

CONVERSA SOBRE PROCESSO:
A ARBITRAGEM É UMA ILHA NO UNIVERSO JURÍDICO BRASILEIRO?
APLICAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

José Roberto de Albuquerque Sampaio
Advogado. Mestre em Direito Processual
Pela UERJ. Professor de Pós-Graduação da
FGV (*Law Program*)

1. Introdução

A arbitragem, passados 23 anos da edição da Lei 9.307 de 23.9.1996, se transformou, hoje, em uma alternativa de resolução de conflitos bastante difundida. Está, em bases sólidas, enraizada no cenário jurídico nacional. O ceticismo que pairava sobre o futuro da arbitragem no Brasil, à época da promulgação da lei da arbitragem, pouco a pouco foi se dissipando, notadamente a partir do momento em que o STF, no julgamento do SE 5206-7, definiu a constitucionalidade das disposições do diploma arbitral.

Podemos afirmar que a arbitragem, de um menino raquítico transmutou-se em um homem corpulento, ou mesmo, para alguns, que a idolatram, uma entidade divina, acima das leis dos homens. Para esses, a arbitragem seria quase como uma religião, a que deveríamos respeito incondicional e submissão absoluta. Essa verdadeira idolatria arbitral, contudo, tem gerado, s.m.j., excessos e, por conseguinte, perplexidade.

É cada vez mais frequente, no meio jurídico, ouvir-se comentários acerca de decisões arbitrais proferidas por equidade, de forma velada, sem prévia autorização das partes, como exige o art. 2º da Lei 9.307/96¹, de acordo com senso próprio de justiça do árbitro. Há árbitros que decidem como querem, sem levar em conta a jurisprudência e até mesmo a lei.

Leonardo Greco, Ana Tereza Basilio entre outros, em textos, palestras ou mesmo conversas²³, têm relatado episódios. Árbitros, muitos deles profissionais extremamente qualificados, têm proferido julgados, aqui e ali, desapegados do ordenamento jurídico vigente e da jurisprudência dos Tribunais, causando surpresa à parte e aos seus advogados – o que não nos parece desejável, já que uma justiça de qualidade é, acima de tudo, uma justiça previsível⁴. Há advogados, representantes de grandes bancas de advocacia, que já nos

¹ A lei 9.307/96, em seu artigo 2º, disciplina: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”.

² Vide conversasobreprocesso.com, conversa 7, “Impugnação à sentença arbitral”.

³ Também me incluo entre aqueles que vivenciaram esta experiência.

⁴ A previsibilidade das decisões, que põem fim a litígios, é recomendável por pelo menos dois motivos: em regra, prestigiam a isonomia, na medida em que não inovam, não geram situações especiais de exceção ao ordenamento jurídico vigente e, de outro lado, previnem contendas, já que antevisão de

confidenciaram estar sugerindo a seus clientes não incluir cláusula arbitral ou mesmo excluir de contratos por eles examinados.

A nosso ver, a raiz do problema está no entendimento de muitos juristas e árbitros no sentido de que o árbitro, ao decidir a causa, não está necessariamente vinculado ao ordenamento jurídico, ainda que inexista autorização para julgamento por equidade. Carlos Alberto Carmona, jurista renomado, um dos autores do anteprojeto, que deu origem a lei da arbitragem, no Brasil, defende a autonomia quase absoluta do procedimento arbitral, no universo jurídico. Em debate realizado na OAB/RJ⁵, afirmou, em resumo, que o árbitro não estaria obrigado a seguir, como dever insuperável, o ordenamento vigente (especialmente o processual) ou a jurisprudência, ainda que vinculante. Disse que, em um sistema multiportas, como o brasileiro, que dá aos litigantes a alternativa de buscar a justiça comum ou a arbitragem, para solução de conflitos, aquele que opta pela justiça comum, segundo sua ótica, quer segurança jurídica e um processo garantístico, com todos os bônus e ônus daí decorrentes, enquanto, aquele outro que escolhe a arbitragem, quer uma “justiça de qualidade”, materializada em uma decisão proferida por um árbitro por ele escolhido, assumindo o risco de uma composição de litígio aleatória, de acordo com as convicções pessoais deste árbitro, sem que haja remédio legal apto a corrigir eventual ilegalidade de uma sentença arbitral, nestas circunstâncias.

Neste cenário, a questão que se põe, e cada vez mais ganha relevo é: pode o árbitro julgar, os casos a ele submetidos, conforme lhe aprouver, sem os limites impostos pela lei adjetiva ou, quiçá, substantiva? E, indo mais adiante, julgando o árbitro em desconformidade com o ordenamento jurídico, de acordo com seu próprio senso de justiça, há remédio legal para reparar tal ilegalidade?

A nosso ver, s.m.j., a resposta à primeira pergunta é mais fácil e intuitiva: o árbitro não pode julgar à margem da lei, se não for autorizado pelas partes, a julgar por equidade, nos termos do art. 2º da Lei 9.307/96.

Já a resposta à segunda questão nos parece mais tormentosa. A doutrina se divide acerca do tema. Embora todos, em alguma medida, concordem que a revisão da decisão arbitral somente caberia em estritas situações, explícita ou implicitamente previstas na Lei 9.307/96⁶, há divergência sobre a extensão da interpretação destas normas que autorizam a revisão. Há quem restrinja, ao extremo, os casos em que a decisão arbitral pode ser desconstituída, somente a admitindo, quando houver regra expressa e explícita, na lei de arbitragem. Já outros admitem uma leitura mais elásticas destas disposições, de modo a permitir a anulação da sentença arbitral, em hipótese não expressa e explicitamente contemplada, *v.g.*, nos casos em que a sentença arbitral ofenda à ordem pública.

Esse texto pretende contribuir para o enriquecimento do debate acerca deste tema tão atual, quanto polêmico. Em nossa sétima conversa sobre processo, conversamos com o Prof. Leonardo Greco sobre este assunto. Pudemos debater e refletir acerca destas

qual será o resultado final do processo, pode servir de estímulo, para o cumprimento espontânea de obrigações ou mesmo para uma composição amigável.

⁵ Vide YouTube, “Precedentes em Arbitragem”; debate entre Carlos Alberto Carmona e Leonardo Greco.

⁶ Vide arts. 21, parágrafo 2º e art. 32 da Lei 9.307/96

questões tão relevantes. Preocupa-nos o *status* quase divino que respeitados juristas têm dado à arbitragem, o que representa um incentivo enorme ao justiciamento⁷, ao meu ver, nocivo ao sistema judicial e, ao desenvolvimento econômico.

2. Os limites legais, impostos às partes, na escolha do sistema jurídico a ser adotado na arbitragem.

Como sabido, a arbitragem, nos termos do art. 2º da Lei 9.307/96, pode ser “de direito ou de equidade, a critério das partes”. A arbitragem de direito é aquela que submete as partes a um determinado sistema legal, por elas escolhido. A arbitragem de equidade, por sua vez, é aquela que faculta ao árbitro decidir de acordo com o seu senso próprio de justiça, permitido o afastamento da incidência da lei aplicável, a critério do julgador.

Leonardo Greco⁸, sobre a arbitragem de direito, afirma que as partes podem escolher o sistema jurídico a que esta irá se subordinar, nos termos do parágrafo 1º do art. 2º do diploma arbitral. Eleito o sistema jurídico, entretanto, este se aplica por inteiro. Não podem as partes querer que seu litígio seja resolvido por um sistema jurídico que mescle regras de diferentes ordenamentos legais, de diferentes países ou estados. Nem, muito menos, excluir a incidência de determinados dispositivos legais que não lhes pareçam justos ou adequados, integrantes do sistema jurídico escolhido. A lei arbitral autoriza a escolha do sistema jurídico, o que pressupõe sua existência anterior e sua aplicação integral, e não a criação de um novo, apenas para dirimir uma lide.

A nós nos parece, que a limitação à opção da legislação, a ser adotada por inteiro, na arbitragem, justifica-se à vista da reserva legal para legislar, conferida pela Constituição Federal ao Congresso Nacional, nos termos do art. 48 e seguintes da lei maior. Para que fosse possível às partes criar ou moldar, ao seu gosto, o conjunto de leis que irá reger o seu litígio, far-se-ia necessário que houvesse previsão constitucional que excepcionasse a regra geral que norteia o processo legislativo. E normas não há, neste diapasão. Inexiste na CF disposição que faculte aos jurisdicionados criarem sistema jurídico novo, próprio, para dirimir controvérsias, em caso de litígio.

E salva a regra, que faculta às partes a escolha do julgamento por equidade, no caso da lei arbitral, e três outras hipóteses, que não interessam a este texto⁹, não há na lei exceção a sua plena eficácia, enquanto vigente. Muito ao contrário. O art. 6º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro é categórico ao expressar que “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral (...)”.

⁷ Entendemos por justiciamento, aquele julgamento que se dá segundo o senso de justiça próprio, individual do magistrado, segundo as convicções pessoais, nem sempre ou quase nunca, subordinada ao ordenamento jurídico. Consideramos o justiciamento primo irmão do voluntarismo jurídico, muito em voga hoje na justiça brasileira.

⁸ Vide Greco, Leonardo, em “Temas Controvertidos na Arbitragem à Luz do Código de Processo Civil de 2015”; Volume 1; G/Z Editora; 2018; p 3.

⁹ Há três outras exceções a aplicação da lei vigente, ressalvadas pelo mesmo art. 6º da LIDB, em respeito ao art. 5º, XXXVI da CF, além do julgamento por equidade: o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Deste modo, quando o art. 2º, parágrafo 1º da Lei 9.307/96 expressa que “Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”, não quer dizer, s.m.j., que seja facultado às partes fazer um *pot-pourri* legislativo, misturando, v.g., a lei brasileira com a francesa ou americana ou apenas os dispositivos legais que lhes pareçam melhores, dentro de um ordenamento jurídico. Se as partes escolheram a lei brasileira, esta deve ser integralmente aplicada, de modo a manter o equilíbrio de justiça próprio de cada sistema legal.

Caso a convenção ou a sentença arbitral desobedeçam a esta regra, a meu ver de ordem pública, como será melhor explicitado abaixo, dada sua natureza cogente, serão nulas de pleno direito¹⁰.

3. A natureza jurídica da função do árbitro.

Muito se discute acerca da natureza jurídica da função arbitral. Há aqueles que defendem sua natureza contratual ou privatista. Outros, dentre os quais Pedro Batista Martins e Humberto Theodoro Junior, sua matiz jurisdicional.

O principal argumento, daqueles que defendem a natureza jurisdicional da atividade arbitral, com os quais nos alinhamos, se baseia na equiparação de *status*, dada pela lei processual (art. 515, VII do CPC), do laudo arbitral à sentença judicial, ambos considerados títulos judiciais.

Neste quadro legislativo, não há como se conceber que o árbitro não exerça a função jurisdicional. Somente o exercício da jurisdição poderia gerar um título, com a força de uma decisão judicial. Se fosse a natureza da função arbitral privatista, o laudo arbitral poderia, no limite, ter força contratual, ideia que não se alinha com o sistema processual brasileiro que, como acima explicitamos, lhe dá o *status* de título executivo judicial.

Mesmo porque, ao dirimir o conflito, submetido à arbitragem, o árbitro pratica verdadeira atividade substitutiva, característica do exercício típico da jurisdição. Vale lembrar, a propósito, a clássica lição de Chiovenda que definia a jurisdição como sendo a “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos”.

Por fim, mas não menos importante, não se pode olvidar que a própria lei arbitral, em seu art. 18, afirma que “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”. No mesmo sentido o art. 17 ao estabelecer que “Os árbitros, quando no exercício de suas funções, ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal”.

Deste modo, ao assumir seu encargo, o árbitro se investe na função jurisdicional, ainda que seja um agente privado, exercendo a função, da mesma forma que qualquer

¹⁰ Vide Greco, Leonardo, em “Temas Controvertidos na Arbitragem à Luz do Código de Processo Civil de 2015”; Volume 1; G/Z Editora; 2018; p 3.

magistrado e, por conseguinte, sujeitando-se às regras que impõem limites a atuação dos juízes, de uma maneira geral, salvo disposição especial, prevista no diploma arbitral¹¹.

4. Os limites da atuação do árbitro.

Em um sistema multiportas, como lembrado por Carlos Alberto Carmona, as partes podem escolher entre bater as portas da justiça comum ou procurar um meio alternativo de solução de conflito, como, por exemplo, a arbitragem. Eleita a arbitragem, caberá as partes mais uma escolha, no que interessa a este texto: arbitragem de direito ou por equidade.

Feita a opção pela arbitragem de direito, a partir daí, com todo respeito a opiniões em contrário, não poderá a parte, nem muito menos o árbitro, deixar de se submeter ou de aplicar, respectivamente, o sistema jurídico de regência. Pensar de outro modo é tornar a arbitragem de direito, uma forma velada de arbitragem por equidade. É fazer letra morta a norma que dá a parte o direito de optar entre a arbitragem de direito e equidade já que, sem amarras e limites impostos pelo ordenamento jurídico escolhido, a atuação do árbitro, em uma arbitragem de direito, não seria diferente da arbitragem por equidade.

Pois bem, se a parte faz a opção de submeter seu litígio a uma arbitragem de direito, passe o truísmo, o sistema jurídico eleito deve guiar o procedimento e dar suporte a decisão que põe fim a controvérsia, não o senso de justiça, por melhor que seja, do árbitro. Se as partes desejassem que o árbitro decidisse de acordo com seu bom senso e convicções pessoais, teriam escolhido a arbitragem por equidade.

A aparência acaciana destas afirmações, que ao meu sentir, soam óbvias, se desfaz ao se confrontar com a realidade da arbitragem no Brasil. O que se tem visto, rotineiramente, no cotidiano arbitral, são decisões baseadas mais no senso de justiça dos árbitros do que no direito que rege a *quaestio iuris* submetida ao procedimento de arbitragem, o que tem transformado, em alguns casos, a arbitragem de direito em arbitragem de equidade velada.

Estamos pontuando, aqui, em verdade, nossa preocupação, que não é individual, com a higidez do sistema de justiça nacional, do qual fazem parte os Tribunais arbitrais. Um judiciário saudável é um judiciário previsível, que garanta não somente a justiça das suas decisões, mas também sua uniformidade, em respeito, notadamente, ao princípio cardinal, de ordem constitucional, da isonomia.

¹¹ José Rogério Cruz e Tucci, em artigo publicado em conjur.com.br, em 1º de novembro de 2016, afirmou: "A sentença arbitral, no atual sistema processual brasileiro, equipara-se em tudo ao pronunciamento decisório estatal que resolve o litígio, sendo inclusive classificado como título executivo judicial (artigo 515, inciso VII, do CPC). O árbitro, a seu turno, a teor do artigo 18 da Lei de Arbitragem, é juiz de fato e de direito. Diante de tais premissas, escolhido de comum acordo pelas partes o Direito brasileiro para reger determinada arbitragem, tal ordenamento jurídico, em todas as suas dimensões, deverá então servir de norte para fundamentar a futura sentença que colocará termo ao respectivo processo arbitral. Em outras palavras, o tribunal arbitral, para dirimir a controvérsia submetida à sua apreciação, tem o dever inafastável de julgar em consonância com o arcabouço de normas, regras e outras formas de expressão do direito que integram o Direito Positivo brasileiro."

Com efeito, sendo a arbitragem uma atividade típica da jurisdição, o árbitro não pode se esquivar da aplicação do sistema jurídico eleito pelas partes, sob pena de causar surpresa ao jurisdicionado e dar tratamento desigual e privilegiado a uma parte em detrimento ao direito da outra, sob a perspectiva metaindividual. Daí, sua atuação, seja na condução do processo, seja ao dirimir a controvérsia a ele submetida, dever se pautar pelas regras de procedimento (regulamento arbitral e, no que couber, o CPC) e pelas normas integrantes do sistema jurídico eleito, de modo a garantir uma solução não apenas justa, como isonômica.

As regras, que regem o procedimento, são aqueles definidas pelas partes, na convenção de arbitragem, que pode se remeter às regras de uma entidade arbitral, nos termos do 21 da Lei 9.307/96. Quando for omissa a convenção arbitral, caberá ao árbitro ou Tribunal arbitral definir o procedimento (art. 21, parágrafo 1º, da Lei da arbitragem).

A questão que exsurge, no caso de omissão, é: pode o árbitro definir, com amplitude e de forma irrestrita, as regras do procedimento arbitral não previstas no regulamento ou na convenção de arbitragem?

Para nós, a resposta a esta indagação é negativa. A exemplo do que ocorre com o negócio jurídico processual, conforme previsto no art. 190 do CPC¹², a liberdade conferida pela lei às partes e ao árbitro, para regular o procedimento, tem limites. Vejamos o que afirmamos em texto sobre o tema¹³: “Os limites do negócio jurídico processual esbarram nestas fronteiras. Em suma, tudo aquilo que os contratantes/partes puderem renunciar unilateralmente ou mediante a concordância, uma da outra, em se cuidando de seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, poderá ser negociado.”

Destarte, parece-nos equivocada a compreensão de que as regras de processo não seriam aplicáveis, *tout court*, subsidiariamente ao procedimento arbitral. A matéria, contudo, é polêmica. Para muitos, a ausência de remissão, na lei arbitral, à incidência subsidiária, como regra geral, do CPC, significaria que o código de ritos não seria aplicável ao procedimento arbitral, salvo disposição expressa e específica em sentido contrária (v.g. art. 14 da Lei 9.307/96, que define as hipóteses de impedimento do árbitro).

Não discordamos daqueles que defendem a simplificação do processo¹⁴. Simplificar não é, todavia, radicalizar ao ponto de eliminar, excluir a incidência de todas as

¹² Dispõe o art. 190 do CPC: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

¹³ Conversa sobre Processo: O Negócio Processual é o Enigma da Esfinge Moderno. Vide conversasobreprocesso.com

¹⁴ Sampaio, José Roberto de Albuquerque, “A Simplificação do Processo”, editora Espaço Jurídico.

regras processuais, fruto da evolução do pensamento jurídico ao longo de décadas, séculos, em um estalo de dedos. Em uma canetada.

Lembramos, aqueles que acham que o regulamento arbitral é suficiente, da experiência francesa, pós revolução, em 3 de brumário do ano II (24 de outubro de 1793), quando foi extinta a figura do advogado e regulado, todo o processo civil, em apenas 16 artigos¹⁵. Não demorou muito, dado o fracasso do novo sistema de justiça, que criou um verdadeiro caos na justiça francesa, os advogados voltaram a cumprir seu papel e as ordenações de Luís XIV, sobre processo, foram reestabelecidas.

Há normas processuais, que resguardam interesses que transcendem os direitos do indivíduo, cuja incidência não pode ser afastada pela vontade das partes ou do árbitro. Estas normas servem à ordem e paz social. Existem, também, garantias constitucionais, não mencionadas no parágrafo 2º do art. 21 da Lei de arbitragem, que não podem deixar de ser observadas, como, *v.g.*, o dever de fundamentar as decisões, o respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e a coisa julgada.

Imaginemos, a propósito, o seguinte exemplo: as partes já litigaram, tendo sido solucionada a contenda em uma arbitragem anterior ou mesmo em um processo judicial antecedente. Proposta nova arbitragem, entre as mesmas partes, com o mesmo objeto, sendo o regulamento arbitral omissivo sobre o tema (como são, de uma maneira geral os regulamentos arbitrais neste tema), qual regra seria aplicável para definir coisa julgada, de modo a permitir ao árbitro decidir se há ou não, neste caso, repetição de demanda? O árbitro, nos termos do art. 21, parágrafo 1º, da lei arbitral, poderá decidir livremente qual regra aplicar? Inventar, tirar de sua cabeça sua definição de coisa julgada, seus pressupostos e efeitos? S.m.j., à evidência, nesta hipótese, inequívoca a incidência subsidiária do CPC no procedimento arbitral.

E poderíamos ir mais além! Poderia o regulamento arbitral definir e regular coisa julgada, matéria de ordem pública, de modo particular, para o caso submetido à arbitragem? *D.v.*, entendemos que não, mas não iremos nos estender neste tema, nesta sede, para não fugirmos ao ponto.

Ora, se não se pode afastar a aplicação do CPC, subsidiariamente, nesta hipótese, por que não seria aplicável o CPC em situações similares? A nós nos parece não haver motivo a justificar o afastamento das regras do processo em tais circunstâncias. E é exatamente esta a conjuntura legal que permeia o cognominado sistema de precedentes.

Com a promulgação do Código de Processo Civil, em 2015, que deu ênfase e reforçou o sistema de precedentes, no direito brasileiro, aproximando nosso sistema jurídico, de matiz europeia (*civil law*) ao sistema anglo-saxão (*common law*), tornou-se inexorável, a nosso ver, o dever do magistrado ou qualquer um a ele equiparado, como, *p.e.*, o árbitro, de aplicar, no julgamento da causa, o precedente formado na forma da lei processual.

¹⁵ Sampaio, José Roberto de Albuquerque, “A Simplificação do Processo”, editora Espaço Jurídico, p. 63/64.

Muitos juristas e árbitros, contudo, têm defendido a tese de que o sistema de precedentes, que integra, inegavelmente, nosso ordenamento jurídico, não vincularia o juiz¹⁶, nem muito menos, o árbitro.

Aqueles que afirmam que o sistema de precedentes não seria de observância obrigatória, para o juiz, entendem que as regras introduzidas pela nova ordem processual seriam inconstitucionais, já que violariam princípios constitucionais que assegurariam ao magistrado ampla liberdade de julgar. Para estes, salvo previsão expressa na CF, que faça exceção, como p.e., a que autoriza a edição de súmula vinculante, não poderia a lei adjetiva limitar a atuação do juiz. Quanto ao árbitro, além deste argumento, alega-se a não incidência das regras do CPC, *tout court*, ao procedimento arbitral.

A nosso sentir, o sistema de precedentes, tendo ou não raiz constitucional, vincula tanto o juiz, como o árbitro. Embora haja previsão constitucional que proteja o livre arbítrio do juiz, há, de outro lado, regras que consagram o princípio da isonomia como um norte a ser seguido, na busca por um estado democrático justo e equilibrado. O sistema de precedentes, é, para nós, um instrumento eficaz para tornar efetivo o princípio da isonomia. Não retira, propriamente, a liberdade do juiz de julgar, apenas cria balizas. Não se pode olvidar que o magistrado não é o dono da jurisdição, podendo exercê-la como bem entender. O sistema de precedentes apenas impõe limites razoáveis a atuação do juiz, sem que exista qualquer inconstitucionalidade.

5. A incidência do sistema de precedentes no procedimento arbitral

Antes mesmo da edição do novo diploma processual, em 2015, já se discutia a obrigatoriedade da aplicação do precedente em arbitragem. O entendimento majoritário era no sentido de que a jurisprudência não seria vinculante ao arbitro.

Sempre discordamos deste entendimento, conforme acima explicitado. E acrescentaríamos mais um argumento, nesta direção. A meu ver, havendo regra que determine a aplicação obrigatória do precedente, como, p.e., o art 103 A da CF, que tornou o comando contido nas súmulas, com base nele editadas, vinculantes, não há como fugir a esta regra. Esse dispositivo constitucional, de incidência universal, é categórico ao expressar que “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

Ora, se o árbitro é equiparado ao juiz, a nós nos parece que os comandos sumulares devem subordinar seu arbítrio. O mesmo ocorre com relação às decisões definitivas, proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, nos termos do art.

¹⁶ Vide conversasobreprocesso.com; Impugnação à sentença arbitral, Prof. Leonardo Greco.

102, parágrafo 2º da CF¹⁷. Outros exemplos, no mesmo diapasão: o enunciado fixado, em sede de repercussão geral e as decisões proferidas em sede de recurso repetitivo.

S.m.j., se não há inconstitucionalidade, nas regras que compõem o sistema de recursos repetitivos; se o CPC, naquilo que as partes e o árbitro não podem deliberar, no tocante ao procedimento arbitral, é aplicável subsidiariamente, s.m.j., não há como se afastar a incidência do sistema de presentes ao processo arbitral.

6. O controle da legalidade da decisão arbitral que deixa de aplicar precedente vinculante.

O árbitro, contudo, ao julgar caso, com a mesma conjuntura fática, resolve a contenda de modo oposto aquele que foi pacificado, de acordo com as regras que integram o sistema de precedentes, pelo STJ ou STF.

Nada a fazer? A parte prejudicada por uma decisão arbitral, contrária a uma súmula vinculante ou a tese fixada em recurso repetitivo ou repercussão geral, não dispõe de recurso ou remédio legal?

Para nós, se o árbitro julgar caso, que se identifique com precedente formado pelos Tribunais Superiores, com efeito vinculante, estará julgando segundo seu senso de justiça pessoal, ou seja, por equidade, deixando de aplicar o sistema jurídico eleito pelas partes para reger a arbitragem. Se a arbitragem é de direito, não pode o árbitro julgar segundo seu livre alvedrio, sob pena de violar a convenção arbitral, o que poderá ensejar a anulação da sentença arbitral, nos termos do art. 32, IV, da Lei da Arbitragem.

Aqui cabe uma ressalva. Duas situações diversas que podem surgir, ao se enfrentar uma demanda anulatório desta natureza. Uma, em que o árbitro, assumidamente, afasta o precedente vinculante, seja por achá-lo injusto, seja por entender que o sistema de precedentes não é aplicável ao procedimento arbitral. Outra, em que o árbitro afirma, em sua decisão, equivocadamente, que o precedente vinculante não se identifica com o caso a ser apreciado.

No primeiro caso, a nosso ver, a nulidade da decisão arbitral seria inegável. Ao afastar o precedente vinculante, por entendê-lo injusto, em se tratando de arbitragem de direito, o árbitro estará julgando veladamente, por equidade, o que estará, nestas circunstâncias, em desacordo com a convenção arbitral. O mesmo dar-se-á quando o árbitro, em arbitragem em que foi escolhida a lei brasileira, para regê-la, justificar a não aplicação do precedente vinculante, por considerar o sistema de precedentes inaplicável ao procedimento arbitral. Neste contexto, o árbitro estará afastando a aplicação de regra legal vigente, integrante do sistema jurídico eleito pelas partes, o que, de igual modo, violaria o pacto arbitral. Em ambas as hipóteses, a nulidade da sentença arbitral, para nós, é manifesta.

¹⁷ Dispõe o art. 102, parágrafo 2º da CF: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

No segundo caso, entretanto, não vemos como se cogitar em violação à convenção de arbitragem. Nesta conjuntura, não há, propriamente, o descumprimento da convenção arbitral. O que há é um equívoco do árbitro, caso em que, no sistema arbitral brasileiro, inexistente remédio legal apto a corrigi-lo.

No direito brasileiro, por opção legislativa, não se admite a anulação da sentença arbitral quando o árbitro aplica mal o direito ou interpreta os fatos de uma forma equivocada. Ainda que o engano do árbitro seja grosseiro. Não há previsão legal, como, p.e., no direito norte-americano¹⁸ de invalidação da decisão arbitral pelo cognominado *manifest disregard of the law*

Mesmo aqueles que entendem que as regras restritas, que permitem combater decisão arbitral, devem ter uma leitura mais elásticas, não chegam ao ponto de considerar a possibilidade de apresentação de outros meios de impugnação às decisões emanadas de órgão jurisdicionais, como, p.e., a reclamação.

Ainda mais porquanto, como acima explicitamos, a aplicação subsidiária e compulsória, das regras do processo, somente se dará quando se tratar de norma que não

¹⁸ “O caso *Wilko v. Swan*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1953, notabilizou-se como o mais importante precedente sobre o *manifest disregard of the law* (expressão que pode ser traduzida para a língua portuguesa como “manifesta desconsideração do direito [aplicável]”). Foi a partir deste caso que alguns tribunais estaduais norte-americanos passaram a admitir fundamentos não elencados na legislação dos EUA para conceder a anulação de sentenças arbitrais domésticas. Na verdade, o caso consiste em nada mais do que uma ação indenizatória ajuizada por um cliente em face de uma corretora de valores mobiliários com fulcro no art. 12 (a)(2) da *Securities Act of 1933*. Em *Wilko*, a Suprema Corte entendeu que uma questão acerca de valores mobiliários envolvendo uma corretora e seu cliente somente poderia ser discutida perante o Poder Judiciário, por conta do art. 14 da lei acima mencionada, e anulou a cláusula compromissória que havia sido pactuada entre as partes. Em 1987, porém, ao julgar o caso *Shearson/Am. Exp. v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987), a própria Suprema Corte começou a destoar do entendimento por ela esposado em *Wilko*, ao afirmar que não via problema em uma cláusula compromissória celebrada entre uma corretora de valores e seu cliente, cláusula esta que não violaria o art. 29 (a) da *Securities Exchange Act of 1934* e que, portanto, não seria nula segundo o direito norte-americano.

Em 1989, foi submetido à apreciação da Suprema Corte o caso *Rodriguez de Quijas v. Shearson/ Am. Exp.*, em que se discutia a validade de uma cláusula compromissória pactuada entre um cliente e uma corretora de valores mobiliários com base no mesmo art. 14 da *Securities Act of 1933*, examinado pela Suprema Corte em *Wilko v. Swan*. A Suprema Corte entendeu que, em face de sua própria conclusão em *McMahon*, não fazia mais sentido manter o entendimento esposado em *Wilko*, já que a redação dos arts. 29 (a) da Lei de 1934 e 14 da Lei de 1933 é praticamente idêntica.

Entretanto, o que torna *Wilko v. Swan* tão célebre não é o resultado ou a íntegra do caso em si, mas apenas um *dictum* em que a Suprema Corte parece sugerir que os laudos arbitrais podem ser afastados pelo fundamento não legislativo do *manifest disregard of the law*.

(...)

Foi com base nesta assertiva, um tanto oblíqua, ambígua e indireta da lavra da Suprema Corte, que muitos tribunais estaduais norte-americanos acreditam ter encontrado os alicerces de uma gama de *non-statutory grounds* para a impugnação da sentença arbitral, todos reunidos sob a epígrafe do *manifest disregard of the law*. Apesar da mudança de entendimento da Suprema Corte quanto à substância do caso *Wilko* (a saber, a questão da validade da cláusula compromissória pactuada entre uma corretora de valores e seu cliente), o *dictum* sobre o *manifest disregard of the law* parece continuar vivo e prossegue causando polêmica, mesmo tendo sido proferido pela Suprema Corte dos EUA há cinquenta e oito anos. (FABIANE VERÇOSA, Revista Brasileira de Arbitragem, 28ª edição, Síntese, 2011, p. 205-207)

esteja no âmbito dos direitos individuais das partes e seja indisponível, o que, à evidência, não é o caso dos meios de impugnação às decisões judiciais.

7. Conclusão.

Permitir ao árbitro, em uma arbitragem de direito, decidir de forma livre, matéria já pacificada no âmbito do sistema de precedentes, é criar, no direito brasileira, uma ilha, no oceano legal, lugar onde o império da lei nacional não prevalece. É criar um privilégio injustificável, em desrespeito à isonomia e à segurança jurídica.

Para nós, a arbitragem, no Brasil, não é uma ilha no ordenamento jurídico nacional. O árbitro está subordinado à convenção arbitral e deve a ela obediência. Se as partes, no pacto arbitral, ajustam que a arbitragem é de direito e deve ser regida pela lei brasileira, o árbitro deve julgar segundo a lei nacional. E o sistema de precedentes, regulado por normas esparsas na Constituição Federal, no CPC e em leis especiais (que disciplinam as ações de controle concentrado de constitucionalidade) integram, inquestionavelmente, o ordenamento legal.

O árbitro, nesta conjuntura, como acima explicitado, está obrigado a aplicar o precedente vinculante, sob pena de violar o pacto arbitral, ensejando a propositura da demanda, prevista no art. 32, IV da Lei de Arbitragem.