

OS PRECEDENTES JUDICIAIS NA ARBITRAGEM¹⁻²

Leonardo de Faria Beraldo³

1. Introdução

A vinculatividade ou não, dos assim chamados “precedentes judiciais”, aos processos arbitrais, é um tema que não é muito novo, mas que continua gerando grandes discussões acadêmicas. Eu mesmo já tive a oportunidade de escrever sobre isso, de forma mais breve, em três oportunidades.⁴

Nesse artigo científico pretendo debater, principalmente, três temas. O *primeiro* é o da suposta vinculação dos precedentes judiciais aos processos arbitrais. O *segundo* é o da consequência de o árbitro não aplicar precedente judicial invocado pelas partes. O *terceiro* é o da conveniência de o árbitro seguir ou não, em determinados casos, os precedentes judiciais.

2. Da (não) aplicabilidade dos precedentes judiciais pelo árbitro e suas consequências

2.1. Da aplicabilidade do art. 927 do Código de Processo Civil aos processos judiciais

Primeiramente quero destacar que não pretendo discutir o conceito e a natureza de precedente, de padrões decisórios, e nem mesmo do microsistema de casos repetitivos e de precedentes, pois, certamente, foge ao tema proposto para esse artigo científico.⁵ A pergunta

¹ Artigo escrito especialmente para integrar este livro em homenagem ao Professor Doutor Cláudio Finkelstein, profundo conhecedor do direito arbitral e o maior exemplo, na minha opinião, do que seja uma pessoa acadêmica e intelectualmente generosa.

² Publicado no livro *Direito Internacional e Arbitragem*, coordenado por Napoleão Casado Filho, Luísa Quintão e Camila Simão, e publicado, no ano de 2019, pela editora Quartier Latin.

³ Advogado. Doutorando e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Processo Civil. Professor em cursos de graduação e pós-graduação de Processo Civil, Arbitragem e Direito Civil. Ex-Diretor da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Ex-Diretor do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Ex-Presidente da Comissão Especial da OAB/MG encarregada do estudo do projeto de lei de novo CPC. Membro do Conselho Deliberativo da CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil. Autor de diversos livros e artigos científicos, entre eles, *Curso de Arbitragem* (Atlas, 2014, 752p.).

⁴ Cf. BERALDO, Leonardo de Faria. Arbitragem com a administração pública. *Revista Comercialista*, n. 17, São Paulo, 2017, p. 80-84; BERALDO, Leonardo de Faria. O impacto do novo Código de Processo Civil na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 49, São Paulo: RT, 2016, p. 196; BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 642-647.

⁵ Para aqueles que quiserem aprofundar mais nessa seara, confirmem-se: MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017; ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

que tentarei responder, de forma bastante objetiva, é a seguinte: o árbitro está obrigado a aplicar, na arbitragem, os padrões decisórios constantes do art. 927 do CPC?⁶⁻⁷

Em *primeiro lugar*, essa discussão sobre vinculação ou não dos padrões decisórios mencionados no art. 927 do CPC não é unanimidade nem mesmo em relação aos juízes e tribunais estatais, logo, querer trazer essa questão, para a arbitragem, é bastante prematuro. Cássio Scarpinella Bueno,⁸ Lenio Streck e Georges Abboud,⁹ bem como Nelson Nery Junior e Rosa Nery,¹⁰ são alguns dos doutrinadores que entendem que a lei ordinária não pode pretender criar essa vinculação sem que haja guarida constitucional.

Em *segundo lugar*, tenho que nem todos os padrões decisórios elencados no art. 927 do CPC são vinculantes dentro da estrutura do Poder Judiciário. Lembro a todos que o verbo que aparece na redação do dispositivo em comento é “observar”, que, por sua vez, é diferente de “obrigar”, “vincular”, “sujeitar” ou “forçar”.¹¹ Ainda sobre o escopo do art. 927 no *processo civil brasileiro*, reitero que há um mero *dever de observância*, do julgador, ao proferir as decisões judiciais. Evidente que, quando existir o caráter vinculativo, como, *e.g.*, nos enunciados de súmula vinculante, esse dever de observância assumirá um caráter totalmente cogente, ou seja, será imprescindível que o magistrado o aplique, salvo nos casos de distinção ou se o precedente já tiver sido superado. O que o legislador quis, no meu sentir, foi, dentro da máxima *iura novit curia*, deixar claro e expresso que os padrões decisórios elencados no art. 927 possuem um relevante papel na uniformização da jurisprudência, que, conforme se apreende do art. 926 do CPC, deve ser mantida estável, íntegra e coerente pelos tribunais. Em outras palavras, apesar de vários dos padrões decisórios previstos no art. 927 não possuírem força vinculante, nenhum deles poderá ser ignorado pelo juiz estatal no momento de proferir suas decisões.

⁶ Cf. “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”.

⁷ Esse é um tema sobre o qual já pude discorrer, rapidamente, em duas oportunidades: BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*, p. 642-647; BERALDO, Leonardo de Faria. O impacto do novo Código de Processo Civil na arbitragem, *cit.*, p. 196.

⁸ Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*, p. 595.

⁹ Cf. STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. Art. 927, *cit.*, p. 1.200-1.202.

¹⁰ Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1.836-1.838.

¹¹ Em sentido contrário, entendendo que o termo *observar* equivale a um dever imperativo para o cumprimento dos precedentes do art. 927, confirmam-se: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1.837; ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, p. 405; DOTTI, Rogéria *et al.* *Curso de processo civil*, p. 60.

Em *terceiro lugar*, e complementando o que disse no parágrafo anterior, há mais um bom argumento para ser trazido à baila. Considero que, quando o legislador quis que determinado precedente assumisse o caráter vinculativo dentro do nosso sistema jurídico, assim o fez de forma expressa, como, por exemplo, no incidente de resolução de demandas repetitivas¹² e no incidente de assunção de competência,¹³ sem falar, claro, do controle concentrado de constitucionalidade e da súmula vinculante, ambos com previsões constitucionais claras.

Em *quarto lugar*, e diante do que afirmei nos parágrafos anteriores, acredito que o julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos não têm feição vinculativa nem mesmo dentro da estrutura do próprio Poder Judiciário, uma vez inexistir, no CPC, qualquer regra expressa nesse diapasão.¹⁴ Não se pode ignorar, claro, que têm fortíssimo caráter persuasivo, pois demonstram o entendimento das cortes superiores, sobre determinada matéria, num julgamento no qual o contraditório é realizado e elevado à sua máxima potência, com ampla participação da sociedade (*amicus curiae*) e com extenso acesso de informações (graças aos recursos representativos da controvérsia enviados ao relator do recurso repetitivo).

Em *quinto lugar*, e reiterando o que asseverei no parágrafo anterior, considero que os incisos IV e V do art. 927 do CPC também não gozam de aplicação obrigatória perante os órgãos do Poder Judiciário, tendo em vista a inexistência de regra expressa nesse sentido.¹⁵

Em *sexto lugar*, mesmo para aqueles que entendem que todos os incisos do art. 927 do CPC têm o poder de vincular os juízes e tribunais,¹⁶ ainda assim essa vinculação deve ser restrita aos membros do Poder Judiciário, uma vez que o CPC – quase como um todo – é uma lei voltada para a disciplina do processo civil judicial.

¹² Cf. arts. 985, I e II, e 987, § 2º, todos do CPC.

¹³ Cf. § 3º do art. 947 do CPC.

¹⁴ Em sentido contrário: “Já os acórdãos prolatados no julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos (pelo STF ou pelo STJ, respectivamente) têm eficácia vinculante por força do disposto no art. 1.040, segundo o qual, uma vez publicado o acórdão paradigma, se negará seguimento aos recursos extraordinários ou especiais que estivessem sobrestados na origem quando o acórdão recorrido coincidir com a tese firmada (art. 1.040, I); o órgão que tenha proferido o acórdão recorrido que contrarie a tese firmada reexaminará o caso para aplicação da tese (art. 1.040, II); os processos ainda não julgados seguirão “para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior” (art. 1.040, III)” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, p. 435). Nesse sentido: CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*, p. 195-196; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*, p. 1.460. Trilhando esse mesmo caminho, porém, reconhecendo a brecha e a falha de redação do CPC, confira-se: MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, p. 440-441.

¹⁵ Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, p. 436.

¹⁶ Cf. AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*, p. 948-949.

E, para encerrar esse tópico, tentarei responder à muito bem elaborada provocação de Guilherme Rizzo Amaral,¹⁷ sobre como deve ser a compatibilização do art. 927, *caput*, com o inciso VI do § 1º do art. 489, ambos do CPC. Antes de mais nada, é preciso recordar como foi a evolução do processo legislativo desses dois dispositivos legais no Congresso Nacional. No projeto aprovado pelo Senado Federal, o atual art. 489, § 1º, não tinha os incisos V e VI;¹⁸ e o atual art. 927 tinha como correspondente o art. 882.¹⁹ No projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, o atual art. 489, § 1º, passou a contar com os incisos V e VI,²⁰ e o atual art. 927 tinha como correspondente o art. 521 (dentro de um capítulo intitulado “do precedente judicial”).²¹ Já quando o projeto de novo CPC regressou ao Senado Federal, o atual art. 489, § 1º, não sofreu qualquer modificação; e o atual art. 927 foi criado da maneira como está até os dias de hoje.

Dito isso, o que se percebe é a clara falha do legislador ao manter a redação do inciso VI do § 1º do art. 489, nos exatos termos do projeto de lei que chegou, ao Senado Federal, da Câmara dos Deputados. A verdade é que o inciso VI do § 1º do art. 499 do PL n. 8.046/2010 (repetido no atual CPC no art. 489, § 1º, VI) guardava total coerência com o art. 521 do PL n. 8.046/2010 (similar ao art. 927 do CPC), todavia, quando o Senado Federal reviu e modificou, sobremaneira, o art. 521 do PL n. 8.046/2010, esqueceu-se de adequar o inciso VI do § 1º do art. 499 do PL n. 8.046/2010 ao que viria a ser o atual art. 927 do CPC. Havia harmonia entre

¹⁷ O doutrinador pontuou: “[q]uem quer que sustente que o vocábulo *observar*, contido no *caput* do art. 927, não tem o sentido de *deverão* observar, deve explicar como harmonizar tal concepção com a norma contida no art. 489, § 1º, VI, que não fundamentada qualquer decisão judicial que deixe de seguir jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (AMARAL, Guilherme Rizzo. Arbitragem e precedentes, *cit.*, p. 284-285).

¹⁸ No PL n. 166/2010, o art. 476, parágrafo único, era o correspondente para o atual art. 489, § 1º.

¹⁹ A redação do art. 882 do PL n. 166/2010 era a seguinte: “Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante; II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem; III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados; IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”.

²⁰ No PL n. 8.046/2010, o art. 499, § 1º, era o correspondente do atual art. 489, § 1º. Repita-se: foi na Câmara dos Deputados que surgiram, pela primeira vez, os atuais incisos V e VI.

²¹ A redação do art. 521 do PL n. 8.046/2010 era a seguinte: “Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas: I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os juízes e tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; IV – não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes: a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade; b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional”.

os arts. 499, § 1º, VI e 521 do PL n. 8.046/2010 porque em ambos havia a expressa menção aos termos “jurisprudência” e “jurisprudência dominante”, respectivamente. Aliás, o art. 882, I, do PL n. 166/2010 (Senado Federal) já falava em uma necessidade de se observar a “jurisprudência dominante”.

Outra evidência de que havia harmonia entre ambos e que faltou cuidado ao Senado Federal no momento de proceder à revisão legislativa é que no art. 521 do PL n. 8.046/2010 está claro que os tribunais e juízos de primeiro grau “deveriam seguir” (não se falava em apenas “observar”) os padrões decisórios ali elencados, tais como recursos repetitivos, IRDR, IAC e enunciado de súmulas do STF e STJ (cf. incisos I a IV do art. 521 do PL n. 8.046/2010). Digo que isso é outra evidência porque é simples perceber que quando o projeto de novo CPC regressou ao Senado Federal, e foi alvo de várias modificações, resta claro que uma delas foi justamente a retirada dessa vinculatividade dos padrões decisórios do art. 927 do CPC, salvo se existisse previsão expressa, como é o caso do IRDR e do IAC.

Há, ainda, mais um fato a ser destacado e que corrobora a tese que venho defendendo ao longo desse tópico. Não cabe reclamação contra a decisão que deixe de seguir os recursos repetitivos e os enunciados de súmula. Por outro lado, cabe reclamação contra a decisão que deixe de observar súmula vinculante, decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, e as teses firmadas em IRDR e IAC. Isso tudo pode facilmente ser constatado numa simples leitura do art. 988, III e IV, do CPC. Adianto, desde já, que não me convence, nenhum pouco, o argumento de que os recursos repetitivos estariam abarcados dentro do inciso IV do art. 988, ao fundamento de que onde se lê “IRDR”, deve-se entender “casos repetitivos”, e, por conseguinte, aplicar-se-ia a regra prevista no art. 928, I e II, do CPC,²² que diz que onde se lê “casos repetitivos” deve-se entender “recursos repetitivos e IRDR”. Digo isso porque no inciso IV do art. 988 não está escrito “casos repetitivos”, mas, tão somente, “IRDR”.

Assim, como se pode ver, a história do processo legislativo mostra porque é que não há harmonia entre o inciso VI do § 1º do art. 489 e o art. 927, ambos do CPC. E mais: o atual sistema do CPC não deixa dúvidas acerca da não vinculatividade dos recursos repetitivos e dos enunciados de súmula. Se está certo ou errado, não vem ao caso, uma vez que não estou discutindo, nesse artigo científico, proposições *de lege ferenda*. Concluo, pois, e sem embargo

²² 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. Merece destaque que a expressão “casos repetitivos” aparece por 11 vezes no atual CPC. Os dispositivos são os seguintes: 12, § 2º, II; 311, III; 521, IV; §§ 2º a 4º do art. 927; 928; 955, parágrafo único, II; § 5º do art. 966; 1.022, parágrafo único, I.

da incontestada autoridade doutrinária dos que pensam em sentido contrário, que os padrões decisórios elencados no art. 927 só vincularão os tribunais e juízos quando houver expressa previsão legal, e, até o presente momento, só se vê essa obrigatoriedade na súmula vinculante, no controle concentrado de constitucionalidade feito pelo STF, no IRDR e no IAC.

Com efeito, mais uma perspectiva que deve ser enfrentada diz respeito ao julgamento de improcedência liminar do pedido (art. 332 do CPC)²³ e aos poderes do relator para negar seguimento a recurso (art. 932, IV, do CPC).²⁴ Pode-se facilmente perceber que, nessas duas hipóteses, o magistrado trabalha com os enunciados de súmula do STF e do STJ, bem como com os acórdãos, desses dois tribunais, prolatados à luz do rito dos recursos repetitivos. Isso, todavia, não torna esses padrões decisórios vinculantes aos tribunais e juízos de primeiro grau. Trata-se, tão somente, de regra procedimental com o fito de imprimir maior celeridade processual.

Feitas essas considerações iniciais, passo à análise da suposta vinculação do árbitro aos precedentes judiciais.

2.2. Da relação do árbitro com o art. 927 do CPC

Deve o árbitro aplicar os padrões decisórios elencados no art. 927 do CPC? Ou seria mera faculdade?

Inicialmente é preciso compreender que a arbitragem é um sistema de resolução de litígios diferente daquele do Judiciário, com suas regras e características próprias, e, por esses motivos, não está o processo arbitral sujeito à vinculatividade dos padrões decisórios elencados nos incisos III a V do art. 927 do CPC.²⁵ Mesmo para aqueles mais otimistas e menos formalistas, que veem neles (incisos III a V) hipótese de vinculação dentro da estrutura do

²³ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

²⁴ Art. 932. Incumbe ao relator: [...] IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

²⁵ Ronaldo Cramer, em sentido totalmente contrário, entende que (i) permitir que o árbitro não siga o precedente vinculante implica em reconhecer que há mais de uma ordem jurídica (o que não há) e que, se fosse assim, as partes escolheriam a arbitragem apenas para fugir do precedente; e, ainda, que (ii) o precedente vinculante não adstringe apenas o Judiciário (pensar assim seria uma visão simplista do real sentido de vinculação), e que ele se aplica a toda a atividade jurisdicional. Os dados bibliográficos da obra são: CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*, p. 119.

Poder Judiciário, creio que esses três incisos são um comando a ser seguido exclusivamente pelos magistrados, e, não, pelos árbitros.²⁶ Os incisos I e II do art. 927 serão abordados logo abaixo.

Com efeito, é preciso reforçar e deixar claro que quando as partes optam por *não* submeter a sua lide ao julgamento pelo Poder Judiciário, mas, sim, por árbitro da confiança delas, há várias razões por detrás dessa escolha, tais como maior celeridade e a confidencialidade do feito. Sem dúvida, um dos principais motivos para se adotar o processo arbitral é justamente o de se ter um especialista na matéria objeto da controvérsia e que terá mais tempo para dedicar-se àquele processo. Diante dessa realidade incontestável, afirmar que o árbitro está obrigado a seguir os padrões decisórios criados justamente por aquele órgão (que é o Judiciário) que as partes expressamente recusaram é, a meu ver, uma contradição em si mesma. Como explicar, com racionalidade, que as partes que não querem qualquer relação com o Poder Judiciário, para aquele processo específico, devem submeter-se, como regra geral, à força vinculante dos seus precedentes? Até porque, como é óbvio, não existe hierarquia entre a cúpula do Judiciário e os eventuais árbitros. Desse modo, considero que, em princípio, os padrões decisórios elencados no art. 927 do CPC não se aplicam na arbitragem, salvo se as partes, de comum acordo, pactuarem em sentido contrário.

Voltando a essa questão da hierarquia, que, repito, não existe, tenho consciência de que esse argumento é muito pouco utilizado pelos defensores da vinculação dos precedentes judiciais na arbitragem. Acredito que o fundamento mais empregado seja o de que o precedente deve ser considerado *fonte de direito*.²⁷ Ora, peço vênia para discordar em parte dos que pensam dessa forma. Em um país de *civil law*, é difícil sustentar que todos os padrões decisórios elencados no art. 927 do CPC poderiam ser equiparados à lei. Concordo que a jurisprudência seja fonte de suma importância do Direito, contudo, não pode ser, pelo menos sob meu ponto de vista, fonte primária. O que se pretende com o art. 927 do CPC é criar um sistema que diminua o número de recursos e de novas demandas judiciais. Como? Mostrando ao jurisdicionado, por meio dos referidos padrões decisórios, qual é a posição das cortes superiores e de segundo grau. Evidentemente que isso cria, também, segurança jurídica. Ocorre que a segurança jurídica que as partes querem, ao optar por dirimir seu litígio na jurisdição arbitral, é outra. Repito: quando as partes escolhem a via arbitral, significa que elas não querem qualquer relação com o Poder Judiciário.

²⁶ Nesse sentido: FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação?*, p. 97-98.

²⁷ Nesse sentido: AMARAL, Guilherme Rizzo. *Arbitragem e precedentes*, *cit.*, p. 285.

Nesse mesmo sentido, CARLOS ALBERTO CARMONA e JOSÉ AUGUSTO BITENCOURT MACHADO FILHO afirmam o seguinte: “[a] questão se resume, portanto, a saber se o precedente é, propriamente, uma fonte geral do direito, ou se se trata de ferramenta organizacional do Poder Judiciário, fonte restrita ao processo judicial. O encaminhamento do tema já demonstra que acreditamos que a segunda hipótese é a única acertada. Afinal, a função de criara lei pertence, em nosso ordenamento jurídico, ao Poder Legislativo, com alto grau de participação, é certo, do Poder Executivo. Certamente não pertence ao Poder Judiciário”.²⁸

Nesse instante, não poderia deixar de consignar dois posicionamentos completamente díspares acerca dos casos repetitivos e da adstrição do árbitro a eles. Rômulo Greff Mariani²⁹ considera que o árbitro não está vinculado, no entanto, Márcio Bellocchi³⁰ acredita que existe a obrigatoriedade de aplicá-los.

Dito isso, resta-me analisar apenas mais dois pontos: a decisão oriunda do controle concentrado de constitucionalidade e o enunciado de súmula vinculante.

Não tenho a menor dúvida de que as decisões do STF, em controle concentrado de constitucionalidade, aplicam-se na arbitragem, pois, conforme se extrai do § 2º do art. 102 da CF/88, “[a]s decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas

²⁸ CARMONA, Carlos Alberto; MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt. Arbitragem: jurisdição, missão e justiça. In: *Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais*. Abhner Youssif Mota Arabi et al. (coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 224.

²⁹ Cf. “Os mecanismos nada mais fazem do que buscar a uniformização da jurisprudência em nível estatal, como que buscando “estabelecer ‘standards interpretativos’ a partir do julgamento de alguns casos”, tendo em vista a multiplicidade de entendimentos que podem surgir a partir da interpretação daquele que, de acordo com a nossa cultura, ainda é a base do Direito aplicado no Brasil (os atos normativos positivados). Longe de se tratar do precedente visto no *common law*, o que se observa aqui são técnicas de “interpretação” e que visam à “limitação à liberdade do juiz”. Mas para todos os efeitos esse “juiz” também seria, no particular aqui tratado, o árbitro eleito pelas partes? A resposta é negativa em ambos os casos (súmulas e recursos repetitivos). É correto apontar que a lógica das súmulas e recursos repetitivos se encontra, em sua concepção e aplicação prática, adstrita ao processo judicial, sistema no qual a “pacificação” ensejada pelos mecanismos pode e deve impor efeitos de grande relevância nesse sistema, em especial à luz das demandas repetitivamente enfrentadas nos mais diversos temas e das diferentes instâncias recursais lá existentes. Mais uma vez, é necessário apontar que os entendimentos fixados em ambos os mecanismos são formados no âmbito estatal e com base num diploma (Código de Processo Civil) que apenas nesse sistema encontra aplicação. Portanto, na forma como previsto em tal legislação, seus efeitos apenas lá se fazem sentir. Evidentemente pode e deve haver um efeito persuasivo quando se trata do árbitro aplicar o Direito em casos objeto de súmulas ou julgamentos repetitivos perante o judiciário estatal, mas isso não significa que possa existir qualquer espécie de controle estatal caso o árbitro entenda por bem não aplicar tais entendimentos na forma como fixados pelo poder judiciário. Mesmo em nível estatal as súmulas, de há muito previstas em nosso ordenamento, têm sido encaradas como ferramentas de cunho persuasivo, e não obrigatório” (MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*, p. 144-145).

³⁰ Cf. “Se as partes, ao contratarem a arbitragem, escolherem a aplicação do direito brasileiro, a negativa de sua aplicação viola o que foi livremente pactuado entre elas. O juiz estatal, ao criar um precedente, faz com que uma regra individual (resultante da interpretação do direito brasileiro a um caso concreto) torne-se uma norma de caráter geral e abstrato aplicável a todos – desde que a relação jurídica processual ou arbitral possua a mesma essência jurídica. O juiz, assim, cria a NORMA. E, essa norma possui *exclusividade* e relativo *ineditismo*, no espectro do ordenamento jurídico, pois, caso contrário, desnecessário seria tal precedente” (BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a extensão da expressão “aplicação do direito brasileiro” na convenção de arbitragem*, p. 175).

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”. A clareza do texto constitucional não deixa margem para qualquer discussão, isto é, a decisão do STF terá eficácia contra todos.

No tocante ao enunciado de súmula vinculante, veja-se o que dispõe o art. 103-A da CF/88: “[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”. A meu ver, o enunciado de súmula vinculante que criar direitos e deveres para a administração pública deve ser rigorosamente aplicado pelo árbitro nas lides em que ela for parte, sob pena de se violar, flagrantemente, esse comando constitucional.³¹ Deixar de aplicar enunciado de súmula vinculante em arbitragem na qual a administração pública seja parte é, a meu ver, um desestímulo ao uso da arbitragem. *Por outro lado, não deve ser aplicado se a lide arbitral for apenas entre particulares.* Trata-se, pois, de uma interpretação literal e gramatical desse dispositivo constitucional. Em apertadíssima síntese, penso o seguinte: se uma decisão do STF (Poder Judiciário) *vincula diretamente* a administração pública (Poder Executivo), e, para tanto, é preciso um quórum bastante qualificado (dois terços de seu membros) para aprová-la, é porque se quis dar a súmula vinculante, portanto, a natureza de norma jurídica, integrando-se, pois, ao Direito brasileiro.

A grande discussão que surgirá é em relação ao enunciado de súmula vinculante criado após a assinatura do contrato ou mesmo depois de surgido o conflito. Nesse ponto, é pertinente lembrar o que dispõe o § 3º do art. 927 do CPC, muito embora sua aplicação, diretamente pelo árbitro, possa dar azo a outras discussões: “[n]a 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”.

³¹ Na prática, pelo menos por enquanto, não imagino que haverá enunciado de súmula vinculante que poderá ser aplicado numa arbitragem, pois percebo que esses enunciados têm versado, sobremaneira, sobre direito penal, previdenciário, competência, tributário e direitos dos servidores públicos. De todo modo, e até mesmo vislumbrando uma futura reforma constitucional que possa criar o enunciado de súmula vinculante no STJ, é preciso ter essa base teórica em mente.

Em contrapartida, há na doutrina entendimento dissonante. Rômulo Greff Mariani acredita que a decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade³² e a súmula vinculante não atrelam o árbitro nem mesmo quando a administração pública for parte do processo.³³ O principal argumento utilizado pelo autor é o de que não se pode permitir a interferência estatal na arbitragem apenas em razão da qualidade de uma das partes, até porque a parte contrária (quase sempre um particular) e o árbitro não estariam vinculados à decisão do STF. A propósito, é pertinente observar, *a posteriori*, a diferença que o referido doutrinador aponta, no § 2º do art. 102 da CF/88, entre eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, e que, sem dúvida, pode significar um novo caminho a ser trilhado dentro da arbitragem.³⁴

Por fim, cumpre registrar a advertência de Alexandre Freitas Câmara,³⁵ José Miguel Garcia Medina³⁶ e Luiz Guilherme Marinoni³⁷ de que o que vincula (quando for o caso) é a *ratio decidendi* da decisão judicial, isto é, os *fundamentos determinantes* utilizados pelos julgadores para se firmar a tese jurídica.

Um último lembrete se faz necessário e importante. Enquanto não estiver definido, pelas cortes superiores brasileiras, *se e quais* precedentes judiciais vinculam o árbitro, é recomendável inserir, na convenção de arbitragem e/ou na ata de missão, qual é a vontade das partes, ou seja, se será no sentido de que os enunciados das súmulas persuasivas e os casos repetitivos disciplinados pelo CPC deverão ou não ser aplicados, pelo árbitro, no processo arbitral.³⁸ Já nos litígios envolvendo a administração pública, apesar de eu ter convicção de que a não vinculatividade dos precedentes judiciais ao árbitro existe da mesma maneira, talvez não seja prudente a inclusão de tal limitação. Por quê? Porque raciocinando como um mau perdedor, creio que seria mais fácil conseguir a invalidação da sentença arbitral com base na tese de que o árbitro foi proibido de aplicar os precedentes (seria, pois, um direito indisponível e teria ocorrido violação à ordem pública),³⁹ do que na tese de que os mesmos não são

³² O autor considera que a decisão proferida pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, desde que com a interferência positiva do Senado Federal (art. 52, X, da CF/88), vincularia o árbitro, pouco importando se a administração pública fosse parte do processo arbitral.

³³ Cf. MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*, p. 133-136.

³⁴ Cf. MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*, p. 114-126. Também discorrendo sobre essa diferença, mas sem adentrar nos meandros dos seus efeitos perante o juízo arbitral, confirmam-se: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 239-241.

³⁵ Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, p. 440-442.

³⁶ Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 1.243 (comentários ao art. 927 – itens 1 e 2).

³⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Art. 927, *cit.*, p. 2.311-2.312.

³⁸ Entendendo ser inviável o uso do negócio jurídico processual para a afastar a aplicabilidade do art. 927 do CPC, pouco importando quem sejam as partes envolvidas no processo, confira-se: CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*, p. 123.

³⁹ Registro que não penso que seja um direito indisponível e, muito menos, que importaria em violação à ordem pública.

vinculantes. Informo, entretanto, que eu não acataria nenhuma das duas teses se fosse o magistrado responsável pelo julgamento da ação anulatória, pelos motivos já amplamente mencionados ao longo desse trabalho.

2.3. Os padrões decisórios e o Direito brasileiro

Colhe-se na doutrina que “o árbitro vincula-se aos precedentes judiciais na medida em que as partes elegem *arbitragem de direito* e que os precedentes judiciais vinculantes integram o Direito brasileiro. É dizer: não está o árbitro vinculado aos precedentes por conta da (inexistente) aplicação direta de dispositivos do CPC à arbitragem, mas pela vontade das partes que deram ao árbitro a missão de julgar *conforme o direito*”.⁴⁰

Em *primeiro lugar*, conforme já expus no *item 2.2*, não considero que os precedentes judiciais vinculantes se tornam fontes primárias do Direito. Destarte, desnecessário repetir todos os argumentos já expendidos. Ora, se o precedente é a interpretação dada, à lei, pelo Judiciário, e as partes expressamente optaram por não decidir a sua demanda no Judiciário, então é um grande contrassenso pretender que o precedente judicial vincule o árbitro. As partes querem, a meu sentir, uma interpretação, da lei aplicável ao caso concreto, realizada pelo árbitro, e, não, pelo Judiciário.

Em *segundo lugar*, quando o § 1º do art. 2º da Lei n. 9.307/96 estatui que “[p]oderão 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”, tenho que o legislador quis se referir à legislação de um país. Essa é a interpretação que faço da expressão “regras de direito” constante na lei. É claro que a doutrina e a jurisprudência poderão auxiliar o árbitro na aplicação da lei, pois são fontes secundárias (e importantes) do Direito. Certamente, quando se tratar de país de *common law*, os precedentes deverão ser seguidos pelo árbitro.

Em *terceiro lugar*, exigir que o árbitro aplique o precedente judicial vinculante parte da equivocada premissa de que a interpretação da lei feita, pelo Judiciário, será sempre a mais correta. Nesse ponto, quero repetir, uma vez mais, que, quando as partes elegem a via arbitral para dirimir suas contendas, elas estão excluindo o Poder Judiciário. Daí porque é um grande contrassenso querer que os precedentes judiciais, supostamente vinculativos, devam ser aplicados pelo árbitro.

⁴⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. Arbitragem e precedentes, *cit.*, p. 288. Sem fazer qualquer menção ao instituto da arbitragem, mas asseverando que os precedentes no CPC “passam a ter a mesma importância da lei”, confira-se: DOTTE, Rogéria *et al.* *Curso de processo civil*, p. 60.

Em *quarto lugar*, para evitar maiores discussões, sugiro que se coloque na convenção de arbitragem, na parte referente à lei aplicável, v.g., “legislação brasileira” em vez de “Direito brasileiro”. A única polêmica que considero que poderá surgir diz respeito à aplicação dos princípios implícitos de Direito (como o da proporcionalidade e o da razoabilidade), que, para alguns, podem não estar contidos dentro da legislação brasileira. Não é, porém, a minha opinião. Outra alternativa, conforme já mencionado, é estabelecer, *a priori*, se os padrões decisórios deverão ser aplicados pelo árbitro e, caso sejam, quais deles.

2.4. Da fundamentação da sentença arbitral

O doutrinador Giovanni Bonato entende que o art. 489, § 1º, do CPC,⁴¹ seria um desdobramento do princípio constitucional de que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas (art. 93, IX, da CF/88), e, por esse motivo, os precedentes judiciais vinculariam o árbitro, na medida em que nos incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC há menção expressa ao dever do juiz de se reportar a certos padrões decisórios. Ele acredita, ainda, que o árbitro poderia deixar de aplicar o precedente, seja por distinção (*distinguishing*), seja por superação (*overruling*), desde que fundamentasse a sua decisão. Por derradeiro, o autor afirma que a não observância a qualquer dos incisos do § 1º do art. 489 do CPC possibilitaria o manuseio da ação anulatória com fulcro no art. 32, III, da Lei n. 9.307/96.⁴²

Apesar de discordar da assertiva de que o § 1º do art. 489 do CPC deve ser observado pelo árbitro, penso ser bastante oportuno permitir a distinção e a superação do precedente pelo árbitro.⁴³ E por que não comungo desse entendimento acerca da forma de se fundamentar a sentença arbitral? Explico.

⁴¹ 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.

⁴² Cf. BONATO, Giovanni. Arbitragem e precedentes, *cit.*, p. 324-325.

⁴³ Quero apenas registrar que entendo que a superação do precedente só pode ser feita pelo tribunal que o criou, pois, do contrário, o sistema de vinculação não funcionaria. Digo que concordo com a possibilidade de o árbitro poder superar o precedente diante das várias particularidades já mencionadas, em especial o fato de serem sistemas jurisdicionais distintos.

Conforme já escrevi no passado, o CPC não é fonte subsidiária da Lei n. 9.307/96. Entretanto, como no CPC há regras de natureza processual e procedimental, muitas vezes as regras de natureza processual devem ser aplicadas.⁴⁴

Um dos dispositivos mais polêmicos do novo CPC é o § 1º do art. 489, que disciplina, *a contrario sensu* e com detalhes, como é que o magistrado deve fundamentar a sua decisão judicial.

Apesar de Maria Carolina Silveira Beraldo considerar os requisitos da sentença como regras de natureza processual,⁴⁵ entendo que a aplicabilidade obrigatória dessa regra deva ser exigida apenas dos magistrados, e, não, dos árbitros. Por que? Porque o destinatário da regra é o juiz estatal. Sem falar que essa é uma regra de natureza procedimental, pois diz respeito à forma de se praticar um ato processual. A sentença, como todos sabem, é um ato processual praticado pelo juiz.

Dito isso, cabe aqui uma indagação: se a sentença é ato processual, e a própria autora acima afirma isso, e a doutrina majoritária⁴⁶ parece entender que a forma ou o modo de se praticar o ato processual é regra de cunho procedimental,⁴⁷ por que é que os requisitos da sentença judicial (*in casu*, a forma de fundamentá-la) devem ser classificados como regra de natureza processual?

Com efeito, é importante salientar que, ao pensarmos sobre certas premissas básicas do sistema judicial, à luz da arbitragem, temos *sempre* que lembrar de um componente elementar dela, que é a autonomia privada das partes. Senão, vejamos: (i) diz a CF/88 que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Judiciário, porém, as partes capazes podem levar seus litígios que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis para serem dirimidos por meio de arbitragem; (ii) também reza a CF/88 que todos os processos judiciais e julgamentos, como regra, serão públicos, contudo, sabemos que o processo arbitral, em decorrência da vontade das partes (não da LA) é sigiloso; e, (iii) por fim, a CF/88 exige que todas as decisões judiciais sejam motivadas, no entanto, enquanto o STF detinha competência para a

⁴⁴ Cf. BERALDO, Leonardo de Faria. O impacto do novo Código de Processo Civil na arbitragem, *cit.*, p. 176-179.

⁴⁵ Cf. BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988*, p. 53.

⁴⁶ Entre todos, confirmam-se: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 38; DALL'OLLIO, Gustavo. *Competência legislativa em matéria de processo e procedimento*, p. 141-142.

⁴⁷ A autora em questão parece não concordar que a forma ou o modo para a prática de *todos* os atos processuais possam ser enquadrados como normas procedimentais. Daí, provavelmente, o porquê de pensar como tal acerca da classificação da natureza da regra sobre os requisitos da sentença. Contudo, ela não desceu em detalhes sobre essa sua crença. Seria por que a motivação das decisões judiciais é objeto de proteção constitucional (art. 93, IX)? Não sabemos.

homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, homologava-se sentenças sem motivação, desde que as partes tenham concordado com isso, por escrito, na origem.

Com base nas premissas acima, vê-se que não é possível querer dar tratamento idêntico aos processos judicial e arbitral, mesmo se estivermos diante de uma regra que tenha natureza processual. De todo modo, fica a advertência de que a observância dos incisos do § 1º do art. 489 denota que o árbitro está agindo com competência e diligência, deveres esses que constam expressamente do § 6º do art. 13 da LA. E mais. Não custa recordar que a sentença sem a observância dos requisitos do art. 26 da LA (a fundamentação é um deles) pode ser objeto de ação anulatória, com fulcro no art. 32, III, da LA.

Desse modo, apesar de o § 1º do art. 489 do novo CPC não se tratar, no nosso sentir, de norma cogente para a arbitragem, é altamente recomendável que ele seja observado à risca pelo árbitro, de modo a evitar futuras alegações de sentença arbitral imotivada ou com fundamentação opaca. Repito, contudo, que a não observância, pelo árbitro, dos exatos termos do § 1º do art. 489 do CPC, não é causa, por si só, para se decretar a nulidade da sentença arbitral pelo juiz togado.

Concluo, portanto, no sentido de que o § 1º do art. 489 do CPC é regra de natureza procedimental, logo, é inaplicável à arbitragem. Todavia, caso se entenda ser norma de cunho processual, considero que não deva ser aplicada aos processos arbitrais por ser um dispositivo voltado para o magistrado, e, não, para o árbitro. Não bastasse, a Lei n. 9.307/96, que é especial em relação ao CPC, exige que a sentença seja fundamentada (art. 26, II), porém, não explicita como deve ser essa motivação.

2.5. Ação anulatória e os precedentes judiciais

José Rogério Cruz e Tucci está entre alguns dos doutrinadores que entendem que a inobservância do precedente judicial vinculante pelo árbitro, mesmo quando não for invocado pelas partes, dará azo ao ajuizamento de ação anulatória de sentença arbitral por vício de fundamentação. Destaco os seguintes trechos do trabalho escrito:

Seja como for, é também importante ter presente que, se o árbitro *tout court* não observar o precedente judicial, configura-se *error in iudicando* e, nesse caso, não cabe ação anulatória da sentença, porque vedado ao Judiciário o controle intrínseco da justiça ou injustiça do julgamento do processo arbitral.

No entanto, a regra do artigo 489, parágrafo 1º, inciso VI, do Código de Processo Civil, a qual, à evidência, também se aplica à arbitragem, é vocacionada à proteção da confiança, quando impede que o juiz (ou árbitro), ao proferir a

sentença, despreze súmula ou precedente, colacionado como reforço argumentativo por uma das partes, não tomando o cuidado de explicar que o julgado paradigma não se aplica ao caso concreto, ou mesmo, que já se encontra superado pela obsolescência.

Entendo que, por força do importante aforismo, *iura novit curia*, mesmo que a tese jurisprudencial, embora relevante, não seja invocada pela parte interessada, a sentença encontra-se eivada de nulidade, se o árbitro desprezá-la de forma injustificada.

[...].

Conclui-se, pois, que, nos termos do analisado inciso VI do parágrafo 1º do artigo 489, configurando-se a hipótese aí prevista, o tribunal arbitral, assim como ocorre na esfera do processo judicial, tem o ônus de justificar que a súmula ou precedente invocado pela parte não tem incidência na hipótese concreta.

Caso contrário, a sentença arbitral é passível de controle pelo Poder Judiciário, devendo ser considerada formalmente viciada, por ausência de fundamentação.⁴⁸

Inicialmente, registro que fiquei com uma grande e importante dúvida sobre o posicionamento do referido doutrinador. Quando ele diz que o árbitro tem o ônus de justificar que a súmula ou o precedente invocado pela parte não tem incidência na hipótese concreta, estaria ele sugerindo que o árbitro poderia realizar o *distinguishing* e o *overruling*? Ou apenas a distinção? Ora, se o árbitro puder superar os precedentes criados pelos tribunais superiores, então a discussão é extremamente fácil de ser resolvida. Basta que o árbitro, ao mencionar o precedente, diga, em um parágrafo que seja, o motivo pelo qual não adotará, naquele caso, o padrão decisório destacado por uma das partes. Por outro lado, se o árbitro só puder fazer o *distinguishing*, aí, por certo, voltaremos aos problemas pelos quais já discorreremos ao longo desse artigo científico.

Outro doutrinador que também defende o cabimento de ação anulatória é Guilherme Rizzo Amaral. Para ele, “se o árbitro reconhecer o precedente, mas fizer o *distinguishing* equivocadamente, sua sentença não será passível de anulação. Se, por outro lado, o árbitro reconhecer o precedente, mas decidir julgar contrariamente ele por entender estar *errada* a corte de precedentes, a sentença arbitral será passível de anulação na medida em que o árbitro

⁴⁸ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. O árbitro e a observância do precedente judicial. Disponível no site: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>. Acesso no dia 17/12/2018. Aliás, alguns trechos desse artigo científico foram retirados de sua própria obra sobre precedentes, cujas referências são as seguintes: *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 297-298. Talvez, o ponto central desse renomado livro seja o do respeito ao princípio da isonomia, isto é, deve-se julgar os casos iguais de forma idêntica. Por certo, essa premissa está correta, no entanto, ela deve ser fortemente temperada quando se está diante de duas jurisdições distintas, quais sejam, a estatal e a arbitral. E mais: não se pode olvidar que as partes somente foram parar na jurisdição arbitral em decorrência de sua vontade.

julgará *exclusivamente* conforme seu senso de justiça. É dizer, julgará *por equidade*, contrariando a vontade das partes que escolheram arbitragem de direito”.⁴⁹

A despeito dos relevantes e judiciosos argumentos apresentados, penso que não será possível o ingresso em juízo com a ação anulatória de sentença arbitral. Os únicos dois incisos do art. 32 da Lei n. 9.307/96 que costumam ser sinalizados pela doutrina, como possível base legal para tal pretensão, são os de número III e IV.

Para o inciso III do art. 32, é nula a sentença arbitral se não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei. O art. 26, por sua vez, é aquele em que estão os requisitos da sentença arbitral. Entretanto, conforme já pude explicitar no *item 2.4*, como o § 1º do art. 489 do CPC não se aplica à arbitragem, não se pode sustentar que a sentença arbitral que ignora ou supera precedente judicial vinculante possa ser considerada imotivada. Não bastasse, há autorizada doutrina sustentando que, apesar de o árbitro estar obrigado a seguir o § 1º do art. 489 do CPC, a sua violação não dará azo ao manuseio da ação anulatória, justamente por não ser cabível essa pretensão quando a sentença arbitral for mal fundamentada (que é diferente de sentença sem qualquer fundamentação).⁵⁰

Para o inciso IV do art. 32, é nula a sentença arbitral se for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem. Aqui, dois pontos devem ser analisados. *Primeiro*, não é correto afirmar que, em uma arbitragem de direito, ignorar ou superar precedente judicial vinculante seja o mesmo que realizar julgamento de equidade. Por quê? Porque o precedente judicial, de modo geral, não vincula o árbitro. Por quê? Porque não é fonte primária do Direito e também porque eles foram pensados para vincular a estrutura do Poder Judiciário. *Segundo*, mesmo aqueles precedentes judiciais que vinculam o árbitro, como é o caso do controle concentrado de constitucionalidade e da súmula vinculante (esse último apenas quando a administração pública for parte), ainda assim, o erro de aplicação da lei não daria azo ao uso da ação anulatória, porque se trata de *error in iudicando* e, como é notório, o art. 32 foi pensado para

⁴⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. Arbitragem e precedentes, *cit.*, p. 292.

⁵⁰ Cf. “Nossa discordância reside no fato de que a sentença arbitral fundamentada de forma insuficiente possa ser atacada por meio de ação anulatória. O art. 32, III da Lei nº 9.307/1996, segundo o qual é nula a sentença arbitral se não contiver os requisitos do art. 26 (entre os quais, a fundamentação), com todas as vênias, não nos parece que deva ser lido na extensão que lhe atribui Cruz e Tucci. Tal interpretação permitiria verdadeira revisão judicial da justiça da decisão proferida pelo árbitro – tudo o que se quis evitar na Lei nº 9.307/1996, quando se extinguiu a exigência de homologação judicial da sentença arbitral. Se fosse possível questionar a sentença arbitral por não observar precedente judicial, restariam esvaziadas praticamente todas as vantagens atribuídas à arbitragem. As partes, quando celebram convenção de arbitragem, querem justamente evitar o Judiciário e a possibilidade de rediscussão da controvérsia perante o juiz togado” (ROQUE, André Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC? Precedente vinculante não pode ser causa da ruína da arbitragem no Brasil. Disponível no site: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016>. Acesso em 19/12/2018).

abarcam hipóteses de *error in procedendo*. *Terceiro*, a inobservância dos precedentes judiciais supostamente vinculantes, por si só, não faz com que uma arbitragem de direito possa ser rotulada de arbitragem de equidade. Isso porque, conforme já exaustivamente asseverado, os precedentes judiciais que vinculam o árbitro, a meu sentir, são aqueles oriundos do controle concentrado de constitucionalidade e da súmula vinculante (esse último apenas quando a administração pública for parte). Os demais, com todo o respeito, são apenas precedentes persuasivos.

Evidentemente que não será lícito, à parte vencida no processo arbitral, pretender arguir esses mesmos vícios da sentença arbitral em eventual impugnação ao cumprimento de sentença arbitral. Os motivos, por óbvio, são os mesmos supramencionados.

Concluo, portanto, pela impossibilidade de se ajuizar a ação anulatória de sentença arbitral, haja vista a inexistência de algum inciso no art. 32 da Lei n. 9.307/96 que seja passível de ser a base legal para tal pleito.

3. Os precedentes judiciais sobre arbitragem

Nesse tópico pretendo discorrer, brevemente, sobre a importância dos precedentes judiciais que versam sobre arbitragem.

Acredito que ninguém discorda que um dos maiores deveres do árbitro é, justamente, o de proferir uma sentença válida e exequível. Do contrário, haverá enorme perda de tempo e de dinheiro das partes envolvidas.

Feita essa consideração inicial, tenho que é dever do árbitro conhecer a jurisprudência em matéria arbitral, especialmente do STJ, e mesmo que não seja um dos padrões decisórios que constam no art. 927 do CPC.

Como o objetivo nesse tópico não é o de analisar, pormenorizadamente, os casos dessa natureza, vou dar um único exemplo para tentar demonstrar qual é a minha preocupação. Alguns anos atrás, foi julgado um recurso no STJ que preocupou, sobremaneira, duas classes de profissionais: os que trabalham com arbitragem e com contrato de franquia, cuja ementa foi a seguinte:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO *PRIMA FACIE* DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

"PATOLÓGICA". ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO.

1. Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016.

2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico.

3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96.

4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral "patológico", i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.

5. Recurso especial conhecido e provido.⁵¹

O que causou grande espanto nos estudiosos dessas duas matérias foi a afirmação genérica de que todo contrato de franquia é de adesão.

Com efeito, penso ser interessante registrar que, após esse julgamento, o STJ já enfrentou essa questão por duas vezes. Na *primeira*, não foi objeto a discussão sobre a validade da cláusula compromissória no contrato de franquia.⁵² Será que o STJ pode ter sinalizado o entendimento de que não se pode decretar, *ex officio*, a nulidade de cláusula compromissória na estreita via do recurso especial, mesmo quando o recurso tiver sido conhecido? Na *segunda*, foi decidido que não se pode, no recurso especial, pretender alterar a conclusão a que chegou o tribunal de justiça de que o contrato era de adesão e não atendeu aos requisitos legais.⁵³

Como não pretendo adentrar na discussão sobre o mérito desse recurso, quero apenas convidar a todos para a seguinte reflexão: o que deve fazer o árbitro ao se deparar com uma demanda arbitral em que a cláusula compromissória estiver contida em contrato de franquia e não atender aos requisitos do § 2º do art. 4º da Lei n. 9.307/96?⁵⁴

Portanto, parece-me razoável sustentar que o árbitro deve procurar seguir os precedentes do STJ que dizem respeito à arbitragem, pois denota seu dever de diligência e competência para com as partes.

⁵¹ STJ, 3ª T., REsp n. 1.602.076/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/09/2016, *DJe* 30/09/2016.

⁵² Cf. STJ, 4ª T., REsp n. 1.597.658/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ o acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 18/05/2017, *DJe* 10/08/2017.

⁵³ Cf. STJ, 4ª T., AgInt no AgInt no AREsp n. 1.029.480/SP, Rel. Min. Raul Araújo, j. 06/06/2017, *DJe* 20/06/2017.

⁵⁴ Art. 4º, § 2º. Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Considerações finais

Chegando ao final desse estudo científico, creio que posso traçar as seguintes conclusões:

1. Não penso que todos os padrões decisórios constantes no art. 927 do CPC vinculam os tribunais e juízos de primeiro grau. E, mesmo se fossem, ainda assim não acredito que o árbitro estaria vinculado a eles, tendo em vista que a arbitragem é uma jurisdição diferente do Judiciário.
2. Confesso que tenho dificuldade em aceitar que a maioria desses padrões decisórios possa ser equiparada à lei, que, sabidamente, é a fonte primária do nosso Direito.
3. Não estou defendendo (ninguém está, na verdade) que o árbitro deva decidir contra os precedentes judiciais; claro que não é isso! O que *não* reputo correto, contudo, é querer obrigar o árbitro a julgar de acordo com os precedentes judiciais vinculantes. É preciso recordar que a escolha consensual das partes de decidirem seu litígio na jurisdição arbitral é justamente porque não querem qualquer relação ou envolvimento com o Poder Judiciário.
4. A não observância, pelo árbitro, dos padrões decisórios supostamente vinculativos não tem, como consequência, a possibilidade de se ajuizar ação anulatória de sentença arbitral. Como já demonstrado, nenhum inciso do art. 32 da Lei n. 9.307/96 é violado quando o árbitro deixa de aplicar qualquer padrão decisório do art. 927 do CPC.
5. A grande conveniência em se adotar os precedentes judiciais do STJ, no que diz respeito à arbitragem, é uma demonstração de cuidado e de diligência para com o caso das partes. Não nos esqueçamos de que um dos principais deveres de um árbitro (se é que não é o maior deles) é o de prolatar uma sentença válida e exequível.

Referências bibliográficas

AMARAL, Guilherme Rizzo. Arbitragem e precedentes. In: *Curso de arbitragem*. Daniel Levy e Guilherme Setoguti J. Pereira (coords). São Paulo: RT, 2018.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015.

BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a extensão da expressão “aplicação do direito brasileiro” na convenção de arbitragem*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da PUC-SP. São Paulo, 2017.

BERALDO, Leonardo de Faria. Arbitragem com a administração pública. *Revista Comercialista*, n. 17, São Paulo, 2017.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.

BERALDO, Leonardo de Faria. O impacto do novo Código de Processo Civil na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 49. São Paulo: RT, abr.-jun./2016.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988: normas processuais e procedimentais cíveis*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2015.

BONATO, Giovani. Arbitragem e precedentes. In: *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Flávio Luiz Yarshell et al. (coords.). Salvador: JusPodivm, 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto; MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt. Arbitragem: jurisdição, missão e justiça. In: *Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais*. Abhner Youssif Mota Arabi et al. (coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

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

DALL'OLLIO, Gustavo. *Competência legislativa em matéria de processo e procedimento*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da PUC-SP. São Paulo, 2010.

DOTTI, Rogéria et al. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2017.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004.

FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação?* Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: PUC-SP, 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Art. 927. In: *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. Teresa Arruda Alvim Wambier *et al.* (coords.). São Paulo: RT, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

ROQUE, André Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC? Precedente vinculante não pode ser causa da ruína da arbitragem no Brasil. Disponível no site: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016>. Acesso em 19/12/2018.

STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. Art. 927. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lenio Luiz Streck *et al.* (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O árbitro e a observância do precedente judicial. Disponível no site: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>. Acesso no dia 17/12/2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.