

dos, porque não podem prejudicar e devem exercitar autocontenção quanto aos aspectos do mérito que ainda serão aprofundados.

Essa advertência é válida tanto para a situação em que o tema da urgência é trazido diretamente perante os árbitros, como nas hipóteses em que as partes pedem ao Poder Judiciário medidas antecedentes. Instituída a arbitragem, será dos árbitros a competência para manter, revogar ou modificar as decisões anteriormente concedidas. O fato de uma decisão judicial ter sido proferida não é, em si, fator de influência, mas mera circunstância que o árbitro terá que enfrentar. Integram as suas atribuições a revisão, manutenção ou modificação da decisão judicial anterior. Há, neste particular, um aparente paradoxo, que decorre do sistema.

Juízes togados podem apreciar questões submetidas à arbitragem, nas situações de urgência, antes da instituição do tribunal arbitral. Este, uma vez constituído, terá poderes para revisar a decisão judicial, quanto ao seu mérito. Julgada a demanda arbitral, os juízes togados podem voltar a conhecer da disputa arbitral, em sede de ação anulatória. Aqui, o controle que juízes exercerão dirá respeito somente aos temas formais, às questões processuais que autorizam essa ação, sem a possibilidade de revisarem as questões de mérito enfrentadas pelos árbitros.⁷²⁶

2.16 *Fundamentação das decisões arbitrais*

Questão polêmica, que tem sido debatida pela doutrina arbitral, diz respeito à aplicação dos parâmetros de fundamentação das decisões judiciais, estabelecidos pelos parágrafos do artigo 489 do Código de Processo Civil. Inovação importante do CPC/15,⁷²⁷ o dispositivo, valendo-se de técnica legislativa incomum, dispõe no §1º não ser motivada a decisão que incorrer nas hipóteses dos seus incisos e prescreve elementos que devem constar da fundamentação, nos seus §§ 2º e 3º.

As adições foram comemoradas, porque explicitam critérios decisórios que, não obstante até certo ponto óbvios, não eram observados na prática forense bra-

726. DALLA, Humberto. MAZZOLA, Marcelo Mazzola: sendo vedado ao juiz analisar o mérito da sentença arbitral, também não pode reexaminar o conteúdo da tutela deferida pelo árbitro. *Manual de Mediação e arbitragem*, São Paulo, Saraiva Educação, 2019, p. 335.

727. Marcelo Barbi Gonçalves propõe a aplicação deste parâmetro de fundamentação ao processo penal: “Para parcela da doutrina, o dever de motivação analítica das decisões judiciais (art. 489, § 1º, CPC) é uma decorrência do direito fundamental consagrado no art. 93, IX, da CF. Assim, considerando que os parâmetros estipulados no Código de Processo Civil têm como escopo assegurar uma sentença customizada às particularidades do caso concreto, não devem eles serem trasladados quando o bem jurídico em jogo é a liberdade?” GONÇALVES, Marcelo Barbi Gonçalves. *Teoria geral da jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 359.

sileira.⁷²⁸ Afirma-se, com razão, que o roteiro proposto pelo artigo 489 do CPC corresponde ao standard de boa fundamentação, que uma decisão razoavelmente bem fundamentada não incorreria no risco de ser considerada nula. Entretanto, a circunstância que precisa ser percebida, declarada, é que esse estado de coisas era, e ainda é, meramente teórico. Muitas decisões judiciais ainda hoje, passados vários anos de vigência da nova legislação, seguem sem se preocupar em aprimorar o standard da fundamentação.

Pelo excesso de trabalho, pela necessidade de dar vazão à massa de processos, possivelmente por excesso de confiança nas próprias habilidades, muitos julgadores explicam pouco acerca de suas motivações, limitando-se mais a proclamar o argumento vencedor, do que propriamente a confrontar os argumentos e a ponderar, fundamentadamente, porque se acolhe uma versão em detrimento da outra. Em termos quantitativos, as decisões são também enxutas, objetivas.

É até certo ponto compreensível que os operadores do direito que se formaram à luz de um ordenamento relutem em aderir aos novos paradigmas, hesitem em adaptar suas práticas aos novos parâmetros propostos pelo legislador. Isso, aliás, possivelmente explica a baixa incidência de negócios jurídicos processuais no âmbito judicial, porque ainda prevalece uma cultura do processo como instrumento do Estado, permeado por normas cogentes, em que as partes se colocam em posição de inferioridade em relação ao julgador. Não é o modelo que o CPC/15 propõe, mas é como as coisas seguem, de um modo geral, ocorrendo.

Sob esse prisma, é explicável por que razões o legislador precisa criar um roteiro básico de como não fazer uma decisão, sancionando com nulidade o desatendimento desses parâmetros. Mas porque, do ponto de vista da administração da justiça, seria inviável a repetida anulação de processos por falta de fundamentação, o legislador criou uma solução procedimental que minimiza, em muito, a própria eficácia da sua prescrição. Identificada a nulidade, o tribunal poderá, em sede recursal, suprir o vício, decidindo diretamente o mérito da questão e assim suprindo as falhas de fundamentação da instancia inferior (CPC, art. 1.013, § 3º, IV).

No plano recursal, por imperativos de economia e celeridade, o sistema brasileiro vem ampliando as técnicas de julgamento do mérito diretamente pelo tribunal, flexibilizando, por assim dizer, o duplo grau de jurisdição. Há razões sistê-

728. O artigo 489 não tem caráter inovativo, apenas explicita o conteúdo do dever de fundamentar, que consta do art. 26 da LArb, de modo que ele também se aplica aos árbitros. TEMER, Sofia. precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento da ação anulatória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 278, 2018. p. 526.

micas e sistemáticas para isso. Mas, em termos práticos, a regra funciona como um desincentivo ao julgador de primeiro grau para que eleve o nível de fundamentação de suas decisões, eis que, em qualquer caso, não terá que voltar a decidi-las. Em suma, tem-se que, no processo estatal, o procedimento estabelecido para o tema da fundamentação é o de fixar requisitos (que são de conteúdo, mas também de forma) para o ato processual sentença, admitir a recorribilidade por falta de fundamentação, permitir o reconhecimento da nulidade em segundo grau e permitir que o tribunal passe diretamente ao exame das questões sobre as quais se omitiu o juízo *a quo*. Disso resulta que não haverá a anulação do processo, com perda de atos processuais praticados, mas meramente a substituição de uma decisão não fundamentada por outra, fundamentada.

Ao se examinar a aplicabilidade deste dispositivo específico ao processo arbitral, algumas etapas devem ser percorridas. Em primeiro lugar, a observação preliminar de que raramente se deparará com esta situação em decisões arbitrais. Regra geral, assentenças arbitrais são quantitativa e qualitativamente mais bem fundamentadas que seus congêneres judiciais.⁷²⁹ Isso se explica porque os árbitros têm números incomparavelmente inferiores de casos; porque prestam um serviço específico e temporário pelo qual são remunerados caso a caso; porque a questão reputacional tem um peso relevante na prática arbitral, seja na perspectiva de perpetuação da carreira, seja na perspectiva de se evitar a anulação de decisões por semelhantes vícios processuais.

Não há uma base estatística segura para se extrair conclusões mais definitivas, mas a casuística das ações anulatórias, acolhidas ou rejeitadas, indica que outros fundamentos costumam ser invocados, não propriamente o de falhas no dever de fundamentação. Sob esse prisma, poder-se-ia dizer que discutir a aplicação do artigo 489 do CPC à arbitragem é discutir um falso problema, eis que concretamente, dificilmente haverá hipóteses em que as sentenças arbitrais não sigam o *script* de uma boa decisão, ou que incorram nas falhas (relativamente básicas) elencadas neste dispositivo.

Sob uma perspectiva mais técnica, contudo, as ponderações são as seguintes. O processo arbitral e o processo civil estatal, a exemplo de todas as demais ramificações de processo, compartilham desta base comum, de índole constitucional, acerca da fundamentação das decisões. O processo arbitral, enquanto ramo específico, regulado por legislação especial, possui disciplina normativa própria, que igualmente exige o exame das questões de fato e de direito. A norma especial não

729. Circunstância que se explica pela responsabilidade envolvida no ato de julgar, como aponta MAGALHÃES, José Carlos de. Os deveres do árbitro, cit., p. 233.

contém o grau de detalhamento que é proposto pela norma geral, editada posteriormente, de forma que, seja pelo critério da especialidade, seja pelo cronológico, é possível sim afirmar a aplicabilidade daquelas exigências de fundamentação ao processo arbitral.⁷³⁰⁻⁷³¹

Observo também que não existe incompatibilidade ou redundância entre a norma especial e a geral, eis que tratam de diferentes aspectos da fundamentação. Também as decisões arbitrais devem indicar a relação entre o ato normativo invocado e a causa, devem explicar o motivo concreto do emprego de conceitos jurídicos indeterminados, devem ser específicas na fundamentação, evitando indicar motivos que se prestariam a fundamentar qualquer outra decisão. Decisões arbitrais devem enfrentar todos os fundamentos relevantes propostos pelas partes⁷³² e, por fim, se invocarem precedentes, devem aplicá-lo concretamente, além de não poderem desprezar precedentes, sem proceder à distinção. Sobre o tema da aplicação de precedentes pelo(a) árbitro(a), veja-se o item 2.17, abaixo.

A questão é que, em termos práticos, é muito improvável que a decisão incorra nestes equívocos, porque o nível de aprofundamento dos debates, nos processos arbitrais, é muito maior, e as respostas dos julgadores tende a ser muito mais completa. Ademais, há o pedido de esclarecimentos, como instrumento técnico à disposição das partes para suprir tais omissões. Não manejado, é de se presumir a completude da decisão ou a sua aceitação.⁷³³

730. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Reflexões sobre estrutura formal da sentença arbitral, cit., p. 583, reputa aplicável ao processo arbitral a disposição do art. 489, § 1º, do CPC.

731. Também FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO, “não exatamente por conta da incidência do Código de Processo Civil na arbitragem – pois a legislação processual não se aplica, automática e obrigatoriamente, no processo arbitral – mas porque essas exigências dão o correto contorno hodiernamente vigente do princípio constitucional da motivação das decisões” (*Teoria geral da arbitragem*, cit., p. 186).

732. STJ, Agravo em REsp nº 1.505.201/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.06.2019: sentenças arbitrais com fundamentação concisa não configuram falta de fundamentação.

733. Consideram o manejo do pedido de esclarecimentos um pressuposto necessário para a propositura posterior de ação anulatória, YARSHELL, Flávio Luiz. Ainda sobre o caráter subsidiário do controle jurisdicional estatal da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, p. 155, e FIGUEIRA JR., Joel. *Arbitragem* 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 414. Em sentido contrário, BEREZOWSKI, Aluisio. *Ação Anulatória de Sentença Arbitral: pressupostos e limites*, p. 191. BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem*, p. 446. PINTO, José Emilio Nunes. Anulação de sentença arbitral infra petita, extra petita e ultra petita. In: JOBIN, Eduardo. MACHADO, Rafael Bicca. *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 270-271.

Há uma variável desta questão, que suscita maiores preocupações, consistente na alegação de cerceamento do direito de defesa por indeferimento de provas, ou por má apreciação das provas produzidas. Quanto a este ponto, é necessário muita cautela no exame, porque a impossibilidade de revisão do mérito das sentenças arbitrais retira do Judiciário a possibilidade de uma (re)apreciação da prova. O juízo arbitral é soberano na apreciação das provas produzidas, na sua valoração.⁷³⁴ Quanto ao peso que se dá a cada elemento do conjunto probatório, estamos diante da própria atividade de julgamento, cujo equívoco poderia redundar em hipótese de *error in judicando*. Não é possível, portanto, processualizar este aspecto da decisão, para considerar um *error in procedendo*. Este somente ocorrerá em hipóteses drásticas de evidente cerceamento ao direito de defesa, como por exemplo se nenhuma prova requerida pela parte for deferida pelos árbitros.

2.17 Vinculação dos árbitros aos precedentes

A vinculação dos árbitros aos precedentes constitui outro dos temas polêmicos, aos quais a doutrina vem se dedicando nos últimos anos. No Brasil, há diversos trabalhos monográficos sobre o tema, além de muitos artigos e ensaios.⁷³⁵ Neste trabalho, o assunto será explorado na medida da sua utilidade para o estabelecimento das correlações entre o processo estatal e o processo arbitral, porque também quanto aos precedentes é possível constatar elementos comuns, que co-

⁷³⁴. Na jurisprudência, estes debates ocorrem com alguma frequência. Por exemplo, em ação anulatória instaurada para questionar os critérios utilizados pela perícia produzida no âmbito arbitral, o TJMG rejeitou o pedido, por considerar, acertadamente, que tal tema não cabia à apreciação judicial (TJMG, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0701.08.242747-0/003, Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, j. 18.11.2010). Da mesma forma, já se reconheceu que é parte do livre convencimento do árbitro valorar as provas produzidas pelas partes da forma que entender mais pertinente (TJPR, 18ª Câmara Cível, Apelação cível nº 0006116-40.2019.8.16.0194, Rel. Des. Juiz de Direito Substituto em 2º Grau Luiz Henrique Miranda, j. 09.03.2022; TJSP, 25ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 9000084-58.2008.8.26.0100, Rel. Des. Sebastião Flávio, j. 22.05.2014), bem como que é inaplicável o deferimento judicial de produção de novas provas após a prolação da sentença arbitral (TJMG, 14ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1.0024.09.516036-2/003, Rel. Des. Marco Aurelio Ferenzini, j. 12.03.2015; TJMG, Decisão Monocrática, Agravo de Instrumento nº 1.0024.13.244670-9/007, Rel. Des. Sérgio André da Fonseca Xavier, j. 31.03.2015).

⁷³⁵. Assim, por exemplo: AMARAL, Guilherme Rizzo. Arbitragem e precedentes, cit. FIOVARANTI, Marcos Serra Netto. *Arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 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. 38, p. 96-137, 2013.

municam estes ramos do processo (ou microssistemas), e peculiaridades do processo arbitral, que explicam as diferenciações com que o tema é tratado.

Em comum, o reconhecimento de que o ordenamento jurídico brasileiro incorporou a própria ideia de precedentes vinculantes, para considerar como normas jurídicas certas interpretações que os Tribunais Superiores fixam. Se as arbitragens são de direito e o ordenamento brasileiro é o escolhido, não há razão para excluir estes precedentes vinculantes do espectro de normas que devem ser consideradas, isto é: devem estar no rol de fontes a serem utilizadas pelas partes e consideradas por quem irá prolatar a decisão arbitral. A este respeito, aliás, pairam poucas dúvidas e polêmicas doutrinárias.

A questão se coloca quanto à etapa seguinte deste exercício. Afinal, qual a consequência do desatendimento dos precedentes, no sistema do processo judicial, e no sistema do processo arbitral? Sobre este aspecto as polêmicas se multiplicam, justificando que ele seja aqui enfrentado.

Antes, vale fazer breves considerações sobre a própria noção de aplicabilidade de precedentes. A evolução legislativa a este respeito é notável. Se o modelo proposto pelo CPC/73 continha poucas disposições a este respeito, a partir da nova ordem constitucional estabelecida em 1988, o cenário veio se modificando. Foram incorporados ao sistema brasileiro a Súmula Vinculante, a Repercussão Geral do Recurso Extraordinário, o “Recurso Especial repetitivo”, além da ideia de “jurisprudência dominante”, com reflexo em inúmeras técnicas do processo estatal, como a outorga de poderes ao relator para julgar monocraticamente recursos que se voltassem contra essa jurisprudência dominante (por exemplo, o art. 557 do CPC/73).

O Código de Processo Civil de 2015 propôs um modelo ainda mais intenso no que tange à observância das decisões dos tribunais. Introduziu alguns dispositivos legais, dos quais se pode extrair uma proposta de um novo paradigma, mais alinhado com a realidade de julgamentos repetitivos, litigiosidade de massa e atomização da justiça. Determina que *os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente* (art. 926), além de estabelecer que *os juízes e tribunais observarão* (art. 927) um extenso rol de tipos de decisões, produzidas tanto pelos tribunais aos quais estão vinculados, quanto pelos Tribunais Superiores.⁷³⁶

736. Guilherme Rizzo Amaral observa que, não obstante as críticas que se possam fazer a este artigo “não é difícil perceber que se pretende introduzir entre nós um sistema de precedentes vinculantes”, notadamente porque o caput fala que os tribunais *observarão*, dispositivo que lido em conjunto com o artigo 489, § 1, VI, só pode conduzir à interpretação pela obrigatoriedade do

Daí se observa que o modelo processual brasileiro se funda na lógica de que um amplo conjunto de decisões, proferidas pelos Tribunais Superiores, constituem fonte normativa, de forma que esta atividade transborda das estritas fronteiras dos processos judiciais, porque são técnicas de produção normativa. Isso, não obstante realizada no seio do Poder Judiciário e não obstante regulada (e criada) pelo Código de Processo Civil. Com razão, Eduardo Talamini afirma que “os precedentes judiciais e a jurisprudência consolidada, aí incluídas as decisões-quadro e súmulas vinculantes, constituem fonte do ordenamento jurídico, ainda que ‘não autônoma’”.⁷³⁷⁻⁷³⁸

Se o direito é composto de múltiplas fontes, entre as quais a jurisprudência vinculante, se o árbitro se equipara ao juiz em sua atividade jurisdicional, porque exerce função de origem privada, mas conteúdo público, também os árbitros estão obrigados a observar estas normas, como integrantes do ordenamento.⁷³⁹ No Brasil, nas arbitragens de direito, aplica-se o direito brasileiro como um todo. O fato de árbitros estarem fora da estrutura do Poder Judiciário não modifica esse estado de coisas. A produção normativa do Poder Judiciário integra o ordenamento, sendo esta a razão da sua aplicabilidade na arbitragem. Não é porque os árbitros não estão referidos no artigo 927 do CPC que estão dispensados de observar decisões judiciais, como por exemplo as que o Supremo Tribunal Federal profere em controle concentrado de constitucionalidade, ou as decisões consolidadas que geram a edição de súmulas vinculantes.⁷⁴⁰ Semelhante conclusão afasta o processo arbitral de um

precedente no processo judicial brasileiro. AMARAL, Guilherme Rizzo. Arbitragem e precedentes, cit., p. 283.

737. TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e precedentes: cinco premissas, conclusões, um epílogo (e um vídeo)*. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 138, ago. 2018. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em: 12.06.2022.

738. No mesmo sentido, ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1305.

739. GRECO, Leonardo. Controle jurisdicional da arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 57, 2018. p. 10. Isso, a despeito de Greco entender que jurisprudência e precedentes não são fontes principais de direito, não geram normas ou direitos que antes deles não existiam. São fontes complementares, são métodos de revelação de direito preexistente que decorre em outra fonte formal, p. 8-9. Também, MARINONI, Luiz Guilherme. A Coisa julgada sobre questão diante da arbitragem. In: MARINONI, Luiz Guilherme, LEITÃO, Cristina Bichels. *Arbitragem e direito processual*. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 313.

740. Em sentido contrário, MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas judiciais vinculantes do Supremo Tribunal Federal, cit. PEREIRA, Michele Cristie. A Jurisprudência e a arbitragem. In: URBANO, Alexandre Figueiredo de Andrade;

cenário de previsibilidade e segurança, que parecem ser alguns dos predicados que o público consumidor da arbitragem procura.

Em igual sentido, Fernando Gajardoni e André Vasconcelos Roque aduzem que “a aplicação do direito brasileiro não se esgota no texto legal e deve o árbitro, sob pena de promover interpretação peculiar – ou seja, contrária à isonomia e à segurança jurídica –, observar os precedentes existentes sobre a questão submetida à sua apreciação”.⁷⁴¹ Assim também Talamini, pois “se a arbitragem é de direito, cabe ao árbitro aplicar o ordenamento em sua plenitude, observando-se todas as suas fontes”.⁷⁴²⁻⁷⁴³

Estabelecida essa premissa, resta examinar a questão sobre a consequência do eventual desrespeito aos precedentes, por parte dos árbitros. Aqui as polêmicas se intensificam. Resumidamente, há quem entenda não haver espaço em nosso ordenamento jurídico para que se anule a decisão – e também há quem entenda de forma diversa.

Uma primeira visão considera que os mecanismos de controle da observância dos precedentes no processo estatal não são transportados para a arbitragem, daí porque não se pode cogitar da anulação de sentenças arbitrais proferidas em violação aos precedentes.⁷⁴⁴ O que os árbitros fazem quando não aplicam um precedente não é, ontologicamente, diferente do que fazem quando não aplicam uma regra jurídica positivada (por exemplo, na Lei das Sociedades Anônimas ou no Código Civil). O que ocorre é, no máximo, uma má aplicação do direito. Disso não decor-

MAZIERO, Franco Giovanni Mattedi. *A Arbitragem na Contemporaneidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 144.

741. ROQUE, André Vasconcelos. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC? Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016>. Para Tucci: “Desse modo, assim como o juiz togado, o árbitro não poderá se afastar da interpretação, acerca de determinado texto legal, que desponta consagrada pelos tribunais pátrios. O precedente judicial, portanto, constitui valioso subsídio para que o árbitro, no processo hermenêutico de subsunção, possa aplicar a lei ao caso concreto, cumprindo adequadamente a missão que lhe foi outorgada pelas partes”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. O árbitro e a observância do precedente judicial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>. Acesso em: 22.11.2021

742. TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e precedentes... cit., p. 2.

743. Também, PUGLIESE, William Soares. Vinculação do árbitro ao direito: precedente não é mera regra de procedimento. In: MARINONI, Luiz Guilherme; LEITÃO, Cristina Bichels. *Arbitragem e direito processual*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 371-392, p. 385.

744. Nesse sentido, por exemplo: MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

re, por certo, que o árbitro se encontre à margem do direito eleito, mas que ele apenas buscou fontes outras e diversas, e a forma como as aplicou determinou uma conclusão diversa da que poderia ter sido obtida em um processo estatal.⁷⁴⁵

Decisões injustas são indesejadas, evidentemente, mas o ordenamento jurídico convive com esta possibilidade, tanto no processo estatal, quando no arbitral. A injustiça que decorre do desrespeito a um precedente não é mais injusta do que o desrespeito à lei. E situando-se, ambas estas atividades, no âmbito do mérito da causa, não ensejam a via da ação anulatória, não se sujeitam a algum mecanismo de controle no âmbito da arbitragem (ainda que possam ser controladas no processo estatal).

De outro lado, a corrente, que tem em comum a conclusão pela possibilidade de anulação da sentença arbitral que desatenda os precedentes, se subdivide quanto aos fundamentos para esta anulação. Um dos fundamentos, que me parece o mais frágil e perigoso, é o de considerar que a sentença, ao desrespeitar um precedente, desrespeita o próprio ordenamento jurídico e, nesta condição, corresponde a um julgamento fora deste mesmo ordenamento, caracterizando a causa de anulação do art. 32, IV, de julgamento fora dos limites da convenção de arbitragem.⁷⁴⁶ O argumento é frágil, porque implica constatar que todo julgamento errado, que deixe de aplicar corretamente qualquer norma integrante do ordenamento jurídico brasileiro, corresponderá à negação do próprio ordenamento. A interpretação sistemática do ordenamento processual exclui esta solução, que terminaria por outorgar ao precedente um status superior à própria lei, na medida em que a

745. “Ocorre que quando tratamos de comparar a decisão do árbitro com o precedente ou jurisprudência estatal, estamos no máximo discutindo por quem e como o Direito foi aplicado. Não se trata, portanto, de aferir que o mero desvio da decisão estatal pretérita determina a conclusão clara e irrefutável de que o árbitro simplesmente não aplicou o Direito à espécie. Isso ganha ainda mais relevo no Brasil, onde, apesar das reformas implementadas, vigora um sistema ainda fortemente influenciado pelo *civil law*, ou seja, baseado em Direito positivado ou mesmo composto de elementos não textuais, e que é posteriormente interpretado/aplicado pelos julgadores.” MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 110. No mesmo sentido: CONCENÇÃO, Danilo Orega. Os precedentes judiciais e sua relação com a arbitragem. Dissertação (Mestrado)— Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 112.

746. NASSER, Paulo Magalhães. *Vinculações arbitrais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 158. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BARIONI, Rodrigo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A causa de pedir das ações anulatórias de sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 46, 2015. p. 278. Também, LEITÃO, Cristina Bichels. O árbitro está vinculado aos precedentes? In: MARINONI, Luiz Guilherme, LEITÃO, Cristina Bichels. *Arbitragem e direito processual*. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 343.

violação ao precedente passa a ensejar a anulação da sentença, ao passo que o mesmo não ocorre com a violação à lei.

O fundamento é também perigoso, porque permite uma abertura para questionamento das decisões por questões atreladas ao mérito.⁷⁴⁷ Todo o sistema arbitral é estruturado segundo o parâmetro de que apenas erros formais são passíveis de controle. Assim, todos os taxativos incisos do artigo 32 da Lei de Arbitragem devem ser interpretados sob essa premissa, que decorre de regra legal expressa e que, ademais, tem como inspiração uma noção de índole mais principiológica, relacionada à blindagem da arbitragem em relação a ataques pela via judicial. A hipótese de julgamento fora dos limites da convenção de arbitragem deve ser assim interpretada, restringindo-se ao confronto formal dos limites da convenção versus a atividade realizada pelos árbitros. Não por acaso, o exemplo típico da hipótese sob esse artigo é o dos julgamentos *extra* ou *ultra petita*.

Propugna-se também a possibilidade de anulação porque o desrespeito aos precedentes configura violação à ordem pública, assim como corresponde a uma violação ao dever de fundamentar as decisões. Quanto ao primeiro aspecto, entende-se que as razões de ordem pública que justificam o controle da sentença arbitral são aquelas já contempladas nos próprios incisos do art. 32 da Lei. Não há espaço ou justificativa sistemática para uma interpretação ampliativa, ou para considerar que a violação à ordem pública seja um inciso adicional do rol de causas para anulação.⁷⁴⁸

Sobre a fundamentação, dois comentários. Afora o que se disse, de que o standard de fundamentação das decisões arbitrais é sensivelmente superior ao de suas equivalentes judiciais, há de se reconhecer, igualmente, que as disputas submetidas à arbitragem são essencialmente fáticas, envolvem relações comerciais complexas, muitas vezes duradouras. Têm por objeto, além dos fatos, quase sempre a interpretação de cláusulas contratuais e a subsunção das normas legais aplicadas a estes tipos contratuais. Não há muito espaço para arbitragens puramente de direito, ou meras discussões de 'teses' no processo arbitral. Isso torna o problema, em si, de menor relevância.

Mas é evidente que pode haver aspectos da decisão que possam se relacionar com interpretações e entendimentos fixados pelos Tribunais Superiores, em suas variadas técnicas de formulação dos precedentes. Novamente, não há aqui particular distinção entre as hipóteses de sentença que deixe de apreciar razões jurídicas

747. TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e precedentes..., cit., p. 1.

748. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*, cit., p. 50.

ou normas legais invocadas pelas partes.⁷⁴⁹ Ademais, se, de forma fundamentada, o árbitro buscar no direito brasileiro elementos que o façam chegar a uma conclusão diversa daquela estabelecida pelos Tribunais estatais, nosso sistema não admite que tal julgado seja anulado.⁷⁵⁰

Para que se possa cogitar da anulação da sentença arbitral por falta de fundamentação, a decisão deverá padecer de um vício absoluto de falta de fundamentação, hipótese no mínimo incomum. Afinal, ainda que a decisão deixe de aplicar o precedente, tendencialmente os árbitros irão fundamentar e deixar claro o racional jurídico que embasa a sua decisão, que estará, quanto ao mais, amparada em outras razões jurídicas e outros fundamentos normativos do próprio ordenamento. O que mais provavelmente ocorrerá será a interpretação errônea do precedente, o seu afastamento por razões interpretativas. Aliás, a decisão pode padecer de um erro de julgamento seja porque deixou de aplicar um precedente, como porque aplicou o precedente errado.

Estas circunstâncias são inerentes ao método de julgamento. Normas legais, positivadas em leis e códigos, podem ser aplicadas por erro, ou deixar de ser aplicadas por erro. Com os precedentes não é diferente, e todas estas atividades se inserem no contexto do julgamento do mérito da controvérsia, atividade que, no processo arbitral, não está sujeita a controle ou revisão.

Para além disso, os precedentes precisam ser invocados para que possam ser examinados.⁷⁵¹ Não há omissão do julgador se ele deixa de considerar um argumento jurídico que nem sequer foi trazido pelas partes. Ademais, é muito improvável que um argumento relevante – a ponto de justificar uma alegação de grave omissão, que ensejaria nulidade da decisão – deixe de ser invocado, para depois a parte invocar o aforismo *iura novit curia* e pretender a consideração de um argu-

749. TEMER, Sofia. Precedentes judiciais e arbitragem... cit., p. 527. ROQUE, André Vasconcelos. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC? cit.

750. Mesmo no berço da *common law* se chegou a essa conclusão, como se verifica em decisão proferida pela Court of Appeal for the Sixth Circuit: “Moreover, the very idea that an arbitral decision is not appealable for legal error leads to the conclusion that the arbitrator is not necessarily bound by legal holdings of this court. If an arbitrator relies on a colorable *meaning* of the words of the statute – as the arbitrator did here – the fact that there is Sixth Circuit precedent to the contrary is not necessarily determinative. Sixth Circuit holdings are binding in courts and on agencies whose decisions are appealable to the Sixth Circuit, ultimately because of that appealability.”. *Schafer v. Multiband Corp.*, 6th Cir. 2014.

751. Contra, CRUZ E TUCCI, José Rogério. O árbitro e a observância do precedente judicial O árbitro e a observância do precedente judicial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>. Acesso em: 22.11.2021.

mento (ou de uma norma legal) que nem mesmo ela suscitou. E quando forem invocados, serão enfrentados, para se determinar seu acolhimento, rejeição, sua superação ou a distinção das situações submetidas à comparação.⁷⁵² Restaria uma hipótese absolutamente excepcional, de um precedente relevante, determinante para o julgamento da causa, ser invocado pela parte e ser absolutamente ignorado pelos árbitros. Esta hipótese equivale a dizer que o fundamento jurídico central da tese da parte deixou de ser considerado. Em termos práticos, absolutamente improvável que ocorra. Em termos teóricos, ter-se-ia uma omissão tão grave que poderia conduzir à constatação de falta de motivação da sentença arbitral.⁷⁵³

2.18 *Coisa Julgada*

A Lei de Arbitragem também não se refere à coisa julgada. Não obstante a relevância deste instituto, o legislador brasileiro optou por não regular a sua incidência ou seus parâmetros na própria norma. Outros diplomas legais adotam postura diversa, consagrando a coisa julgada em suas leis de arbitragem, como é o caso, por exemplo, da Bélgica (*Code Judiciaire*, art. 1.705), Alemanha (ZPO, § 1.055), Áustria (ZPO, § 594) e Portugal (LAV, art. 42).⁷⁵⁴ Também consagram a coisa julgada na arbitragem os diplomas da França (CPC, art. 1.484), Inglaterra (*English Arbitration Act*, art. 58) e Espanha (*Ley de Arbitraje*, art. 43).⁷⁵⁵

Não obstante esta omissão legislativa, na doutrina, há pouca controvérsia acerca da ocorrência da coisa julgada no processo arbitral,⁷⁵⁶ inclusive no plano internacional.⁷⁵⁷ A sentença arbitral, equiparada à sentença judicial em relação

752. Guilherme Rizzo Amaral entende que a decisão que afasta o precedente por considerá-lo errado equivale a um julgamento por equidade, fora dos limites da convenção de arbitragem, passível, portanto, de anulação. AMARAL, Guilherme Rizzo. *Arbitragem e precedentes*, cit., p. 296.

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

754. Citados por GONÇALVES, Marcelo Barbi Gonçalves. *Teoria geral da jurisdição*, cit., p. 138.

755. Como informa NASCIMBENI, Asdrubal Franco. *Cumprimento das decisões arbitrais: estudos para aprimoramento do sistema*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. O autor endossa as opiniões de que a sentença arbitral produz coisa julgada, não obstante o silêncio da LArb a respeito (p. 101).

756. Sustentam a sua ocorrência, entre outros. ARMELIN, Donaldo. *Notas sobre sentença parcial e arbitragem*, cit., p. 19. GIUSTI, Gilberto; CATARUCCI, Douglas Depieri. *Sentenças arbitrais parciais: visão doutrinária e prática do tema nos últimos 20 anos*. In: In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 565.

757. BERMANN, George A. *International Arbitration and Private International Law*, The Hague Academy of International Law, 2017. p. 456. CREMASCO, Suzana; BENTO, Daniel Freitas

aos seus efeitos, é equiparável também quanto à sua qualidade de tornar imutável o comando estabelecido pela decisão, contra a qual não caiba mais qualquer recurso. Tem-se então, uma previsão constitucional (genérica) que prevê a figura da coisa julgada, sem fixar-lhe os parâmetros. A lei processual geral – o CPC – que regulamenta a sua incidência, fixa seus contornos. E a lei especial, que é omissa a respeito.

Pelo exercício de integração e interpretação que vem sendo feito ao longo desta tese, a conclusão que se chega é que estes parâmetros legais são aplicados ao processo arbitral. Mais do que isso, especificamente em relação à coisa julgada, é até difícil conceber espaço para a autonomia da vontade das partes, que permitisse, por exemplo, o afastamento da eficácia preclusiva da coisa julgada, a renúncia à possibilidade de invocar a existência da coisa julgada,⁷⁵⁸ como fator impeditivo de novo exame da mesma causa.⁷⁵⁹

Por isso é que a doutrina, majoritariamente, reconhece a coisa julgada do (e no) processo arbitral.⁷⁶⁰ Dinamarco ressalta que “o laudo arbitral tem a plena capacidade de proporcionar de modo integral a pacificação dos litigantes mediante a eliminação de conflitos”.⁷⁶¹ Também Parente reconhece que à coisa julgada do processo arbitral aplicam-se as noções da coisa julgada do processo estatal, reco-

Drumond; VIANA, Bruno Giannetti. Os limites da coisa julgada na arbitragem internacional. In: LEMES, Selma Ferreira. LOPES, Christian Sahb Batista. *Arbitragem comercial internacional e os 60 anos da Convenção de Nova Iorque*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 181-196.

758. Ricardo Ranzolin admite que, por acordo entre as partes, uma decisão arbitral possa ser submetida a uma nova arbitragem, sobre exatamente a mesma questão já julgada antes. Ainda, que as partes podem submeter essa mesma questão ao Poder Judiciário, comprometendo-se a não suscitar a existência de coisa julgada anterior. RANZOLIN, Ricardo. *Controle judicial da arbitragem*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 174.

759. Felipe Wladeck sustenta a possibilidade de as partes submeterem ao Judiciário uma demanda acobertada pela coisa julgada formada em processo arbitral. WLADECK, Felipe Scribes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 93. No mesmo sentido, ARIMA, Paula Aya Azevedo. Coisa Julgada na arbitragem nacional. In: MARINONI, Luiz Guilherme, LEITÃO, Cristina Bichels (coord.). *Arbitragem e Direito Processual*. São Paulo: Ed. RT, 2021. p. 296.

760. NERY Jr., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*, p. 68: A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do estado democrático de direito (CF 1.º caput). Entre o *justo absoluto*, utópico, e o *justo possível*, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (*justo possível*), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio estado democrático de direito, fundamento da república brasileira.

761. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., p. 203.

nhecendo seus efeitos positivo e negativo e sua eficácia preclusiva,⁷⁶² o que vem sendo reconhecido, inclusive, pela jurisprudência.⁷⁶³ Dessa forma, a coisa julgada material no direito brasileiro, em todas as espécies de processo, corresponde ao conceito que lhe dá o artigo 502 do CPC: *a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.*

Cuida-se de um conceito teórico, que integra a teoria geral do processo, mas que é positivado em nosso ordenamento como uma das raras hipóteses em que um instituto jurídico vem definido pela própria lei. Além da definição em si, das normas processuais gerais extrai-se que a decisão de mérito *tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida* (CPC, art. 503).

Fruto da coisa julgada, impede-se a realização de novo julgamento acerca do mesmo tema. Isso se aplica em todos os possíveis fluxos. A coisa julgada formada em processo judicial impede o exame da questão em novo processo judicial ou arbitral, repercute sobre quaisquer processos, inclusive o administrativo.⁷⁶⁴ Se a coisa julgada se forma na arbitragem, o mesmo se aplica. Não poderá haver uma segunda demanda arbitral ou judicial sobre o mesmo objeto, e demandas subsequentes terão que levar em consideração o conteúdo do que foi decidido.⁷⁶⁵

Os parâmetros da legislação processual civil, que se estendem ao processo arbitral, determinam ainda que certos conteúdos da decisão não fazem coisa julgada (art. 505) e, de outro lado, a partir da edição do CPC/15, passaram a disciplinar a coisa julgada sobre questão prejudicial, que tenha sido expressa e incidentalmente decidida no processo, desde que sobre ela tenha havido contraditório prévio e efetivo. Estes parâmetros, introduzidos pelo § 1º do artigo 503, não existiam no processo brasileiro ao tempo da edição da Lei de Arbitragem. Cuida-se de um novo

762. PARENTE, Eduardo. *Processo arbitral e sistema*, cit., p. 304.

763. TRF4, 3ª Turma, Apelação Cível nº 2002.04.01.0326555/RS, Rel. Juiz Federal Fernando Quadros da Silva, j. 07.11.2006; TJSP, 26ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 1048639-91.2021.8.26.0100, Rel. Des. Vianna Cotrim, j. 16.09.2021; TJSP, 26ª Câmara de Direito Privado, Agravo Interno Cível nº 2124680-91.2021.8.26.0000/50001, Rel. Des. Vianna Cotrim, j. 16.09.2021; TJSP, 26ª Câmara de Direito Privado, Agravo Interno Cível nº 2124680-91.2021.8.26.0000/50001, Rel. Des. Vianna Cotrim, j. 26.07.2021.

764. FRANCO, Fernão Borba. *Processo Administrativo. Teoria Geral do Processo, Imparcialidade e Coisa Julgada*, cit., p. 246.

765. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 78; ARRUDA ALVIM. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (org.). *Arbitragem: Estudo sobre a Lei 13.129 de 26/05/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 143. Para Marinoni, “seria um caos se um árbitro pudesse admitir a rediscussão de litígio já definido no Judiciário ou mesmo rejuzá-lo” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A coisa julgada sobre questão diante da arbitragem*, cit., p. 315).

paradigma, inaugurado com o CPC/15 que, inspirado em razões de efetividade, passou a abranger na imutabilidade própria da coisa julgada a decisão sobre questão prejudicial, dispensando a parte do ônus de propor ação declaratória incidental.⁷⁶⁶

No regime anterior, se a parte quisesse um pronunciamento definitivo e com aptidão à imutabilidade, teria que se valer da ação declaratória incidental, que seria julgada em conjunto com a ação principal, incidindo assim os efeitos da coisa julgada sobre ambas as questões. No CPC/15, desapareceu a figura da declaratória incidental, porque a parte pode tomar a iniciativa de propor o julgamento de uma questão incidental, independentemente do ajuizamento de demanda própria.

Estas regras, previstas no Código de Processo Civil, são também aplicáveis à arbitragem, porque a configuração da coisa julgada em nosso sistema é toda decorrente do texto legal. No plano teórico, há mais de uma conformação possível à coisa julgada, de forma que, à luz da Teoria Geral do Processo, mais de uma solução pode ser concebida. Mas o instituto, concretamente verificado, é aquele que decorre das regras positivas, que se projetam para a arbitragem. Tanto é assim que o modelo processual do CPC/73 não abrangia a questão prejudicial como acobertada pela coisa julgada, exigindo ação declaratória incidental, ao passo que o modelo do CPC/15 dispensa a declaratória incidental e inclui, mediante certos requisitos, a questão prejudicial dentro do âmbito da imutabilidade.⁷⁶⁷ O conceito geral da coisa julgada permanece, mas o regramento positivo modificou os seus parâmetros, que passam a ser aplicados também no processo arbitral.

Portanto, se há uma questão prejudicial, se ela é objeto de adequado contraditório no processo arbitral e vem a ser decidida expressamente pelos árbitros, também sobre esta questão incidirá a coisa julgada. Não há, nem pode haver, distinção quanto ao regime jurídico da sentença judicial, com a única ressalva, possível, mas improvável, de que as partes excluam esta possibilidade na convenção de arbitragem.

⁷⁶⁶. MARINONI, Luiz Guilherme. A coisa julgada sobre questão diante da arbitragem, cit., p. 315.

⁷⁶⁷. Se ocorreu ou não o trânsito em julgado sobre questão prejudicial, é circunstância que será proclamada pelo julgador do caso subsequente, que terá que examinar se os requisitos para esta coisa julgada foram efetivamente atendidos. ARRUDA ALVIM, Teresa; CORRÊA, Leonardo Peres. Algumas anotações acerca da coisa julgada sobre questão prejudicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 321, 2021. p. 68.