ARTIGO ORIGINAL

YANO, Ricardo Almeida dos Santos Catelan ^[1], YANO, Leonardo Almeida dos Santos Catelan ^[2]

YANO, Ricardo Almeida dos Santos Catelan. YANO, Leonardo Almeida dos Santos Catelan. Arbitragem e precedentes vinculantes no Brasil. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 06, Ed. 02, Vol. 09, pp. 23-42. Fevereiro de 2021. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/arbitragem-e-precedentes>

Contents

- RESUMO
- 1. INTRODUÇÃO
- 3. OS PRECEDENTES JUDICIAIS
- 4. A VINCULAÇÃO DA ARBITRAGEM AOS PRECEDENTES JUDICIAIS
- 5. CONCLUSÃO
- REFERÊNCIAS

RESUMO

O presente artigo pretende examinar a aplicação à sentença arbitral de precedentes judiciais vinculantes instituídos pelo Código de Processo Civil e pela Constituição Federal. A arbitragem e a necessidade de uniformizar os posicionamentos jurisdicionais são dois temas que ganharam destaque nos últimos anos. O método de estudo utilizado será o dedutivo e, inicialmente, faremos uma breve análise da arbitragem e dos precedentes judiciais no Brasil. A seguir, examinaremos alguns posicionamentos doutrinários sobre o tema e faremos algumas considerações a respeito das consequências legais do não exame ou da não aplicação dos precedentes judiciais pelo árbitro. Por fim, chegaremos à conclusão de que a arbitragem de direito obriga o árbitro a analisar os precedentes judiciais, ainda que entenda pela sua não aplicação ao litígio submetido à jurisdição privada.

Palavras-chave: Arbitragem, Precedentes judiciais, Vinculação.

1. INTRODUÇÃO

O crescimento populacional e a necessidade de responder aos anseios sociais e econômicos tornou a legislação complexa e as demandas multiplicaram-se no Judiciário. O processo judicial ficou cada vez mais custoso, moroso e muitas vezes incapaz de atender às necessidades das partes. Diante disso, os países, dentre os quais o Brasil, se preocuparam em encontrar meios consensuais ou escolhidos pelos litigantes fora da esfera judicial, os quais ganharam corpo no final do Século XX. À margem do Poder Judiciário, a arbitragem se destacou como uma opção jurisdicional conferida às partes em buscar uma resolução dos litígios na esfera privada, atinentes aos seus direitos patrimoniais disponíveis (SCAVONE JUNIOR, 2020, p. 2-3).

Por outro lado, problemas semelhantes que ensejaram a busca por decisões tomadas em juízos arbitrais, a exemplo do excessivo número de processos e da consequente morosidade em sua tramitação, fizeram surgir a necessidade de conferir unidade e segurança jurídica às decisões judiciais. Nesse contexto, a jurisprudência foi ganhando força, com a edição de precedentes e súmulas judiciais vinculantes, que passaram a obrigar a todos, inclusive aos membros do Poder Judiciário e até mesmo da Administração Pública e tiveram assento legal, embora rotulada de defensiva, por impedir ou dificultar o acesso à jurisdição (MANCUSO, 2016, p. 288-289).

A definição do árbitro como juiz de fato e de direito, e uma vez que a arbitragem passou a ser considerada espécie de jurisdição privada, fez surgir a questão atinente à obrigatoriedade ou não da aplicação dos precedentes judiciais na arbitragem.

A resposta a esta questão não encontra uniformidade entre os autores, visto que alguns entendem que à arbitragem não são aplicáveis as regras do CPC e, por essa razão, o árbitro não estaria obrigado a seguir os precedentes vinculantes, enquanto outros pregam a obrigatoriedade e asseguram que o sistema jurídico é único e vale tanto para a jurisdição pública quanto para a privada.

Por outro lado, como essa questão ainda não foi debatida na esfera judicial, segue a discussão apenas no campo doutrinário, inclusive, alguns entendem que seria este um falso problema porque na arbitragem de direito o árbitro não poderia decidir sem considerar o

sistema legal brasileiro, que abarca os precedentes vinculantes.

Assim, após uma breve análise da arbitragem e dos precedentes judiciais, valendo-se do método dedutivo, examinaremos os entendimentos lançados sobre o tema para chegarmos à conclusão de que entendemos ser a que mais bem se ajusta ao nosso ordenamento jurídico, qual seja, a obrigatoriedade do exame dos precedentes judiciais pelo árbitro, ainda que para afastá-los ou distingui-los da hipótese submetida a julgamento.

2. A ARBITRAGEM

A arbitragem pode ser conceituada como um procedimento particular e jurisdicional para a resolução de conflitos que versem direitos patrimoniais disponíveis, alternativo ao Poder Judiciário, em que um árbitro profere uma sentença arbitral que constitui título executivo (SCAVONE JUNIOR, 2020, p. 2). O árbitro que é o juiz de fato e de direito, nos termos do artigo 18 da Lei de Arbitragem, é em regra um especialista na causa discutida e a decisão por ele prolatada faz coisa julgada material.

A arbitragem existe desde tempos remotos, reconhecida como uma atividade tão antiga quanto a humanidade, até por conta da ausência de uma jurisdição estatal estruturada como nos tempos atuais. Na Roma e Grécia antigas, os cidadãos comumente submetiam a resolução de suas contendas a um terceiro imparcial e idôneo, característica que remanesce até os dias atuais (NERY, 2016, p. 37-41).

Na época do descobrimento, vigorava no Brasil a ordem jurídica do Reino de Portugal – Ordenações Afonsinas (1446-1521), Manuelinas (1521-1603) e Filipinas (1603), que dispunham sobre a arbitragem (NERY, 2016, p. 41-42).

O primeiro dispositivo nacional a fazer referência à arbitragem foi a Constituição do Império de 1824, que em seu artigo 160 estabeleceu a prerrogativa de as partes se valerem de um árbitro para a resolução de seus conflitos de natureza cível, com a possibilidade de execução da sentença sem recurso se assim ficasse convencionado (NERY, 2016, p. 42).

O Código Comercial de 1850 – ainda no período da Monarquia – regulamentado pelo Decreto n.º 737 do mencionado ano, estabeleceu uma arbitragem de forma compulsória para causas atinentes à resolução de conflitos societários e também às relativas a locações comerciais,

com a necessidade de homologação da decisão arbitral pelo juízo comum (NERY, 2016, p. 42).

No século XX, o Código Civil de 1916 foi importante para reafirmar a arbitragem como um procedimento voluntário entre as partes, cujo principal objetivo era a extinção das obrigações, estando capitulada entre os meios indiretos de pagamento e assemelhada ao instituto da transação (LOBO, 2016).

A Constituição de 1934 estabeleceu a competência da União para legislar sobre a arbitragem (artigo 5º, XIX, c).

Outrossim, o Código de Processo Civil de 1939 dedicou um Título Único à arbitragem – artigos 1031/1046 -, reafirmando a sua voluntariedade, e vetou a celebração de compromisso arbitral após a prolação de decisão pelo Poder Judiciário; a execução da sentença arbitral dependia de homologação e era cabível recurso de apelação da sentença que homologar ou não a decisão do árbitro.

O Código de Processo Civil de 1973 não trouxe grande alteração à arbitragem e, de igual modo, impunha a homologação judicial do laudo arbitral por meio de sentença judicial passível de recurso, figurando o Poder Judiciário como sensor de segundo grau da arbitragem (CPC, artigos 1072/1102).

A verdade é que não havia interesse pela arbitragem e isto traduzia a regulamentação legislativa a respeito da matéria, onde as partes ficavam sujeitas ao Judiciário tanto para a homologação do laudo arbitral, quanto à possibilidade de reforma da decisão, o que retirava toda a vantagem da arbitragem (LOBO, 2016).

De fato, em que pese a arbitragem ser conhecida pelo Direito desde os tempos do Império, é certo que tal instituto ficou esquecido pela sociedade e, somente começou a ganhar destaque no final do século passado. E isso resultou da globalização e do excesso de demandas complexas, notadamente no campo empresarial, onde a demora e os entraves da Justiça assoberbada com tantos processos traziam muitas desvantagens aos contendores.

A arbitragem no Brasil foi pouco utilizada devido à cultura de que a solução das contendas, ainda que privadas, deviam ser buscadas junto ao Estado, pela via judicial (LOBO, 2016).

Contudo, o alto custo de acesso ao Judiciário, a necessidade de ampararem-se os direitos coletivos além de os individuais, dar uma resposta ao excesso de demandas judiciais e os recursos infundáveis, muitos dos quais meramente protelatórios, fez surgir um movimento de acesso à Justiça em forma de ondas renovatórias, com destaque para a assistência judiciária gratuita, as demandas coletivas e os meios alternativos ao Judiciário para a solução de conflitos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 31). Foi durante essa terceira onda de renovação que os meios alternativos de resolução de conflitos começaram a destacar-se, inclusive a arbitragem com um novo enfoque de acesso à Justiça, que possibilita dar maior eficácia ao processo, deixando-o mais célere e menos burocrático, por meio de uma justiça privada escolhida pelas partes. Não se trata, como observa o professor Pedro Lenza (LENZA, 2019, p. 1238), de excluir a apreciação judicial, mas antes de optar por uma justiça arbitral que também é atividade jurisdicional.

Com efeito, o acesso à Justiça por meio da arbitragem ganha um destaque como instrumento jurisdicional eficiente para auxiliar e desafogar a jurisdição estatal do exagerado número de demandas. Assim, as partes não renunciam à jurisdição, antes optam por uma justiça privada (LENZA, 2019, p. 1238).

O Brasil não esteve alheio a este movimento renovatório e havia a necessidade de editar uma legislação de arbitragem, o que ocorreu em 1996.

A Lei n.º 9.307, de 25 de setembro de 1996, apesar de não ser o primeiro diploma legislativo a cuidar da arbitragem, trouxe uma série de questões e renovou o debate sobre o tema. Além do que, referida legislação colocou fim à necessidade de homologação judicial da sentença arbitral; o árbitro foi equiparado ao juiz de direito, cuja sentença tem o valor de título judicial e faz coisa julgada material sem a possibilidade de recurso (SCAVONE JUNIOR, 2020, p. 2).

A discussão acerca da natureza jurídica da arbitragem voltou a ser assunto de divergência, historicamente já dividida entre uma corrente privatista e uma corrente publicista (DALLA e MAZZOLA, 2019, p. 296). Os doutrinadores privatistas entendiam que a atividade arbitral era puramente contratual, pois o Estado era quem detinha o monopólio da jurisdição e os árbitros não gozavam dos elementos de coerção para, por exemplo, determinar a condução coercitiva de testemunhas e não poderiam executar os seus julgados. Os publicistas, por sua

vez, pensavam que a celebração do compromisso arbitral não importava em renúncia à jurisdição Estatal, visto que o exercício da jurisdição, um monopólio estatal, passou a ser conferido aos particulares pela Constituição e por leis, desde que respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Há uma terceira doutrina que procura conciliar o entendimento das doutrinas publicista e privatista, conceituando a natureza jurídica da arbitragem como sendo *sui generis*, visto que tem ela origem na vontade das partes, mas regula uma relação processual (DALLA e MAZZOLA, 2019, p. 296).

Hoje, a arbitragem é reconhecida como uma espécie de jurisdição privada, autorizada pelo Estado e com regramento decorrente desta autonomia particular.

Aliás, a constitucionalidade da Lei de Arbitragem foi objeto de questionamento junto ao Supremo Tribunal Federal, com resultado positivo a favor do texto legal (FRANZONI, 2015, p. 25).

A partir de regramento próprio, a arbitragem foi reconhecida e considerada um meio adequado e eficiente para a solução de controvérsias que versam direitos patrimoniais disponíveis. Com o respeito da doutrina e da jurisprudência nacional, a arbitragem possibilitou uma prestação jurisdicional mais célere e conforme aos interesses e à vontade das partes, sem deixar em segundo plano os princípios e valores de nosso ordenamento jurídico.

Por força de lei, a sentença arbitral é um título executivo judicial, irrecorrível, passível de ser anulada nas hipóteses previstas no artigo 32 da Lei de Arbitragem. A decisão do árbitro não carece de homologação judicial para ser executada; contudo, a execução da sentença correrá no juízo cível em caso de não cumprimento espontâneo do julgado.

É fato que o uso da arbitragem vem aumentando no Brasil, após anos de vigência da Lei da Arbitragem, com a previsão de cláusulas compromissórias em contratos empresariais; porém, ainda há muito o que se fazer para melhorar o conhecimento dos operadores deste instituto, de forma a extrair-se o máximo de vantagem e contribuir para o desenvolvimento econômico brasileiro (TARTUCE, 2016, p. 61-62).

O respeito ao ordenamento jurídico pelo Árbitro, no curso da arbitragem de direito, trouxe um questionamento sobre a aplicação obrigatória ou não dos precedentes judiciais à arbitragem, visto que eles passaram a integrar o ordenamento jurídico nacional.

Assim, com o escopo de responder a esta indagação, faremos algumas considerações sobre os precedentes judiciais.

3. OS PRECEDENTES JUDICIAIS

O Brasil sempre teve uma tradição firmada na lei como fonte primária e imediata do direito, visto que a nossa legislação é espelhada no sistema romano-germânico fundado na *civil law*, ao contrário de os países com tradição anglo-saxônica, onde as contendas eram resolvidas com base nos costumes que formavam a jurisprudência, em prática reiterada e definida como *common law*.

A legislação nacional é constituída por uma série de normas que se traduzem por preceitos escritos, com caráter geral e que a todos obrigam, nos termos dos artigos 3º e 4º da LINDB (Decreto-Lei 4.657/42).

O juiz sempre foi o intérprete da Lei e a jurisprudência tinha o papel de integrar e persuadir, considerada assim durante muito tempo fonte secundária ou imediata do direito.

Contudo, os tempos mudaram! A sociedade cresceu em população e em conflitos que chegaram ao Judiciário, numa verdadeira avalanche de demandas.

A globalização, o aumento da população e das relações entre as pessoas em diversas áreas como familiar, trabalhista, tributária, societária, administrativa e outras, traduziram também no excesso de demandas que foram bater às portas do Judiciário, não só em quantidade, mas também em complexidade.

Esse número expressivo de ações trouxe um problema de atrasos na resposta judicial, por vezes motivada pela falta de pessoal e pelo excesso de recursos.

O excesso de demandas repetitivas começou a necessitar de uma solução uniforme, sob

pena de se criar um sistema judicial injusto. Foi neste contexto, dada a necessidade de se agilizar e uniformizar as decisões judiciais em caso idênticos, em nome da segurança jurídica, com o escopo de se formar um sistema íntegro e coeso, que foi criado um sistema de precedentes judiciais com força normativa (LENZA, 2019, p. 947-948).

Contudo, há diferença entre os precedentes judiciais adotados no Brasil e os instituídos no sistema anglo-saxão. Estes países tiveram uma criação jurídica lastreada em costumes e decisões pretéritas, razão pela qual o sistema de precedentes foi construído a partir das decisões judiciais. No Brasil, onde se adota um sistema de *civil law* e a lei ainda continua a ser fonte primária do direito, houve a necessidade de uniformização das decisões judiciais em nome da coesão, isonomia e segurança jurídica (MANCUSO, 2016, p. 41).

Dessa forma, no Brasil houve uma aproximação ao sistema da *common law*, com o desenvolvimento da jurisprudência que, em algumas hipóteses, passou a ser considerada fonte primária e imediata de direito.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2016, p. 50), em sua obra Sistema Brasileiro de Precedentes, assegura que:

Já o Brasil, filiado à família romano-germânica, elegeu a norma legal como o primado valorativo das obrigações comissivas e omissivas (CF, art.5º, II), o que, nem por isso, tem impedido que o precedente judiciário venha ganhando espaço cada vez mais expressivo e projetando carga eficaz cada vez mais expandida, culminado com as súmulas vinculantes do STF, advindas com a EC 45/2004.

O mencionado autor afirma ainda que mesmo as súmulas simples ou persuasivas do STJ e do STF estão sendo aplicadas com maior frequência e cada vez mais se constata que essa diferença entre modalidades distintas da *common law* e *civil law* é substituída pela ideia do que o que conta é aquilo que orienta determinada pendência judicial, se a norma legal e/ou o precedente judicial (MANCUSO, 2016, p. 50-51).

Este avanço restou evidente com a Emenda Constitucional n.º 45/2004, que possibilitou a edição de súmulas vinculantes e com o Código de Processo Civil de 2015, que inaugurou um sistema de precedentes judiciais no ordenamento jurídico nacional.

Contudo, Mancuso registra que a jurisprudência dominante ou sumulada, a despeito de servir para a contenção dos recursos excessivos direcionados aos Tribunais Superiores, tem funcionado como obstáculo de acesso ao Judiciário, tantas são as restrições e exigências para a apreciação do mérito, naquilo que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva (2016, p. 288-289).

A despeito de as críticas, as inovações relativas à jurisprudência – quando se referem aos precedentes vinculantes normativos, fontes imediatas e primárias do direito tal como as leis – vieram para ficar, tendo em vista o número de demandas que afogam o Judiciário.

No Brasil de forte tradição legalista, Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2020, p. 124) reporta que houve uma mudança com a consagração dos precedentes judiciais em dispositivos constitucionais e no Código de Processo Civil e, desse modo, o nosso sistema jurídico baseado na *civil law* passou a ser um sistema híbrido, visto que – tal como nos países de *common law* – os precedentes vinculantes são fontes primárias do direito.

Contudo, há alguns autores que entendem que os precedentes judiciais que integram a nossa jurisprudência não seriam fontes primárias de direito porque foram criados por Lei; dessa forma, eles seriam ainda fontes secundárias (MANCUSO, 2016, p. 35). Assim, porque no direito brasileiro é a lei que diz o que é precedente judicial, ao contrário dos países que adotam o *common law*, onde os precedentes são construídos por usos e costumes.

É relevante observar que a jurisprudência não se esgota apenas em precedentes judiciais, visto que há inúmeras decisões judiciais que compõem a jurisprudência, mas não formam precedentes.

A jurisprudência é conceituada como uma pluralidade de decisões em casos concretos que emanam de diversos Tribunais, os quais devem uniformizar as suas decisões de forma a manter íntegro e coeso o sistema, em prol da segurança jurídica – artigo 926 do CPC – (NEVES, 2016, p. 1298).

Os precedentes judiciais, por sua vez, são decisões judiciais proferidas num caso concreto, cujo núcleo, a tese jurídica ou a interpretação do texto legal podem servir para embasar decisões posteriores em casos análogos. Assim, os precedentes são decisões que vão

influenciar outras decisões judiciais – artigo 927 do CPC – (NEVES, 2016, p. 1297).

Os precedentes judiciais, em parte previstos na Constituição Federal, foram consagrados pelo novo Código de Processo Civil como forma de dar uma resposta mais célere e uniforme aos conflitos levados ao conhecimento do Judiciário.

Com efeito, o art. 927 do Código de Processo Civil consagra o sistema de precedentes judiciais, ao estabelecer que:

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.

[...]

E complementa:

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.

Observamos que não é nosso objetivo analisar cada um dos precedentes judiciais, mas somente fazer algumas considerações atinentes a eles de forma a demonstrar a necessidade de sua análise pelo árbitro.

A primeira discussão pertinente que se põe diz respeito à força obrigatória dos precedentes capitulados na norma legal.

O Código de Processo Civil dividiu os precedentes judiciais em: (i) precedentes persuasivos; (ii) precedentes de eficácia normativa e (iii) precedentes de eficácia intermediária (BARROSO e MELLO, 2016, p. 12).

Os precedentes persuasivos decorrem de julgados que são importantes para a interpretação do direito e que, quando reiterados, dão ensejo à jurisprudência. Contudo, os seus efeitos são atinentes apenas às partes no processo. Assim, são eles fontes mediatas do direito e não gozam de obrigatoriedade de aplicação, pois não são vinculantes (BARROSO e MELLO, 2016, p. 13).

Ainda, os precedentes enumerados no artigo 927 do CPC são vinculantes, contudo, reconhece a doutrina que existe uma diferença de força entre eles. É o que chamam de precedentes mais fortes e com verdadeira força normativa e precedentes mais fracos, de eficácia intermediária (BARROSO e MELLO, 2016, p. 13-14).

Assim, os precedentes normativos são aqueles definidos em sentido forte, que devem ser observados obrigatoriamente pelos julgadores, sob pena de reclamação. São exemplos, as decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes, as decisões proferidas em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, as decisões oriundas de julgamento de incidente de demanda repetitiva e de incidente de assunção de competência – artigo 927, incisos I, II e III e artigo 988, inciso IV do CPC (BARROSO e MELLO, 2016, p. 15-17).

Há ainda precedentes judiciais com eficácia intermediária (mais fracos), a exemplo dos enunciados de súmulas ordinárias do STJ e do STF e decisões proferidas pelos Órgãos

Especiais das Cortes, cuja inobservância não autoriza uma reclamação, o que os impede de produzir efeito em sentido forte, mas são vinculantes por força de lei e projetam efeitos para além dos casos a que se referem – artigo 927, incisos IV e V do CPC – (BARROSO e MELLO, 2016, p. 16-17).

Contudo, em que pese a sua maior ou menor força obrigatória, é certo que os precedentes referidos no artigo 927 do CPC devem ser examinados pelo Juízo.

Com efeito, o caput do artigo 927 do CPC refere que os Juízes e Tribunais observarão os precedentes indicados no referido artigo, o que confere ao julgador a obrigação de examinar um precedente ainda que não invocado pela parte, visto que o juiz conhece o direito.

Ao examinar o precedente, o Juiz deverá verificar se há distinção ou semelhança entre o precedente e o caso a ser julgado ou, ainda, se o referido precedente se encontra superado.

O que o Julgador não pode deixar de fazer é não examinar o precedente previsto no artigo 927 do CPC, seja ele forte ou fraco, sob pena de a decisão ser nula por vício de fundamentação, nos termos do § 1.º do artigo 927 do CPC, c.c. o artigo 489, § 1.º e artigo 10, todos do CPC.

Além disso, a não aplicação de um precedente normativo forte autoriza uma Reclamação, nos termos do artigo 927, incisos I, II e III, c.c. o artigo 988, inciso IV, do CPC. Os precedentes de eficácia intermediária (mais fracos), consagrados nos artigos 927, incisos IV e V, do CPC, não impedem as partes de recorrerem em caso de não serem examinados, contudo não há previsão de reclamação.

Questão interessante que se coloca diz respeito à constitucionalidade do artigo 927 do CPC, o que ainda não foi objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal, mas gera divergência entre os doutrinadores.

Com efeito, os precedentes vinculantes dispostos no artigo 927 do CPC tiveram a sua constitucionalidade contestada por alguns autores, visto que apenas teriam eficácia vinculante os expostos no artigo 927, incisos I e II, do CPC, que guardam correspondência nos artigos 102, § 2.º e 103-A da Constituição Federal. Como a eficácia vinculante dos demais precedentes capitulados nos incisos III, IV e V do artigo 927 do CPC não têm correspondência

constitucional e são previstos somente por normas infraconstitucionais, eles seriam inconstitucionais, pois teriam eficácia vinculante determinada apenas por lei ordinária. O reconhecimento desta inconstitucionalidade pode se dar por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou mesmo no controle incidental (GONÇALVES, 2020, p. 1536).

De fato, a doutrina que apregoa a inconstitucionalidade sustenta que os precedentes vinculantes capitulados no artigo 927 do CPC são considerados verdadeiras normas de caráter geral, decorrentes do poder de legislar, que não é a atividade precípua do Judiciário que deve prestar a tutela jurisdicional. Dessa forma, ressalvado os incisos I e II do artigo 927 do CPC, que tem correspondência e amparo em norma constitucional (artigos 102 e 103-A da CF), as demais hipóteses previstas no artigo 927, incisos III, IV e V do CPC são inconstitucionais (NEVES, 2016, p. 1303).

Entretanto, os defensores da constitucionalidade integral do artigo 927 do CPC asseguram que os precedentes capitulados no Código de Processo Civil, e alguns na Constituição, são importantes para atender os princípios e regras constitucionais de segurança jurídica, da duração razoável do processo e do dever imposto aos Tribunais de uniformizar e manter íntegra e coerente a sua jurisprudência (BARROSO e MELLO, 2016, p. 17-19). Dessa forma, os precedentes judiciais são constitucionais porque baseados na Constituição.

Essa discussão, ao que parece, não se encaminha para um reconhecimento da inconstitucionalidade da regra do Código de Processo Civil que estabelece os precedentes judiciais, até porque são as Cortes Superiores, notadamente o STF, entusiastas dessa disposição legal, visto que ela estabiliza a jurisprudência e reduz o número de recursos (NEVES, 2016, p. 1304).

Além disso, há dispositivos legais – artigo 927, § 1º, artigo 489, § 1º, e artigo 10, todos do CPC – que obrigam o Juiz a examinar os precedentes judiciais aplicáveis ao caso, quando fundamenta a sua decisão final, sob pena de nulidade. O julgador pode até não acolher o entendimento, fazendo uma distinção entre o precedente e a hipótese julgada, ou mesmo, pode considerar que ele foi superado. O que o Juiz não pode fazer é não observar, nem mencionar um precedente invocado pela parte, ou mesmo que não requerido, que se reporte a um caso concreto, visto que o magistrado conhece o direito (DALLA e MAZZOLA, 2019, p. 446).

Ainda que o não exame do precedente possa importar em reclamação ou recurso, a depender da hipótese legal, o juiz tem a obrigação legal de examinar o precedente, visto que reza a boa regra de interpretação que onde está a mesma razão deve ser aplicado igual direito para manter a coesão, unidade e segurança jurídica.

Os precedentes judiciais aplicáveis à jurisdição estatal, por força de lei e até mesmo de regras constitucionais, têm gerado grande discussão quanto a sua aplicação à arbitragem, ante a ausência de norma expressa a este respeito, conforme trataremos a seguir.

4. A VINCULAÇÃO DA ARBITRAGEM AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A questão em discussão neste trabalho versa sobre a obrigatoriedade de o árbitro examinar um precedente judicial quando decide a arbitragem fundada no direito brasileiro – arbitragem de direito –, o que está longe de um entendimento doutrinário uniforme e ainda não foi examinada pela jurisprudência.

Como já dissemos, essa questão é pertinente, por óbvio, apenas no que se refere à arbitragem de direito, visto que o árbitro quando decide por equidade ou fundado no direito estrangeiro, não está obrigado a seguir o direito posto no Brasil.

Como observam Dalla e Mazzola (2019, p. 444), há entendimentos diversos sobre o assunto. Alguns, entendem que no caso de os árbitros não respeitarem os precedentes, que são fontes normativas de direito, estariam julgando por equidade, o que somente é possível por convenção entre as partes.

Neste caso, haveria a possibilidade de anulação por violação da convenção de arbitragem, conforme regra exposta no artigo 32, inciso IV, da Lei n.º 9.307/96, ou, ainda, a possibilidade de anulação porque os árbitros estariam violando o dever de fundamentar a sentença ao ignorar os precedentes (artigo 489, inciso VI, c. c. os artigos 32, inciso III, e 33), fonte de insegurança jurídica (DALLA e MAZZOLA, 2019, p. 444-445).

Em primeiro lugar, observamos que alguns doutrinadores, a exemplo de Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2020, p. 1536) e Cassio Scarpinela Bueno (2015, p. 568), entendem que os precedentes judiciais referidos nos incisos III, IV e V do artigo 927 do CPC são

inconstitucionais, o que, por certo impedem suas aplicações.

Diante das peculiaridades e características próprias da arbitragem, também vislumbramos bons argumentos para afastar a aplicação dos precedentes ao juízo arbitral, tais como: (i) trata-se de jurisdição privada, contratada pelas partes para julgar os litígios segundo o entendimento do árbitro, que não pode ficar engessado por jurisprudência firmada no âmbito da jurisprudência judicial; (ii) as partes contrataram a arbitragem para não se submeterem aos julgados estatais e não há relação de subordinação ou dependência entre a jurisdição pública e a privada; (iii) não há previsão legal para a aplicação dos precedentes judiciais à arbitragem; (iv) a sentença arbitral é irrecorrível e as hipóteses de anulação da sentença arbitral expostas no artigo 32 da Lei de Arbitragem não contemplam a anulação pela não aplicação de um precedente judicial; (v) o não reconhecimento ou a aplicação equivocada de um precedente judicial obrigatório pelo árbitro seria um erro *in judicando*, o que não autoriza anulação ou qualquer recurso ou reforma do jugado e (vi) não cabe reclamação ou recurso quando o árbitro deixa de examinar ou aplicar um precedente judicial, ante a ausência de texto legal.

Por outro lado, a doutrina prevalente assegura estar o árbitro vinculado aos precedentes judiciais, mas há diversidade de entendimentos acerca das razões que fundamentam a vinculação e as consequências no caso de o árbitro decidir sem observar a legislação brasileira.

No geral, a doutrina entende que o árbitro exerce uma função jurisdicional no âmbito privado e tem autonomia em relação ao Poder Judiciário e ao Estado. Apesar de não ser possível aplicar à arbitragem os remédios processuais ou recursos previstos para os processos judiciais, o árbitro não tem carta branca para atuar da forma que bem lhe aprouver quando julga com base no direito nacional.

É certo que quando as partes convencionam a arbitragem de direito, assim o fazem para que o árbitro aplique o direito brasileiro ao litígio, que atente para as regras contidas, a par de outros, no Código de Processo Civil e na Constituição Federal, onde são regradados os precedentes judiciais. Nesse aspecto, assim como o juiz de direito, o árbitro está obrigado a examinar os precedentes de forma a verificar se ele se aplica à hipótese julgada ou não; contudo, se houver um erro na sua interpretação, não haverá qualquer recurso, visto que

será um erro *in judicando*.

Como já dissemos os entendimentos que motivam a obediência dos árbitros aos precedentes judiciais variam segundo os autores e, sem pretender esgotar a matéria, algumas considerações a respeito são necessárias.

Luís Felipe Salomão e Rodrigo Fux (2020), lecionam que a arbitragem tem natureza de jurisdição privada, visto que escolhida pelas partes para a resolução de conflitos. Os árbitros têm que analisar os casos e prolatar a sentença, de acordo com a Constituição Federal e com as normas da legislação nacional.

Assim, a observância dos precedentes judiciais é obrigatória por força de dispositivo constitucional, além de os legais (incisos I e II do artigo 927 do CPC e artigos 102 e 103-A da CF). Os demais incisos III, IV e V do artigo 927 do CPC também são obrigatórios porque a sua não aplicação causa uma violação indireta de postulados constitucionais, como a segurança jurídica, a isonomia, a ordem pública e o devido processo legal. Dessa forma, em caso de não aplicação dos precedentes judiciais, estaria o árbitro violando os limites da convenção de arbitragem e à ordem pública, o que daria ensejo à ação anulatória ao se interpretar a Lei de Arbitragem em conformidade com a Constituição Federal (SALOMÃO e FUX, 2020).

O professor José Rogério Cruz e Tucci (2016) leciona que a arbitragem deve observar os precedentes vinculantes expostos no artigo 927 do CPC, impostos ao tribunal arbitral por força da eficácia persuasiva e da exigência de segurança jurídica e da proteção da confiança.

Com efeito, não há dois ordenamentos jurídicos distintos a serem considerados, um a impor ao Juiz a observância dos precedentes judiciais e outro a deixar o árbitro livre para examinar ou não um precedente, ressalvada a possibilidade de as partes estabelecerem a sua não aplicação na hipótese a ser eventualmente julgada (DALLA e MAZZOLA, 2019, p. 446).

A arbitragem é jurisdição privada, a sentença arbitral é irrecorrível e constitui título executivo judicial, passível de execução junto ao juízo cível.

Por evidente, não pode o árbitro desprezar uma súmula vinculante, sob pena de violar a isonomia e desacreditar o próprio juízo arbitral, em que pese não estar prevista a reclamação ao STF em tal hipótese.

Assim como o Juiz de Direito, o árbitro está obrigado a fundamentar as suas decisões, justificando a aplicação ou a não incidência de determinado precedente judicial ao caso a ser julgado, ainda que não requerido pela parte (DALLA e MAZZOLA, 2019, p. 446).

E isso ocorre porque, assim como o juiz, o árbitro deve julgar de acordo com as regras postas no CPC que impõem a fundamentação das sentenças, sob pena de nulidade. Neste sentido, assegura o CPC nos artigos 10, 11, 489 e 927.

A não observância de um precedente obrigatório pelo juiz pode ensejar reclamação ou recursos, contudo tal dispositivo não se aplicaria à arbitragem.

É fato, a sentença arbitral é irrecorrível e não se sujeita à homologação judicial, nos termos do artigo 18 da Lei de Arbitragem.

Assim, na hipótese de o árbitro analisar na fundamentação da sentença um precedente judicial e, de forma equivocada, deixar de aplicá-lo, nada será possível fazer porque haverá um erro *in judicando*, a sentença arbitral é irrecorrível (artigo 18 da Lei de Arbitragem) e o Judiciário não pode reexaminar a justiça ou injustiça de uma decisão arbitral (DALLA e MAZZOLA, 2019, p. 446).

Contudo, caso o árbitro deixe de examinar um precedente judicial existente, ainda que não invocado pela parte, nada mencionando a respeito na sentença, a sua decisão estará nula por falta de fundamentação, nos termos dos artigos 927, § 1.º, c. c. o artigo 489, § 1.º, inciso VI, do CPC (TUCCI, 2016). Nesta hipótese, além de por motivo de falta de fundamentação, a anulação também poderia ocorrer com base na alegação de violação da convenção de arbitragem (DALLA e MAZZOLA, 2019, p. 446).

Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2019, p.199) destaca que no Brasil há uma ordem jurídica que obriga a todos, inclusive aos Juízes, à Administração Pública e também ao árbitro na arbitragem de direito.

A ordem pública é um conceito dinâmico que resulta do sistema jurídico de cada país, ou seja, daquilo que um Estado entende como indispensável ao regramento da vida social, a exemplo da tutela da dignidade da pessoa humana, do meio ambiente, dos direitos fundamentais e de outros. Assim, seria de ordem pública todas as normas que digam

respeito às questões onde há a prevalência do interesse público e que dessa forma não podem ser derogadas ou afastadas pelas partes, podendo ser conhecidas, de ofício, pelo juiz (AGUIAR JUNIOR, 2019, p. 204).

A ordem pública está definida nos artigos 2.º, § 1.º, e 39, inciso II, da Lei de Arbitragem.

O árbitro, por sua vez, deve prolatar a sua decisão e examinar os precedentes vinculantes que têm assento na Constituição Federal e são oriundos do Supremo Tribunal Federal, sob pena de anulação. Assim é porque não pode existir no Brasil ordens jurídicas distintas, uma que advém do STF e obriga aos Juízes e à Administração Pública e outra que seja direcionada ao árbitro, que ficaria livre para julgar sem examinar uma súmula da Alta Corte (AGUIAR JUNIOR, 2019, p. 199).

Assim, resta evidente que um ato legislativo declarado inconstitucional em sede de controle concentrado pelo STF ou uma súmula vinculante, ou seja, os precedentes com previsão no CPC e na CF, notadamente aqueles expostos no artigo 927, incisos I e II, do CPC, e nos artigos 102 e 103-A da CF, não podem deixar de ser aplicados, sob pena de grave ofensa à ordem pública, sujeita à anulação em caso de não aplicação, nos termos do artigo 2º, § 1.º, da Lei de Arbitragem (AGUIAR JUNIOR, 2019, p. 199).

Os demais precedentes expostos no artigo 927, incisos III, IV e V, previstos somente no CPC, mas que não contam com assento constitucional, têm eficácia de lei e, como tal, o seu descumprimento pelo juiz de direito autoriza reclamação ou recurso, que não existem no campo da arbitragem. A sentença arbitral somente pode ser impugnada por ação de anulação prevista nos artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem ou por impugnação no processo de execução que corre junto ao juízo comum. Assim, os descumprimentos desses precedentes previstos apenas no Código de Processo Civil, não ensejam ação de anulação, somente podem ser anulados na hipótese de violação de princípio de ordem pública, o que deverá ser demonstrado no caso concreto (AGUIAR JUNIOR, 2019, p. 199-201).

O professor Eduardo Talamini (2018) leciona que o árbitro deve respeitar o ordenamento jurídico na arbitragem de direito, o que inclui todas as fontes do direito, em nome da previsibilidade e da segurança jurídica. Dessa forma, tem o árbitro, assim como o juiz de direito, o dever de considerar os precedentes e orientações judiciais em seus julgamentos.

Caso não haja a devida análise do precedente judicial por parte do árbitro, não há a possibilidade de revisão do julgamento arbitral fora das hipóteses consagradas pelo artigo 32 da Lei de Arbitragem, cujo rol é exaustivo (TALAMINI, 2018). Dessa forma, é impossível a revisão do julgamento por parte do Poder Judiciário, visto que não há mecanismo algum processual previsto para anular uma sentença que desconsiderou ou nem mencionou um precedente judicial que seria aplicável ao caso concreto.

Não há nenhum mecanismo processual que possa atacar a sentença arbitral de forma a garantir a aplicação do precedente, visto que não cabe reclamação, impugnação ou anulação fundada em ordem pública ou qualquer pelo outro fundamento, como a violação do compromisso arbitral que definiu as regras de arbitragem (TALAMINI, 2018). Assim, a sentença arbitral não pode ser revista em caso de não aplicação ou mesmo exame de um precedente e, em que pese ser dever do árbitro respeitar o direito posto, se não o fizer nesse caso o erro será *in judicando*, sem a possibilidade de recurso.

5. CONCLUSÃO

A arbitragem e os precedentes judiciais ganharam destaque no Brasil – no final do século passado – em razão do aumento vertiginoso de demandas judiciais e do excessivo número de recursos, muitas vezes repetitivos, o que acarretou uma morosidade na resposta judicial, inclusive com decisões contraditórias em casos idênticos.

Em meio à dificuldade de acesso à Justiça surgiram movimentos renovatórios, com destaque para os meios alternativos de solução de conflitos, dentre os quais a arbitragem, enquanto jurisdição privada, de livre escolha pelas partes.

Deveras, com o aumento e complexidade de demandas, notadamente no âmbito empresarial, onde havia uma necessidade de solução rápida de litígios, passou a ser interessante firmar acordos para a resolução de conflitos, valendo-se para tanto da arbitragem, que importaria na prolação de uma sentença dentro de um prazo razoável, conforme as regras estabelecidas pelas partes e sem a possibilidade de recurso. Contudo, no Brasil há uma cultura de litigiosidade junto ao Estado e é forçoso reconhecer que ainda impera a jurisdição estatal, nada obstante as tentativas de desafogar o Judiciário.

De fato, a arbitragem integra a jurisdição nacional e a sentença arbitral constitui título executivo judicial passível de execução.

Assim, as partes podem acordar para que as suas contendas relativas a direitos patrimoniais disponíveis sejam resolvidas na esfera cível, por meio da arbitragem, fora do Judiciário e sem a possibilidade de recurso.

Em nossa opinião, a arbitragem de direito firmada com base no ordenamento jurídico nacional deve seguir as regras em vigor no Brasil, salvo se as partes acordarem o contrário. Não há regra expressa determinando a aplicação dos precedentes judiciais à arbitragem.

Por outro lado, é relevante anotar que a arbitragem por equidade ou fundada em direito estrangeiro não está sujeita às regras atinentes ao direito posto, nem aos precedentes judiciais.

Ao lado da arbitragem contratada pelas partes para a submissão do litígio a uma jurisdição privada mais célere, a necessidade de dar maior segurança jurídica no âmbito judicial – e também a de reduzir o número de feitos repetitivos – fez surgir um sistema de precedentes judiciais vinculantes consagrados na legislação, com a instituição de um sistema híbrido entre a *civil law* e a *common law*. Há, contudo, quem entenda que esse sistema de precedente engessou o processo e prejudicou o direito das partes de manejar os recursos.

Por outro lado, podemos dizer que a normatização dos precedentes judiciais elevou a jurisprudência à fonte primária ou imediata de direito.

O Código de Processo Civil, por sua vez, consagrou um sistema de precedentes obrigatórios – artigo 927 – alguns de eficácia forte (cabe reclamação) e outros de eficácia intermediária (não cabe reclamação), mas entendemos que devem ser analisados pelo árbitro, ainda que para afastá-los, sob pena de anulação por ausência de fundamentação (artigo 489 do CPC).

A arbitragem também integra a jurisdição, como uma justiça privada de livre escolha e adesão pelas partes para a tutela de seus direitos disponíveis. Dessa forma, quando a arbitragem é de direito, os árbitros têm que observar os precedentes judiciais para verificar se é o caso de sua aplicação à hipótese julgada.

Em caso de o árbitro conferir uma interpretação equivocada ao precedente judicial, ainda que seja um precedente forte, por exemplo, uma súmula, não haverá a possibilidade de qualquer recurso ou reclamação, visto que se cuida de erro *in judicando* e não há recurso previsto na legislação arbitral.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Arbitragem, os precedentes e a ordem pública. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ. Brasília, 2019.

BARROSO, Luís Roberto Barroso e MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em 10 de dezembro de 2020.

BRASIL, Constituição Federal de 1934, Título 1 – Da organização Federal, artigo 5. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 19 de dezembro de 2020.

BRASIL, Código de Processo Civil (1939), Título único – Do Juízo Arbitral, artigos 1031/1046. Disponível em: www.planalto.gov.br, Acesso em 20 de dezembro de 2020.

BRASIL, Código de Processo Civil (1973), Capítulo XIV – Do Juízo Arbitral, artigos 1072/1102. Disponível em: www.planalto.gov.br, Acesso em 20 de dezembro de 2020.

BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. LINDB. Decreto-Lei 4.657/42. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 15 de dezembro de 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPPELLETTI Mauro e GARTH Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie North Fleet. Porto Alegre: Sérgio A Fabris, Editor, 1988.

DALLA, Humberto e MAZZOLA, Marcelo. Manual de Mediação e Arbitragem. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FRANZONI, Diego. Arbitragem Societária. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. – (coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini).

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil – esquematizado. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020 (ebook).

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e perspectivas da arbitragem no Brasil. Revista de Arbitragem e Mediação, v.50, jul-set, 2016. Disponível em: www.mpsp.mp.br. acesso em 10 de dezembro de 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2016, (e-book- Kindle)

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8ª ed. Editora JusPodvm: Salvador, 2016.

NERY, Ana Luiza. Arbitragem coletiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SALOMÃO, Luis Felipe e FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. 2020. Migalhas. Disponível em: migalhas.uol.com.br. Acesso em 14 de dezembro de 2020.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Arbitragem: mediação, conciliação e negociação. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e precedentes: cinco premissas, cinco conclusões, um epílogo (e um vídeo). Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.138, agosto de 2018, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo> Acesso em 15 de dezembro de 2020.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos Cíveis. 3ª ed. São Paulo: Método, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O árbitro e a observância do precedente judicial. 2016. CONJUR.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso, em 15 de novembro de 2020.

^[1] Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Oficial de Registro Civil e Tabelião de Notas de Onda Verde – SP.

^[2] Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio de Jesus. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ). Advogado inscrito na OAB sob nº 376.743. E-mail: leonardo.yan@uol.com.br. Tel.: (11) 97102-3408.

Enviado: Fevereiro de 2021.

Aprovado: Fevereiro de 2021.