

OS PRECEDENTES DECORRENTES DE REPERCUSSÃO GERAL E RECURSOS REPETITIVOS NA SOLUÇÃO ARBITRAL DOS CONFLITOS

Data de aceite: 02/05/2023

Mariana Nunes Ferreira
(IC)

Luiz Antônio Scavone Junior
(orientador)

RESUMO: Este artigo se propõe avaliar como os árbitros devem atuar em face dos precedentes decorrentes de repercussão geral e recursos repetitivos, uma vez que possuem força vinculante constitucionalmente no poder judiciário. Para tanto, inicialmente será realizado um panorama histórico dos sistemas jurídicos e conceitos elementares. Na sequência, será exposto os fundamentos dos doutrinários que defendem a vinculação dos precedentes advindos de repercussão geral e recurso repetitivo na solução arbitral, bem como a posição dos doutrinadores que defendem a inexistência de vinculação. Ao final, se demonstrará as hipóteses de impugnação de sentença arbitral e uma breve solução para questão aqui abordada. Ademais, o método utilizado foi, majoritariamente, o de análise bibliográfica. Os objetivos apontados no projeto inicial foram alcançados.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Precedentes. Recursos.

ABSTRACT: This scientific article aims to evaluate how arbitrators should act in the face of precedents arising from general repercussion and repetitive appeals, since they have constitutionally binding force on the judiciary. To this end, initially a historical overview of the legal systems and elementary concepts will be performed. Next, the doctrinal arguments defending the binding nature of precedents stemming from general repercussion and repetitive appeals in the arbitration solution will be presented, as well as the position of those who defend the inexistence of binding nature. Finally, the hypotheses for challenging an arbitration award and a brief solution to the issue addressed here will be presented. Furthermore, the method used was mostly a bibliographical analysis. The goals set out in the initial project were achieved.

KEYWORDS: Arbitration. Precedents. Appeals.

1 | INTRODUÇÃO

O Brasil possui um sistema de controle constitucional ímpar, o qual não se tem em nenhum ordenamento jurídico no mundo. Isto porque aderiu-se uma

mesclagem de dois sistemas, sendo eles: o sistema abstrato, de origem austro-germânico e o sistema difuso, de origem norte-americana, configurando hoje o que é denominado de sistema eclético. Esses sistemas serão esclarecidos no prelúdio do trabalho, de maneira acessória, mas pode-se adiantar que a característica fundamental que esse sistema de controle constitucional brasileiro possui é de que seus precedentes têm força vinculante, no poder judiciário. Assim, de maneira geral, a jurisprudência dos precedentes advindas de sentenças que admitem recursos repetitivos e repercussão geral de recursos extraordinários, possuem força vinculante na justiça estatal, com o intuito, a intenção de uniformizar as decisões dos tribunais e trazer maior celeridade em meio a cultura do litígio que se faz presente no Brasil.

Dessa forma, o presente estudo propõe avaliar como os árbitros devem atuar em face dos precedentes decorrentes de repercussão geral e recursos repetitivos, uma vez que possuem força vinculante no poder judiciário. Embora as decisões dos árbitros não sejam passíveis de recurso e não estejam previstas, claramente, na lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) a possibilidade de anulação de sentença arbitral por descumprimento de precedente jurisprudencial, surge a seguinte indagação que se propõe aclarar: “É possível o árbitro proferir sentença em sentido contrário a esses dois precedentes do poder judiciário?”. Bem como, se intenciona investigar se é aplicável a jurisprudência dominante do poder judiciário oriunda de repercussão geral e de recurso repetitivo nas sentenças arbitrais e se deve ser utilizada como precedente.

Essa análise será estruturada em três pontos: (I) será demonstrado os argumentos dos doutrinadores que defendem a vinculação do precedente estatal na solução arbitral; (II) será demonstrado os argumentos dos doutrinadores que defendem a inexistência do precedente estatal na solução arbitral (III) impugnação de sentença arbitral e possível solução para o problema da presente pesquisa.

2 I DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1 Panorama histórico dos sistemas jurídicos e conceitos elementares

Em primeiro plano, conceituaremos o que são precedentes, estes nada mais são do que decisões qualificadas pela sua relevância diante do poder que possui de guiar a conduta daqueles que se veem em situações semelhantes àquela anterior. (MARIANI, 2018, p.15)

Adiante, é importante ressaltar que há dois tipos de ordenamento jurídico no mundo, o *common law e civil law*, e que, os precedentes nasceram no contexto do primeiro sistema, tendo em vista que o *common law* é caracterizado por ter pouca ou nenhuma codificação das normas jurídicas, o que naturalmente levou a uma maior atenção às decisões proferidas diante dos casos concretos. Esses casos eram julgados consoante aos costumes vigentes,

case by case e, a partir disso, nasceram os precedentes que foram sendo aplicados aos casos futuros, em razão de possuírem a mesma essência jurídica dos litígios passados.

Como visto, no sistema Common law, as regras gerais surgem de um caso específico, onde os magistrados se lastrearam em decisões pretéritas, que continham a mesma essência jurídica. Quanto ao Civil Law, sistema vigente do Brasil, detém a codificação do direito como principal parâmetro para proferir decisões. Nessa senda, os julgadores utilizam-se de um raciocínio dedutivo das leis emanadas pelo poder legislativo. Isso porque há uma impossibilidade de se legislar todas as situações possíveis interessantes ao Direito que advenham. Logo, os juízes passaram a ter maior liberdade na interpretação dos dispositivos de lei.

Na sequência, será definido o que é controle de constitucionalidade, assim como, será demonstrada algumas de suas classificações que, a depender do tipo de sistema, influenciam nos precedentes do ordenamento jurídico.

2.2 Origem do recurso repetitivo e recurso extraordinário

Existem dois tipos de sistemas de controle de constitucionalidade no poder judiciário, sendo eles: controle difuso/aberto e controle concentrado/abstrato. O primeiro é caracterizado por qualquer tribunal, de qualquer instância, poder julgar casos que discutem se há observância da compatibilidade das leis ordinárias com as leis constitucionais. Nesse sistema, a eficácia das decisões só afeta as partes litigantes (*Inter parte*) e teve origem no direito norte-americano. Quanto ao controle abstrato, é o sistema que possui um único tribunal para exercer o controle de constitucionalidade e foi criado por Hans Kelsen, oriundo do direito austro-germânico. Nesse sistema, as decisões proferidas têm efeito sobre todos os outros casos que venham a ser julgados (*erga omnes*).

Com o controle constitucional difuso em ação somado ao ampliado do acesso à justiça, ensejou como consequência um surto de processos, os quais eram tratados de maneira singular. Deste modo, surgiu um contexto de poder judiciário afogado e moroso, que tendo como escopo salvar essa crise numérica de processos do STF foi promulgada a emenda Constitucional 45/2004, referente à Reforma do Judiciário. A repercussão geral em recurso extraordinário também está regulamentada no novo código de processo civil (Lei 13.105/15). Assim, explica o jurista Carvalho Filho (2015, p.43):

Em razão da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal passou a ter competência para selecionar as lides que julgará, focando nas que considera mais importantes no cenário nacional, aquelas que não prescindem de manifestação da Corte Suprema e cujas decisões têm forte impacto no mundo jurídico.

Nos termos do art. 1.035, § 3º, do novo CPC, presume-se a repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: i) for contrário à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; ii) tenha sido proferido em julgamento de casos

repetitivos; ou iii) tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Essa emenda Constitucional e o Código de Processo Civil instituíram a repercussão geral de recurso extraordinário que fez com que toda questão, que não atenda aos critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica de matéria constitucional, não poderá ser julgada pelo STF. Os casos que se enquadram nos requisitos citados anteriormente e são idênticos quanto ao mérito, terão apenas um julgado modelo e os demais admitirão a replicação dessa decisão, a fim de garantir a uniformização de procedimentos de recurso extraordinário.

Nesse mesmo contexto, surge outro dispositivo jurídico, o recurso repetitivo, instituído pela lei 11.672/2008. A seguir o jurista Donizette (2020, p. 1292) o conceitua:

Quando houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, cabe ao presidente ou ao vice-presidente de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados para julgamento pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a depender da matéria veiculada.

Nessa senda, trata-se de um instrumento que seleciona os recursos especiais que possuem o mesmo mérito para que, ao menos dois deles, sejam repassados ao Superior Tribunal de Justiça para serem julgados. A decisão proferida será replicada aos demais que ficaram suspensos enquanto não havia saído a sentença desses recursos escolhidos por amostragem.

A finalidade de tal disposição é, portanto, fazer com que somente um julgado fixe entendimento acerca da tese repetitiva, além de conferir celeridade na tramitação de processos que contenham idêntica controvérsia, buscando assim uma uniformização da jurisprudência em nível estatal nos mais diversos temas e das diferentes instâncias recursais lá existentes.

2.3 Possível vinculação dos precedentes de recurso extraordinário e repetitivo na solução arbitral

Feitas essas considerações, percebe-se que a jurisprudência dos precedentes advindas de sentenças que admitem recursos repetitivos e repercussão geral devem ser seguidas por todos os tribunais estatais com a intenção de uniformizar as decisões e alcançar celeridade em meio à cultura litigiosa exacerbada do Brasil. A partir disso, surge uma discussão acerca desses precedentes que possuem força vinculante no poder judiciário, se são vinculantes ou não nas soluções arbitrais.

Há uma divergência doutrinária em relação a essa resposta. Parte da doutrina defende que o precedente é fonte de direito e deve ser seguido e, em contrapartida, outros afirmam que Arbitragem é um sistema autônomo totalmente independente e que não deve se vincular aos precedentes do judiciário. Iniciaremos pelas premissas a seguir.

2.3.1 Posição doutrinária positiva acerca da vinculação dos precedentes na solução arbitral

Em se tratando do entendimento a favor da eficácia vinculante dos precedentes advindos de recurso extraordinário e recurso repetitivo – posição essa que aqui, já se adianta que, não merece prosperar – é comum sustentar que a possibilidade do árbitro poder proferir decisão contrária aos referidos precedentes estais, configuraria uma violação ao dever constitucional de isonomia, previsto no Art. 5º, caput, da CF. Sendo assim, Bellocchi questiona:

Como tratar diferentemente indivíduos em situações idênticas (aqueles que tiveram seu pleito julgado mediante decisão que originou o precedente e as partes envolvidas no procedimento arbitral em que se deixou de aplicar o precedente, muito embora o caso tratasse da mesma questão jurídica constante do precedente), com pleitos idênticos, sem que haja ofensa ao princípio da isonomia estabelece o caput e inciso I do art. 5º da Constituição Federal? (BELLOCCHI, 2018, P.172)

À vista disso, a vinculação de tais precedentes conferiria uma igualdade a todos perante o direito, gerando maior segurança jurídica com a previsibilidade das decisões.

Ainda, a vinculação dos precedentes de recurso extraordinário e recurso repetitivo advém da tese de que estes são fontes primárias do direito e, com isso, devem ser aplicados no caso concreto. É o que defende Mitidiero:

O precedente, uma vez formado, integra a ordem jurídica como fonte primária do Direito e deve ser levado em consideração no momento de identificação da norma aplicável a determinado caso concreto. Vale dizer: integra o âmbito protegido pela segurança jurídica objetivamente considerada, cognoscibilidade. (MITIDIERO, 2016, p. 99)

Nesse sentido, também afirma Marques (2013, p.97) “Independentemente da tradição jurídica adotada por cada país, não há dúvidas de que o precedente e/ou a jurisprudência constituem, em maior ou menor grau, direta ou indiretamente, fontes do direito.”

Dessarte, a mencionada posição de tais doutrinadores aduz que o precedente se trata de um instrumento que contribui para a formação do direito e, desse modo, integram a origem primária do direito e possuem força normativa, que ajudam a garantir o princípio da isonomia, ou seja, um princípio constitucional de que, segundo essa vertente, a arbitragem também deve se submeter.

Outrossim, argumenta-se que, uma vez escolhida a aplicabilidade do direito brasileiro vigente para a solução da controvérsia arbitral, extrai-se que a intenção das partes é de que o caso seja julgado sob a ótica dos precedentes, estando o árbitro vinculado a estes. É o que defende Rizzo:

O árbitro vincula-se aos precedentes judiciais na medida em que as partes elegem arbitragem de direito e que os precedentes judiciais vinculantes integram o Direito brasileiro. É dizer: não está o árbitro vinculado aos precedentes por conta da (inexistente) aplicação direta de dispositivos do

CPC à arbitragem, mas pela vontade das partes que deram ao árbitro a missão de julgar conforme o direito. (RIZZO, 2017)

Isso porque entende-se que as partes do litígio pactuaram livremente, por meio da convenção arbitral, o direito brasileiro, que configuraria uma violação à autonomia da vontade das partes.

Noutro giro, igualmente argumenta-se que, na hipótese de o árbitro decidir contrariamente ao comando que prevê os precedentes, estaria este violando a ordem pública e, com isso, caberia ação anulatória de sentença. O conceito de ordem pública pode ser entendido como as prescrições de interesse da sociedade coletivamente e que versa sobre matéria inderrogável e inafastável pelas partes.

Nesse caminho, conclui Rosado, ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça:

“o árbitro deve aplicar a Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e o julgamento concentrado de controle da constitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal, o que não fará, se demonstrar sua não incidência; a sentença não pode decidir contra a ordem pública nacional; nos casos acima referidos, caberá ação de anulação da sentença, com base no art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem; o sistema de arbitragem é peculiar e autônomo, mas não está no espaço, e sim inserido no ordenamento jurídico nacional, que deve respeitar naquilo que este tem de indispensável ao interesse público e inderrogável pelas partes”. (ROSADO, p. 26, 2019)

Mesmo que não contenha expressamente essa menção na lei, Dolinger defende que a vigilância ao respeito à ordem pública é “uma questão tão manifesta, tão integrante do sistema jurídico que o legislador não precisa preocupar-se em manifestá-la expressamente. (DOLINGER, 2001, p. 401).

Logo, essa posição doutrinária defende que, os árbitros devem atuar com base nos limites e poderes que lhes foram conferidos quando há menção expressa na convenção arbitral, que o julgamento se dará com base no direito brasileiro, a fim de que resguarde a isonomia entre as partes e a segurança jurídica.

2.3.2 Posição doutrinária acerca da inexistência de vinculação dos precedentes na solução arbitral

No que concerne ao entendimento que se pretende defender nesta pesquisa, qual seja, do árbitro não estar vinculado aos precedentes advindos de recurso repetitivo e repercussão geral, iniciar-se-á pela justificativa e demonstração de que a arbitragem é um sistema autônomo, livre de qualquer vinculação às regras do poder judiciário estatal. Nesse sentido MARQUES afirma:

“Não há vinculação, primeiramente, porque, como se estabeleceu supra, a vinculação que conferiu o legislador constitucional está relacionada às regras e ao rito procedimentais aplicáveis estritamente à esfera judicial. A separação entre os dois sistemas é suficiente para afastar, daqueles que se submetem à arbitragem, qualquer regra ou ferramenta que advenha unicamente do

Para demonstrar a autonomia do procedimento arbitral, é possível utilizar-se da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Este aduz que o direito processual é um subsistema do Direito, sendo este último um tipo de sistema social. Isso porque, o sistema processual cumpre com alguns requisitos que o autor apresenta em sua teoria, como a autorreferência, ou seja, sistemas capazes de estabelecer relações consigo mesmos e diferenciar essas relações das relações com o seu ambiente (1997. p. 44). A partir dessa autorreferência é possível dizer que configura um sistema autônomo. Adiante, Luhmann classifica o sistema como dotado de abertura cognitiva, bem como, fechamento operacional. Segundo Mello, significa dizer que “opera como um sistema ao mesmo tempo ‘fechado normativamente’, o que garante sua manutenção e autorreprodução, ‘aberto cognitivamente’, no sentido de que está em contínua adaptação às exigências do ambiente” (2006, p. 356)

Diante da análise de tais elementos, é possível constatar que o processual arbitral configura um verdadeiro sistema autônomo. É o que menciona MARIANI em sua obra:

“Inicialmente, se observa no processo arbitral um fechamento operacional a ele muito próprio. O que se verifica nesse sistema, por exemplo, a estipulação de um regime próprio aos atos processuais, forma de instituição, corriqueira aplicação de regras da instituição que administrara o processo, e delegação de poderes ao árbitro. A arbitragem produz ela própria instrumentos que a caracterizam de forma muito evidente e isso é facilmente visualizado tanto pela flexibilidade (adaptação) a ela inerente e aplicada em grau muito mais elevado se comparado ao processo estatal, como pela vontade das partes e árbitro na sua criação”. (MARIANI, 2018, P. 83-84)

Portanto, a arbitragem, é um sistema autônomo e admitir isso implica no imediato reconhecimento de que os árbitros não estariam, em qualquer aspecto ou nível, vinculados ao poder estatal, tal como seus precedentes de repercussão geral e recurso repetitivo advindos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente.

Além disso, os instrumentos de repercussão geral e recurso repetitivo, como demonstrado no prelúdio do trabalho, surgiram em um contexto de judiciário afogado, com o intuito de proporcionar maior celeridade aos julgamentos, tornando-os apenas um mero incidente de uniformização de jurisprudência e de direcionamento da fundamentação de decisões no poder estatal. Essa é justamente a colocação de Carmona:

“[a] questão se resume, portanto, a saber se o precedente é, propriamente, uma fonte geral do direito, ou se se trata de ferramenta organizacional do Poder Judiciário, fonte restrita ao processo judicial. O encaminhamento do tema já demonstra que acreditamos que a segunda hipótese é a única acertada. Afinal, a função de criara lei pertence, em nosso ordenamento jurídico, ao Poder Legislativo, com alto grau de participação, é certo, do Poder Executivo. Certamente não pertence ao Poder Judiciário”. (CARMONA, 2019, p. 224)

No que diz respeito à alegação de violação ao princípio da igualdade, como forma de justificar a posição dos árbitros não poderem proferir decisão em sentido contrário aos

precedentes do Art. 927, inciso II, da CF, não merece prosperar. Nesse sentido, Scavone explica:

“A igualdade no processo arbitral significa ‘igualdade de oportunidades’ e não a “igualdade de meios” ou “de armas” do processo civil. Em consonância com o acatado, a igualdade do processo arbitral é bem diversa da igualdade do processo judicial pela presunção de igualdade das partes em razão da manifestação volitiva que empresta gênese ao procedimento e decorre da convenção de arbitragem livre de vícios do consentimento” (SCAVONE, 2008, p.115)

Diante disso, não se estará desrespeitando a igualdade das partes, caso o árbitro entenda não serem aplicáveis os precedentes advindos de repercussão geral ou recurso repetitivo ao litígio em análise, dado que, este estará apenas exercendo o seu livre convencimento, ou seja, estará exercendo a liberdade de apreciação e avaliação do caso para decisão conforme seu entendimento – desde que, de forma motivada, conforme Art. 26 da Lei de Arbitragem n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Assim sendo, menciona FERNANDES:

O princípio do contraditório seria violado se fossem consideradas pelos árbitros apenas as alegações feitas por uma das partes. A igualdade das partes serve, por exemplo, para evitar que na convenção de arbitragem apenas uma das partes tenha de suportar todos os ônus da prova. A imparcialidade servirá para garantir que os árbitros mantenham-se equidistantes das partes e sem interesse no resultado do litígio. O livre convencimento dos árbitros deve acompanhar o dever destes de motivar sua decisão (FERNANDES, 2007, p. 71)

Portanto, verifica-se que a igualdade do processo arbitral é distinta e possui suas particularidades em comparação ao da justiça estatal.

Insta observar ainda que as partes, de maneira consensual, escolheram a jurisdição arbitral para dirimir seu litígio, o que implica que desejam mínima relação com o poder judiciário. Além disso, infere-se também que a escolha pela arbitragem é devido a *expertise* do árbitro em relação à matéria em discussão, o que consequentemente este possa eventualmente divergir do entendimento de um magistrado que possui um conhecimento geral do direito e lida com todos os tipos de causas. Nessa senda, argumenta Beraldo:

“Sem dúvidas, um dos principais motivos para se adotar o processo arbitral é justamente o de se ter um especialista na matéria objeto da controvérsia e que terá mais tempo para dedicar-se àquele processo. Diante dessa realidade incontestável, afirmar que o árbitro está obrigado a seguir os padrões decisórios criados justamente por aquele órgão (que é o Judiciário) que as partes expressamente recusaram é, a meu ver, uma contradição em si mesma”. (BERALDO, 2019, p. 07)

Ante o exposto, nota-se que os precedentes advindos de recurso repetitivo e repercussão geral não possuem efeito vinculante perante o árbitro, tendo em vista que, os entendimentos fixados em ambos os recursos, são formados no âmbito estatal e com base

num diploma (Código de Processo Civil) que apenas nesse sistema encontra aplicação além de serem mecanismos de uniformização de jurisprudência estatal. Dessa maneira, expressam Cremasco e Viana:

O que se faz no âmbito do art. 927 é a criação de um sistema de gestão de casos repetitivos, vale dizer, de objetivação das decisões judiciais. Tem - se, na verdade, a criação de um sistema de precedentes à brasileira, no qual se estabelece muito mais uma técnica de julgamento e, repita-se, de gestão de casos repetitivos, do que qualquer outra coisa”. (CREMASCO, VIANA, 2018, p. 904)

Apesar de não haver obrigatoriedade quanto à aplicação de tais precedentes à solução arbitral, aqui defende-se que os precedentes advindos de repercussão geral e recurso repetitivo possuem efeito persuasivo, de alto grau, nas decisões arbitrais.

Entende-se por precedente persuasivo aquele que convence pela qualidade e relevância de sua fonte, é também chamado de “autoridade secundária”. Assim, a autoridade persuasiva é classificada de duas maneiras, sendo elas (i) Autoridade secundária, que significa uma autoridade interpretativa, que expressa um entendimento sobre os efeitos legais de uma fonte primária e (ii) Autoridade secundária em sentido estrito, que possui efeito persuasivo devido à qualidade e fundamentações advindas da fonte, diante do caso concreto que se assemelha ao precedente.

Em se tratando dos precedentes em recurso repetitivo e repercussão geral, é evidente que possuirão maior grau de persuasão, por serem decisões exaradas do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Ou seja, será muito eloquente ao árbitro levar em consideração o referido precedente a constituir mais um dos argumentos considerados no raciocínio para julgamento da lide.

Ainda que em diferentes graus e maneiras, onde houver precedente, é provável que ele influencie na conduta das partes, tanto antes do surgimento dos litígios quanto durante, na construção da argumentação por parte dos advogados e o momento de proferir decisões, por parte do julgador. Quando se entende contrariamente ao precedente invocado pelas partes, isso gera ao árbitro um maior ônus argumentativo, impondo-lhe superar as razões ali expostas, ou afastar a pertinência do julgado para o caso concreto.

Repisa-se que, ambos os instrumentos de uniformização – recurso repetitivo e repercussão geral - são criados no âmbito estatal e com base no Código de Processo Civil, que evidentemente não é aplicável ao procedimento arbitral, logo, só produz efeitos dentro do poder judiciário.

Portanto, mesmo que não haja obrigatoriedade quanto à utilização dos precedentes estatais, há uma grande persuasão quanto à sua aplicabilidade, dado que os sistemas se comunicam/influenciam, conforme entendimento de Luhman, mencionado há pouco.

Assim, consta-se que há uma abertura cognitiva, um diálogo entre os sistemas arbitral e estatal, mas jamais uma subordinação. Caso houvesse essa vinculação do árbitro

aos precedentes, estaríamos diante não de uma saudável influência entre os sistemas jurisdicionais, mas sim uma clara interferência e sujeição.

Dessa forma, a natural persuasão de um sistema autônomo no outro ocorre em razão da natural autoridade que uma decisão pretérita tem.

2.4 Impugnação de sentença arbitral e possível solução para o problema da presente pesquisa

Como cediço, o árbitro é soberano, razão pela qual o mérito da sentença arbitral não é passível de revisão, sob o argumento de que o direito foi erroneamente aplicado. Assim, qualquer ingerência do Poder Judiciário no mérito, compreenderá violação à autonomia privada das partes que outorgaram ao árbitro o direito de julgar com base no seu livre convencimento.

Na lei de Arbitragem, as hipóteses para anulação de sentença arbitral estão expressas no Art. 32, inciso III, que prevê a nulidade da sentença sempre que estiverem ausentes os requisitos obrigatórios do Art. 26 da mesma lei e no inciso IV do Art. 32, que considera nula a sentença que não respeitar os limites da convenção arbitral.

Dessa forma, caso as partes que figuram como requerente e requerida da arbitragem invoquem um precedente judicial como forma de fundamentar seu pedido e o árbitro deixar de apreciar o precedente judicial invocado, este incorrerá *em error in procedendo*, podendo as partes arguirem nulidade com base nos incisos supracitados. Assim, menciona PARENTE “é sempre bom lembrar que o vício de fundamentação apto a ensejar a anulabilidade está atrelado à forma e não ao conteúdo” (2009, p.288)

Tratada a hipótese de a ausência de vinculação dos precedentes violarem os limites da convenção arbitral, passaremos para a hipótese que, igualmente, muito se discute – a eventual influência dos recursos repetitivos e repercussão geral com a violação à ordem pública e possível anulação de sentença arbitral.

Inicialmente, ressalta-se, que o conceito de ordem pública é controverso na doutrina e não há expressamente na lei, mas ordem pública pode ser compreendida como um conjunto de princípios e regras indispensáveis à organização da vida social, dentro de um determinado país e a uma certa época.

Diante disso, surge a indagação de que, se na eventualidade do árbitro entender contrariamente à jurisprudência advinda de repercussão geral e recurso repetitivo estaria contrariando a ordem pública e, com isso, caberia ação anulatória de sentença, com base no art. 2 da lei de arbitragem.

Logo de início é possível constatar que, a resposta para o questionamento acima é negativa, tendo em vista que considerar a inobservância de um precedente estatal como violar a ordem pública, implicaria dizer que há uma subordinação da jurisdição arbitral à estatal.

Na presente pesquisa, defende-se que apenas poderá violar a ordem pública quando

o resultado concreto e o efeito prático da sentença determinar a realização de algo que se considera intolerável com base nos valores fundamentais da presente sociedade. Assim, o desvio do árbitro, por si só, da interpretação julgada correta pelo poder estatal é insuficiente para se considerar ofensa à ordem pública. Nessa perspectiva, GRECO explica: “não há automaticamente violação da ordem pública pela violação de precedentes, porque mesmo entre os considerados vinculantes, pode haver muitos que tratem de matéria plenamente disponível” (2018, p.8).

Mariani exemplifica os efeitos de uma sentença arbitral ferindo a ordem pública, com o seguinte cenário: uma sentença que impõe à parte vencida qualquer tipo de humilhação por inadimplemento, em razão do árbitro ter se inspirado na lei XII de Tábuas, (2018, p.119). Observa-se que existe, nessa sentença, uma violação que ultrapassa o interesse das partes envolvidas e interfere nos valores fundamentais da sociedade e, nessa hipótese, caberia o ajuizamento de uma ação anulatória no poder estatal, com fundamento de violação à ordem pública.

Com isso, não é possível ajuizar uma ação de anulação de sentença arbitral, quando o árbitro divergir da jurisprudência advinda do recurso repetitivo e repercussão geral, dado que o legislador não inseriu essa possibilidade. Nesse sentido Ferreira aduz:

“Concluimos que aceitar a inobservância dos precedentes vinculantes do artigo 927 do Código de Processo Civil enseja a possibilidade de propositura de ação anulatória significa que o intérprete criará uma nova modalidade no rol do artigo 32 da Lei de Arbitragem, quando o Legislador não o fez, mesmo tendo a oportunidade para tanto com a alteração da Lei de Arbitragem, certo que as disposições excepcionais comportam interpretação restritiva” (FERREIRA, 2019, p. 299).

O controle da sentença arbitral apenas poderá ocorrer para verificar se o árbitro aplicou a regra convencionalizada pelas partes do litígio, independente de uma boa ou má aplicação ou se apenas foi ignorada por completo, ou seja, como já mencionado, apenas poderá ser revista do ponto de vista da ausência de fundamentação e nunca do mérito da sentença.

Ademais, muito se argumenta que geraria uma insegurança jurídica em razão de não ser permitida a arguição de nulidade por mérito e, portanto, a parte da arbitragem descontente com a ausência de aplicação do precedente por parte do árbitro não poderia ter sua sentença revista, tendo assim sua expectativa frustrada.

Em vista disso, para evitar essa possível frustração de expectativa quanto à utilização de precedentes obrigatórios no poder judicial à solução arbitral, pode-se recorrer a uma solução que a própria lei de arbitragem prevê. No §2 do Art. 2 da Lei de Arbitragem, estabelece que “Poderão, também, as partes convenionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”. Com isso, as partes podem dispor na convenção arbitral se haverá vinculação ou não dos precedentes advindos de repercussão geral e recurso repetitivo, como forma de

aumentar a previsibilidade das decisões arbitrais, caso assim desejem.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos chegar às seguintes conclusões após a exposição da presente pesquisa.

Os precedentes advindos de repercussão geral e recurso repetitivo surgiram em um contexto de judiciário afogado e nada mais são do que instrumentos de uniformização de jurisprudência no poder judiciário.

A arbitragem constitui sistema autônomo por possuir ferramentas a ela própria, um regime próprio aos atos processuais, forma de instituição, regras e flexibilidade. Sendo assim, o árbitro é soberano e livre para proferir decisões com base na sua própria análise crítica, contrárias ou não aos precedentes advindos de repercussão geral e recurso repetitivo. Nos casos em que árbitro decide julgar contrariamente ao entendimento formado na justiça estatal ainda se aplicará o direito brasileiro, isso porque, ainda estará agindo dentro de sua autonomia garantida pela lei de arbitragem.

Além disso, tampouco configura violação à ordem pública, sujeita à ação anulatória, a sentença que divergir da jurisprudência advinda do recurso repetitivo e repercussão geral, haja vista que o árbitro, igualmente, estará agindo dentro da sua autonomia para análise do mérito do caso.

Adiante, é possível observar que apesar da ausência de vinculação de tais precedentes, estes são altamente persuasivos por serem exarados pelas altas cortes da justiça estatal e geram um ônus argumentativo maior ao árbitro caso entenda contrariamente aos precedentes.

Por fim, como solução, as partes que desejarem que seus litígios sejam julgados em consonância com os precedentes de recurso repetitivo e repercussão geral, devem expressamente inserir na convenção de arbitragem, uma vez que a própria lei autoriza esse modo de disposição na convenção arbitral, a fim de garantir que as expectativas estejam alinhadas quanto ao julgamento do litígio em questão ou que eventualmente irá surgir.

APOIO

PIVIC Mackenzie

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Arbitragem, os precedentes e a ordem pública. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ. Brasília, 2019. p. 199.

ALMEIDA, Maria Eduarda; MACÊDO, Lucas Buril de. Os Precedentes Obrigatórios Vinculam o Tribunal Arbitral? Revista dos tribunais, v.45, n. 305, p. 377–399, jul./2020.

BELLOCCHI, Márcio Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem. Ed Revista dos Tribunais.

BERALDO, Leonardo de Faria. Os precedentes judiciais na arbitragem. OAB Minas Gerais, 2019. Disponível em: <http://www.esamg.org.br>.

CREMASCO, Suzana Santi; VIANA, Bruno Giannetti. Aspectos contemporâneos da execução de sentença arbitral: uma análise em torno da certeza, liquidez e exigibilidade do título. In: Processo Civil contemporâneo. Homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 904.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Mini Vade Mecum Civil e Empresarial. 9º. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. Mini Vade Mecum Civil e Empresarial. 9º. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Mini Vade Mecum Civil e Empresarial. 9º. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARMONA, Carlos Alberto; Machado Filho, José Augusto Bitencourt. Arbitragem: Jurisdição, Missão E Justiça. In: Constituição da República 30 anos depois: Uma Análise Prática Da Eficiência Dos Direitos Fundamentais. Estudos Em Homenagem Ao Ministro Luiz Fux/Abhner Youssif Mota Arabi, Fernando Maluf, Marcello Lavenère Machado Neto (Coord.). - Belo Horizonte: Fórum, 2019, P. 225.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Repercussão Geral - Balanço E Perspectivas. São Paulo: Almedina Brasil, 2015. *E-book*. 43p. DOI 9788584930883. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584930883/>. Acesso em: 22 Mar 2021.

DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado. 6. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 401.

DONIZETTE, Elpídio. Curso Direito Processual Civil. ed. 23. – São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 1292. DOI 9788597024616. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024616/>. Acesso em: 13 Mar 2021.

FERNANDES, Marcus Vinícius Tenorio da Costa. Anulação da Sentença Arbitral. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 71.

FERREIRA, Olavo Augusto Viana Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves.

Lei de Arbitragem Comentada, artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 299.

GRECO, Leonardo. Controle jurisdicional da arbitragem. In: LEE, João Bosco; LEVY, Daniel de Andrade (ed.). Revista Brasileira de Arbitragem. Kluwer Law International, v. XV Issue 57, 2018, p. 7-22.

LUHMANN, Niklas. Sociedad y sistema: la ambición de la teoría. Barcelona: Ediciones Paidós, 1997. p. 44

MARIANI, Rômulo Greff. Precedentes na arbitragem. Belo Horizonte: Fórum:2018.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 10, n. 38, p. 96 – 137. jun/2013.

MELLO, Marcelo Pereira. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmanne Teubner. Revista de sociologia da USP, 2006, v. 18, p. 351-373.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes. Da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 99.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. ed. 36. – São Paulo: Atlas, 2020. 769p.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo Arbitral e Sistema. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 288.

RIZZO, Guilherme. Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais. Conjur, Rio Grande do Sul, 03 de out. de 2017. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme- amaral- vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais#_ftnref11](https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral- vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais#_ftnref11). Acesso em 28 de junho de 2022.

Saiba a diferença entre repercussão geral e recurso repetitivo. Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-saiba-a-diferenca-entre- repercussao-geral-e-recursos-repetitivos/>. Acesso em: 14 Mar 2021.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Arbitragem - Mediação, Conciliação e Negociação. Ed. 10 – Rio de Janeiro: Forense.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem. São Paulo: RT, 2008, p. 115

Sobre Recursos Repetitivos. Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Repetitivos-e-IACs/Saiba-mais/Sobre- Recursos- Repetitivos#:~:text=Recurso%20repetitivo%2C%20portanto%2C%20%C3%A9%20aquele,e m%20id%C3%AAntica%20quest%C3%A3o%20de%20direito>. Acesso em: 23 Mar 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Vol. III. ed. 53. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. p. 758. DOI 9788530988838. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988838/>. Acesso em: 22 Mar 2021.