

 25 ANOS

AS PECULIARIDADES DO SISTEMA ARBITRAL E OS PRECEDENTES JUDICIAIS*

SELMA
FERREIRA
LEMES



1 Introdução

O tema proposto neste artigo tem como escopo situar e analisar o instituto jurídico da arbitragem em seu microssistema¹ à luz do Direito da Arbitragem², para estabelecer as semelhanças e diferenças existentes entre o sistema arbitral e o sistema judicial. Em seguida, verificaremos se o árbitro, ao proferir a sentença arbitral, está obrigado a seguir os precedentes judiciais e, em caso de descumprimento, qual seria a consequência jurídica.

2 O sistema arbitral

A arbitragem, forma de solução de conflitos extrajudiciais, regulada na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei nº 13.129, de 29 de maio de 2015 (Lei de Arbitragem – LA), constitui sistema autônomo e desvinculado do Código de Processo Civil (CPC ou CPC/2015), posto que possui princípios formativos e bases de utilização diferentes³.

1 O professor e desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina Joel Dias Figueira Júnior, em obra pioneira sobre arbitragem e jurisdição nos idos de 1990, asseverou que o novo regime arbitral constituía um “revolucionário microssistema [...] inçado de inovações processuais” (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 21).

2 A identificação de *Direito da Arbitragem* é efetuada como sendo um ramo didático para estudo, com conjunto temático próprio e cuja metodologia de apresentação, por conveniência, tem a finalidade de realçar suas peculiaridades sem a intenção de dar-lhe autonomia disciplinar.

3 Em estudo pregresso salientamos: “A arbitragem é instituição que há séculos integra o ordenamento jurídico nacional; contudo, não alcançou, no passado, aplicação e utilização, haja vista as dificuldades impostas pelas legislações que a regularam. Todavia, com as inovações introduzidas pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 [e as modificações da Lei nº 13.129/2015], a situação alterou-se radicalmente, posto que o legislador, além de enfrentar os principais óbices que obstaculizavam o desenvolvimento do instituto, trouxe, ao convívio nacional, conceitos e princípios sedimentados no direito comparado, muitos deles nascidos na doutrina e referendados pelo direito pretoriano forâneo. À guisa de ilustração, sublinhe-se, o caráter vinculante da cláusula compromissória, a equivalência da sentença arbitral à sentença judicial e, no plano internacional, a dispensa da dupla homologação das sentenças arbitrais estrangeiras para terem eficácia no Brasil.

A Lei de Arbitragem constitui instituição que integra o ordenamento jurídico nacional e, como tal, deve ser analisada na sua dimensão sistemática, vale dizer, na relação com as demais normas e em face de suas peculiaridades, como método de solução extrajudiciária de conflitos. Gregório Robles, jusfilósofo espanhol, vale-se de uma feliz metáfora para esclarecer que ‘as normas são as células do organismo jurídico que é o sistema; por sua vez, as instituições, seriam comparadas como os órgãos e os tecidos.’ Ao redigir a Lei de Arbitragem o legislador teve como premissa básica que esta deveria representar ordenação lógica de conceitos, construídos com clareza, precisão e unidade. A clareza, no sentido de evitar obscuridade ou ambiguidade; a precisão, no sentido de utilizar a linguagem jurídica e técnica apropriada à norma redigida; e a unidade, no sentido de observar que os conceitos têm uma ordem hierárquica, no qual o conceito principal domina e dá coesão aos demais.

Importa observar, igualmente, que toda e qualquer elaboração legislativa alicerça-se na sociologia do direito e, neste sentido, o legislador brasileiro, ao estabelecer as novas diretrizes do estatuto arbitral nacional, fez opções e exerceu seu direito e dever de considerar e enaltecer as pautas sociais e os valores jurídicos que entendeu que deveriam estar albergados na lei, no exercício de seu poder soberano e constitucional de legislar, tendo como norte orientador as diretrizes sistemáticas, éticas, sociais e de operabilidade (concretidade) que deveriam estar presentes na nova normativa.

Assim, a Lei de Arbitragem, em seus 44 Artigos e VII Capítulos estabelece o arcabouço arbitral brasileiro, que no frontispício define o caráter voluntário da arbitragem, quando e quem pode utilizá-la, as regras aplicáveis etc. No Capítulo II, trata do seu nascedouro: a convenção de arbitragem, que se subdivide em cláusula compromissória (ou cláusula arbitral) e compromisso arbitral (Art. 4º), arbitragem institucional (Art. 5º), o caráter vinculante da cláusula compromissória e a competente ação judicial para instituir a arbitragem diante de cláusula arbitral em branco ou vazia (Art. 7º), o princípio da autonomia da cláusula compromissória (Art. 8º) e o da competência dos árbitros (Art. 8º, § único), *requisitos do compromisso arbitral etc.*

O Capítulo III refere-se aos árbitros, a figura-chave da arbitragem, quem pode atuar como árbitro (Art. 13), requisitos a serem observados, código de ética (Art. 13, § 6º), recusa e exceção (Arts. 14 e 15), responsabilidade civil e penal (Art. 17), que o árbitro é juiz de fato e de direito e que a sentença arbitral não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (Art. 18) etc. O Capítulo IV dispõe sobre o procedimento arbitral e declara o momento em que a arbitragem está instituída (Art. 19); arguição de suspeição ou impedimento do árbitro; a *lex legum* da Lei de Arbitragem, que reside nos princípios do devido processo legal (Art. 21, § 2º); a conciliação; a fase probatória em que poderá solicitar o auxílio do judiciário, inclusive na execução de medidas coercitivas e cautelares (Art. 22, § 4º) etc. O Capítulo V é dedicado ao desiderato da arbitragem: a sentença arbitral nacional, seus requisitos e específicas formas de impugnação. Por sua vez, o Capítulo VI dispõe sobre a sentença arbitral estrangeira, requisitos para homologá-la com o fito de dar-lhe reconhecimento, eficácia e força executiva. As disposições finais previstas no Capítulo VII representam o elo de concatenação com as demais normas do ordenamento jurídico nacional, em especial, a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil [atual Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, CPC/2015] revogando disposições em contrário e outras providências.” (LEMES, Selma Ferreira. Parecer. Sentença Arbitral Estrangeira. Incompetência da Justiça Brasileira para Anulação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 1, abr. 2004. p. 173.)



Pode-se dizer que a regulamentação legal da arbitragem tem no princípio da autonomia da vontade (autonomia privada) a sua quintessência⁴. A arbitragem sintetiza-se na seguinte metáfora: “a lei dá a régua e o compasso e o desenho da arbitragem será executado pelas partes e pelos árbitros”.

A essência da arbitragem reside no fato de a LA ser um norte com princípios e premissas básicas estruturantes, a fim de permitir que as partes sejam as protagonistas do processo arbitral, haja vista a ampla liberdade que possuem na estruturação do procedimento; algo que somente com o novo CPC, *mutatis mutandis* e nas devidas proporções, se pretendeu alcançar com o denominado negócio processual regulado no Art. 190.

Como acentua Eduardo Parente,

ainda que o processo arbitral apresente grandes estruturas semelhantes às do processo estatal, as chamadas fases processuais, em todas elas, ele [processo arbitral] tem funcionamento próprio. A despeito de incorporar princípios do processo estatal, tem seus próprios, e gera sua peculiar maneira de agir⁵.

O sistema arbitral se concilia com o sistema judicial em tudo que lhe é próprio, mas essa interação respeita e observa os princípios e a essência de cada sistema. Um não pode impedir que o outro cumpra sua função à luz de suas perspectivas endógenas.

Há diversas identidades entre um e outro, mas também há diferenças. Árbitros e juízes estão submetidos a regimes jurídicos

4 LEMES, Selma Ferreira. Princípios e origens da Lei de Arbitragem. *Revista do Advogado*, AASP, n. 51, p. 32, 1997. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri16.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

5 PARENTE, Eduardo. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 2.

distintos. É na figura da cooperação judicial⁶ que se visualiza a simbiose que existe entre o processo arbitral e o processo judicial. O jurista francês Bruno Oppetit retrata com perfeição a diversidade e simbiose existentes entre a justiça arbitral e a justiça estatal, ao esclarecer que há entre elas “dualidade de legitimidade, mas comunhão de ética e de fim; diversidade de vias e de meios, mas unidade funcional; paralelismo, mas também convergência”⁷.

O intérprete da norma sempre terá que recorrer aos princípios estruturantes da arbitragem para se guiar na aplicação desta e excluir ou – se for o caso, por meio de interpretação subsidiária e por analogia – valer-se das regras do processo civil, no que couber, no sentido de tê-la como um referencial analógico (LA, Art. 21, § 1º)⁸. Todavia, é conveniente salientar que o CPC não constitui *obrigatoriamente* fonte subsidiária para a fixação das normas procedimentais, e é de todo conveniente que as partes não disponham na convenção de

6 São diversos dispositivos do CPC que tratam da arbitragem. O Art. 3º esclarece que “é permitida a arbitragem na forma da Lei”; o Art. 4 trata do direito de instituir a arbitragem; o Art. 42 menciona a competência interna nas causas cíveis (juiz/árbitro); a cooperação judicial menciona a Carta Arbitral nos Arts. 69, 237 e 260, nº 3; o Art. 337, X trata da alegação pelo réu da existência de convenção de arbitragem por ocasião da contestação; o Art. 359 dispõe sobre a audiência de instrução e que compete ao juiz conciliar as partes, mesmo que tenha havido previamente utilização de outros métodos consensuais – mediação ou arbitragem; o Art. 485, VII, dispõe que o juiz não resolverá o mérito quando acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem; o Art. 515 que regula o cumprimento da sentença e indica a sentença arbitral como título executivo judicial; o Art. 516 dispõe sobre o Juízo competente para cumprimento da sentença arbitral; o Art. 1.015, III, dispõe sobre o Agravo de Instrumento contra decisão interlocutória que rejeita a alegação de existência de convenção de arbitragem; e o Art. 1.061 adapta a redação do Art. 33, 3. da LA. No que concerne à cooperação internacional, o disposto no Art. 960, § 3º, dispõe sobre a homologação de *Decisão* (Sentença) Arbitral Estrangeira perante o STJ (Tratados Internacionais). Além disso, o Judiciário também exerce papel de controle sobre a sentença arbitral (Art. 32 e segs. da LA).

7 OPETTIT, Bruno. *Justice Étatique et Justice Arbitrale. Etudes offertes à Pierre Bellet*. Paris: Litec, 1991. p. 426.

8 As regras do processo judicial somente poderão ser manejadas se houver omissões no Regulamento e no Termo de Arbitragem e desde que compatíveis com o sistema arbitral.



arbitragem que as regras de processo civil se aplicam à arbitragem⁹. Essa opção deve surgir como um critério de interpretação para os árbitros; uma faculdade e não uma obrigação. Isso porque as normas que regulam o processo judicial são diferentes e, na maior parte das vezes, incompatíveis com as disposições do processo arbitral.

É importante salientar que, quando os árbitros decidem subsidiariamente utilizar no curso da arbitragem um preceito do CPC, tal proceder longe está de representar instabilidade ou insegurança jurídica, posto que é manejado com bom senso jurídico e deve submeter-se ao denominado *teste de compatibilidade*. Há de se perquirir se a conduta a ser adotada – diante da ausência de previsão a respeito na Lei de Arbitragem, no regulamento da instituição arbitral (no caso de arbitragem institucional) ou no termo de arbitragem – afeiçoa-se aos princípios que representam a *Lex Legum* da arbitragem e dispostos no Art. 21, § 2º, da LA (contraditório, direito de defesa e livre convicção dos árbitros)¹⁰. Esse *teste de compatibilidade* exige também atenção aos preceitos estruturantes do procedimento arbitral: flexibilidade e celeridade. Estes constituem as denominadas *regras de ouro da arbitragem*¹¹. “A flexibilidade envolve uma criação.

9 Em decorrência da referida incompatibilidade entre as regras arbitrais e as regras judiciais disciplinadas no CPC, recomenda-se às Câmaras de Arbitragem a não inclusão em seus regulamentos de que o Código de Processo Civil constitui norma subsidiária ao regulamento.

10 Esta questão está vinculada à teoria garantista do processo arbitral em sua dimensão constitucional retratado pelo professor espanhol Antonio Maria Lorca Navarrete (*Derecho de arbitraje interno e internacional*. Madrid: Tecnos, 1989. p. 19). Deste mesmo autor, verificar: ¿Garantías ordinarias versus garantías constitucionales en el arbitraje? In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 189-229. Cf. LEMES, Selma Ferreira. Os princípios jurídicos da Lei de Arbitragem. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES Selma M. Ferreira; CARMONA Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro, Forense, 1999. p. 73-111.

11 Compete ao árbitro operacionalizar as citadas *regras de ouro da arbitragem*. “A flexibilidade não pode ser um mero atributo da arbitragem, mas é a característica

Assim o que já estava criado, e não pode ser alterado pelas partes, é um limite à flexibilidade.”¹² E o limite a essa flexibilidade é imposto pela garantia do processo arbitral justo (LA, Art. 21, § 2º) e não por disposições do Código de Processo Civil.

É a própria Lei de Arbitragem, no Art. 21, § 1º, que outorga ao árbitro essa possibilidade: “não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo”.

Assim, qualquer omissão em relação ao procedimento competirá aos árbitros com razoabilidade e serenidade, fundados nos princípios mencionados, deliberarem a respeito. Um exemplo interessante é a questão de se contraditar testemunha na forma disposta no CPC. Raramente a testemunha será dispensada. Será ouvida e seu depoimento será avaliado pelo tribunal arbitral, sopesando as circunstâncias. Note-se que as matérias abordadas em arbitragem são, em sua quase totalidade, referentes a conflitos empresariais. São os empregados e assessores das empresas que vivenciaram o ocorrido que poderão, na qualidade de testemunhas (fáticas), retratar a realidade dos fatos.

Em breve digressão histórica, saliente-se que desde a Idade Média a arbitragem surge como uma opção dos mercadores de terem um sistema próprio de solução de conflitos para não se vincularem às especificidades de uma miríade de leis de países em que comercializavam, faziam trocas e câmbio, no âmbito das feiras em praças públicas¹³. Para tanto, preferiam ter suas contendas julgadas

indispensável de um bom árbitro. Ele deve ter a iniciativa, a habilidade e o objetivo de seguir uma linha e estabelecer o ritmo do procedimento” (LEMES, Selma Ferreira. *O papel do árbitro*. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_jur11.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021).

¹² MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do Procedimento Arbitral*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 114 (inédito).

¹³ *A latere* e como elemento histórico e literário, veja: LEMES, Selma Ferreira. Shakespeare e Veneza, o retrato do tempo. In: ALQUÉRES, José Luiz; NEVES, José Roberto



por árbitros que aplicariam as regras fixadas pela comunidade dos mercadores (*Lex Mercatoria*)¹⁴. E essas práticas, em muitos locais, foram incorporadas ao direito comercial¹⁵.

É incontroverso que as regras da arbitragem constituem um sistema próprio e diferente do sistema judicial (direito formal). Basta analisar comparativamente o processo arbitral *vis-à-vis* o processo judicial para verificar que na arbitragem as partes podem: autorizar os árbitros a julgarem segundo as regras de Direito ou por equidade (função substitutiva)¹⁶; eleger a lei aplicável (direito material estrangeiro), tendo como limite a ordem pública e os bons costumes; nomear as regras do comércio internacional, em vez de uma legislação específica; fracionar a lei aplicável ou praticar a *dépeçage*^{17,18},

Castro (Orgs.). *Ele, Shakespeare, visto por nós, os advogados*. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2017. p. 119-128.

14 MARRELLA, Fabrizio; MOZZATO, Andrea. *Alle origini dell'arbitrato commerciale internazionale, l'arbitrato a Venezia tra medioevo ed età moderna*. Milano: CEDAM, 2001. p. 14. Importa notar como os usos e costumes de determinados setores econômicos são utilizados há séculos e as decisões arbitrais que se apoiam nessas normativas (pois assim autorizado pelas partes) são cumpridas imediatamente sem questionamentos. É o caso da área de resseguros, em que os árbitros se pautam nos usos e costumes do resseguro internacional para exarar a decisão.

15 ALVAREZ, Antonio Merchan. *El arbitraje: estudio histórico jurídico*. Universidad de Sevilla: Sevilla, 1981. p. 46.

16 DELLA VALLE, Martim. *Arbitragem e equidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

17 O conceito de *dépeçage*, despedaçamento do contrato quanto à lei aplicável, possui especificidades analisadas no direito comparado. Salienta José Carlos de Magalhães: “O despedaçamento do contrato, ou na nomenclatura francesa, o *morcellement* ou *dépeçage*, implica em admitir a incidência de mais de uma lei a um único contrato. Em outras palavras, em vez de uma única lei regular a relação jurídica como um todo, partes dela podem ser submetidas a outros direitos.” (MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito econômico internacional. Tendências e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 280.) Cf. igualmente: NAZO, Georgette N. Tipificação dos contratos internacionais. *Revista dos Tribunais*, n. 564, p. 26-37, out. 1982; e ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado. Teoria e prática brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 377-379.

18 FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996. p. 805. Esses autores citam o precedente representado na arbitragem em que foram partes a empresa Arabian American Oil Company (Aramco) e a Arábia Saudita em relação a um contrato de

ou seja, estabelecer que determinadas matérias serão resolvidas de acordo com as regras de direito de determinado país e outras de acordo com os *standards* da área (*soft law*), por exemplo; também é possível dispor que os árbitros aplicarão os princípios gerais de direito; estabelecer requisitos para um terceiro ser nomeado árbitro (por exemplo, o árbitro tem que ser versado em determinado idioma, ser profissional de determinada área, com mais de dez anos de experiência etc.); e fracionar o contrato para esclarecer que certas matérias serão submetidas à arbitragem e outras ao Judiciário¹⁹. É facultado também às partes regularem os prazos processuais, as provas (por exemplo, se serão admitidos depoimentos escritos de testemunhas) etc.²⁰. Os únicos limites impostos pela LA, conforme mencionado, são que sejam observados os princípios da igualdade de tratamento, do contraditório e da imparcialidade do árbitro, bem como de seu livre convencimento racional motivado (Art. 21, § 2º).

Dignas de nota também são as peculiaridades do processo arbitral em relação ao processo judicial no que concerne à ausência total de recurso, seja no curso da arbitragem, seja por ocasião da sentença arbitral ditada. O instituto da preclusão tem aplicação limitada (Art. 20, no que concerne à arguição de impedimento e suspeição do árbitro). Outra particularidade da arbitragem é que não se aplicam os efeitos da revelia, tal como previsto no CPC (Art. 22, § 3º).

concessão de petróleo por 60 anos. A sentença arbitral fracionou o contrato para submeter certas disposições a leis diversas. Vale recordar que esse importante precedente na área da arbitragem internacional foi detidamente analisado pelo saudoso professor Guido F. Silva Soares (SOARES, Guido F. Silva. *Concessões de exploração de petróleo e arbitragens internacionais*. São Paulo: José Bushatsky, 1977).

¹⁹ Cf. LEMES, Selma Ferreira. Cláusulas combinadas ou fracionadas: arbitragem e eleição de foro. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), Edição Especial sobre Arbitragem, n. 119, abr. 2013. p. 153-158. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/ClausulasCombinadas.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2021.

²⁰ Cf. PINTO, José Emilio Nunes. Anotações práticas sobre a produção de prova na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 25, jan./mar. 2010. p. 7-28.



A sentença arbitral é definitiva quanto ao mérito e não pode ser revista pelo juiz estatal, sequer em ação de anulação da sentença arbitral²¹. A ação de anulação (desconstituição) da sentença arbitral pode manter, anular ou determinar que o Tribunal Arbitral complemente a sentença arbitral, que também não está sujeita à ação rescisória e à reclamação.

Os motivos previstos no Art. 32 da LA para anulação da sentença arbitral constituem *numerus clausus*. Para o tema tratado neste artigo, sobreleva notar que a LA *não contempla como motivo para anulação de sentença arbitral o error in iudicando*²². Somente o *error in procedendo* justifica a desconstituição da sentença arbitral, ou seja, se o árbitro não observou os princípios do devido processo legal (Art. 21, § 2º, e Art. 32, VIII) e se a sentença não contiver os requisitos dos Arts. 26 e 32, III (motivação – análise das questões de fato e de direito ou equidade), além das demais disposições, entre elas, o árbitro não poderia ser árbitro (Art. 32, II) e a inexistência de convenção de arbitragem (Art. 32, I).

Enfim, não resta dúvida de que a arbitragem constitui um sistema processual próprio e diferente do processo judicial. Consoante aduz Joel D. Figueira Júnior, os mecanismos utilizados na arbitragem são *ontologicamente* distintos do processo judicial:

Para atingir esse patamar de diferenciação e não terminar no mesmo lugar-comum em que se encontra a jurisdição pública, **os mecanismos utilizados no juízo arbitral são na grande maioria ontologicamente**

21 “Permitir que o Estado reformasse o mérito de uma sentença arbitral, além de uma antítese, seria voltar ao passado, o que culminaria, mais uma vez, no óbito da arbitragem no Direito brasileiro.” (PALONI, Nelson Alexandre. Irrecorribilidade das sentenças arbitrais. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 10, set./dez. 2010. p. 374.)

22 CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 28, jan./mar. 2011. p. 56.

distintos daqueles tradicionais, a começar pela livre escolha conferida às partes na indicação dos seus “juízes particulares”, os quais não necessitam de formação jurídica para a composição da lide, com possibilidade de serem autorizados a decidir tão somente por equidade, em processo, via de regra, mais simplificado em relação ao ordinário.²³ (Grifo nosso)

Reitere-se que, não obstante o processo arbitral se valer de alguns institutos do processo judicial, essa utilização na arbitragem é possível por analogia e para auxiliar partes e árbitros a impulsionarem o processo arbitral, quando não disposto no Regulamento de Arbitragem da Câmara, no caso de arbitragem institucional, ou não previsto no Termo de Arbitragem pelas partes. A LA autoriza o árbitro a dispor a respeito (Art. 21, § 1º)²⁴, segundo as garantias de um processo justo, e, para isso, seu norte reside na aplicação pelos árbitros de normas moldadas pelos princípios do contraditório, da igualdade das partes, do livre convencimento e da eficiência; tudo isso sem perder de vista a informalidade e a celeridade que estão no âmago do instituto. Como acentua Carlos Alberto Carmona, “a jurisdicionalização da arbitragem é um bem; a processualização da arbitragem é um mal, que precisa ser combatido. O paladino desse combate será necessariamente o árbitro”²⁵.

Conclui-se, portanto, que a Lei de Arbitragem constitui um instrumento jurídico sistemático e coeso, estruturado em princípios e conceitos que lhes são próprios. É lei processual especial, possuindo coerência e efetividade, tal como assentado pelo Supremo Tribunal

²³ CARMONA, 2011, p. 19.

²⁴ Lei nº 9.307/96, Art. 21: “A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º *Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.*”

²⁵ CARMONA, 2011.



Federal – STJ (SEC 5.206-7, j. 12.12.2001) – e pela copiosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ –, dos Tribunais Federais e dos Estaduais, que se cristalizou em mais de 21 anos de vigência da Lei de Arbitragem, projetando o Brasil no cenário estrangeiro, com uma legislação moderna e eficaz, contribuindo para o desenvolvimento do comércio nacional e internacional.

Assim, ao traçarmos o quadro e a moldura da arbitragem – as premissas básicas estruturantes do processo arbitral –, podemos analisar se as normas dispostas no CPC sobre os precedentes judiciais se aplicam ao processo arbitral.

3 Os precedentes judiciais

A expressão "precedente judicial", em um primeiro plano, pode ter dois significados. Aquele que comumente se usa é no sentido de se referir a um julgado pretérito, que analisa determinada questão e que pode ser invocado e servir de referencial a situações similares, tal como se verifica no Art. 926, § 2º, do CPC²⁶. Seriam julgamentos pretéritos que compõem a jurisprudência. O segundo significado é aquele em que

[...] pronunciamentos judiciais já quando são emitidos, nascem com a declarada finalidade de servir como parâmetro, de vincular, em maior ou menor grau, decisões judiciais (ou mesmo atos administrativos e até condutas privadas) subsequentes, que versem sobre casos em que se ponha a mesma questão jurídica²⁷.

²⁶ Código de Processo Civil, Art. 926: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. [...] § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.” (Grifo nosso.)

²⁷ TALAMINI, Eduardo. O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15. *Boletim Migalhas*, 23 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,310470+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC15>>. Acesso em: 16 set. 2017.

Nesta segunda acepção, verificam-se os pronunciamentos do STF em controle direto de constitucionalidade, ao conceder eficácia vinculante à decisão judicial. Acentua Eduardo Talamini que:

O entendimento de que tais decisões têm eficácia vinculante no sentido estrito do termo [...] sedimentou-se em meados dos anos 1990. Nos últimos anos, multiplicaram-se os mecanismos com tal finalidade. Ampliaram-se os instrumentos de controle direto de inconstitucionalidade e surgiram outros – alguns dos quais alheios à jurisdição constitucional. A essa tendência ampliativa correspondeu o alargamento do significado do termo *precedente*. As decisões resultantes desses vários mecanismos, com frequência, passaram a ser chamadas de *precedentes vinculantes* ou *obrigatórios*²⁸.

Seriam as situações previstas no Art. 489, § 1º, V e VI, bem como o Art. 927, § 5º, do CPC²⁹.

Asseveram Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira que:

[...] há países que podem não dar qualquer relevância aos precedentes judiciais, outros podem atribuir-lhes a máxima relevância. Outros, como no Brasil, podem imputar-lhes uma série de efeitos jurídicos, desde o efeito meramente persuasivo, comum a qualquer precedente, ao efeito vinculante, próprio de alguns precedentes, como aqueles que resultam na elaboração de uma súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal³⁰.

²⁸ TALAMINI, 2016.

²⁹ TALAMINI, 2016.

³⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2, p. 517. No caso dos

O CPC refere-se aos precedentes em diversos dispositivos. Seu Art. 489 dispõe sobre os elementos da sentença arbitral (relatório, fundamentação e dispositivo)³¹. No que concerne à fundamentação da sentença, reproduz um roteiro a ser perfilhado para que a sentença seja considerada adequada, e esclarece no Art. 489 (§ 1º, VI) que não se considera fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento (*distinguishing*) ou a superação do entendimento (*overruling*). Essa previsão legal constitui um dever para o juiz, que não está apenas adstrito ao precedente,

países de *common law*, os precedentes, muitas vezes, têm eficácia normativa (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 517-8).

31 Código de Processo Civil, Art. 489: “São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 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.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.” (Grifo nosso.)

enunciado de súmula ou jurisprudência, mas também ao que julgar apropriado, mesmo que não alegado pela parte, e atentando ao disposto no Art. 10 do CPC³².

É importante notar que, ao invocar o precedente, a parte deve demonstrar que este seja a base de sua estrutura argumentativa e que ele (precedente) é decisivo ao êxito de seu pedido. “Invocado que seja adequadamente o pronunciamento, o juiz deve dar-lhe o devido enfrentamento, seja para realizar a sua aplicação, seja para afastar sua incidência.”³³

Para a arbitragem há duas questões interessantes que surgem em decorrência da necessidade de fundamentação da sentença arbitral, tal como disposto no Art. 26 da LA³⁴.

A primeira questão é se na arbitragem, segundo as regras de direito, o árbitro estaria vinculado ao precedente judicial na forma disciplinada no CPC, seja quando invocado pela parte ou, se não o for, decidir a questão aplicando o precedente judicial (CPC, Art. 489, § 1º, VII). Em decorrência, qual seria a consequência jurídica da conduta adotada pelo árbitro.

32 Código de Processo Civil, Art. 10: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

33 GUAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença, comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Forense, 2016. p. 565 (o texto citado é de autoria do coautor Zulmar Duarte de Oliveira Júnior).

34 Lei nº 9.307/96, Art. 26: “São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.”



Como dito na primeira seção deste artigo, as partes podem estabelecer o regramento jurídico a ser observado pelo árbitro. Nesse sentido, se na cláusula compromissória ou no Termo de Arbitragem as partes estabelecerem que os árbitros devem ter como linha de decisão o precedente judicial (vinculante), faz todo o sentido que o árbitro o leve em conta no momento de exarar sua decisão racional motivada. Para isso, deve justificar o motivo de não acatar o precedente ou, ao contrário, por que entende que seria aplicável ao caso. A obrigatoriedade de considerar o precedente judicial vinculante advém do estipulado pelas partes e não da previsão no CPC.

Por outro lado, se as partes não invocam o precedente judicial vinculante e o árbitro entende que seria aplicável, deveria, em decorrência do princípio que não existe surpresa na arbitragem (princípios do contraditório e do direito de ser ouvido), solicitar que as partes se manifestem e exarem suas considerações quanto à aplicação do precedente judicial no caso sob exame. Aliás, o mesmo se aplica ao juiz (Art. 10), afastando-se o princípio *iura novit curia*³⁵.

No que concerne à aplicação obrigatória do precedente judicial segundo a previsão do CPC, não tem ele aplicação obrigatória na arbitragem. Explicamos. Árbitros e juízes estão submetidos a regimes jurídicos distintos. O poder do árbitro advém do consensualismo das partes. A jurisdição arbitral é exercida no interesse e em decorrência das partes.

O árbitro não integra o Poder Judiciário, e o mandamento legal do CPC é dirigido aos integrantes dos Tribunais Estatais. O objetivo da norma processual é organizar e estruturar uma jurisprudência

35 A respeito da aplicação do princípio *iura novit curia* à arbitragem, cf. BARROS, Vera Cecília Monteiro. Anulação de sentença arbitral. Vinculação de parte não signatária à cláusula compromissória e aplicação do princípio *iura novit curia* à arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 32, p. 309-328, jan./mar. 2012.

estável, íntegra, coerente e de conhecimento de todos (publicidade), tal como disposto nos Arts. 926³⁶ e 927, § 5^o³⁷.

Ao dispor sobre a vinculação do precedente nas sentenças judiciais, verifica-se que a vinculação envolve a estrutura hierárquica do Poder Judiciário (juízes e Tribunais) e não os árbitros. Como mencionado na primeira parte deste artigo, o sistema arbitral é diferente do judicial. Não estão os “agentes envolvidos na arbitragem submetidos aos institutos próprios do processo estatal. Não se aplicam aos árbitros as técnicas de julgamento e vinculação estabelecidas no diploma processual estatal”³⁸.

Nesse sentido, pontua Romulo Greff Mariani:

[...] são os árbitros, também como regra geral, soberanos na análise e aplicação do Direito ao mérito do litígio. Isso determina que eventual intervenção estatal não pode tocar ao mérito da controvérsia, de forma que embora os sistemas se entrelacem, tenham comunicação, mantêm-se a autonomia do processo arbitral, tal qual estabelecido como condição para que a relação entre ambos decorra da abertura cognitiva, e não de sujeição. De fato, conforme já dito, do ponto de vista dos “poderes jurisdicionais”, a função do árbitro se equipara à do juiz (ambos prestam jurisdição, dizem o Direito), nada obstante as semelhanças parecem terminar por aqui. Juiz e árbitro estão submetidos a distintos regimes jurídicos³⁹.

³⁶ Código de Processo Civil, Art. 926: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

³⁷ Código de Processo Civil, Art. 927: “Os juízes e os tribunais observarão: [...] § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os preferencialmente, na rede mundial de computadores.”

³⁸ MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 23 mar. 2017. p. 70 (inédito).

³⁹ MARIANI, 2017, p. 71.



Analisando a questão do precedente judicial, Eduardo Talamini observa que os precedentes: não alteram os parâmetros do ordenamento jurídico brasileiro; não constituem fonte primária do Direito; não inauguram um novo modelo de fontes de Direito; e também não guardam similitude com o conceito de precedente do *Common Law*⁴⁰. Esclarece que “as regras que atribuem força vinculante a determinados precedentes não alteram as balizas do Direito Material”⁴¹.

Assim, o *precedente* é um mecanismo processual vinculado ao processo judicial e não à arbitragem; ou seja, vincula os órgãos do Judiciário.

Parece-nos que o ponto de confluência a suscitar a dúvida quanto à aplicação do *precedente* na arbitragem é a equivalência que a LA efetua entre o árbitro e o juiz e a sua função jurisdicional, tal como disposto no Art. 18: “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação do Poder Judiciário.” Também o Art. 31 dispõe que: “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

Esses dispositivos esclarecem que o árbitro tem amplo poder jurisdicional para analisar os fatos e dizer o Direito, mas ele não faz parte da organização do Judiciário e seus poderes são limitados, pois não possui o poder de constrição de que dispõe o juiz togado. O juiz detém seu poder da lei. É institucional. Ele é investido de uma competência jurisdicional permanente. O poder do árbitro é ocasional e deriva do consensualismo das partes. Seu

40 “O *common law* considera o precedente como fonte de direito.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 34-35.)

41 TALAMINI, 2016.

poder é limitado: solucionar um litígio definido. O árbitro não dispõe da mesma plenitude de poderes de um juiz, mas a legitimidade institucional (do juiz) é idêntica à legitimidade consensual do árbitro (LA, Art. 1º)⁴². Como dito anteriormente, o juiz e o árbitro estão submetidos a distintos regimes jurídicos. O disposto no CPC quanto a precedentes, súmulas e jurisprudência vincula os juízes e tribunais, mas não o árbitro.

Ao ditar a sentença arbitral, o árbitro encerra sua jurisdição, e a sentença arbitral, se for condenatória e não cumprida espontaneamente, deverá ser executada no Judiciário. A segunda proposição do Art. 18 constitui uma das inovações vitais para a arbitragem em relação à legislação anterior, que determinava a homologação do laudo arbitral pelo Judiciário, quando fosse condenatório. A partir da LA, a sentença arbitral equivale à sentença judicial, mas tal disposição não equipara o árbitro ao juiz na organização judiciária. A comparação entre árbitro e juiz tem especificidades e limitações próprias. “O árbitro dispõe da balança da Justiça, mas não de sua espada”, asseverou Serge Lazareff⁴³.

Com base na perspectiva específica da arbitragem, verifica-se não ser possível comparar o sistema arbitral com o sistema judicial estatal. Assim, a sentença arbitral, ao decidir o mérito da controvérsia, está adstrita às regras do sistema arbitral e não ao disposto no Código de Processo Civil. É o Art. 26 da LA⁴⁴ que dispõe sobre

⁴² LAZAREFF, Serge. *L'arbitre est-il un juge. Liber Amicorum Claude Reymond, autour de L'Arbitrage*. Paris: Litec. 2004. p. 182.

⁴³ LAZAREFF, 2004, p. 173.

⁴⁴ Lei nº 9.307/96, Art. 26: “São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

os requisitos da sentença arbitral e o âmbito de sua fundamentação, e não o Art. 489, § 1º, VI, do CPC⁴⁵.

Acentua Rômulo Greff Mariani que no sistema brasileiro de arbitragem:

[...] não há vinculação do árbitro às decisões estatais pretéritas, sem prejuízo de que exista um poder persuasivo dessas decisões a influenciar em algum grau agentes que fazem uso da arbitragem. Essa conclusão se funda em especial na premissa de que os métodos de resolução de litígios estatal e arbitral transitam em sistemas

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.”

45 Código de Processo Civil, Art. 489: “São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 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.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.” (Grifo nosso.)

autônomos. Particularmente em relação à arbitragem, essa autonomia revela algo bastante sagrado aos seus praticantes: a soberania do árbitro na aplicação do Direito, incluindo o poder de escolher entre diferentes visões que a aplicação de um mesmo Direito pode ensejar à luz do caso concreto. E isso mesmo que tal visão seja diferente daquela externada pelo juiz estatal. Ainda assim estará o árbitro aplicando o Direito brasileiro, mesmo que numa visão (fundamentalmente) diferente daquela do juiz togado⁴⁶.

A função do precedente é uniformizar, dar coerência e aderência à sentença judicial e não a arbitral. O precedente tem função uniformizadora que não encontra guarida na arbitragem, posto que não existe a jurisprudência arbitral no sentido de advir de um órgão estatal.

A diferença existente entre os dois sistemas faz que se opere a exclusão de o árbitro seguir o precedente aplicável à sentença judicial.

Outro elemento a reforçar a não obrigatoriedade de o árbitro seguir o precedente judicial na arbitragem está em sua consequência jurídica. O Art. 32 da LA, no que se refere aos motivos ensejadores de desconstituição da sentença arbitral, não prevê o erro *in iudicando*, mas somente o erro *in procedendo*. Assim, o erro na aplicação do Direito pelo árbitro tem consequências absolutamente diferentes das aplicadas à sentença advinda do Judiciário, que está sujeita à revisão por meio de recurso. Na arbitragem, a sentença arbitral é terminativa em relação ao mérito, e, portanto, se o árbitro errar quanto à aplicação do Direito, esse erro não constitui motivo para a anulação da sentença (erro *in iudicando*). “Ou seja, aquilo que está sujeito a controle, em nosso modelo, é a validade e não a justiça da sentença arbitral.”⁴⁷

⁴⁶ MARIANI, 2017, p. 238.

⁴⁷ FERNANDES, Marcus Vinicius T. da Costa. *Anulação da sentença arbitral*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 72.



O disposto na legislação brasileira de arbitragem de não incluir como motivo para anulação da sentença arbitral o equívoco quanto à aplicação do direito é perfilhado, também, pela legislação espanhola (*Ley 60/2003* e *Ley 11/2011*), tendo o Tribunal Constitucional disposto que as causas de anulação de uma sentença arbitral não se estendem

[...] às supostas infrações de direito material aplicável ao caso, e isso porque, do contrário, a finalidade última da arbitragem, que não é outra que alcançar a pronta solução extrajudicial de um conflito, se veria inevitavelmente desnaturada ante a eventualidade de que a decisão arbitral pudesse ser objeto de revisão quanto ao fundo [...] (ATC116/1992, RTC 1992, 116 Auto)⁴⁸. (Tradução livre.)

Em relação à não observância pelo árbitro do precedente judicial e sua consequência, Andre Vasconcelos Roque e Fernando da Fonseca Gajardoni esclarecem:

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. Ao se permitir questionar em juízo o *error in iudicando* do árbitro, a ação anulatória do Art. 33 da Lei n° 9.307/1996 se transformaria em uma espécie de recurso de cassação da sentença arbitral, assumindo amplitude muito maior que a estabelecida até então pela Lei de Arbitragem e trazendo grande insegurança jurídica.

⁴⁸ POMATA, Marta Gisbert. *El Contrato Arbitral*. Navarra: Editorial Aranzandi, 2015. p. 176.

[...] Na prática, os interessados em impugnar em juízo a sentença arbitral não hesitarão em argumentar que o árbitro deixou de apresentar a fundamentação necessária para afastar um precedente alegado pela parte ou mesmo que sequer foi cogitado pelo árbitro. Não se quer com isso minimizar a importância do precedente vinculante no novo CPC, mas apenas evitar que seja a causa da ruína da arbitragem no Brasil. Ainda que o precedente judicial tenha assumido particular importância no CPC/2015, não está acima da lei – e a exigência de integridade da jurisprudência (Art. 926, *caput*) é evidência disso.

Se o árbitro, em sua sentença, simplesmente viola literal disposição de lei, não há previsão de ação anulatória por este motivo – ao contrário da decisão judicial transitada em julgado, em que se admite a ação rescisória por violação manifesta à norma jurídica (Art. 966, V). Não há razão para que a inobservância ao precedente pela sentença arbitral seja tutelada de forma mais enérgica que a violação à lei. Embora indesejável, trata-se de *error in iudicando* pelo árbitro, o qual escapa aos domínios da ação anulatória, que não pode, nem deve, ser banalizada no Brasil.

Enfim, não parece correto, nem conveniente, sustentar o cabimento de ação anulatória contra sentença arbitral que não aplica o precedente judicial⁴⁹.

Em conclusão, os citados autores aduzem:

Nada obstante, antes de se sustentar a incidência das regras do CPC/2015 à arbitragem, é preciso verificar se as novas disposições são compatíveis ou se há o risco de causar a morte do paciente pela rejeição

⁴⁹ ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC? *Jota*, 7 nov. 2016. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016>>. Acesso em: 10 maio 2021.

do órgão transplantado. Esse parece ser o caso da ação anulatória contra a sentença arbitral que deixa de aplicar precedente judicial⁵⁰.

Portanto, pode-se concluir que o precedente vincula o juiz e não o árbitro. As peculiaridades sistêmicas da arbitragem permitem que se invoque a existência de dois sistemas distintos de jurisdição: a arbitral e a judicial. São formas idênticas e de igual valor em seu objetivo jurisdicional (solução pacífica de conflitos), mas não idênticas na forma de alcançar a justiça. Os objetivos atingidos na arbitragem (solução de conflitos com segurança, tecnicidade, flexibilidade, rapidez, especialidade e sigilo) são alcançados de maneira sensivelmente diferente da jurisdição estatal, o que representa uma opção das partes. Ambas – justiça arbitral e justiça estatal – distribuem justiça⁵¹.

Na formação da convicção racional motivada, o árbitro pode se valer do precedente judicial (e certamente o fará, se entender oportuno), mas não lhe é vinculante. Se o árbitro deixar de aplicar o precedente ao exarar a sentença arbitral, tal fato não será motivo para a propositura de ação de anulação da sentença arbitral. Ademais, não é sequer motivo para a desconstituição da sentença arbitral o *error in iudicando*, pois a sentença arbitral não é passível de revisão quanto ao mérito. Se o árbitro aplicar erroneamente o direito, a sentença arbitral continua constituindo coisa julgada material (mérito). Essa é a sistemática da lei especial que regula a arbitragem, já que difere do processo judicial e, dessa forma, não há como equiparar ou

50 ROQUE, GAJARDONI, 2016.

51 “Alcança a arbitragem, com facilidade, segurança, tecnicidade, rapidez, sigilo e economia, os objetivos perseguidos pelos contratantes que, no plano nacional ou internacional, fizeram a opção pela jurisdição privada, através de cláusula expressa, para dirimirem os litígios decorrentes do mesmo contrato. Esses objetivos, como teremos oportunidade de verificar neste estudo, são atingidos de maneira sensivelmente diferenciada da jurisdição estatal.” (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 19.)

argumentar de isonomia entre a sentença arbitral e a sentença judicial em razão de precedentes uniformizadores vinculantes.

Decorre da sistemática arbitral, tal como ressalta Rafael Francisco Alves:

[...] ao contrário do juiz, o árbitro não tem, como regra, uma missão perante a sociedade, *mas primordialmente perante as partes*. Isso equivale a dizer que o árbitro não tem compromisso com a *integridade da ordem jurídica* da mesma forma como ocorre com o juiz: ele tem um compromisso *primordial* com as partes.

O árbitro não tem a obrigação de velar pela correta aplicação do direito *em detrimento do que as partes contrataram a respeito dessa aplicação*. Entre a correta aplicação do direito e o respeito ao que as partes contrataram, a missão do árbitro inclina-se para este último⁵². (Grifos do autor.)

Reitere-se que é o Art. 26 da LA que estabelece o conteúdo da sentença arbitral e sua fundamentação. Não há a possibilidade de interpretação e aplicação extensiva do Art. 489, § 1º, VI, do CPC. O sistema arbitral é próprio e independente do processo judicial, e há normas (processuais) que são com ela (arbitragem) incompatíveis.

Conclui-se:

- 1 O árbitro *pode* aplicar o precedente judicial vinculante⁵³, mas, se não o fizer, esse motivo não ensejará a possibilidade de

⁵² ALVES, Rafael Francisco. *A aplicação do direito pelo árbitro: aspectos relativos ao julgamento do mérito na arbitragem*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 14 abr. 2016. p. 155 (inédito).

⁵³ Idêntica é a situação de quando as partes autorizam o árbitro a decidir por equidade e ele (árbitro) não está obrigado a assim proceder. Poderá decidir a controvérsia com base nas regras de direito. Cf. LEMES, Selma M. Ferreira. *A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comparado*. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, MARTINS, 2007, p. 189-229.



propositura de ação anulatória da sentença arbitral, pois o Art. 32 da Lei de Arbitragem não prevê o motivo de *erro in iudicando*.

- 2 O precedente judicial vinculante integra o ordenamento jurídico processual e não o sistema arbitral.
- 3 Não existe na arbitragem a figura da uniformização da jurisprudência arbitral.
- 4 O sistema de precedente disposto no CPC visa uniformizar a jurisprudência para outorgar-lhe coerência, integridade e estabilidade, e é dirigida aos Tribunais Estatais.

Por fim, conforme salienta Octávio Fragata Martins de Barros, a arbitragem

deve se desfazer das tradições processuais e alçar voo maior. Desfazer-se do discurso de força do Judiciário e migrar para o discurso do conhecimento, no qual a repetição do real retratado pelas partes é de onde a sentença arbitral extrai sua legitimidade e autoridade⁵⁴.

Referências

ALVAREZ, Antonio Merchan. *El arbitraje: estudio histórico jurídico*. Universidad de Sevilla: Sevilla, 1981.

ALVES, Rafael Francisco. *A aplicação do direito pelo árbitro: aspectos relativos ao julgamento do mérito na arbitragem*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 14 abr. 2016 (inédito).

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁵⁴ BARROS, Octávio Fragata Martins de. *Como julgam os árbitros: uma leitura do processo decisório arbitral*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 236.

BARROS, Octávio Fragata Martins de. *Como julgam os árbitros, uma leitura do processo decisório arbitral*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

BARROS, Vera Cecília Monteiro. Anulação de sentença arbitral. Vinculação de parte não signatária à cláusula compromissória e aplicação do princípio *iura novit curia* à arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 32, jan./mar. 2012.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 6 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 6 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 29 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 maio 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm>. Acesso em: 6 maio 2021.

CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 28, jan./mar. 2011.

DELLA VALLE, Martim. *Arbitragem e equidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2.

FERNANDES, Marcus Vinicius T. da Costa. *Anulação da sentença arbitral*. São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.



FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996.

GUAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Forense, 2016.

LAZAREFF, Serge. *L'arbitre est-il un Juge. Liber Amicorum Claude Reymond, autour de L'Arbitrage*. Paris: Litec. 2004.

LEMES, Selma Ferreira. Princípios e origens da Lei de Arbitragem. *Revista do Advogado*, AASP, n. 51, p. 32, 1997. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juril6.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

LEMES, Selma Ferreira. Cláusulas combinadas ou fracionadas: arbitragem e eleição de foro. *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), Edição Especial sobre Arbitragem, n. 119, abr. 2013, p. 153-158. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/ClausulasCombinadas.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2021.

LEMES, Selma Ferreira. O árbitro está vinculado aos precedentes judiciais? Em caso de descumprimento, qual seria a consequência jurídica? *V Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCIVIL. Direito Civil, Constituição e Unidade Sistemática, OAB/PR*. Curitiba, 21 set. 2017.

LEMES, Selma Ferreira. *O papel do árbitro*. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri11.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

LEMES, Selma Ferreira. Os princípios jurídicos da Lei de Arbitragem. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES Selma M. Ferreira; CARMONA Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

LEMES, Selma Ferreira. Parecer. Sentença Arbitral Estrangeira. Incompetência da Justiça Brasileira para Anulação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 1, abr. 2004.

LEMES, Selma Ferreira. Shakespeare e Veneza, o retrato do tempo. In: ALQUÉRES, José Luiz; NEVES, José Roberto Castro (Orgs.). *Ele, Shakespeare, visto por nós, os advogados*. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2017.

LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comparado. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos

Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito econômico internacional. Tendências e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005.

MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 23 mar. 2017 (inédito).

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARRELLA, Fabrizio; MOZZATO, Andrea. *Alle origini dell'arbitrato commerciale internazionale, l'arbitrato a Venezia tra medioevo ed età moderna*. Milano: CEDAM, 2001.

MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010 (inédito).

NAVARRETE, Antonio Maria Lorca. *Derecho de arbitraje interno e internacional*. Madrid: Tecnos, 1989.

NAVARRETE, Antonio Maria Lorca. ¿Garantías ordinarias versus garantías constitucionales en el arbitraje? In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

NAZO, Georgette N. Tipificação dos contratos internacionais. *Revista dos Tribunais*, n. 564, p. 26-37, out. 1982.

OPETTIT, Bruno. Justice Étatique et Justice Arbitrale. *Etudes offertes à Pierre Bellet*. Paris: Litec, 1991.

PALONI, Nelson Alexandre. Irrecorribilidade das sentenças arbitrais. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 10, out./dez. 2010.

PARENTE, Eduardo. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.



PINTO, José Emilio Nunes. Anotações práticas sobre a produção de prova na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 25, jan./mar. 2010.

POMATA, Marta Gisbert. *El contrato arbitral*. Navarra: Editorial Aranzandi, 2015.

ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC? *Jota*, 7 nov. 2016. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016>>. Acesso em: 10 maio 2021.

SOARES, Guido F. Silva. *Concessões de exploração de petróleo e arbitragens internacionais*. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

TALAMINI, Eduardo. O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15. *Boletim Migalhas*, 23 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,310470+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+-CPC15>>. Acesso em: 16 set. 2017.

• • •

Sobre a autora

SELMA FERREIRA LEMES: Advogada, Mestre e Doutora pela Universidade de São Paulo (USP). Integrou a comissão redatora da Lei de Arbitragem. Foi membro brasileiro na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI). Professora de Arbitragem.

* Este artigo representa palestra proferida sobre o tema “O árbitro está vinculado aos precedentes judiciais? Em caso de descumprimento, qual seria a consequência jurídica?”, no V Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCIVIL. Direito Civil, Constituição e Unidade Sistemática, OAB/PR, Curitiba, 21 set. 2017.