sup> PERELMAN, 1999, p. 209.

<sup>330</sup> PERELMAN, 2004, p. 155-165.

<sup>331</sup> PERELMAN, 2004, p. 167-175.

<sup>332</sup> ALEXY, 2008, p. 295-296.

<sup>333</sup> DWORKIN, 2011, p. 221-231.

<sup>334</sup> DWORKIN, 2005, p. 235 e ss.

Ele concebe a igualdade perante o Direito como “virtude soberana” sobre a qual a vida em sociedade é erguida e sob a qual os poderes estabelecidos devem operar em prol de todos. Essa igualdade há de operar efeitos na condição de um ideal público, mas também como matriz jurídica e interpretativa, a partir da qual indivíduos podem cultivar anseios equitativos em face da atuação estatal<sup>335</sup>.

Dessa forma, impõe-se que os lugares-argumentativos jurídicos estejam à disposição de todos, em qualquer subsistema de solução das controvérsias reconhecido pelo ordenamento<sup>336</sup>. Em situações em que o interesse público esteja em jogo e não seja possível uma livre disposição das partes, não se pode tolerar que os marcos hermenêuticos e normativos comuns entre os jurisdicionados sejam seletivamente sabotados, em desafio a premissas lógicas intrínsecas às noções universais de isonomia, sistematicidade e justiça.

No Brasil, dentre os herdeiros do referencial teórico em testilha, Bustamante, rigorosamente apoiado em Alexy, demonstra como a noção de argumentação jurídica é uma categoria da Teoria Geral do Direito que toma precedência sobre o exame raso das normas vigentes. Com base na argumentação, essas normas podem anuladas ou ponderadas, assim como antinomias podem ser solucionadas, desde que preservada a coerência sistêmica:

Dizer que o direito é argumentativo implica dizer que seus conteúdos nunca estão completamente determinados e nunca são meramente “descobertos” segundo um método empírico ou analítico que nos permite reconhecer convenções sociais ou derivar enunciados pela via da dedução lógica. Uma prática social argumentativa necessariamente reflete sobre si mesma e está aberta para incorporar as críticas que lhe são desferidas. É via reconhecimento do caráter argumentativo do direito que os princípios se tornam relevantes.<sup>337</sup>

Aqui, não defendemos o modelo pejorativamente alcunhado de “pamprincipiologismo”, entendido como “álibi retórico” para decisões arbitrárias, conforme adverte Streck<sup>338</sup>. O próprio doutrinador gaúcho, conforme detalhado no capítulo 3 deste trabalho, contribuiu para a temática dos precedentes no CPC/2015, sob uma perspectiva das Teorias da Decisão e Argumentação Jurídica, sugerindo a vigente redação de seu art. 926. O foco dessa matriz teórica é garantir a preservação da coerência, que se volta à não-surpresa e à segurança jurídica. O próprio Bustamante, no artigo anteriormente citado, pontua que:

---

<sup>335</sup> DWORKIN, 2005, p. 11-17.

<sup>336</sup> Sobre a aplicação da Teoria dos Sistemas de Luhmann a todos os subsistemas processuais – administrativo, legislativo, judicial, constitucional e arbitral, *e.g.* – cf. PARENTE, 2012, p. 23-39;

<sup>337</sup> BUSTAMANTE, 2010, p. 624.

<sup>338</sup> 2017, p. 81-82.

Uma decisão *contra legem* deixa de ser um caso de “aplicação do direito” para se transformar em uma usurpação das prerrogativas da autoridade que a prolata se falta uma pretensão de juridicidade para a norma excepcional que é formulada (em termos universais) para excepcionar a regra legislativa em um caso concreto. Essa pretensão de juridicidade é algo que tem de ser fundamentado juridicamente em um discurso ou uma argumentação racional a partir de um princípio que fornece um conjunto de razões contributivas para a decisão excepcionadora.<sup>339</sup>

Teorias da Argumentação e da Decisão, portanto, devem conter e não fomentar a insegurança jurídica proveniente da inevitável possibilidade de interpretação do Direito. Elas se prestam, justamente, a aumentar a exigência de fundamentação, que, por ser a fonte de legitimação do exercício concreto da jurisdição, também se torna o seu mecanismo de controle. A norma sozinha não é a barreira, mas o ponto de partida do julgador. Logo, apenas com a criação de molduras hermenêuticas dotadas de juridicidade, que limitem o processo de compreensão e motivação sobre essas normas, é que se alcança a proteção da confiança do jurisdicionado. Nesse sentido e analisando a tarefa do aplicador de normas, Derzi<sup>340</sup>, amparada em Heidegger, afirma que a argumentação jurisprudencial precisa ser entendida sob as lentes da temporalidade. Toda decisão jurídica concreta – judicial, arbitral ou administrativa – pretensamente enclausura, no tempo, um sentido supostamente unívoco para determinada matéria de fato e de Direito. E isso gera expectativas legítimas carentes de proteção. Assim, um precedente é ato interpretativo que demarca um sentido jurídico, um novo lugar-argumentativo que se torna um novo critério normativo, a interagir dentro do subsistema e do supersistema<sup>341</sup>.

Assim, a conveniência de um modelo jurisdicional que, em maior ou menor medida, adote a doutrina dos precedentes vinculantes ganha contornos muito mais profundos do que a simples reflexão acerca de uma outorga legislativa, como o art. 927, CPC/2015 (cf. capítulo 3, *infra*). Nessa linha Marinoni<sup>342</sup> defende, que o *binding precedent* é um verdadeiro compromisso entre o passado e o futuro. O órgão judicante deve considerar sua responsabilidade decisória, ao não alterar a compreensão que se tem do Direito, sem uma contundente explicação jurídica para a frustração do que podia ser legitimamente esperado pelos jurisdicionados. *Pari passu*, a Corte deve engajar-se ao apreciar cada caso, com o fito de ofertar a melhor prestação jurisdicional não só para a

<sup>339</sup> BUSTAMANTE, 2010, p. 624.

<sup>340</sup> DERZI, 2009, p. 267.

<sup>341</sup> DERZI, 2009, p. 562 e ss.

<sup>342</sup> MARINONI, 2010, p. 107 e ss. e 121 e ss.

espécie *sub judice*, mas também conservando em mente como aquele veredicto será interpretado e aplicado no futuro<sup>343</sup>.

De posse desse raciocínio, vemos que os matizes do *stare decisis* são mais que tradição judicial ou mandamento legal. Os institutos referentes aos precedentes são um ferramental hermenêutico de proteção a significações jurídicas. São limitações às fundamentações possíveis, no exercício do poder jurisdicional. Baseado nessa visão, o citado professor paranaense colaciona um rol de motivos para que determinado sistema jurídico se autoproteja e proteja os jurisdicionados, por meio da deferência aos precedentes.

No topo das justificativas por ele indicadas, ganha destaque a proteção à segurança jurídica, à previsibilidade e à estabilidade. Malgrado se trate de princípios que não se encontram expressos, *e.g.*, na Declaração dos Direitos Humanos de 1948, no Pacto de São José da Costa Rica, tampouco na Constituição de 1988, observa-se que essas noções já foram alçadas pelo constitucionalismo moderno ao patamar de sustentáculos do Estado de Direito. Tem-se, portanto, uma cláusula protetora de direito fundamental, que resguarda a necessidade de continuidade e harmonia no Direito, quer na produção legislativa, quer na atividade pretoriana. É nesse norte que Goodhart, já nos anos 1930, lembrava que a certeza jurídica formal era a razão determinante para a manutenção do *stare decisis*<sup>344</sup>.

A previsibilidade é a viga-mestra da aplicação do Direito, pois é ela que confere solidez às expectativas de conduta dos cidadãos, conferindo segurança ao passo e tranquilidade quanto ao futuro. Nesse passo, os precedentes seriam a realização dinâmica desse ideal. Segundo Albert Kocourek<sup>345</sup>, a ausência da essencial *legal predictability* desestimula o comércio, pois o encarece; fomenta a litigiosidade acerca de temas sobre os quais sempre remanescem dúvidas jurídicas; desgasta a força moral do direito perante os jurisdicionados, inviabiliza a uniformização jurisprudencial, o que dificulta a administração da Justiça; oxigena a discricionariedade de julgadores e gestores públicos, uma vez que o personalismo passa a possuir maior poder que estabilidade institucional de um entendimento jurídico.

Voltando à obra de Marinoni, sua lista ainda trata da proteção ao princípio da igualdade, como fundamento para a obediência à lógica da *rule of precedent*. Toma-se a igualdade perante a lei e perante o Judiciário. Novamente, a máxima do *treat like cases*

---

<sup>343</sup> MATA-MACHADO, 1986, p. 248.

<sup>344</sup> *Apud op. cit.* p. 129.

<sup>345</sup> *Apud* WAMBIER, 2012, p. 33-34.

*alike* carrega uma poderosa lição, que se preocupa com a isonomia não só endoprocessualmente, mas vislumbrando situações análogas no futuro<sup>346</sup>. Trata-se de perspectiva que toma a decisão judicial como produto de todo o sistema de criação do Direito, sendo produto e referencial para todas as formas de resolução de disputas que precisam compreender determinado ordenamento regente do litígio.

Diante da pluralidade de sentidos que o texto legal assume, mormente em casos referentes a direitos fundamentais, normalmente positivados em cláusulas semanticamente abertas<sup>347</sup>, é fundamental que o agir do juízo, estatal ou arbitral, seja controlado não só sob o prisma procedimentalista, mas deixe-se embeber pelo substancialismo, no que concerne à prestação de uma tutela judicante igualitária. Tudo isso, para se evitar que o resultado do processo seja imprevisível, contraditório e que varie de acordo com as preferências pessoais do julgador. Se determinada ferramenta tem sua eficiência lapidada e sua validade monitorada apenas sob a ótica instrumental, em verdade, restará fadada à inutilidade, porquanto a qualidade de um meio só pode ser aferida à luz da efetividade da consecução de sua finalidade. Em suma, é inadmissível que, mesmo após um processo regular, sem vícios e com a devida paridade de armas, um adjudicador profira decisão em descompasso e em desafio àquela dada em caso de fatos essencialmente idênticos, sob pena de irracionalidade sistêmica, iniquidade e descredibilização do mecanismo judicante<sup>348</sup>.

Marinoni ainda apresenta em sua listagem<sup>349</sup> o fomento à coerência da ordem jurídica; o controle do poder e da imparcialidade do julgador; a inibição à arbitrariedade e ao personalismo; fatores estes que, combinados, garantem a estabilidade jurisprudencial, mesmo diante de juízes distintos ou meios diversos de resolução de controvérsias. O resultado último é a legitimação das autoridades aplicadoras das normas e do próprio Direito, assim como um incremento na pacificação social e ambiente institucional de relações jurídicas – públicas ou privadas.

Por trilha semelhante, Krebs<sup>350</sup> enxerga os precedentes como veículos da efetivação de direitos fundamentais. Com base na teoria de justificação da aplicação normativa de Klaus Günther, aquele doutrinador evidencia a impossibilidade de se realizar o simples manejo mecânico dos julgados de referência das cortes superiores. Defende que a aplicação serial de precedentes conduziria a injustiças, em lugar de

---

<sup>346</sup> MARINONI, 2010, p. 145.

<sup>347</sup> MARINONI, 2010, p. 151 e ss.

<sup>348</sup> MARINONI, 2010, p. 166 e ss.

<sup>349</sup> MARINONI, 2010, p. 1174 e ss.

<sup>350</sup> KREBS, 2015, p. 258-270.

integridade e igualdade, caso sejam inobservadas as individualidades de cada situação de fato. Sob esse prisma, sua obra passa a analisar o poder vinculativo dos julgados como um meio de afirmação dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, segurança jurídica, legalidade, acesso à justiça e duração razoável do processo, todos consagrados na Constituição brasileira.

Com a precisão advinda da especialização e do pioneirismo no tema, Abboud<sup>351</sup>, com fíncas em Alpa, traz, como funções do Direito Jurisprudencial, o esclarecimento dos textos normativos, a supressão de contradições na ordem jurídica e a adaptação do direito posto à evolução da realidade. A este leque, o referido processualista brasileiro acrescenta o controle de constitucionalidade, como um dos vetores de maior relevo da atividade jurisdicional moderna, a evidenciar, inclusive, a derrocada do modelo que compreendia as fontes do direito por meio de uma hierarquia estanque. Nesse norte, com base na obra de Gerhardt, Abboud colaciona percuciente apanhado de funções desempenhadas pelo precedente vinculante na atual dinâmica jurídica anglo-saxã. O precedente erige-se como principal vetor argumentativo e ferramenta utilizada no deslinde de controvérsias jurídicas; quer por sua vinculação, quer pelo efeito persuasivo, a decisão paradigma é fonte de coerência e isonomia na aplicação do direito; facilita o diálogo institucional entre os poderes, na medida em que os julgados delineiam com progressiva clareza o alcance das previsões constitucionais e legais; o histórico jurisprudencial de uma nação reflete e evolução de sua história jurídica e conforma sua consciência coletiva normativa; o *decisum* vinculante ainda é um aparato educativo e permite elucidar à população a compreensão pragmática de seus direitos; por fim, o esforço de uniformização e interpretação pelo Poder Judiciário, na tentativa de obter a convergência e harmonia de seus entendimentos, afigura-se como um processo de concretização de valores constitucionais.

Abboud<sup>352</sup> ainda revela que a instituição da *rule of precedent*, em suas diversas fases, é fruto da evolução histórica, de modo que a tradição do direito inglês lhe deu à luz e lhe gravou suas marcas definidoras, em um lento esforço de ourivesaria. Por isso, trata-se de um fenômeno que não pode ser reproduzido artificialmente, da noite para o dia, por meio de uma alteração legislativa. Tampouco seus efeitos serão os mesmos, acaso o arquétipo originalmente moldado tenha seu fim desvirtuado, na simples tentativa de se lidar com a litigância de massa. Em suma, a doutrina dos precedentes com força peremptória possui origem e finalidade particulares, de modo que sua leitura,

---

<sup>351</sup> ABBOUD, 2012, p. 504-505 e 518-530.

<sup>352</sup> *Idem*.

reconstrução e adaptação perpassam uma profunda compressão desses atributos, que não podem ser olvidados em momento algum de seu efetivo emprego. A utilização de uma simples “fantasia” de precedente, que não possua a mesma essência, está fadada à pecha de uma pantomina ineficiente.

Retomando a pena, defendemos que, dentro de uma Teoria Geral do Direito aplicável às tradições jurídicas herdeiras dos sistemas da Europa Ocidental, existe uma viga-mestra comum, que nasce dos mesmos referenciais filosóficos, sociológicos e jusfilosóficos, para se chegar a subsistemas compartilhados de Teorias da Decisão e Argumentação Jurídicas, onde se insere uma Teoria Geral do Precedente como um dos *topos* essenciais. Isso porque, esse lugar-argumentativo não é axiologicamente neutro, mas orientado à depuração material e qualitativa de significados linguísticos que passam a ostentar sentido jurídico – e, por isso, delimitar direito e deveres –, quando interpretados pela jurisdição.

Portanto, trata-se de uma ferramenta necessária e indissociável da compreensão do ordenamento jurídico em sua realização prática e concreta. Se ignorada, pode gerar aplicações em um vácuo epistemológico, que produzirão erros, injustiças e iniquidades. O precedente, portanto, é uma fonte do Direito e, como tal, não pode ser desconsiderada pelo julgador. Os subsistemas precisam ser conhecidos, para que se conheça o sistema inteiro. Especialmente, quando a abstração da lei precisa se corporificar na solução de demandas concretas assemelhadas, só haverá essa sistematicidade se exemplos análogos forem considerados. Do contrário, admite-se a franca possibilidade de que situações iguais sofram vereditos diferentes, em afronta às ideias de justiça e isonomia perante o Direito. Esses são os contornos e funções da Teoria Geral do Precedente que ora declinamos. Seu marco teórico não é apenas a processualística ou a *práxis* jurisdicional. As lentes propícias estão na Hermenêutica e na Lógica jurídicas<sup>353</sup>, especialmente em situações de impacto público e plurissubjetivo, em que os dilemas de isonomia se impõe com maior força, face às relações com entes estatais que carregam consigo a inafastabilidade de um regime constitucional<sup>354</sup>.

É uma das teses centrais deste trabalho apregoar que todo o exposto até então – notadamente, neste item 4.2 – aplica-se a qualquer forma de jurisdição que se embasa na tradição jurídica ocidental. Daí o atributo de teoria geral, passível de universalização, em

---

<sup>353</sup> Novamente, registramos nossa consciência no sentido da multiplicidade de teorias insertas nessas áreas do conhecimento. Todavia, o escopo deste trabalho não é derruir, aprofundar ou eleger as teorias jusfilosóficas mais acertadas, mas tão-somente demonstrar a importância de que o tema seja estudado, primeiramente, a partir de suas lentes, para, após, partir para o mergulho na dogmática e na prática;

<sup>354</sup> DERZI, 2009, p. 494-495 e BANDEIRA DE MELLO, 2025, p. 826.

qualquer cenário que compartilhe uma moldura epistêmica comum. Logo, em se tratando de arbitragens de direito, em que não haja ou não possa haver ressalvas convencionais acerca das fontes aplicáveis, de modo que seja eleito, genericamente, o direito de um Estado X, entendemos ser dever dos árbitros conhecer e aplicar esse ordenamento por inteiro e sistemicamente. Salvo se licitamente pactuado entre as partes, não podem os árbitros derrogar fontes jurígenas essenciais à compreensão e ao deslinde da querela.

A arbitragem é um subsistema jurídico de solução de conflitos e, dentro do macro ecossistema autopoietico, deve dialogar e interagir com os demais subsistemas, inclusive as teorias gerais e predicados universalizáveis<sup>355</sup>. Uma decisão arbitral não pode prescindir completamente dos precedentes judiciais que já tenham analisado a mesma questão fática e concluído por um determinado veredito, sob pena de ignorar o significado jurídico público<sup>356</sup> que é dado a um termo, regra ou disposições normativas.

Com efeito, nunca está a se falar em vinculação aos precedentes como obediência absoluta, mas de corolários de deontologia provenientes das Teorias da Decisão e Argumentação Jurídicas, sempre conservada a possibilidade de aplicação de todos os institutos de afastamento cabíveis – na forma dos itens 2.1 a 2.5, *supra*. De todo modo, somando-se este item aos capítulos 2 e 3, pode-se extrair que a dimensão de vinculação existente é de natureza eminentemente lógica, pela completa inadmissibilidade da incoerência e da iniquidade, em um sistema de Direito.

Ora, dentre as ordens humanas, é certo que o Direito se subordina à Lógica, uma vez que suas normas nada mais são do que composições textuais de sentido, em interrelações e interpretações que precisam ser harmonizadas no tempo. Observar o passado, portanto, sempre ilumina o presente, dentro de uma perspectiva da sociedade como um pacto intergeracional. Se a previsibilidade e a estabilização são almejadas para o futuro, as experiências e os resultados pregressos merecem consulta e respeito pelos adjudicadores de hoje. Terem sido adotados como solução correta pela tradição jurisdicional já os qualifica como paradigmas, sem necessidade de positivação de um rol ou tipo específico de precedente.

Assim, a vinculação de que cuida este trabalho está inserida em um campo deontológico jurídico meta-dogmático – como é próprio da genuína *rule of precedent* –, pois não previsto em uma norma específica aplicável às arbitragens. Ela decorre, enfim,

---

<sup>355</sup> Em texto lapidar e inovador sobre o tema, PARENTE (2012, p. 40-88) demonstra que, ainda que sob a rubrica de “subsistema”, em relação ao sistema jurídico como um todo, a arbitragem possui os atributos de fechamento operacional e abertura cognitiva que, com base na teoria de Luhmann, conferem-lhe contornos de identidade sistêmica própria;

<sup>356</sup> SCALIA. GARNER, 2012, p. 69-92.

da própria natureza do Direito, nas tradições ocidentais, razão pela qual, em meio a elas, ostenta a aptidão de universalização proposta neste estudo. Claro, quer por negligência ou renitência dos julgadores, quer por técnicas de fundamentação – de boa ou má qualidade –, o precedente poderá não ser observado. Todavia, o mesmo pode se dizer da lei, mas ninguém impugnaria seu caráter vinculante; isso porque, uma regra geral não deve ser extraída de um erro circunstancial.

Em arremate, buscando-se um recorte metodológico e temático que torne a pesquisa ciosa de seus limites, este trabalho afunilará ainda mais, conforme já anunciado. Falou-se da história do precedente; de seus institutos basilares no direito estrangeiro; fez-se uma digressão temporal acerca do direito jurisprudencial na tradição brasileira; examinou-se o vigente CPC/2015; nesse cenário, adentrou-se a temática da arbitragem, para, após, lançar o debate dentro das perspectivas da Teoria dos Sistemas, da Teoria da Decisão Judicial e da Teoria da Argumentação Jurídica. Por fim, o item vindouro fecha a dissertação e não cuidará da liberdade quase plena das arbitragens entre particulares, tampouco de arbitragens internacionais.

À procura de um objeto de estudo que permitisse testar, em “ambiente controlado” os postulados deste trabalho, prosseguiremos com a análise de arbitragens que tenham como uma das partes pessoa jurídica de direito público doméstico. Isso carrega as premissas de arbitragens de direito, regidas pelo ordenamento brasileiro e conformadas aos ditames constitucionais e legais. Tem-se, assim, um campo sistêmico inarredável que permitirá a investigação mais precisa das derivações teóricas ora formuladas. E, em se tratando de um sistema, espera-se, poderão ser observadas as implicações deste item 4.2 para essas arbitragens, trazendo, a reboque, os institutos discutidos nos itens 2.1 a 2.5 deste trabalho.

### **4.3. Uma visão constitucionalmente adequada dos precedentes jurisdicionais vinculantes, nas arbitragens com a Administração Pública**

Os capítulos até então desenvolvidos sedimentaram as premissas técnicas e balizas jurídicas, para que possamos fechar este trabalho. Entendida a história e os conceitos basilares da doutrina do precedente vinculante, inclusive no direito comparado; sua base teórico-filosófica; as funções de uma Teoria Geral do Precedente (i) como *topos* argumentativo de legitimação e controle material-qualitativo da jurisdição e (ii) como fonte de compreensão da sistematicidade do Direito, em prol de coerência, isonomia e segurança jurídica; e a forma como tem sido trabalhada pelo ordenamento e pela

dogmática nacional, até o CPC/2015, podemos volver o foco para o cerne do recorte temático da dissertação. A saber, as arbitragens que chamamos de possuidoras dimensão pública: aquelas envolvendo entes da Administração Pública, direta ou indireta, sujeitas à ordem constitucional e legal brasileira<sup>357</sup> – especialmente por força do art. 37, CRFB/1988<sup>358</sup> – e que, por isso, são regidas pela Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem)<sup>359</sup>, são arbitragens de direito, impassíveis de sigilo e afetas ao interesse público.

O ponto é controverso pois evidencia uma tensão possível entre regimes jurídicos essencialmente distintos<sup>360</sup>. Por um lado, a arbitragem se consolida como um exemplo lumiar do que pode alcançar a autonomia privada, mesmo em cenários de beligerância entre contratantes, excluindo-se a jurisdição estatal da solução do conflito para se buscar soluções especializadas, reservadas e céleres; por outro lado, há a imanência do regime jurídico de Direito Público, que se impõe toda vez que a Administração Pública, de alguma forma, tem sua esfera jurídica coligada à de particulares, face à preponderância do interesse público. Contratar e litigar contra um ente público, em suma, é como uma compra de “porteira fechada”, pois, em regra, ele carrega consigo seu próprio sistema jurídico inarredável e indisponível – ainda que um processo específico cuide de prestações patrimoniais disponíveis.

---

<sup>357</sup> Aqui, uma distinção faz-se necessária, a nortear todo este tópico. Uma coisa é a possibilidade da eleição da lei aplicável, como regra de direito material para se dirimir o conflito submetido à arbitragem. Quanto a isso, a Lei nº 9.307/1996 não trouxe qualquer limitação para os entes públicos. Todavia, o citado diploma é subordinado à CRFB/1988 e com ela deve guardar consonância. Logo, defendemos que apesar de a Administração Pública possuir direitos patrimoniais disponíveis e poder contratar, inclusive com eleição de lei material estrangeira, seu regime jurídico *ratione personae* não é disponível e nem derogável. Assim, quaisquer atos jurídicos a que uma pessoa jurídica de direito público brasileira esteja submetido deve ser analisado sob a lente da harmonia constitucional.

<sup>358</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

<sup>359</sup> Art. 1º [...]

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

<sup>360</sup> Para todo o parágrafo e para uma análise das peculiaridades das arbitragens envolvendo a Administração Pública, cf. ALENCAR, 2025.

Nota-se, destarte, que conflitos unguídos pela natureza acima descrita reclamam regramento distinto daqueles sujeitos à completa liberalidade convencional de particulares contraentes em litígio. Malgrado deva-se preservar a autonomia dogmática do processo arbitral, não o equiparando ao processo judicial, a vinda do arcabouço de Direito Público traz consequências inarredáveis que devem ser levadas em consideração, mesmo pela jurisdição privada. Assim, a arbitragem precisa ser ainda “menos diferente”, pois restrita sua principal particularidade – a saber, a possibilidade plena de pactuação acerca da lei aplicável e do procedimento da contenda. Antes, porém, de se aplicar as bases jusfilosóficas do item 4.2, é necessária uma breve digressão normativa e dogmática, acerca desse citado regime jurídico das arbitragens envolvendo entes públicos, no Brasil<sup>361</sup>.

A Lei de Arbitragem surge contemporaneamente ao momento em que era engendrada uma ampla reforma administrativa do Estado brasileiro, que buscou privatizações, abertura ao mercado internacional, eficiência de gestão, responsabilidade fiscal e modernização regulatória. Nesse panorama, além do referido diploma legal, outras leis iniciam o oferecimento de ferramentas para solução de controvérsias por vias alternativas ao Poder Judiciário, como, por exemplo, a lei criadora da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a lei criadora da Agência Nacional do Petróleo (ANP)<sup>362</sup>. Vê-se, pois, uma tensão na aproximação de regimes jurídicos, na medida em que a Administração passa a utilizar técnicas de regulação por agências, delegações e parcerias, sobre vínculos jurídicos com particulares, na prestação de serviços e atividades tradicionalmente reservadas ao Estado<sup>363</sup>.

Nessa esteira, sob o signo do princípio da legalidade positiva, surgiram controvérsias acerca da aplicação da arbitragem em contratos em que a Administração fosse parte, assim como o debate acerca da necessidade de uma lei específica, para cada

---

<sup>361</sup> Carmona rememora que os debates acerca do envolvimento do Estado em arbitragens, no Brasil, são inaugurados com o chamado “Caso Lage”. Nele, o STF reconheceu a possibilidade de que a União se socorresse da via arbitral, quando a matéria em questão pudesse ser objeto de transação, em razão de o Estado não se revestir de sua “condição de entidade pública” (atuando com verticalidade), praticando atos de “natureza privada em uma relação jurídica negocial” (atuação horizontal). (CARMONA. 2009, p. 45);

<sup>362</sup> Ao disciplinar a permissão pública como modalidade para a prestação de serviços de telecomunicações, a Lei nº 9.472/1997 inovou ao possibilitar que a resolução de disputas oriundas da referida delegação fossem dirimidas extrajudicialmente: “Art. 120 - A permissão será formalizada mediante assinatura de termo, que indicará: [...] X - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências.” Já a Lei nº 9.478/1997, ao criar a ANP, previu expressamente como cláusula essencial do contrato a arbitragem como meio de solução de disputas: “Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: [...] X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional”.

<sup>363</sup> Para todo o parágrafo, cf. MELLO, 2015, p. 3-5.

pessoa jurídica de direito público, para além de uma lei geral propiciadora da arbitragem aos entes estatais. Parte da doutrina, ainda entendia que o condicionamento do uso da arbitragem ao escopo de direitos patrimoniais disponíveis a tornaria incompatível com a lógica da indisponibilidade do interesse público. A premissa é de que todo interesse estatal é, por definição, indisponível<sup>364</sup>.

Essa perspectiva, porém, está superada na dogmática, consoante afirma Carmona<sup>365</sup>:

O que se disse amplamente sobre o Estado vale, é evidente, para suas autarquias: nada impediria que o Banco Central do Brasil submetesse à decisão arbitral uma questão envolvendo prestação de serviços na área de computação, nada impediria que a Casa da Moeda submetesse ao crivo de árbitros causa que envolvesse fornecimento de metal para cunhagem de moedas; nada impediria que o Instituto Nacional de Previdência Social submetesse ao juízo arbitral pleito indenizatório ligado a danos causados por descumprimento de contrato de empreitada. Como se vê, uma autarquia poderá perfeitamente firmar um contrato (de prestação de serviços, de fornecimento ou de empreitada) onde exista cláusula arbitral [...]. Da mesma forma, pode ser validamente firmado um compromisso arbitral, submetendo a árbitros uma dada controvérsia presente.

O reconhecimento da possibilidade de ampla utilização da arbitragem pela Administração Pública firmou-se, inclusive, na seara judicial<sup>366</sup>, pois consolidou-se o entendimento segundo o qual a indisponibilidade do interesse público não impede que pessoas jurídicas de Direito Público sejam titulares de direitos patrimoniais disponíveis<sup>367</sup>. O tema foi sepultado pela edição de uma disposição geral de autorização legislativa, na reforma da Lei de Arbitragem, por meio da Lei nº 13.129/2015<sup>368</sup> seguida na Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021<sup>369</sup>).

<sup>364</sup> Para todo o parágrafo, cf. BARROSO, 2003, p. 415-439.

<sup>365</sup> CARMONA. 2009, p. 47.

<sup>366</sup> “Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.” (STJ. REsp nº 904.813/PR. Rel. Min. Nancy ANDRIGHI. julgamento em 20/10/2011).

<sup>367</sup> CARMONA. 2009, p. 45-52.

<sup>368</sup> Art. 1º. [...] § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

<sup>369</sup> Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no **caput** deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Apesar de o entendimento acima consignado, sobre a possibilidade de os entes públicos submeterem seus conflitos à arbitragem já ser admitido pela doutrina e pela jurisprudência há tempos, o Tribunal de Contas da União vinha resistindo frontalmente a essa hipótese<sup>370</sup>. Por exemplo, no âmbito do acórdão nº 584/03, proferido por sua 2ª Câmara, o TCU considerou que o serviço prestado por concessionária da área de energia elétrica, objeto do contrato analisado, não poderia ser considerado “direito disponível”, pois visava ao atendimento da população<sup>371</sup>.

Com base nisso, determinou a realização de aditivo contratual com a exclusão da cláusula compromissória<sup>372</sup>. Carmona, reproduzindo a análise de Eros Roberto Grau, entende que essa resistência provinha de um “preconceito” associado ao “erro comum de associar a ideia da indisponibilidade a tudo o que diga respeito, direta ou indiretamente, ao Estado”<sup>373</sup>. Com o advento da citada Lei nº 13.129/2015, a posição do TCU perdeu esteio argumentativo. Mais que isso, a corte de contas estruturou experiência exitosa em matéria de meios alternativos de solução de conflitos e criou a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SECEX Consenso)<sup>374</sup>.

Sob esse prisma, considera-se que a Administração Pública, em aspecto subjetivo, é a mera conflagração material, em termos de recursos humanos e patrimoniais, voltados para a realização de sua função típica, consubstanciada na atividade administrativa em prol do interesse público. Isso implica, portanto, a utilização de poderes de disposição diversos, como a celebração de contratos, a negociação de cláusulas, a distribuição de encargos, bem como a criação, alteração e extinção de obrigações diversas. Esses atos típicos pressupõem, necessariamente, a existência de direitos patrimoniais disponíveis, pois nem sempre o Estado se relaciona com os particulares por meio de seu *ius imperii*. Dizendo de outro modo, o poder de dispor constitui um dos elementos mais essenciais da atividade administrativa, sem o qual seu funcionamento seria engessado e sua finalidade, despojada. Logo, seria um contrassenso dizer que tais direitos são disponíveis para fins contratuais, mas indisponíveis para fins de escolha do modelo de solução de litígios<sup>375</sup>. A

---

<sup>370</sup> CARMONA, 2009, p. 49.

<sup>371</sup> CASTRO, 2008, p. 60-61.

<sup>372</sup> Conforme determinação do voto do Ministro Relator: “[...] celebre termo aditivo aos contratos firmados com os produtores independentes de energia [...], no sentido de excluir, nos termos do art. 58, inciso I da Lei nº 8.666/93, as cláusulas nºs 47 e 67 que tratam, respectivamente, de arbitragem e confidencialidade.” (TCU. Acórdão n. 584/03 – 2ª Câmara. Rel. Min. Ubiratan AGUIAR. Julgamento em 28/04/2003).

<sup>373</sup> GRAU, 2002, p. 50, *Apud* CARMONA, 2009, p. 49.

<sup>374</sup> “Com a consolidação da legalidade das cláusulas arbitrais envolvendo a administração pública — e a eficácia, nas arbitragens, das equipes da Advocacia-Geral da União que defendem os interesses do Estado e das autarquias frente às empresas — houve um movimento de levar esses litígios à Secex, mais barata e que tem como finalidade buscar um acordo entre as partes.” (TAJRA, 2024).

<sup>375</sup> Para todo o parágrafo, cf. MELLO, 2015, p. 55-62.

questão é apenas aferir e garantir a aderência do meio de resolução de disputas ao regime jurídico constitucional e legal imposto, inarredavelmente, à Administração.

Feito esse panorama histórico, conceitual e legal, acerca da possibilidade de submissão à arbitragem de conflitos em que entes da Administração Pública sejam parte, adentremos a temática dos precedentes vinculantes no seio dessas arbitragens<sup>376</sup>.

De início, reiteramos que, sendo a Administração Pública parte do processo arbitral, é indene de dúvidas a aplicação do regime constitucional ao caso, pela força do já citado art. 37, CRFB/1988<sup>377</sup>. Ato contínuo, todos os princípios processuais constitucionais devem ser respeitados nesses procedimentos, o que implica a incidência de uma cláusula geral de *due process*. Esse postulado abrange o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do julgador, o resguardo de seu livre convencimento (motivado) e a igualdade entre as partes. Essa igualdade não deve ser lida apenas como a paridade de armas, mas com a igualdade substancial perante a Lei. Tudo isso se insere no que Cremasco chama de um “modelo constitucional de arbitragem”<sup>378</sup>. Interessante observar que esses princípios processuais são inequivocamente de observância obrigatória, nas arbitragens em geral, com fincas nas previsões especiais dos arts. 22, §2º e 32, VIII, ambos da Lei nº 9.302/1996<sup>379</sup>.

À luz de todo o explanado, é seguro concluir que o princípio da igualdade é postulado fundamental de regularidade do procedimento arbitral. Imbuído de visão consentânea, Abboud e Gavazzoni apregoam que o contrato administrativo é negócio jurídico celebrado sob os “guarda-chuvas” da legislação ordinária e das normas constitucionais, razão pela qual a convenção arbitral firmada por ente público sempre lhes deve conformidade:

---

<sup>376</sup> Para fins do presente trabalho, entendemos que a arbitragem, por ser jurisdição plena, na forma dos arts. 18 e 31 da Lei nº 9.307/1996, deve ser vista como “fase processual”, para fins do quanto sustenta OLIVEIRA, 2019, p. 176 e ss. Isto é, ainda que extrajudicial, não se trata de uma forma de processo administrativo, interno aos entes públicos, tampouco algo referente ao poder-dever de autotutela estatal. Cuida-se, *tout court*, de técnica heterocompositiva, em que o ente público é apenas uma das partes da contenda, e não um Poder da República. Logo, curva-se às regras que governam a atuação da jurisdição. Dentre elas, sustentamos, a vinculação lógico-hermenêutica aos precedentes vinculantes autênticos.

<sup>377</sup> Aqui, ainda fazemos coro à compreensão defendida por ABBOUD, 2024, cap. 1 [livro eletrônico], no sentido de a arbitragem dever ser encarada como um meio de autorregulação, mas constitucionalmente regulado. Na citada obra, o autor vai lançar luzes de Direito Público sobre os institutos arbitrais, a fim de estatuir para eles uma interpretação conforme a Constituição. Nossa concordância limita-se àquelas arbitragens em que a Administração Pública nacional é parte, devendo ser preservada a plena liberdade contratual, nos procedimentos em que todas as partes forem privadas.

<sup>378</sup> CREMASCO, 2023, p. 61.

<sup>379</sup> Art. 22. [...] § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se: [...]

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta lei.

O árbitro – juiz de fato e de Direito para o procedimento – encontra-se igualmente debaixo da jurisdição constitucional [...]. Se mesmo o mais comezinho ato do poder público pode ser contestado, via ADPF, no STF, não nos parece existir razão para imunizar a arbitragem do controle constitucional que significa, antes de tudo, controle às luzes das decisões políticas fundamentais de um Estado.

[...]

Daí nossa afirmação de que defender o *isolamento* arbitral é deslegitimar a arbitragem de forma a caricaturizá-la, imunizando-a de uma das mais prementes atuações do direito contemporâneo, que é a de garantir, estimular, e organizar espaços de auto-organização.

A autonomia (equivocadamente compreendida como isolamento) arbitral é, diante disso, sempre *relativa*, porque a ordem normativa maior emana da Constituição Federal, por conseguinte, de sua jurisdição constitucional.

[...]

Considerar constitucional a ressalva expressa de que provimentos vinculantes *não serão aplicados* importa em colocar a convenção arbitral acima da própria Constituição, já que permite ao árbitro chegar a uma palavra final a respeito das normas constitucionais que seja diversa daquela dada pelo Supremo Tribunal Federal, gerando um risco sistêmico [...].

Mostrando como a colheita das fontes do Direito disponíveis aos árbitros é uma questão de integração sistêmica de todo o ordenamento nacional e, por isso, toca a jurisdição constitucional, Vaughn e Rocha<sup>380</sup>, comentando o controle concentrado, concluem que “[q]uando uma lei é declarada inconstitucional, ela é removida do ordenamento jurídico brasileiro, o que impossibilita que os árbitros a invoquem para fundamentar suas decisões.”. Pelo exposto, a presença do Estado no procedimento pode modular até mesmo o arcabouço jurídico passível de pactuação e aplicação, além de guiar a interpretação dessas normas:

Isso porque, sendo o árbitro juiz de fato e de direito e sendo as sentenças arbitrais equiparáveis à sentença judicial, feriria a noção de integridade do direito e isonomia permitir que, ao passo que estas devam obedecer ao quanto decidido em sede de controle concentrado de constitucionalidade, aquelas não.

[...]

Não há dúvidas de que a arbitragem deva se submeter às normas constitucionais. Prova maior disso é que, no Brasil, a prática da arbitragem dependeu de pronunciamento favorável do Plenário do STF quanto à constitucionalidade do instituto e da Lei de Arbitragem.

Ora, se o instituto da arbitragem teve de ser considerado constitucional (i.e., sua compatibilidade com os dispositivos e garantias constitucionais), seria contraditório se assumir que os árbitros não devem observar a Constituição (ou a última palavra dada sobre ela, pelo STF) ao exercer sua atividade jurisdicional.

Até porque a arbitragem, enquanto instituto, tem seu fundamento de validade na Constituição. [...]

Em outras palavras, a arbitragem nasce na Constituição. A própria jurisdição arbitral, *pari passu* à estatal, tem seu nascedouro no texto constitucional, na medida em que não há como se conceber o exercício de atividade jurisdicional que possa ser feito sem, muito menos contra a Constituição<sup>381</sup>.

<sup>380</sup> 2023, p. 300.

<sup>381</sup> MALUF, FLEURY, 2023, p. 224-225.

Esse é, destarte, o fundamento normativo da perspectiva teórica, filosófica e hermenêutica desenvolvida no item 4.2, *supra* e que entendemos ser a mais acertada para se apreciar o tema do autêntico precedente. Uma vez mais, não é em razão do rol do art. 927, CPC/2015, que devemos pensar a vinculação; mas, antes, como uma decorrência da compreensão do sistema imposto pelo dito “modelo constitucionalmente adequado de arbitragem”, que espraia seus primados de lógica, coerência, isonomia, proteção da confiança e segurança jurídica, para qualquer atividade jurisdicional a que a Administração Pública se submeta, trazendo esse ecossistema jurídico<sup>382</sup>. A presença de um ente público fulmina a ideia do isolacionismo arbitral, de modo a inserir o procedimento dentro do sistema autopoietico do direito constitucional processual brasileiro. Em decorrência, aplica-se tudo quanto exposto no item 4.2, *supra*.

Por essa razão, entendemos que a coisa julgada *erga omnes* e a súmula vinculante previstas, respectivamente, nos arts. 102, §2º e 103-A, ambos da CRFB/1988<sup>383</sup>, conquanto inquestionavelmente vinculantes<sup>384</sup>, também não oferecem o enfoque adequado, pois, conforme demonstrado no item 3.2, *supra*, são institutos de natureza diversa daquela do genuíno *binding precedent* dissecado no capítulo 2, *supra*. De todo modo, necessário observa que, caso sobrevenha sentença arbitral em dissonância com

---

<sup>382</sup> MACHADO. SILVA NETO, 2023, p. 178.

<sup>383</sup> Art. 102. [...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à **administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>384</sup> Sobre a vinculação dos árbitros às decisões provenientes da jurisdição constitucional, cf. contundente argumentação de OLIVEIRA, 2023, cap. 3 [livro eletrônico]. O autor demonstra que a singularidade procedimental da arbitragem não afasta a necessidade de exame dos precedentes qualificados que trazem determinações de direito material. Ainda, enfrenta questão que também discutimos no item 4.1, para concluir pela impossibilidade de se compreender a arbitragem como um sistema insular e paraestatal. Defende que os fatos de o Brasil se filiar à tradição do *Civil Law* e de ter adotado um modelo de julgados vinculantes ordenado à solução de conflitos repetitivos e à gestão de acervos processuais massivos não afastam a necessidade de observância dos primados constitucionais da isonomia e da segurança jurídica, na atividade decisória de qualquer natureza. Por fim, demonstra que a irrecorribilidade das sentenças arbitrais não gera como conclusão lógica a desvinculação do painel às decisões judiciais pretéritas, por se tratar apenas de uma opção do legislador por um modelo de instância única e com controle judicial reduzido, não de uma determinação sobre as fontes do Direito aplicáveis. Se eleita a lei brasileira para o caso, acompanhamos a posição sumarizada, no sentido de os julgados proferidos em sede de controle de constitucionalidade concentrado e as súmulas vinculantes serem de aplicação obrigatória para os árbitros, no que toca ao direito material – mais ainda, se a Administração Pública for parte da querela, cenário em que a jurisdição constitucional não pode ser reputada como parte disponível de um contrato público (cf., no mesmo sentido, ABOUD. GAVAZZONI, 2023, p. 261).

esses provimentos judiciais, entendemos que ela será ineficaz perante o ente público afetado. Ora, a existência da decisão é inequívoca, assim como sua nulidade não pode ser sustentada, dentro das balizas do art. 32 da Lei de Arbitragem.

Portanto, se observada apenas o citado diploma arbitral, a solução desse dilema precisaria residir no restante campo da eficácia. Por isso, defendemos que a Administração deve recusar a observância voluntária e a satisfação da obrigação e, em caso de cumprimento de sentença arbitral, deve o magistrado estatal declarar a inexigibilidade da prestação<sup>385</sup>, na forma dos arts. 525, §12 e 535, §5º, ambos do CPC/2015<sup>386</sup>. Outrossim, o ente público pode ventilar essa tese, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, em aplicação analógica ao art. 33, §3º, Lei nº 9.307/1996<sup>387</sup>. Sobre a possibilidade de a Administração valer-se de controle judicial ativo, debateremos ao final deste capítulo.

Volvendo o exame ao genuíno *binding precedent*, entendemos que os ângulos corretos para se enfrentar a questão posta são aqueles referentes às fontes e à fundamentação da decisão jurisdicional, estatal ou privada, nos termos edificados no item 4.1, *supra*. Nessa ordem de ideias, a motivação, como arguimos no item 4.2, *supra*, deve garantir, no exame das fontes jurígenas, harmonização e coerência entre o provimento concreto e o sistema jurídico em que essa decisão será inserida, por meio do exame à experiência hermenêutica pretérita e com o fito de garantir resultados lógicos, estáveis e isonômicos<sup>388</sup>.

Mais do que um reforço teórico, segundo demonstrado acima, neste próprio item 4.3, está-se diante de um dever dos árbitros, positivado nas normas constitucionais e legais do direito brasileiro. Não nas normas que preveem figuras vinculantes de direito jurisprudencial, mas como uma derivação incontestada dos primados constitucionais de segurança jurídica e igualdade material perante a Lei. Tudo isso nos permite estudar os

---

<sup>385</sup> CREMASCO, 2023, p. 60-61.

<sup>386</sup> Art. 525. [...] §12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Art. 535. [...] § 5º. Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

<sup>387</sup> Art. 33. [...] § 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial. (Redação dada pela Lei nº 13.105, de 2015)

<sup>388</sup> BELLOCCHI, 2017, p. 164-167.

precedentes não à luz do aludido art. 927, CPC/2025, mas sob a perspectiva conceitual e dos institutos ventilados nos capítulos 2 e 4.2, *supra* – isto é, à luz da já explanada Teoria Geral do Precedente e não das regras do processo judiciário previsto no diploma processual. Segue-se, pois, o pináculo da contribuição proposita deste trabalho.

Em consequência do acima ponderado, defendemos que, nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, as premissas sistêmicas fulcradas na CRFB/1988 impõem um dever de observância a todas as fontes jurígenas pertinentes, à integridade decisória e à coerência isonômica. Isto é, ainda que proferida por um tribunal privado, por ser aplicável a um agente estatal, não se pode tolerar uma sentença arbitral que fira o regime jurídico de Direito Constitucional Público, que é o próprio condicionante e autorizador da presença da Administração no procedimento. Por um critério *ratione personae*, cria-se um verdadeiro filtro dos resultados juridicamente possíveis.

Por isso, assim como na jurisdição estatal, não se pode tolerar que dois particulares distintos sofram consequências jurídicas diversas, se estiverem em relações com elementos fáticos idênticos com o mesmo ente estatal. Da mesma forma, agride a espinha dorsal federativa prevista na Constituição, que situações absolutamente idênticas e regidas pelas mesmas leis recebam tratamento diferenciado, apenas porque delineadas entre sujeitos federados distintos. O Estado Brasileiro, em seus Três Poderes e três níveis federados, está limitado pela primeira garantia fundamental insculpida no art. 5º, CRFB/1988, qual seja, a igualdade perante a Lei e o Direito<sup>389</sup>.

E, devendo ser públicos os procedimentos envolvendo a Administração, não há qualquer obstáculo em se arguir a aplicação de precedentes arbitrais, com o mesmo grau de aplicabilidade dos judiciários<sup>390</sup>. O Direito é uma das formas de resistência humana à entropia e o envolvimento das pessoas estatais no tema agudiza e escancara essa vocação.

Enfim, *qualquer solução de caso pregressa* cuja qualidade material de suas razões de decidir sejam essenciais ao desate da lide arbitral, por constituir um precedente galgado em fatos e teses jurídicas análogas, devem ser consideradas *logicamente vinculantes* (item 4.2, *supra*), pelo painel, e constar de sua fundamentação sentencial. A consideração e o debate com precedente, enfim, é *standard* da adesão sistêmica da motivação arbitral. Tudo isso torna operáveis, pois, os conceitos e institutos explanados no capítulo 2, *supra*,

---

<sup>389</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”.

<sup>390</sup> Aqui, divergimos de PINHO. MAZZOLA, 2019, p. 19, por entendermos que a ausência de um repositório oficial de sentenças arbitrais não constitui obstáculo à aplicação de precedentes arbitrais. Não há relação de causa e efeito na tese, bastando que a existência do precedente seja demonstrada pela parte que o aduz – o que é facilitado pela dimensão pública dos procedimentos envolvendo entes estatais;

referente a um autêntico sistema de precedentes. Nesse passo, secundamos a posição de Cremasco, ao propugnar que os árbitros estão autorizados a fazer distinção e afastamento de precedentes vinculantes, se respeitarem aprofundado ônus de argumentação; conquanto não possam reformar e revogar os paradigmas<sup>391</sup>

As arbitragens com a Administração Pública, em suma, permitem um ambiente alheio à miscelânea do art. 927, CPC/2015 e muito mais assemelhado à dinâmica do típico *stare decisis*, pois há identidade de fundamentos: o sistema se estrutura em prol da estabilidade decisória e segurança jurídica. É dizer, não se foca na determinação de um artigo normativo, mas um dever jurídico e moral universalizável na tradição ocidental, de licitude, sistematicidade, igualdade e justiça, entre os aplicadores do Direito.

Como assunto final deste capítulo e do próprio trabalho, abordaremos a seguinte questão: qual a consequência jurídica do não atendimento do ônus de fundamentação acerca dessa vinculação lógico-sistêmica-constitucional?

A doutrina majoritária<sup>392</sup>, leciona no sentido do não cabimento de ação anulatória ou reclamação constitucional. Argumenta-se que o rol de nulidades do art. 32 da Lei nº 9.307/1996 sequer contempla a possibilidade de controle judicial por inobservância à própria lei – quanto menos ao precedente –, pelo que não haveria que se falar no cabimento de qualquer remédio judiciário. Eis a dicção da Lei de Arbitragem sobre a matéria:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.  
§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

[...]

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

[...]

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

[...]

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nula a convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

~~V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;~~ (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015)

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

<sup>391</sup> 2023, p. 210-211.

<sup>392</sup> Referimo-nos à revisão bibliográfica magistral feita sobre o tema em CREMASCO, 2023, p. 247-258.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 4º A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

[...]

Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que: (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

[...]

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Por certo, acaso se entenda que o rol do citado art. 32 é *numerus clausus*, o debate se encerraria para ação anulatória do art. 33. Todavia, parte da doutrina indaga acerca do crivo da ordem pública, assentada nos arts. 2º, §1º e 39, II, acima coligidos. Em texto de referência sobre o instituto, o ministro aposentado do STJ, Ruy Rosado de Aguiar Júnior<sup>393</sup>, compulsa das doutrinas nacional e estrangeira e, após constatar a natureza de cláusula aberta do conceito, oferece algumas definições clássicas e relevantes:

24. Ao tratar do conceito de leis de ordem pública, Clóvis BEVILAQUA definiu: “[...] são as que, em um Estado, estabelecem os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito”. Ao que acrescentou SERPA LOPES: “O seu característico principal é a inderrogabilidade: não pode ser afastada pela vontade do interessado”.

No direito material, são arroladas como sendo de ordem pública as leis sobre a cidadania, o direito de família, os direitos da coletividade, as leis fiscais, o Código de Defesa do Consumidor, etc.

25. STRENGER, ao distinguir ordem pública interna de ordem pública internacional, explicou:

Uma lei é de ordem pública interna sempre que o acordo entre as partes não pode afastar suas consequências; sempre que estas são inarredáveis ainda que as partes diretamente interessadas no litígio o desejem.

MAXIMILIANO, na sua obra clássica, acentuou a importância do interesse público para a compreensão do tema:

A distinção entre prescrições de ordem pública e de ordem privada consiste no seguinte: entre as primeiras, o interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o fim principal do

<sup>393</sup> 2019, p. 203-204.

preceito obrigatório; é evidente que apenas de modo indireto a norma aproveita aos cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no do indivíduo; e quando o preceito é de ordem privada sucede o contrário: só indiretamente serve o interesse público, à sociedade considerada em seu conjunto; a proteção do indivíduo constitui o objetivo primordial. Os limites de uma e de outra espécie têm algo de impreciso [...]. Consideram-se de ordem pública as disposições que se enquadram nos domínios do Direito Público; entram, portanto, naquela categoria as constitucionais, as administrativas, as penais, as processuais, as de polícia e segurança, e as de organização judiciária.

Com base nessas premissas, conclui o ministro que:

Resta examinar a questão da ordem pública e a sentença proferida no Brasil, uma vez que as hipóteses de sua anulação, previstas no art. 32, não contemplam a ordem pública.

Mas, embora essa omissão, a regra do art. 2º, § 1º, proíbe às partes escolherem regras de direito que violem a ordem pública.

Tal dispositivo não autoriza a ação do art. 32 quando houver violação à lei, nem quando constatado o descumprimento de precedente.

Porém, quando a sentença viola lei de conteúdo de ordem pública, ou quando o precedente consiste em enunciado de ordem pública, parece caso de anulação, não com base no disposto no art. 32, mas no art. 2º, § 1º. Não porque desatenda à lei ou ao precedente, mas porque viola a ordem pública.

Portanto, excluídos os precedentes vinculantes do STF, que são imperativos a todos por disposição constitucional, os demais precedentes em princípio não vinculam o árbitro. Só o serão quando a sentença desconhecer ou contrariar o preceito de ordem pública que o precedente eventualmente expressar.<sup>394</sup>

Em contraposição, Pinho e Mazzola<sup>395</sup> defendem uma postura de intervenção judicial mínima nas arbitragens com a Administração. Prostrando-se no sentido da plena liberdade de pactuação das partes, acerca das fontes jurídicas aplicáveis ao caso, e debruçando-se também sobre a noção de ordem pública, são categóricos:

Até porque, se o sistema não prevê o cabimento de ação anulatória em caso de má interpretação da lei, também não deve caber em caso de “desrespeito” ao precedente judicial (caso contrário, dar-se-ia maior importância ao precedente do que à lei).

Talamini<sup>396</sup>, discutindo precisamente a correlação entre fundamentação da sentença arbitral e fontes do Direito aplicáveis pelo tribunal, igualmente mantém a posição dos arbitralistas mais tradicionais. Postula que, para fins do sistema arbitral brasileiro, as próprias hipóteses do art. 32 delimitam o que seria ordem pública. Em suma, seriam as matérias atinentes à existência e à validade da convenção arbitral e ao devido processo legal:

<sup>394</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>395</sup> 2019, p. 25.

<sup>396</sup> 2023, p. 191-192.

A "ordem pública" relevante para o controle judicial da arbitragem se exaure nas hipóteses de invalidade da sentença arbitral previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem. O *error in iudicando* arbitral não é judicialmente controlável. Não existe a hipótese de anulação da sentença arbitral por manifesta violação ao direito, na solução do mérito – diferentemente do que se passa no *Common Law*. Logo, não cabe impugnação judicial da sentença arbitral para atacar a não aplicação de precedente ou orientação jurisprudencial na solução dada pelos árbitros ao mérito da causa. Apenas são controláveis judicialmente defeitos da sentença arbitral atinentes à existência, validade e eficácia da convenção arbitral e ao respeito ao devido processo legal. O argumento de que a violação ao precedente violaria a convenção arbitral que previu arbitragem de direito (e não por equidade) *prova demais*: conduziria à conclusão de que toda sentença arbitral incorreta quanto à solução de mérito seria controlável e anulável pelo Judiciário. E não é assim. Nem mesmo o manifesto erro na solução dada ao mérito da causa é impugnável judicialmente. Os limites de controle judicial da arbitragem são dados pelo art. 32 da Lei de Arbitragem, em rol exaustivo. O STF reputa constitucional essa limitação. Isso não é diferente do que acontece em qualquer outro caso de má aplicação do direito pelo árbitro na solução dada ao mérito da causa. Seria paradoxal conferir um instrumento de controle da inobservância do precedente se nem mesmo há mecanismo de controle de violação direta da lei, que é fonte jurídica principal. Se, ao resolver o mérito do conflito, p. ex., o árbitro equivocadamente aplica lei revogada ou confere a determinada disposição legal interpretação errada, de que ninguém jamais cogitou (a ponto de a questão nem mesmo ter merecido qualquer discussão e consolidação jurisprudencial), esse erro não é judicialmente controlável.

Acompanhamos em parte a posição de Talamini, para a hipótese de fundamentação deficiente sobre um julgado vinculante ou de total desconsideração de *binding precedent* – tanto no sentido empregado neste estudo, quanto para fins até mesmo dos provimentos qualificados do art. 927, CPC/2015. A regra deve ser protetiva do veredito arbitral, em respeito à autonomia privada e contratual das partes. Sempre que esta, claro, for o valor jurídico máximo em jogo.

Quando não o for, é a legislação ordinária que deve ser lida à luz da Constituição e não o contrário. Por tudo quanto defendemos acerca do primado da ordem constitucional, nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, sustentamos que, onde a CRFB/1988 prevê solução diversa para sua autodefesa, a hierarquia normativa deve preponderar. Até porque, o fundamento da vinculação que ora sustentamos, repise-se, não é uma disposição do CPC/2015 específica, mas sim a lógica do sistema constitucional brasileiro – este aplicável a todas as formas de processo, especialmente aqueles em que é parte algum ente estatal. Por essa mesma razão, ainda asseveramos que não é a eventual impossibilidade de controle judiciário o critério causal para se aferir referida força vinculante, mas sim o quanto exposto no item 4.2, *supra*.

Nesse diapasão, ainda que a reforma de 2015 (Lei nº 13.105) da Lei de Arbitragem não tenha adequado o diploma de 1996 aos mecanismos da jurisdição constitucional disciplinados pela EC nº 45/2004, propomos o seguinte: se a Administração está inarredavelmente vinculada às súmulas vinculantes e às decisões em sede de controle de

constitucionalidade difuso, está-se diante de uma dimensão inderrogável e indisponível de seu regime jurídico<sup>397</sup>. O que impõe a necessidade de um remédio jurídico para corrigir violação que não pode subsistir<sup>398</sup>, por ofensa à ordem pública, conforme as lições de Beviláqua, Serpa Lopes e Maximiliano trazidas por Aguiar Júnior<sup>399</sup>.

Ora, *verba cum effectu sunt accipienda* – a lei não possui palavras desnecessárias e sua interpretação deve conceder eficácia a todas elas, evitando-se a “letra morta”. Portanto, mais uma vez, a presença de pessoa jurídica de Direito Público curva a lógica privatista do campo arbitral, ao ecossistema constitucional, de sorte que o conceito de “ordem pública” presente na Lei de Arbitragem não pode se tornar ornamental ou ser deformado, por mera redução às hipóteses do art. 32. Obviamente, o termo precisa ser interpretado conforme sua definição tradicional<sup>400</sup>, para proteger, no mínimo, a cogência das normas de cariz constitucional – e sua respectiva interpretação judiciária vinculante. Do contrário, além da absurda inversão de se dar interpretação à Constituição conforme à Lei de Arbitragem, ignorar-se-ia o sentido que toma a expressão legal “ordem pública”, quando se refere a figuras administrativas.

Não é necessário, entretanto, “dessacralizar” o venerado rol do art. 32, Lei nº 9.307/1996, que não prevê a hipótese de nulidade da sentença arbitral, por vulneração à ordem pública. A Lei de Arbitragem, pois, não oferece o remédio processual para combater o desrespeito à ordem pública como um gênero. Não obstante, quando essa afronta ocorrer às normas constitucionais, espécie inquestionavelmente inserida na dimensão conceitual de ordem pública – e, talvez, sua expressão mais eloquente –, é necessário que a doutrina edifique uma solução, sob pena de profunda agressão e distorção do sistema jurisdicional.

Sob um ângulo processual passivo, já sustentamos o cabimento de impugnação ao cumprimento de sentença, na forma dos arts. 525, §12 e 535, §5º, ambos do CPC/15. Todavia, é necessário conferir aos agentes estatais, ao Ministério Público e aos jurisdicionados interessados os instrumentos para a defesa ativa do interesse público e da jurisdição constitucional. Nesse passo, se a própria CRFB/1988 amarra expressamente a Administração, em todas as suas facetas, às decisões de controle de constitucionalidade

---

<sup>397</sup> FIORAVANTI, 2017, p. 89.

<sup>398</sup> Segundo Scalia e Garner (2012, p. 192-194), a melhor hermenêutica obriga que, toda vez que uma lei colime um fim, deve ser buscado, no ordenamento, um meio ou remédio jurídico para concretizá-lo.

<sup>399</sup> Sem prejuízo de ser manejada, cumulativamente, à tese de ineficácia já desenvolvida neste trabalho.

<sup>400</sup> Aqui, remete-se o leitor, novamente, ao trecho de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em que sumariza as visões de grandes juristas sobre o tema, como Beviláqua, Serpa Lopes e Carlos Maximiliano (p. 126, deste trabalho), demonstrado que a ordem pública é o conjunto de normas inderrogáveis pela vontade das partes, porque estruturantes do sistema jurídico;

concentrado, a nulidade por desrespeito a essas decisões não possui assento legal, mas constitucional. Dispensa-se, pois, a necessidade da ação anulatória típica do art. 33, Lei nº 9.307/1996. Assim, toda vez que esses comandos forem desafiados, dá-se ensejo ao cabimento de reclamação, na forma do art. 103-A, §3º da Lei Maior:

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Embora a Constituição use a expressão “decisão judicial”, apregoamos que a exegese que melhor protege os ditames da CRFB/1988 permite interpretação analógica, para fazer a reclamação aplicável a toda forma de jurisdição que se debruce sobre matéria constitucional já apreciada pela lupa da fiscalização concentrada. Ora, se a consolidação da possibilidade de a Administração ser parte em procedimentos arbitrais só se tornou inconteste, a partir da mencionada reforma de 2015, trata-se de fenômeno não previsível pelo constituinte reformador de 2004. O que impõe a modificação, via hermenêutica constitucional, do *original public meaning* da expressão “judicial”, equivalendo-a a “jurisdicional”<sup>401</sup>.

Essa equiparação em nada agride o sistema arbitral. Isso porque, já feita, pela própria Lei nº 9.307/1996, em seu art. 31<sup>402</sup>, para todos os efeitos sentenciáveis. Por certo, seria um contrassenso afirmar que a sentença arbitral em tudo se equipara aos poderes e atributos do provimento judiciário, inclusive autorizando o cumprimento forçado, mas não na deferência à Constituição. É lugar-comum o argumento de que aquele que escolhe sujeitar-se à arbitragem corre, voluntariamente, o risco do veredito diverso do Poder Judiciário – ou, *arbitration is different*. Entretanto, não se trata apenas de proteção das pessoas estatais. Com o interesse público em jogo, a arbitragem não pode ser tão diferente.

É possível conjecturar, sem dificuldades, que a Fazenda Pública também queira beneficiar-se de um insularismo arbitral. Imagine-se o cenário em que determinado ente público, insatisfeito com decisão hipotética em ADPF, passe a utilizar convenções arbitrais, nos contratos subordináveis ao precedente, com o fito de litigar contra a posição

---

<sup>401</sup> De modo semelhante, para fins do art. 105, I, *d*, CRFB/1988, o STJ já decidiu que a expressão “quaisquer tribunais” contempla os tribunais arbitrais (STJ, CC nº 187.702/DF, Segunda Seção, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 22.06.2022, DJe 30.06.2022).

<sup>402</sup> Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

sufragada pelo STF. Acaso persuada o tribunal arbitral de sua visão, ter-se-á criado um verdadeiro bolsão, que imuniza a Administração da vinculação ordenada pela CRFB/1988.

Por todo o exposto, respeitosamente divergimos da corrente majoritária explanada nesta dissertação, para acompanhar Maluf e Fleury<sup>403</sup>, em prol do cabimento da reclamação constitucional, em casos de ofensa a precedente de controle concentrado de constitucionalidade – ou a súmula vinculante, que defendemos não ser precedente em sentido estrito –, por parte das sentenças arbitrais oponíveis à Administração Pública<sup>404</sup>. Tudo isso, sem prejuízo da já aventado direito ao não cumprimento espontâneo da sentença arbitral que viole os citados paradigmas jurisprudenciais ou do manejo da impugnação, em caso de cumprimento forçado contra o ente público. A ação anulatória típica da Lei de Arbitragem, todavia, não pode ser manejada para proteção da ordem pública em sentido lato, nem de questões constitucionais, pois ausente previsão específica no seu art. 32.

---

<sup>403</sup> 2023, p. 227-235.

<sup>404</sup> Para se evitar a equiparação ao trânsito em julgado, tradicionalmente obstativo do cabimento da reclamação, é recomendável que a parte prejudicada maneje esse instrumento entre o proferimento da sentença arbitral e a apreciação de pedidos de esclarecimentos.

## 5. CONCLUSÃO

O Direito não escapa à fluidez da Pós-Modernidade. As fronteiras se borram: entre o *Common Law* e o *Civil Law*; entre direito material e processual; entre Direito Público e Direito Privado; entre jurisdição estatal e jurisdição arbitral; entre o regime do Processo Civil e o regime da arbitragem. Nesse influxo, há os puristas e os conciliadores. Muitos dos grandes professores citados neste trabalho trazem uma premissa comum: é preciso evitar-se os debates estéreis e os falsos problemas. Acompanhamos essa visão. O Direito é um saber prático e não teoria pura. Logo, reputamos que a boa produção acadêmica e a boa dogmática devem ser orientadas a solucionar problemas concretos. No fim do dia, o Direito precisa oferecer uma resposta aplicável, no cotidiano de seus profissionais e partes.

A nosso aviso, a presença da Administração Pública nas arbitragens traz aos procedimentos o que chamamos, neste trabalho, de dimensão pública. Isto é, a atração de parte do regime jurídico de Direito Público, inderrogável e componente da ordem público-constitucional. Nesse passo, esperamos ter demonstrado a relevância do tema para a prática brasileira, com impactos para juristas, advogados, árbitros, empresários, jurisdicionados e, especialmente, para a toda a coletividade, à luz do interesse público que plasma as questões ora desenvolvidas.

Assim, na trilha deste estudo, concluímos que:

1. O conceito de precedente vinculante não está solto no vácuo do espaço e tempo, em um grau zero hermenêutico. Ele possui um “DNA” e uma genealogia, que lhe transmitem as seguintes características: trata-se de uma decisão proferida por qualquer autoridade com poderes para dizer o Direito em uma controvérsia, que resolva um ponto de direito, expressamente à luz de uma moldura fática. Nesse desate do caso concreto, o genuíno precedente se torna um paradigma, pela qualidade material de sua fundamentação, de modo a balizar a solução de lides análogas, no futuro.
2. Apesar de inserido na tradição histórica e consuetudinária do *Common Law* e não oriundo de uma determinação legal específica, o instituto do *stare decisis* é universalizável, dentro das tradições jurídicas ocidentais, à luz das noções compartilhadas de segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade e isonomia. Com isso, é possível que, em diferentes medidas, os países de tradição romano-

germânica adotem institutos de direito jurisprudencial, mais ou menos abertos à tipologia dos precedentes e aos institutos essenciais ao manejo da autêntica *rule of precedent*.

3. Nesse sentido, o ordenamento brasileiro, herdeiro da tradição lusitana, adota, desde o período imperial, regras de sistematização e uniformização da produção dos tribunais. Desde o final dos anos 1990, com as reformas constitucionais e legais referentes ao controle de constitucionalidade e à jurisdição constitucional, com as técnicas de julgamento por amostragem de causas repetitivas e com o microsistema de provimentos qualificados do CPC/2015, ganhou força, entre nós, o debate acerca dos julgados de eficácia transcendente e vinculante.
4. Conquanto bem-vinda a dicção do art. 926, CPC/2015, harmônica aos primados constitucionais processuais, o art. 927 do mesmo diploma misturou espécies distintas de direito jurisprudencial, em um inadequado tratamento conjunto que gera um confuso amálgama dogmático. Coisa julgada com eficácia *erga omnes*, súmulas vinculantes e de jurisprudência dominante, julgamentos de causa-piloto para litígios repetitivos e orientações jurisprudenciais são institutos com fundamentos e finalidades diversos. O Brasil não precisa importar cegamente uma sistemática estrangeira e é certo que o CPC/2015 não o fez. Antes de uma aproximação com o *Common Law*, houve a criação de um rol de “precedentes à brasileira”, que mais são provimentos judiciais de observância compulsória. Portanto, uma norma legal não pode resolver um problema prático-cultural que ainda nos assola, dez anos após a entrada em vigor do código: a instabilidade jurisprudencial e a deficiência de fundamentação jurisdicional. Decidir mais não é decidir melhor e há lições valiosas a serem adaptadas e aproveitadas da experiência de outras nações, nesse sentido. É nesse sentido que a genuína experiência do *binding precedent* poderia ser enriquecedora.
5. A ideia de uma plena autonomia transnacional para a Arbitragem só pode existir teoricamente. Uma vez que seu reconhecimento, legitimação e eficácia coercitiva dependem da chancela de algum ordenamento estatal, o insularismo não se sustenta na prática jurídica do instituto. Todavia, a quase plena autonomia privada das partes segue como um grande elemento distintivo, impactando sobretudo as questões procedimentais e a escolha das fontes do Direito aplicáveis.

6. Em matéria de precedentes, se consideradas as balizas do ordenamento brasileiro, a existência de decisões judiciais paradigmáticas, insertas ou não no rol do art. 927, CPC, oferece um manancial de fontes do Direito aos árbitros, que devem considerá-las e analisá-las, à luz da coerência e da integridade do sistema, quer para a aplicação, quer para o afastamento do precedente. Não porque as partes esperam decisão idêntica àquela proferida em uma ação judicial; não pelo *standard* de fundamentação do art. 489, §1º, CPC; mas, antes, porque as partes elegeram o direito nacional, na integralidade de suas fontes, e isso precisa ser respeitado, como corolário da autonomia da vontade, da liberdade contratual e dos primados constitucionais de isonomia que chegam a reboque da escolha do ordenamento do Brasil.
  
7. Não obstante o exposto, combinando as conclusões dos capítulos 2, 3 e do item 4.2, sustentamos que, se há um conceito de Direito que ostente uma possibilidade ou tendência à universalização, o mesmo ocorrerá com seus subsistemas basilares, que lhe devem harmonia. Para compreender como uma Teoria Geral do Direito tem como um de seus galhos uma Teoria Geral do Precedente, precisamos recorrer a um arsenal teórico de Filosofia, Sociologia e Filosofia do Direito – e seus braços da Hermenêutica Jurídica, Teoria da Argumentação Jurídica e Teoria da Decisão Judicial. Isso porque, invocar uma fonte do Direito é, em última instância, um argumento, um “tijolo” no “edifício” da fundamentação. E os institutos referentes aos precedentes são um ferramental hermenêutico de proteção a significações juridicamente reconhecidos, pelas autoridades competentes para dizer o Direito. Assim, uma Teoria Geral do Precedente é um *topos* argumentativo essencial, porque orientado à depuração material e qualitativa de significados linguísticos que passam a ostentar sentido jurídico – e, por isso, delimitar direito e deveres –, quando interpretados pela jurisdição.
  
8. Daí o atributo de teoria geral, passível de universalização, em qualquer cenário que compartilhe uma moldura epistêmica comum. Logo, em se tratando de arbitragens de direito, em que não haja ou não possa haver ressalvas convencionais acerca das fontes aplicáveis, de modo que seja eleito, genericamente, o direito de um Estado X, entendemos ser dever dos árbitros conhecer e aplicar esse ordenamento por inteiro e sistemicamente. Em outras

palavras, a arbitragem é um subsistema jurídico de solução de conflitos e, dentro do macro ecossistema autopoietico, deve dialogar e interagir com os demais subsistemas, inclusive as teorias gerais e predicados universalizáveis.

9. Logo, uma decisão arbitral não pode prescindir completamente dos precedentes judiciais que já tenham analisado a mesma questão fática e concluído por um determinado veredito, sob pena de ignorar o significado jurídico público que é dado a um termo, regra ou disposição normativa. Claro, nunca está a se falar em vinculação aos precedentes como obediência meritória absoluta, mas de corolários deontológicos provenientes das Teorias da Decisão e Argumentação Jurídicas, que devem nortear o *standard* de fundamentação.
10. Nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, as premissas sistêmicas fulcradas na CRFB/1988 impõem um dever de observância a todas as fontes jurígenas pertinentes, à integridade decisória e à coerência isonômica. Isto é, ainda que proferida por um tribunal privado, por ser aplicável a um sujeito estatal, não se pode tolerar uma sentença arbitral que fira o regime jurídico de direito público-constitucional, que é o próprio condicionante e autorizador da presença da Administração no procedimento. Por um critério *ratione personae*, cria-se um verdadeiro filtro dos resultados juridicamente possíveis. É necessário, enfim, a edificação da dogmática de um “modelo constitucionalmente adequado de arbitragem”, notadamente quando for parte do procedimento alguma pessoa jurídica integrante da Administração Pública.
11. Qualquer solução de caso pregressa cuja qualidade material de suas razões de decidir a torne essencial ao desate da lide arbitral, por constituir um precedente galgado em fatos e teses jurídicas análogas, devem ser consideradas *logicamente vinculantes* (item 4.2, *supra*) pelo painel e constar de sua fundamentação sentencial. O debate com precedente, enfim, também é *standard* da adesão sistêmica da motivação arbitral. Tudo isso torna operáveis, pois, os conceitos e institutos explanados no capítulo 2, *supra*, referente a um autêntico sistema de precedentes.
12. As arbitragens com a Administração Pública, em suma, permitem um ambiente alheio à miscelânea do art. 927, CPC/2015 e muito mais assemelhado à dinâmica

do típico *stare decisis*, pois há identidade de fundamentos: o sistema se estrutura em prol da estabilidade decisória e segurança jurídica. É dizer, não se foca na determinação de um artigo normativo, mas em um dever jurídico e moral universalizável na tradição ocidental, de logicidade, sistematicidade, igualdade e justiça, entre a jurisdição e todos os aplicadores do Direito.

13. A ação anulatória da sentença arbitral só pode ser intentada pelas partes dentro do rol taxativo do art. 32, Lei nº 9.307/1996. Todavia, por sua hierarquia normativa superior, é forçoso dar-se eficácia ao comando constitucional que vincula a Administração Pública aos possíveis precedentes firmados em sede de controle concentrado, assim como nas súmulas vinculantes. Nesse cenário, o veredito arbitral que desrespeitar a pacificação jurisprudencial deve ser reputado ineficaz, o que pode ser arguido pelo ente público, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença.
14. Ademais, também não se pode tolerar um “bolsão” que imunize procedimentos das normas constitucionais e sua respectiva interpretação vinculante. A presença de pessoa jurídica de Direito Público curva a lógica privatista do campo arbitral, ao ecossistema constitucional, de sorte que o conceito de “ordem pública”, obviamente, precisa ganhar sua definição tradicional, para proteger a cogência das normas de cariz constitucional – e sua respectiva interpretação judiciária vinculante. Do contrário, além da absurda inversão de se dar interpretação à Constituição, conforme à Lei de Arbitragem, ignorar-se-ia o sentido que toma a expressão legal “ordem pública”, quando se refere a figuras administrativas. A saber, a inderrogabilidade e indisponibilidade, via de regra, de um regime jurídico próprio, de modo que nem sequer seria lícito ao sujeito administrativo tentar afastar os regimes público-constitucional, ao delimitar lei e fontes jurídicas aplicáveis, na convenção arbitral.
15. Por isso, embora a Constituição use a expressão “decisão judicial”, apregoamos que a exegese que melhor protege os ditames da CRFB/1988 e seu sistema “imunológico” permite interpretação analógica, para fazer a reclamação do art. 103-A, §3º aplicável a toda forma de jurisdição que se debruce sobre matéria constitucional já apreciada pela lupa da fiscalização concentrada. Essa equiparação em nada agride o sistema arbitral. Isso porque, já feita, pela própria

Lei nº 9.307/1996, em seus arts. 18 e 31, para todos os efeitos sentençiais e de equivalência jurisdicional.

Em uma palavra final: com a Administração Pública como parte, gostemos ou não, *arbitration is not that different at all*, muito menos em matéria de fontes do Direito, como balizas de sistematicidade e de fundamentação; esses, os recortes centrais, em que enquadramos o debate sobre precedentes vinculantes.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Arbitragem Constitucional** [livro eletrônico]. 1ª edição. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais, 2024.

\_\_\_\_\_. **Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam.** In DIDIER JR., *et. al.* (coord.). **Precedentes** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 3.). Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

\_\_\_\_\_. **Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes.** In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

ABBOUD, Georges. GAVAZZONI, Antonio. **Ativismo Judicial na Arbitragem.** In ABBOD, Georges. MALUF, Fernando. VAUGHN, Gustavo Favero (Coord.). **Arbitragem e Constituição. Revista dos Tribunais.** São Paulo: Ed. Thomson Reuters, 2023.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Arbitragem, os precedentes e a ordem pública.** Doutrina: edição comemorativa, 30 anos, Superior Tribunal de Justiça. Brasília: 2019. Disponível em: [http://ruyrosado.com.br/upload/site\\_producaointelectual/253.pdf](http://ruyrosado.com.br/upload/site_producaointelectual/253.pdf). Acesso em: 08 de fevereiro de 2026.

ALENCAR, Aristhélia Totti Silva Castelo Branco de. **Arbitragem e Administração Pública – O desafio da publicidade.** Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2025.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** São Paulo: Ed. Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil.** São Paulo: Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1991.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2025.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual: quinta série**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. **Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes**. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez**. In BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. **Precedentes e vinculação – Instrumentos do *Stare Decisis* e Prática Constitucional Brasileira**. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 241, jul./set. 2005.

BECKER, Rodrigo. SOBREIRA, David. **Um adeus a Roe: 49 anos depois, a superação do precedente do aborto**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/um-adeus-a-roe-49-anos-depois-a-superacao-do-precedente-do-aborto>. Acesso em 28 de dezembro de 2025.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

BELLOCCHI, Marcelo. **Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem**. 1ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

BITTAR, Eduardo C. C. ALMEIDA, Guilherme Assim de. **Curso de Filosofia do Direito**. 14ª edição. São Paulo: Ed. Gen | Atlas, 2019.

BOGOSSIAN, Andre. ALMEIDA, Danilo dos Santos. **É possível falar em precedente “do Supremo”?** Acesso em 15.11.2025. Disponível em: <http://jota.info/colunas/supra/e-possivel-falar-em-precedente-supremo-05082016>. Acesso em 28 de dezembro 2025.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Ed. *Lumen Juris*, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 de janeiro de 2026.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil**. Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm). Acesso em: 20 de jan. 2026.

BRASIL. **Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm). Acesso em 10 de janeiro de 2026.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 20 de jan. 2026.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. **Reclamação nº 4.335/AC**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 20.03.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em 20.11.2025.

BROWER, Charles N. e SCHILL, Stephan W. ***Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?*** In *Chicago Journal of International Law*. Vol. 9: No. 2, Article 5. 2009. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol9/iss2/5>. Acesso em: 28 de janeiro de 2026.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC**. In DIDIER JR. *et. al* (coord.). **Precedentes** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 3.). Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

\_\_\_\_\_. **Princípios, Regras e Conflitos Normativos: um Modelo para a Justificação das Decisões Contra Legem a Partir da Teoria Jurídica de Robert Alexy**. Fortaleza: Pensar. v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Ed. Noeses, 2012.

\_\_\_\_\_. **Tópica e Argumentação Jurídica**. Brasília: Revista de Informação Legislativa. a. 41, n. 163 jul./set, 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/985/R163-10.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em 15 de janeiro de 2026.

CAENEGEM, Raoul C. van. **O papel da consciência do juiz na história do direito inglês**. In CARBASSE, Jean-Marie. DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence (orgs.). **A Consciência do Juiz na Tradição Jurídica Europeia**. Belo Horizonte: Ed. Tempus, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro**. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

CASTRO, Andreia Rabelo de. **Fundamentos Constitucionais da Arbitragem no Setor Público**. Brasília: Monografia (Especialista em Direito Público). Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2008.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

COELHO, João Miguel Galhardo. **Arbitragem – Legislação Nacional, Direito Internacional, Regulamentos, Jurisprudência**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CREMASCO, Suzana Santi; **Arbitragem e Precedentes - Uma Proposta de Sistematização**. 2023. 301 f. Belo Horizonte: Tese (Doutorado em Direito Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 2023.

CREMASCO, Suzana Santi. **Arbitragem, Precedentes e Administração Pública: um olhar para além da fundamentação, observância ou vinculação**. Publicações da Escola Superior da AGU - Brasília - v. 16 - n.01 - mar/2024.

CROSS, Rupert. HARRIS, James H. *Precedent in English Law*. In: *Claredon Law Series*. 4ª edição. Oxford: Ed. Claredon, 1991.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **O árbitro e a observância do precedente judicial**. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observanciaprecedente-judicial>. Acesso 07.02.2026.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **O regime do precedente judicial no Novo CPC**. In In DIDIER JR. e. al (coord.). **Precedentes** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 3.). Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Ed. Dialética, 2012.

DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. 5ª edição. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2014.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo: Ed. Noeses, 2009.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatória, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **O Suicídio**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

\_\_\_\_\_. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Ed. Martins fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **A Virtude Soberana - A Teoria e Prática da Igualdade**. São Paulo: Ed. Martins fontes, 2005.

EISENBERG, Melvin A. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: *Harvard University Press*. 1998.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of The United States of America*. **Bush v. Gore (00-949)**. *Per curiam*. Julgado em 12.12.2000. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/00-949.ZPC.html>. Acesso em 23.10.2025.

\_\_\_\_\_. *Supreme Court of The United States of America. Frequently asked questions.* Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/faq.aspx#faqgi9>. Acesso em 06.11.2025.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª edição. Salvador: Ed. *Jus Podivm*, 2015.

FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. **A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação?** Dissertação (Mestrado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2017

FRANCO, Marcelo Veiga. **A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil.** In DIDIER JR. *e. al* (coord.). **Precedentes** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 3.). Salvador: Ed. *Jus Podivm*, 2015.

GAILLARD, Emmanuel. **Legal Theory of International Arbitration.** Boston: Martinus Nijhoff Publishers. Leiden, 2010.

GONÇALVES, Carlos Alberto; **Direito Civil Brasileiro - Parte Geral.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Glaucio Ferreira Maciel. BRITO, Tiago Carlos de Souza. **Gerenciamento dos processos judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação.** In Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: n° 66, jan./jun. 2015.

GOULART, Daniel Falci. HOLLO, Larissa. **Precedentes Constitucionais e Arbitragem: Breves Considerações sobre a Existência de Precedentes Constitucionais Qualificados e sua Observância nas Sentenças Arbitrais.** In ABOUD, Georges. MALUF, Fernando. VAUGHN, Gustavo Favero (Coord.). **Arbitragem e Constituição. Revista dos Tribunais.** São Paulo: Ed. Thomson Reuters, 2023.

GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e Contrato Administrativo.** In Revista da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo: v. 3, n° 02, julho/dezembro, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**. Brasília: Ed. Gazeta Jurídica, 2016.

GUIZOT, François. **A História das Origens do Governo Representativo na Europa**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Ed. *Topbooks*, 2008.

GUYER, Paul. **As Deduções de Kant dos Princípios do Direito**. In **Kant e o Direito**, TRAVESSONI, Alexandre Gomes Trivisonno (org.). Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico**. Madri: Ed. Taurus, 1990.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1997.

HEIDARI, Siroos. MOBASHERI, Meysam. **The Foundations of Referring to Lex Mercatoria by Arbitrators in International Commercial Contracts**. In *Interdisciplinary Studies in Society, Law, and Politics - ISSLP*, 4(2). Shiraz University, Shiraz, Iran, 2025. Disponível em <https://doi.org/10.61838/kman.isslp.4.2.10>. Acesso em 28 de janeiro de 2026.

HOBBS OF MALMESBURY, Thomas. **Leviathan, or the Matter, Forme, & Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill**. Londres: *Printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard*, 1651. Disponível em <https://historyofeconomicthought.mcmaster.ca/hobbes/Leviathan.pdf>. Acesso em 15 de janeiro de 2026.

HOFER, Roy E. **Supreme Court Reversal Rates: Evaluating the Federal Courts of Appeals**. Disponível em: [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/intelprop/magazine/LandslideJan2010\\_Hofer.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/intelprop/magazine/LandslideJan2010_Hofer.authcheckdam.pdf). Acesso em 12.11.2025.

KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. São Paulo: Ed. Ícone, 2013.

\_\_\_\_\_. **A Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbekian, 2017.

KOZEL, Randy J. ***Precedent and Reliance***, 62 Emory L. J. 1459 (2013). Disponível em: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj/vol62/iss6/1>. Acesso em 11.12.2025.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistema de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

KREEFT, Peter. **Lógica socrática: Um livro de lógica que usa o método socrático, questões platônicas e princípios aristotélicos**. Campinas: Ed. Kírion, 2024.

LOCKE, John. ***Two Treatises of Government***. Londres: McMaster University Archive of the History of Economic Thought, 1823. Disponível em <https://www.yorku.ca/comminel/courses/3025pdf/Locke.pdf>. Acesso em 13/01/2026.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. São Paulo: Vozes. 2016.

LUHMANN, Niklas. NAFARRATE, Javier Torres. **Introdução à teoria dos sistemas**. São Paulo: Vozes. 2010.

MACCORMICK, Neil. ***Can stare decisis be abolished?*** In: *Judicial Review*. Oxford: Ed. Clarendon, 1966.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. In DIDIER JR. e. al (coord.). **Precedentes** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 3.). Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

MACHADO, Eduardo Montalvão. SILVA NETO, Nelson Martins da. **Precedentes Constitucionais e Arbitragens**. In ABOUD, Georges. MALUF, Fernando. VAUGHN, Gustavo Favero (Coord.). **Arbitragem e Constituição**. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters, 2023.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade.** In Revista de informação legislativa do Senado Federal. Brasília: ano 43, nº 172, out./dez. 2006.

\_\_\_\_\_. **O Bill of Rights Americano: Reflexos no Direito Constitucional Brasileiro.** Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2016.

MAGALHÃES, Breno Baía. SILVA, Sandoval Alves da. **Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC.** In FREIRE, Alexandre, et. al. **Novas tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil.** V.2. Salvador: Ed. Juspodium, 2014.

MALUF, Fernando. FLEURY, Leticia Tajara. **Acima do Olimpo? Os Árbitros e a Reclamação Constitucional.** In ABOUD, Georges. MALUF, Fernando. VAUGHN, Gustavo Favero (Coord.). **Arbitragem e Constituição. Revista dos Tribunais.** São Paulo: Ed. Thomson Reuters, 2023.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes.** 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na Arbitragem.** Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O filtro da relevância** [livro eletrônico]. 1ª edição. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2023.

\_\_\_\_\_. **O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil.** V.2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. Belo Horizonte: Ed; UFMG, 1986.

MATOS, Frederico Nunes de. **A Constitucionalidade da Arbitragem na Ordem Jurídica Brasileira**. Lisboa: Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 8 (2022), nº 5, 2022.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. **Precedentes**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Arbitragem e Administração Pública**. In Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba: n. 6 p. 47-81, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. **Questões atuais sobre medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade**. In Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília, ano 5, 2011/2012.

MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Relevância no Recurso Especial** [livro eletrônico]. 1ª edição. São Paulo: Ed. Thompson Reuters Brasil, 2022.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de. **O Espírito das Leis**. 2ª edição. São Paulo: Ed. Martim Claret, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual (nona série)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação do precedente**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. **Arbitragem e Precedentes Vinculantes – A sujeição dos árbitros à jurisdição constitucional** [livro eletrônico]. Londrina: Ed. Thoth, 2022.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes Judiciais na Administração Pública – Limites e possibilidades de aplicação**. Salvador: Ed. *Jus Podivm*, 2019.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

PEDRON, Flávio Quinaud. O julgamento da Reclamação nº 4.335-AC e o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 52, n. 207, p. 213-237, jul./set. 2015. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril\\_v52\\_n207\\_p213](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p213)>. Acesso em 18 de janeiro de 2026.

PEIXOTO, Ravi. **Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro**. In DIDIER JR. *et. al* (coord.). **Precedentes** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 3.). Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica e Nova Retórica**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Retóricas**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaïm, e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação, a Nova Retórica**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996;

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. MAZZOLA, Marcelo. **Arbitragem e Administração Pública: algumas questões controvertidas**. *REVISTA DA AGU*, [S. l.], v. 18, n. 3, 2019. DOI: 10.25109/2525-328X.v.18.n.3.2019.2569. Disponível em:

<https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/2569>. Acesso em: ou de fevereiro de 2026.

RICOEUR, Paul. **O Justo 2: justiça e verdade e outros estudos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso Sobre a Origem e Fundamento da Desigualdade Entre os Homens**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999.

SALOMÃO, Luís Felipe. FUX, Rodrigo. **Arbitragem e Precedentes: Possível Vinculação do Árbitro e Mecanismos de Controle**. Ribeirão Preto: Migalhas. 2020. Disponível em: <https://share.google/yqsGxsouZ0sKAFZoa>. Acesso em 23 de janeiro de 2026.

SALOMÃO, Luís Felipe. LOSS, Juliana. **O papel institucional do STJ no fortalecimento da arbitragem e do Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Revista de Direito. 2024. Disponível em: <https://portaltj.tjrj.jus.br/documents/d/portal-conhecimento/001-revistadireito2024-02-luisfelipesalomao-julianaloss>. Acesso em: 28 de janeiro de 2026.

SANTOS, Evaristo Aragão. **Em torno do conceito e da formação do precedente judicial**. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

SCALIA, J. Antonin. GARNER, Bryan A. **Reading Law – The interpretation of legal texts**. St. Paul: Ed. Thomson/West, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª edição. São Paulo, Ed. Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão**. In Revista de Direito Administrativo. São Paulo: nº 250, 2009, p. 217-218.

SOMBRA, Thiago Luís. **A constitucionalidade da arbitragem e sua disciplina no Anteprojeto de CPC**. Revista de Informação Legislativa. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242958/000940009.pdf?sequence=3&isAllowed=y#:~:text=A%20Lei%20de%20Arbitragem%20entraria,entendeu%20em%20seu%20voto%20que:>. Acesso em 05 de setembro de 2025.

SOUZA, Alberto Vilas Boas Vieira de. FLEURY, Bruno Vaz. PORTO CRUZ, Cecília Souki. **Cuidados no trato com precedentes judiciais – Breves notas comparativas à luz do Novo Código de Processo Civil**. In SOUSA, Simone Letícia Severo (coord. e org.). CANCHERINI, Carlos Eduardo (org.). **Estudos em homenagem à Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>. Acesso em: 15.11.2025.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso - Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. **O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?** In DIDIER JR. *et. al* (coord.). **Precedentes** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 3.). Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

\_\_\_\_\_. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2015-A.

TAJRA, Alex. **Reativo, TCU Muda Visão e Impulsiona Arbitragens com o Poder Público**. Conjur, 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-21/reactivo-tcu-muda-visao-e-impulsiona-arbitragens-com-a-administracao-publica>. Acesso em: 29 de janeiro de 2026.

TALAMINI, Eduardo. **Fundamentação da Sentença Arbitral e Devido Processo.** In ABBOUD, Georges. MALUF, Fernando. VAUGHN, Gustavo Favero (Coord.). **Arbitragem e Constituição. Revista dos Tribunais.** São Paulo: Ed. Thomson Reuters, 2023.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário.** Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e a realização do direito na decisão judicial.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. **Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise de convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas de padronização decisória.** In Revista de Processo. Ano 35, nº 189, nov./2010. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2016.

TRAVESSONI, Alexandre Gomes Trivisonno. **É Consistente a Defesa de Kant da Obediência Absoluta à Autoridade?** In TRAVESSONI, Alexandre Gomes Trivisonno (org.), **Kant e o Direito.** Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2009.

TRIBE, Laurence. DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional.** Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2007.

VALE, André Rufino do. **Formato do acórdão é obstáculo à construção de uma cultura de precedentes.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-01/observatorio-constitucional-formato-acordao-obstaculo-construcao-cultura-precedentes>. Acesso em: 15.11.2025.

VAUGHN, Gustavo Favero. ROCHA, Caio Cesar. **Árbitros e Provimentos Constitucionais Vinculantes: controle abstrato, controle difuso e súmulas.** In

ABBOUD, Georges. MALUF, Fernando. VAUGHN, Gustavo Favero (Coord.). **Arbitragem e Constituição. Revista dos Tribunais**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters, 2023.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência - Uma Contribuição à Investigação dos Fundamentos Jurídico-Científicos**. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 2008.

WALKER, Ronald J. *The English Legal System*. Londres: Ed. *Butterworths*, 1980.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Precedentes e evolução do Direito**. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

ZANETTI, Cristiano de Souza. **Jurisprudência estatal e arbitragem**. In Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação. Semestral, nº 23, janeiro-junho/2025.