

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO – UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO – FND

MARIANA BRASIL HORTA BARBOSA

**A UTILIZAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS NA ARBITRAGEM:
UMA ANÁLISE DA VINCULAÇÃO DO ÁRBITRO ÀS DECISÕES JUDICIAIS
VINCULANTES**

RIO DE JANEIRO
2022

MARIANA BRASIL HORTA BARBOSA

**A UTILIZAÇÃO DE PRECENTES JUDICIAIS NA ARBITRAGEM:
UMA ANÁLISE DA VINCULAÇÃO DO ÁRBITRO ÀS DECISÕES JUDICIAIS
VINCULANTES**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito – FND da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

Orientador Prof. Guilherme Kronenberg Hartmann

RIO DE JANEIRO
2022

CIP - Catalogação na Publicação

B823u Brasil Horta Barbosa, Mariana
A utilização de precedentes judiciais na arbitragem: uma análise da vinculação do árbitro às decisões judiciais vinculantes / Mariana Brasil Horta Barbosa. -- Rio de Janeiro, 2022.
44 f.

Orientador: Guilherme Kronenberg Hartmann.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Arbitragem. 2. Precedentes Judiciais. 3. Vinculação do Árbitro. I. Kronenberg Hartmann, Guilherme, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

FOLHA DE APROVAÇÃO

MARIANA BRASIL HORTA BARBOSA

**A UTILIZAÇÃO DE PRECENTES JUDICIAIS NA ARBITRAGEM:
UMA ANÁLISE DA VINCULAÇÃO DO ÁRBITRO ÀS DECISÕES JUDICIAIS
VINCULANTES**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito – FND da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

Aprovado em: ____ de _____ de 2022.

Banca Examinadora

(Nome do orientador, sua titulação e Instituição a que pertence).

(nome, titulação e instituição a que pertence).

(nome, titulação e instituição a que pertence).

RESUMO

Trata-se de trabalho o qual se propõe analisar a inter-relação entre a arbitragem e a jurisdição, no que diz respeito a obrigatoriedade de utilização dos precedentes judiciais vinculantes, nos procedimentos heterocompositivos de arbitragem. Possuindo como objeto de estudo a natureza jurídica deste instituto, de modo a assentar o entendimento que sua autonomia é restrita e o provimento decisório é passível de compatibilização com os preceitos constitucionais vigentes, em razão do princípio da supremacia da Constituição. Para tanto irá se deter a investigar as competências e os limites de atuação da figura do árbitro, de modo a compreender até que ponto esse terceiro está vinculado aos provimentos jurisdicionais prolatados pelas Cortes Superiores, sem que haja a perda da razão de ser desse meio alternativo. Além disso, propõe a analisar sobre a aplicabilidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição em procedimentos arbitrais, em que o árbitro não reconheça a observância obrigatória dos precedentes judiciais vinculantes e quais são os efeitos e medidas cabíveis contra o desrespeito aos preceitos constitucionais na seara arbitral. Sendo certo que, para a construção do presente, a metodologia a ser adotada será exclusivamente o levantamento bibliográfico, em que serão utilizadas as mais diversas fontes do direito, como a legislação propriamente dita, a doutrina, jurisprudência, além da utilização de artigos científicos, trabalhos de conclusão de graduação e exemplares de notório conhecimento acadêmico.

Palavras-chave: Arbitragem. Jurisdição. Precedentes Judiciais.

ABSTRACT

This is a work which proposes to analyze the interrelationship between arbitration and jurisdiction, with regard to the mandatory use of binding judicial precedents, in heterocompositive arbitration procedures. Having as an object of study the legal nature of this institute, in order to settle the understanding that its autonomy is restricted and the decision-making is subject to compatibility with the current constitutional precepts, due to the principle of supremacy of the Constitution. To do so, it will investigate the competences and limits of action of the figure of the arbitrator, in order to understand the extent to which this third party is linked to the jurisdictional provisions issued by the Superior Courts, without losing the *raison d'être* of this alternative means. . In addition, it proposes to analyze the applicability of the principle of non-removability of jurisdiction in arbitration proceedings, in which the arbitrator does not recognize the mandatory observance of binding judicial precedents and what are the effects and appropriate measures against disrespect for constitutional precepts in arbitration. Being certain that, for the construction of the present, the methodology to be adopted will be exclusively the bibliographic survey, in which the most diverse sources of law will be used, such as the legislation itself, the doctrine, jurisprudence, in addition to the use of scientific articles, graduation conclusion works and examples of notorious academic knowledge.

Keywords: Arbitration. Jurisdiction. Judicial precedents.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	8
2. UM BREVE HISTÓRICO: POSITIVAÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL	12
3. ARBITRAGEM	16
3.1. NATUREZA JURÍDICA.....	16
3.2. OS ELEMENTOS E CARACTERÍSTICAS	19
3.3. APLICAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO.....	20
4. PRECEDENTES JUDICIAIS COMO FONTE FORMAL DO DIREITO BRASILEIRO.....	24
5. O DESRESPEITO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES	25
5.1. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO	27
5.2. ATUAÇÃO DO ÁRBITRO: UMA LEITURA SOBRE A VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS	29
5.3. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO	34
6. CONCLUSÃO	36
7. REFERÊNCIAS.....	41

1. INTRODUÇÃO

É de notório saber que desde o início das civilizações o conflito entre indivíduos sempre esteve presente e é inerente ao convívio social, seja em razão de diferenças identitárias ou por diferentes interesses, a verdade é que sempre houve necessidade de intervenção de um ator social nessas relações, que buscasse a pacificação (FILHO, 2020).

Principalmente com a organização social-econômica, a partir do surgimento do comércio/indústria durante o século XVIII-XIX, essas relações passaram a ser cada vez mais acentuadas e o conflito ganhou contornos evidentes, fazendo com que situações que até então não detinham de tanta valoração e, em regra, eram resolvidos no seio familiar ou no próprio convívio grupal influenciados pela Igreja Católica, figura indissociável à figura do Estado, conforme ensina o Professor Antônio José Filho (FILHO, 2020, p. 2):

Sobre as sociedades primitivas é interessante notar que se organizavam por normas originadas pelo núcleo familiar, principalmente no que se refere às crenças religiosas, aos sacrifícios e também ao culto aos mortos. Os sacerdotes exerciam um poder enorme na organização estatal, sendo verdadeiros legisladores e executores da lei.

Passassem a não mais serem suficientemente resolvidas nestas searas, isso porque com a complexidade das relações em razão do envolvimento de fatores como a pecunha e os bens no geral, tornaram a resolução amigável entre grupos de indivíduos e as decisões sacramentadas pela Igreja não mais suficientes para alcançar a pacificação, afinal agora estava em jogo algo muito além dos valores, nesse momento o que estava em voga era o capital propriamente dito.

Haja vista que essa mudança de cenário, historicamente, está correlacionada com a adoção do regime capitalista, isso porque esse modelo foi responsável por intensificar o conflito propriamente dito, pois as relações entre indivíduos passaram a não ter como objeto a apenas a subsistência do grupo, mas sim na cumulação do capital e o domínio de uma classe sobre outra, um verdadeiro cenário de exploração do homem pelo próprio homem, o que aumentou o conflito social consideravelmente.

Assim, tendo como norte esse objetivo comum, que é a obtenção de capital (FIGUEIREDO, 2013), é esperável que o número de conflitos aumentaria fatidicamente, uma vez que desde as relações familiares até as propriamente empresárias, estariam envolvendo o

capital, o que não poderia continuar sendo tratada entre os particulares e os “gurus” da Igreja Católica.

É exatamente a partir deste momento histórico, que nasce a necessidade de que o Estado intervenha nas relações privadas, de modo a buscar a pacificação social, sendo que foi através de um instrumento chamado jurisdição que o aparato estatal resolveu conceder resoluções certas e efetivas, regadas de imparcialidade e razoabilidade a essas relações comerciais, familiares e de interesses políticos propriamente ditos.

Uma vez que a ideia basilar de aconselhamento sacramentado pela Igreja e a autotutela se coadunavam com a realidade, tendo em vista que com a ramificação social e a organização em camadas e classes, a figura da igreja foi dissociada do Estado e a violência preconizada pela autotutela não era mais compatível com a proteção legítima destinadas aos bens jurídicos, que agora não era mais do indivíduo mas sim do Estado, o qual passou a ser o único detentor do *ius puniendi*, sendo este a única figura capaz de proteger esse bens fazendo o uso da violência de forma legítima (CIRINO, 2017).

Ocorre que, apesar da jurisdição ser um meio que, inicialmente, deu certo porque a figura do um terceiro jogador trazia maior imparcialidade para as partes e remetia a ideia de justiça em relação ao conflito, já que esse julgador baseava suas decisões em regras previamente estabelecidas e possuía limites que poderia julgar, a jurisdição sofreu como todas as outras funções do Estado, com problemas estruturais (BRASIL, 2013), quais sejam: i) o excessivo número de processos judiciais; ii) a morosidade de julgamento; e iii) a falta de acesso à justiça.

Isto é, a jurisdição apesar de ter sido pensada como um modelo ideal e eficiente, anos luz após seu surgimento, esta caiu em um “poço” de problemas estruturais que o Estado tenta incansavelmente remediar, esses problemas institucionais acabaram por conceder à jurisdição uma imagem desgastada perante a sociedade (SANTOS, 2017).

Deste modo, além do aumento do número de conflitos decorrentes do sistema capitalista que influenciou na organização e formas de relações sociais-econômicas, a jurisdição ainda sofreu com uma fragilização devido à estrutura deficitária dada ao poder judiciário para conter e resolver um número de demandas consideravelmente maior (CNJ, 2022) do que o sistema de justiça poderia suportar.

Sendo que um fator que agravou esse quadro foi o de recorribilidade imediata ao Poder Judiciário pelas pessoas no geral, uma vez que se existia o estigma de que as decisões proferidas seriam imparciais, justas e eficazes, já que o próprio Estado através de aparatos estatais obrigava os particulares a obedecerem a suas decisões, através de coações diretas e indiretas.

Assim, a jurisdição que, historicamente, foi vista como uma figura heroica passou a ser associado à ideia de morosidade e falta de eficiência, não porque decidiam errado o conflito ou por que as decisões não eram respeitadas, mas sim porque os pedidos dos indivíduos sequer eram apreciados em tempo hábil e isso fazia com que grande parte das tutelas se perdessem ao longo do processo, sem que o terceiro jogador, o magistrado, sequer tivesse analisado o pleito.

De certo, com essa sobrecarga do Poder Judiciário, a jurisdição perdeu o lugar de meio singular para resolução de conflitos e passou-se a ser apenas uma das formas de resolver conflitos e buscar a pacificação social (DIDIER JR, 2019), já que a partir desses problemas institucionais ligados à jurisdição, surgiram novas formas de resolver conflitos, os chamados meios alternativos à jurisdição, ou melhor, os meios autocompositivos e heterocompositivos de resolução de conflitos.

Visto que estes, a arbitragem, a mediação e a conciliação não apenas foram alternativas a função jurisdicional, como em alguns pontos se tornaram similares a jurisdição no concerne às resolução de conflitos, tendo características muito semelhantes a esse instrumento, essencialmente a arbitragem, que difere da jurisdição, dentre outras características, principalmente por não envolver a figura do Estado no conflito e as próprias partes elegerem o julgador, o qual observará a legislação que as partes elegeram para resolver aquela questão.

Isto é, esses meios alternativos não somente ganharam espaço em relação a jurisdição, porque se detém a fazer exatamente o que esta faz, pacificar, como se mostraram mais eficientes, céleres e justas para as partes, que qualquer medida estatal poderia proporcionar (TOALDO, 2021).

Sendo certo, que alguns destes meios alternativos ganharam certo estrelismo em relação aos demais em determinadas searas vivenciais, no âmbito empresarial a arbitragem passou a ser adotada como forma mais eficiente de resolver conflitos entre as partes, já que o procedimento arbitral é aquele que mais se parece com a jurisdição (PACE, 2021) e guarda ao mesmo tempo

a garantia de celeridade e efetividade, que infelizmente não mais é possível de se garantir quanto ao procedimento judicial.

Ocorre que, essa semelhança entre aspectos da jurisdição e da arbitragem, acabam trazendo uma falsa sensação de que ambos os procedimentos devem seguir a mesma lógica, diferindo apenas em alguns aspectos, como o sigilo e a investidura o terceiro julgador, que não é a figura do Estado, sendo que infelizmente na prática essa dissociação não é possível, tendo em vista que a autonomia do procedimento arbitral possui limites e pode ser objeto de análise pela jurisdição.

Sendo que o presente trabalho visa investigar justamente essa confusão entre esses meios de resolução de conflito, de modo a demonstrar que apesar da arbitragem ser um meio mais eficaz na pacificação de problemáticas e deter de autonomia, o árbitro deve observar o lastreio histórico decisório da jurisdição ao julgar qualquer temática (CENACHI, 2021), que detenha de um arcabouço significativo de precedentes judiciais prolatados pelos Tribunais Superiores.

Demonstrando que a utilização dos precedentes judiciais vinculantes nos procedimentos arbitrais não implica na violação a autonomia desse meio heterocompositivo, mas sim auxilia na persecução do objetivo comum: a concretização de uma tutela efetiva, célere e justa, em conformidade com os ditames constitucionais vigente, isso porque a arbitragem, assim como a conciliação e a mediação não vieram para se tornar uma “nova jurisdição”, mas sim para auxiliar a função jurisdicional do Estado, evitando um colapso do sistema judicial no Brasil e fazer parte do ordenamento jurídico pátrio.

Sendo que o presente se propõe a demonstrar estritamente como a utilização dos precedentes judiciais prolatados pelos Tribunais Superiores, nas hipóteses vinculantes, nos procedimentos arbitrais tem efeito *erga omnes*, e, que a controvérsia doutrinária acerca da aplicação ou não de decisões judiciais nos procedimentos arbitrais não deveria ser controverso, em razão da máxima constitucional ser lastreada pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Assim, o presente visa especificamente mostrar que a corrente doutrinária que defende a não vinculação do processo decisório do árbitro em relação aos precedentes judiciais

vinculantes não merece prosperar, já que o não uso de decisões em casos análogos apenas é uma medida retardatária, pois qualquer das partes que verificarem decisões conflitantes com ditames constitucionais inafastáveis, não cogitaram em pleitear a anulação da decisão prolatada pelo árbitro recorrendo a inafastabilidade da jurisdição.

Ou seja, desconsiderar a existência de regras supremas que não comportam relativização, como aquelas devidamente autorizadas para os Tribunais Superiores prolatarem, apenas atrasa uma decisão definitiva, pois a sentença arbitral que não observa os ditames constitucionais, certamente, será objeto de revisão e adequação que inevitavelmente ocorrerá, tanto por força do princípio constitucional da inafastabilidade, como pelo fato do ordenamento jurídico ser conciso, coerente e uniforme em relação à Constituição Federal de 1988, que não comporta ambiguidades (CENACHI, 2021).

Sendo certo que para a construção da linha argumentativa crítica no qual se consubstancia o presente, será utilizada apenas uma espécie de metodologia, o levantamento bibliográfico, em que serão utilizados os manuais de Teoria Geral do Processo, Processo Civil e Constitucional para analisar, de modo analítico os institutos jurídicos envolvidos e artigos científicos, trabalhos de conclusões de graduação, pós-graduação, mestrado e doutorado para fundamentar o ponto de vista defendido.

2. UM BREVE HISTÓRICO: POSITIVAÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Conquanto, antes de adentrar propriamente na controvérsia o qual o presente irá realizar um estudo detido, é importante analisar a arbitragem como um instituto jurídico, do ponto de vista analítico e crítico. Assim, é imprescindível analisar as bases, os elementos e os aspectos inerentes à arbitragem e o procedimento arbitral.

De plano, tem-se que a arbitragem, como devidamente elucidado acima, nasceu com outros dois meios de resolução de conflito (mediação e conciliação) como uma forma alternativa a jurisdição. Na realidade brasileira esse instrumento alternativo foi positivado pela primeira vez ainda no período imperial na Carta Magna de 1924, segundo o Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor José Delgado:

Em ambiente puramente brasileiro, a arbitragem surgiu, pela primeira vez, na Constituição do Império, de 22/03/1824, em seu art. 160, ao estabelecer que as partes

podiam nomear juizes-árbitros para solucionar litígios cíveis e que suas decisões seriam executadas sem recurso, se as partes, no particular, assim, convencionassem. (DELGADO, 2022, p. 6)

A literalidade do dispositivo constitucional mencionado era a seguinte: “*Nas causas cíveis e penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes*” (BRASIL, 1824), permitindo que a partir da leitura do dispositivo, a arbitragem estava devidamente autorizada no país.

Fato que fez com que, posteriormente, diversos normativos infralegais fizessem a regulamentação dessa disposição, como os Códigos de Direito Comercial Brasileiro de 1831, 1837 e 1850, que, ironicamente, instituíram a compulsoriedade da arbitragem nas relações comerciais, em que se utilizou do argumento de que as relações fortemente marcadas pela autonomia da vontade das partes também deveriam ser resolvidas, em casos de conflitos, por uma decisão autônoma e não do estado (DELGADO, 2022).

Posição esta que não perdurou por muito tempo, uma vez que com a edição da Lei n.º 1.350, houve uma reviravolta o entendimento imperial sobre o caráter prioritário da arbitragem em relação à jurisdição, em que o governo imperial voltou atrás e reconheceu o *status* voluntário do juízo arbitral e não vinculante, isto é, malgrado ou não, a arbitragem chegou no Brasil com o pé direito, tendo efeito vinculante em um primeiro momento.

Outrossim, com apogeu da República essa centralidade da arbitragem foi esvaziada, já que com uma breve análise do conteúdo da Constituição da República de 1891 (BRASIL, 1891) não havia se qualquer referência em relação aos meios autocompositivos, no que concerne a sua aplicação nas relações privadas, tão somente às questões diplomáticas envolvendo Estados em conflitos a nível internacional, conforme evidencia o Professor José Delgado que cita:

A CF de 24 de fevereiro de 1895, a primeira Carta Republicana, não cuidou de homenagear a arbitragem entre pessoas privadas. É certo que não deixou de incentivar a sua prática como forma útil para pacificar conflito com outros Estados soberanos. (DELGADO, 2022, p. 8)

Ficando nítido que a Lei Soberana restou silente sobre a aplicação do procedimento arbitral, sendo omissa em estabelecer mesmo que minimamente a importância dos meios alternativos, deixando margem para que a jurisdição retomasse seu papel como principal e único

meio de pacificação social positivado em nível constitucional, uma vez que a arbitragem apenas passou a ter previsão legal, no âmbito do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916).

A retomada da matéria arbitral a nível constitucional demorou cerca de 43 anos, uma vez que o procedimento arbitral apenas retornou ao texto constitucional na Carta Magna de 1934 (BRASIL, 1934), que elencou em seu art. 5º, XIX, c), as matérias que deveriam ser de competência da União, *in verbis*:

Art. 5º - Compete privativamente à União:

XIX - legislar sobre:

c) normas fundamentais do direito rural, do regime penitenciário, da **arbitragem comercial**, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo; (BRASIL, 1934)

Detendo-se a prever apenas a existência da matéria e quem seria competente para editá-la, isto é, uma norma de eficácia limitada que dependia da atuação regulamentadora do legislador (SARLET, 2020), o que nunca veio acontecer, sobretudo porque até a revogação dessa Constituição, não houve nenhuma Lei em sentido estrito que tratasse do procedimento arbitral, das competências do árbitro e das hipóteses de aplicação da própria arbitragem, apenas o Código de Processo Civil de 1939 (BRASIL, 1939) que instituiu um regramento básico sobre (GADELHA, 2013).

Essa aplicação/utilização da arbitragem em alternativa ao processo judicial era tão fraca que a Constituição de 1946 (BRASIL, 1946) tratou, literalmente, de evidenciar a importância da jurisdição frente aos demais meios alternativos e passou a prever o Princípio do Monopólio da Jurisdição (art. 141, § 4º), o qual se consubstancia na ideia de que nenhuma ameaça ou lesão a direito poderá “fugir” da tutela jurisdicional, isto é, toda e qualquer decisão poderá ser revista em nível jurisdicional.

Para além, nas leis fundamentais posteriores de 1967 e 1969 não houve nenhuma inovação concernente à arbitragem, as disposições eram as mesmas previstas na Constituição de 1946, inclusive sobre hipervalorização da jurisdição, uma vez que o Estado, à época, vivia um regime militar que concentrava todas as decisões na mão do Estado, inclusive as que envolviam conflitos.

Adiante, a arbitragem passou a ser prevista, de forma inovadora, apenas no ano de 1988 com a promulgação da Constituição Cidadã (SARLET, 2020), que no seu preâmbulo se comprometeu na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias, o que só é possível com a utilização dos meios autocompositivos, já que a jurisdição por ser meio de heterocomposição, pressupõe que haja uma pretensão resistida que é antônimo da solução consensual.

Além de mencionar no seu art. 4º, §9º, bem como no art. 114, § 1º, sobre o procedimento arbitral e a possibilidade de sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro, conquanto a matéria após alguns anos passou a ser regulamentada integralmente pela Lei nº 9.307 de 1996, que instituiu um marco legal da arbitragem, um verdadeiro regramento próprio desse meio autocompositivo que concedeu seriedade ao procedimento, que será estudado adiante.

Ademais, reforçando esse reconhecimento legislativo da arbitragem, o Código de Processo de 2015 tratou especialmente dos meios compositivos, de modo geral, incentivando a adoção não só da arbitragem, com a mediação e conciliação, como meios mais efetivos e que deveriam ser incentivados pelo poder judiciário como um todo (GADELHA, 2013), *in verbis*:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, 2015)

O que fez com que cada mais houvesse uma relação próxima entre a jurisdição e os meios autocompositivos, o qual será defendida no presente, uma vez que a arbitragem não pode ser vista como uma nova forma de jurisdição que está fora da estrutura de ordem e hierarquia do sistema jurídico brasileiro

Mas sim que esta serve a jurisdição como mecanismo alternativo, que pode ser escolhido pelas partes em relação aos seus direitos disponíveis, o que não quer dizer que essa detenha de força suficiente para se desvincular de toda lógica-jurídica, inclusive quanto a não observância de precedentes judiciais vinculantes, que são mandamentos constitucionais *erga omnes*.

3. ARBITRAGEM

Seguindo adiante, ao tratar do instituto jurídico propriamente dito é importante entender seu conceito, elementos e aspectos à luz do ordenamento jurídico pátrio e no plano internacional, para que se possa onde se situa a arbitragem dentro da ordem jurídica vigente e suas características elementares.

De plano, é primordial salientar que a arbitragem se situa entre os meios alternativos de resolução de conflito, isto é, se comporta como um elemento que serve como mecanismo alternativo à jurisdição estatal (DIDIER JR, 2019), logo, poder ser entendida como sendo uma forma de resolução de conflito, em que as partes buscam terceira pessoa, de sua confiança para solucionar um litígio decorrente das relações celebradas entre si, que tratam de direitos disponíveis. Nas palavras do doutrinador Alvim (ALVIM, 2018, p. 99) é:

[...] também uma forma de se compor conflitos mediante um processo, só que a cargo de particulares, a quem o Estado outorga o poder de emitir sentença com a mesma eficácia das sentenças proferidas por seus próprios juizes. Neste sentido, e facultado às pessoas capazes de contratar se valerem dessa instituição para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Assim, a arbitragem na visão do Alvim seria uma forma de resolução dos conflitos não tão alternativa assim, já que em que pese ser obtida numa outra vertente, é também processual e jurisdicional, ficando apenas fora da esfera estatal.

3.1. NATUREZA JURÍDICA

Conceituação esta que faz com que se entre na seara de discussão do objeto do presente trabalho, tendo em vista que existe uma discussão quanto à sua natureza jurídica deste instituto, o qual influi diretamente na vinculação desse instituto à jurisdição, a controvérsia sobre a natureza da arbitragem se divide em duas correntes, a contratual e a publicista.

Enquanto, a corrente denominada privatista/contratual, que a arbitragem possui tão somente natureza jurídica de negócio jurídico, no qual a autonomia decisória seria apenas uma extensão do acordo entre as partes, tal como a eleição de um terceiro julgador seria uma liberalidade contratual (CAHALI, 2012).

Em suma, essa corrente defende que a arbitragem não seria jurisdição pelos seguintes motivos:

- 1) Esta é forma de manifestação da autonomia de vontade, que a liberalidade em nomeação do árbitro, um terceiro sem investidura de imparcialidade, implicaria na renúncia à jurisdição;
- 2) A jurisdição só pode ser exercida por pessoa investida na autoridade de juiz, ingressando ou por concurso (art. 93, I, CRFB) ou pelo quinto ou, para o STF, por indicação do Presidente e aval do Senado, o que não é o caso do árbitro que é nomeado por liberalidade das partes;
- 3) a garantia mais importante da jurisdição é o juiz natural, no qual só é assegurada quando há imparcialidade do julgador e pela definição por regra prévia e geral de quem irá julgar o caso, o que não ocorre na arbitragem, uma vez que a escolha do arbitro ocorre depois do fato;
- 4) o árbitro não pode executar suas decisões, logo sua atuação nem de longe goza da coerção inerente à jurisdição; e
- 5) A validade das decisões arbitrais pode ser controlada pelo Poder Judiciário, o que não ocorre com a jurisdição que não reavaliada por nenhuma outra estrutura.

Já a corrente publicista defende que a arbitragem é uma nova forma de jurisdição, que tem regramento próprio e autonomia em relação à jurisdição estatal, o qual não estaria vinculada e nem faria parte dos efeitos da jurisdição, conforme ensina o doutrinador Nelson Nery Jr.

[...] A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existia entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título executivo judicial (CPC, 584, III), não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal. A execução da sentença arbitral é aparelhada por título judicial, sendo passível de embargos do devedor com fundamento no CPC 741 (título judicial), segundo artigo 33, § 3º da lei nº 9.307/96[...]

Ou seja, na visão publicista a arbitragem seria uma forma de exercício da verdadeira jurisdição, exercida por pessoas aos quais o Estado reconhece uma parcela do seu poder, cujas decisões este chancela com o selo de sua autoridade, concedendo a mesma eficácia que as decisões judiciais possuem.

Fredier Didier Jr. é adepto a essa corrente e rebate cada argumento utilizado por Cahali (DIDIER JR. 2019), veja:

- 1) ao escolher a arbitragem, o jurisdicionado renuncia à jurisdição do Estado, mas não à jurisdição como um todo (até porque arbitragem é jurisdição). O Estado autoriza, em várias hipóteses, o exercício da jurisdição por juízes privados, a exemplo do art. 114, §§ 1º e 2º, CRFB. Além disso, não há renúncia às garantias processuais básicas, pois o árbitro deverá respeitá-las;
- 2) o ordenamento jurídico admite exercício da jurisdição por órgãos diferentes do Poder Judiciário, a exemplo do art. 52, I, CRFB, que atribui função jurisdicional ao Legislativo;
- 3) a arbitragem também assegura um árbitro imparcial (art. 21, §2º, Lei n. 9.307/96), bem como sua competência é delimitada por convenção de arbitragem que, como norma jurídica negocial, é a lei prévia exigida para garantir o juiz natural;
- 4) o fato de não poder executar suas decisões é questão de incompetência e não falta de jurisdição como ocorre com a execução penal, em que o juiz da execução não é o mesmo que proferiu a sentença condenatória (art. 65, Lei n. 7.210/84); e
- 5) a possibilidade de controle de validade de suas decisões é uma questão de distribuição de competência funcional: um órgão decide, outro controla a validade, como já ocorre com a competência recursal e a competência para processar e julgar rescisórias.

Deste modo, apesar do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2018) ter se posicionado a favor da corrente publicista, que defende a natureza de jurisdição que possui autonomia à arbitragem, considera-se essa visão uma tanto deturbada e passível de reanálise, uma vez que considerar esta uma alternativa mais ágil e eficaz para resolver os conflitos, não implica em nomear a arbitragem como uma “nova jurisdição”.

Apesar da semelhança à jurisdição estatal e da permissiva implícita dada pelo Estado para que ocorressem esses procedimentos alternativos, isso não poder ser interpretado como uma forma substitutiva e de grau insubordinável, tendo em vista que mesmo que a corrente publicista seja vista como correta.

A arbitragem como “jurisdição” não está fora da ordem jurídica vigente, esta nova forma de jurisdição exercida por particulares não foge da estrutura normativa que todo e qualquer procedimento deve seguir, inclusive sua subordinação aos preceitos constitucionais independentemente de as partes terem elegido a Constituição Federal ou não.

Isso porque, se for considerar que o árbitro, embora não tenha poder jurisdicional originário da Constituição Federal, exerce a função jurisdicional, por força de um poder de decisão atribuído pelas partes e chancelado pela lei, como ocorre na arbitragem, é inevitável que este deva obediência ao modelo constitucional vigente, sob pena dessa função pública concedida ser anulada por não estar compatível com os ditames vinculativos inerentes a qualquer função jurisdicional.

3.2. OS ELEMENTOS E CARACTERÍSTICAS

Outrossim, partindo-se destes elementos basilares para o tratamento desse instituto dentro do ordenamento jurídico, tem-se que este possui previsão tanto na Lei de Arbitragem (Lei nº 9307/1996), quanto no Código de Processo Civil vigente (BRASIL, 2015), em suma, Fredie Didier Jr. separa as disposições desses normativos e conclui que no Brasil a arbitragem tem determinadas características (DIDIER JR, 2019, p. 172).

A primeira delas é o fato de que a arbitragem é produto da convenção de arbitragem, negócio jurídico escrito que possui duas espécies (art. 3º da Lei nº 9307/1996): i) Cláusula compromissória que é uma convenção de arbitragem, em que se decide que conflitos futuros relativos a determinado negócio deverão ser resolvidos por árbitro; ou ii) o Compromisso arbitral que é uma convenção de arbitragem que se refere a um conflito específico, determinado. Sendo que em ambos, as partes precisam decidir que aquele conflito específico será resolvido por arbitragem.

A segunda é que o terceiro julgado que proferirá a decisão resolutiva do conflito é eleito pelas partes envolvidas (art. 13 da Lei nº 9307/1996), logo, a escolha do árbitro é livremente das partes, que poderão eleger alguém de confiança para resolver o litígio, que não é necessariamente alguém que seja imparcial, mas que consiga resolver de forma justa o conflito

ou que detenha de conhecimento suficiente para estabelecer um provimento adequado (DIDIER JR, 2019).

A terceira é o fato de que as partes são as responsáveis por escolherem as regras que serão aplicadas ao procedimento arbitral, sendo que o art. 2º da Lei nº 9307/1996 preconiza que a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública, isto é, desde que as regras aplicáveis e escolhidas não impliquem na desobediência ou violação do regramento social e público.

A quarta é em relação a independência do juízo arbitral, em que o mesmo (DIDIER JR, 2019) ensina que a arbitragem é independente em relação ao poder judiciário, tanto é que o próprio art. 31 da Lei nº 9307/1996 ensina que “*a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo*”, ou seja, a sentença arbitral forma título executivo judicial, mesmo sem a homologação judicial, o que parece generalização realizada pelo professor Didier, tendo em vista que o fato de não haver uma reanálise por um órgão jurisdicional estatal não dá o status de independência a esse instituto.

Até porque se existe essa independência, a natureza jurídica de jurisdição dada à arbitragem pela doutrina majoritária e pelo Superior Tribunal de Justiça, não faz com que esta não esteja subordinada a estrutura sistêmica no qual se estrutura o ordenamento jurídico brasileiro, o que não cabe qualquer arguição no sentido de inaplicabilidade, isto porque ou a arbitragem é jurisdição e se comporta como tal ou é negócio jurídico que também se submete aos ditames constitucionais, não há saída.

A quinta característica é que os árbitros possuem requisitos para sua investidura, estes devem ser necessariamente pessoas naturais e capazes (art. 13), de modo que seja possível transferir a estas figuras uma parcela do poder estatal de julgar, sendo que decorre dessa parcela de poder a equiparação desse grupo como servidores públicos para fins penais, bem como se lhes aplicam as hipóteses de impedimento e suspeição dos juízes que exercem a função jurisdicional estatal (art. 14 da Lei nº 9307/1996).

3.3. APLICAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO

Já a sexta e última característica ensinada por Didier Jr. (DIDIER JR, 2019) é estritamente ligada a temática do presente trabalho, o professor preconiza que a arbitragem não apenas é aplicável aos particulares, como é extensível ao próprio Estado quando esta-se-á tratando de direitos disponíveis, conforme preconiza o art. 1º da Lei nº 9307/1996, *in verbis*:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

Sendo que o art. 2º, § 3º, do referido normativo ainda dispõe: *A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade*. Logo, entende-se que a arbitragem envolvendo a administração pública não pode ser sigilosa, em razão da necessidade de observância ao princípio da publicidade.

Tal como, por lógica e respeito ao regime jurídico administrativo, o procedimento arbitral também teria que considerar o princípio da legalidade, o que afastaria a possibilidade julgamento por equidade (DIDIER JR, 2019), o que não faz nenhum sentido, pois como demonstrado anteriormente o professor Didier faz parte da doutrina que considera a arbitragem como uma nova jurisdição, que é independente em relação à jurisdição estatal e sua lógica de obediências as normas postas.

Ora, se a arbitragem é independente em relação à jurisdição e o ordenamento jurídico que a lastreia, por que quando esta-se-á tratando da figura do Estado, a própria lei da arbitragem flexibiliza o seu “regramento independente” e respeita o regime jurídico administrativo?

Entretanto, quando fala-se em respeito aos precedente judiciais vinculantes, que possuem *status* de fontes formais de direito e decorrem de mandamento constitucional, o árbitro não deve obediência e nem observância a esses preceitos?

Tendo em vista a doutrina majoritária defende (CENACHI, 2021) a não vinculação desse julgador eleito em relação as decisões do Supremo Tribunal Federal em ações do controle concentrado e as súmulas vinculantes, nos procedimentos arbitrais que serão julgados.

Tal como são se sustenta a defesa que de a flexibilização para o regime jurídico se dá pelo fato do mesmo ser fundado da supremacia do interesse público, um princípio de ordem constitucional implícita, já que a obediência aos precedentes judiciais vinculantes também decorre de uma norma constitucional que estabelece as competências do Supremo Tribunal Federal (FUX, 2020).

3.4. OS ELEMENTOS DIFERENCIADORES EM RELAÇÃO À JURISDIÇÃO ESTATAL

Outrossim, elencadas características essenciais da arbitragem é importante entender a relação de antinomia entre esta e a jurisdição estatal, uma vez que esses dois institutos são objeto do presente trabalho e precisam ser melhor investigados e correlacionados, para isso serão utilizados os ensinamentos do professores Fred Didier Jr. (DIDIER JR, 2019) e Humberto Theodoro Jr. (THEODORO JR, 2002). Basicamente, ao mesclar o ensinamento desses autores, infere-se que existem principais diferenças entre a arbitragem e jurisdição estatal que devem ser observadas no presente estudo.

A primeira diz respeito ao conteúdo material do procedimento, enquanto na jurisdição estatal, existem regras duras e inflexíveis que lastreiam o procedimento jurisdicional, no procedimento arbitral as regras são maleáveis e flexíveis, tanto é que as partes na arbitragem podem escolher o julgador e até o direito que será aplicável ao caso concreto, enquanto no processo judicial as partes apenas seguem um regramento posto.

A segunda é relativa à atuação do terceiro julgador, tendo em vista a função do árbitro comporta mais riscos que a de um juiz togado, já que o árbitro deve seguir os preceitos postos pelas partes, devendo a estas o dever de lealdade quanto às vontades envolvidas, já a jurisdição estatal guardaria maior restrição à figura do juiz, que não corre risco algum se não atender aos anseios das partes. Haja vista que é pacífico o entendimento de que o grau de vinculação do árbitro à convenção de arbitragem é maior que o grau de vinculação do juiz ao processo (DIDIER JR., 2019)

Ato seguinte, o terceiro seria relativo ao grau de flexibilidade procedimental, em que a arbitragem gozaria de maior maleabilidade que a jurisdição estatal, já que se trata de uma

espécie de “jurisdição” alternativa, que visa uma tutela célere e efetiva, independentemente do rito processual que fora adotado para alcançá-la.

Enquanto, na arbitragem há uma hipervalorização da matéria sobre a forma, a jurisdição se mostra extremamente contrária, em que assegura muito o rigor do rito e nem tanto a concessão de uma tutela satisfativa.

Conquanto, a quinta diferença recairia na existência de subordinação das partes ao terceiro julgador, tendo em vista que enquanto na relação jurídica processual, a sujeição das partes ao juiz é obrigatória, no âmbito da arbitragem essa sujeição é relativa já que as próprias partes elegem o que os julgadores irão seguir, sendo a desobediência a esse preceito passível de declaração de nulidade da sentença arbitral.

Para além, a sexta diferença seria atinente ao interesse perseguido por ambas, enquanto a jurisdição visa alcançar o interesse público, de modo a salvaguardar os direitos coletivos dos seus jurisdicionados, o interesse em jogo na arbitragem tem caráter exclusivamente privado, já que esse meio alternativo serve a interesses particulares, que elegem e fazem acontecer o procedimento arbitral.

Por fim, a última seria em relação à publicidade de ambas, sendo que a jurisdição estatal é marcada amplamente por seu caráter público e de transparência, por ser de interesse público a consecução da justiça, sendo que o sigilo é considerado uma exceção.

Diferentemente, na arbitragem o dever de sigilo é a regra, já que o procedimento arbitral serve aos interesses privados, que poderão ou não ser publicizáveis, uma vez que as partes são quem decidem se o litígio será ou não de conhecimento geral da sociedade, já que as relações privadas não guardam relação com os deveres de publicidade e transparência.

Sendo importante destacar nesse sentido que essa regra de sigilo da arbitragem somente é máxima quando envolver interesses puramente privados, visto que a Administração Pública estiver envolvida, esse caráter sigiloso do procedimento é afastado e mitigado, por força do princípio da publicidade (art. 37 da CFRB/88), que rege o regime jurídico administrativo.

4. PRECEDENTES JUDICIAIS COMO FONTE FORMAL DO DIREITO BRASILEIRO

Sendo certo, que na realidade brasileira é pacificado o entendimento que o ordenamento jurídico brasileiro não é apenas caracterizado pelo regime *civil law*, como guarda resquícios acentuados do regime *comum law*, que é marcado sobretudo pela descentralização dos normativos e utilização de precedentes judiciais como fontes primárias de direito (SARLET, 2020).

Isso porque, essa influência da *comum law* foi tão latente e verificável com a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que a discussão sobre o caráter híbrido do ordenamento jurídico brasileiro caiu por terra, já que essa mudança constitucional marcou o pontapé inicial rumo a construção de um sistema conciso de precedentes judiciais, que passaram a ter efeitos *erga omnes*, assim como ocorre em sistemas integralmente *comum law*, como nos EUA.

Sendo que essa prerrogativa ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal, que passou a adotar uma posição de legislador negativo (MENDES, 2020) que ao julgar decisões definitivas de mérito em ações de controle de constitucionalidade e assuntos de extrema importância que resultem em súmulas vinculantes, estaria legislando e instituindo normas atípicas que deteriam dos mesmos efeitos vinculantes das demais normas do ordenamento jurídico.

Logo, se tratasse de assuntos atinentes e aplicáveis aos procedimentos arbitrais deveriam ser obrigatoriamente observados e aplicados pelos árbitros (FUX, 2021), pois esses provimentos não são apenas decisões que subordinam apenas à jurisdição estatal, mas toda e qualquer forma de jurisdição que está dentro da estrutura do sistema jurídico brasileiro, que não apenas comporta codificações como fontes primárias, mas também decisões judiciais do Tribunal Constitucional do país.

Conforme ensina, o Ministro Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2016) ao determinar que o Código de Processo Civil de 2015 (art. 988) passou a prever o sistema de precedentes que possui diferentes naturezas, o professor defende que existem decisões que possuem eficácia normativa, puramente persuasiva e intermediária.

As decisões de caráter puramente persuasiva seriam aquelas que possuem efeitos restrito "*inter partes*", que apenas produzem efeitos restritos às partes e que servem para influenciar o livre convencimento dos juízes de graus inferiores, em determinar os motivos da decisão. Já as

decisões de natureza normativa seriam exatamente essas normas que têm caráter *erga omnes*, oponíveis inclusive a todas as instâncias decisórias, jurisdicionais ou administrativas.

Por fim, as decisões de caráter intermediário, segundo ele (BARROSO, 2016) seriam aqueles precedentes que são recomendados a serem utilizados, porque advêm de julgamentos de órgãos especiais que possuem amplo reconhecimento, mas não possuem obrigatoriedade em seguir os moldes.

Assim, considerando que a arbitragem é uma forma de jurisdição (DIDIER JR, 2019) que não está dissociada do ordenamento jurídico brasileiro, em tese o procedimento arbitral estaria vinculado aos precedentes judiciais normativos, julgados pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, 1, CF) que deteriam de efeitos *erga omnes*, seja em razão da positivação constitucional que já basta para obrigar a vinculação desse terceiro julgador, como a própria previsão do CPC/15, que reconhece esses precedentes como institutos dotados de caráter vinculante de igual valor a uma norma legal, que é fonte imediata e direta do direito.

5. O DESRESPEITO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES

De certo, ficou cristalino que a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 foi fator determinante na ampliação da força normativa das decisões judiciais, como na construção de um arcabouço de precedentes judiciais construído, essencialmente pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do art. 102, §2º e 103-A da Constituição Federal, com a finalidade tornar as decisões mais previsíveis, concedendo aos jurisdicionados (tanto partes do processo como da arbitragem) a segurança jurídica de saber exatamente como será decidido o conflito.

Mitigando, assim, o velho estigma de que o julgador em razão do livre convencimento tudo pode decidir, sem precisar seguir qualquer regramento ou lógica, percebe-se que essa função é não apenas necessária na jurisdição estatal, mas também na própria arbitragem, uma vez que as relações de conflito privadas também devem deter de previsibilidade e segurança jurídica, no momento da resolução.

Sendo que a inobservância desses precedentes judiciais obrigatórios implica na propositura de uma reclamação constitucional, com base no art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal de 1988, já que o desrespeito desses precedentes judiciais que possuem força normativa

(BARROSO, 2016) ensejariam uma reposta do Tribunal Constitucional para manejo da ordem constitucional e o respeito à própria constituição.

Tal como o manejo da reclamação constitucional baseado no art. 988 do CPC/15 forçaria o entendimento de que a arbitragem também obedece a esse regramento e a nova lógica de precedentes judiciais no Brasil, *in verbis*:

Art. 988. (...):

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

Desse modo, um dos argumentos de não vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais perderia força, já que a doutrina que defende a autonomia irrestrita da arbitragem em relação a esses precedentes judiciais parte de dois argumentos centrais, quais sejam i) não seria possível o controle do julgamento do árbitro, isto é, não haveria remédio contra o *error in iudicando*; e ii) os precedentes não seriam fonte de direito, de forma que não poderiam ser considerados de observância obrigatória dos tribunais arbitrais.

Ocorre, como já visto, os precedentes não apenas são considerados fontes de direito devido a influência do regime *comum law*, como o seu desrespeito é passível de manejo de uma ação constitucional – reclamação constitucional – que poderá invalidar o conteúdo da decisão arbitral contrária ao teor da decisão judicial prolatada pelo STF, que se não observada fere a competência do tribunal e se torna passível de cassação (MENDES, 2020).

Outrossim, muito embora, do ponto de vista da efetividade, a medida mais adequada no caso de desrespeito aos precedentes judiciais seja a reclamação constitucional (SARLET, 2020), já que se trata de uma matéria mais constitucional do que propriamente processual, pois a não observância de qualquer julgador/administrador, árbitro ou não, repercute necessariamente em uma violação direta à Constituição Federal de 1988, afinal as decisões do Supremo Tribunal Federal são todas voltadas a salvaguardar a Carta Magna.

A Professora Luiza Cenachi (CENACHI, 2021) defende em sua tese de mestrado pela USP, que a vinculação é dever funcional do árbitro, que deve observar e seguir estritamente todos os precedentes judiciais vinculantes, sob pena de sua decisão ser objeto ação anulatória, em que esta defende o seguinte:

A ação anulatória é o instrumento por excelência de impugnação da sentença arbitral, já que tem aptidão para questionar as modalidades de sentença arbitral (declaratória, constitutiva e condenatória). As partes poderão alegar quaisquer das causas previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem.

Como visto, a sentença arbitral que deixa de aplicar um precedente judicial normativo poder ser objeto de ação anulatória, com fundamento:

i) no Inciso I do art. 32 da Lei de Arbitragem, quando a sentença arbitral for proferida com base em cláusula da convenção de arbitragem que afastar genericamente a aplicação de precedentes judiciais normativos, visto que tal previsão é nula, por ofensa à ordem pública.

ii) no Inciso II do art. 32 da Lei de Arbitragem, quando a sentença arbitral deixa de se manifestar sobre precedente judicial normativo invocado pelas partes, por isso configura carência de fundamentação; e

iii) no Inciso IV do art. 32 da Lei de Arbitragem, quando o árbitro se recusa expressamente a aplicar o precedente judicial normativo ao caso fora das hipóteses de legítima distinção, por desrespeito aos limites da convenção de arbitragem que impõe o direito brasileiro, como norma aplicável ao conflito.

Posição esta que é notadamente voltada para o problema da não vinculação do árbitro, sob um viés mais processual que constitucional, apesar da estudiosa colocar como uma das hipóteses de cabimento da ação anulatória, o desrespeito aos precedentes judiciais que possuem caráter normativo, que são estritamente as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito das ações de controle concentrado e as demandas repetitivas que resultam na edição de súmulas vinculantes.

5.1. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Insta evidencia-se, nesse sentido, que o presente não visa defender que o procedimento arbitral não deve gozar de autonomia e nem deve ser considerado jurisdição, tão pouco defender que a figura do árbitro deve se subordinar ao do juiz, muito pelo contrário, o presente reconhece o papel da arbitragem, tal como dos meios autocompositivos na busca pela pacificação social.

Entretanto, mais que isso reconhece que houve uma mudança no panorama jurídico-constitucional brasileiro (SARLET, 2020), haja vista que a Constituição Federal de 1988 não é mais considerada como uma mera folha de papel, que não vincula e tão é pressuposto de fundamento dos outros normativos, agora a visão constitucional possui força, todo e qualquer regramento, mesmo que regule apenas direitos patrimoniais, deve se atentar aos ditames constitucionais.

Se até o direito a propriedade que antes era estritamente regulada pelo Código Civil, por ser uma matéria exclusivamente de direito privado, passou a se submeter às regras

constitucionais, não é a arbitragem que é uma forma de jurisdição (DIDIER JR, 2019) que será um ponto fora da curva e irá desobedecer a lógica constitucional vigente.

Afinal, o princípio da autonomia tratado no capítulo anterior atinente as características da arbitragem, infelizmente, não se mostram suficiente frente a máxima constitucional de supremacia da Constituição que é rigorosamente defendida pelos maiores juristas já vistos, como o Alemão Hans Kelsen (KELSEN, 2009, p.246) que na Teoria Pura do Direito ensina:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental—pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Como o professor José Afonso da Silva (SILVA, 2002, p.46) que traz à tona o papel central da Constituição no ordenamento jurídico, de modo que esta não comporta qualquer flexibilização, inclusive de institutos jurídicos que retiram sua razão de ser do próprio texto constitucional, veja:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental.

É bem verdade que, nessa toada, que se não fosse a Constituição Cidadã, a responsável por retomar a previsão da arbitragem, em nível constitucional, essa matéria seria tratada como uma mera coadjuvante em nível infraconstitucional, quase esquecida pelas autoridades brasileiras e pelos particulares em geral.

Afinal, como todo e qualquer instituto jurídico, a arbitragem ao ganhar hierarquia de norma constitucional ganhou uma posição privilegiada em relação a qualquer outro meio de resolução de conflito, pois o legislador concedeu a esta a importância de estar no topo do ordenamento jurídico, literalmente na ponta da pirâmide.

Desse modo, verifica-se que essa não deve apenas obediência aos precedentes judiciais porque foram prolatados por Tribunal Superior que, em tese, tem mais conhecimento para julgar acertadamente qualquer caso, mas sim porque o próprio procedimento arbitral encontra sua

razão de ser no texto constitucional, o que não faz sentido contrariar aquele normativo que literalmente o criou.

5.2. ATUAÇÃO DO ÁRBITRO: UMA LEITURA SOBRE A VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Retornando alguns passos atrás, ao elencar as características da arbitragem ficou explicitado que o árbitro é, em regra, eleito pelas partes, mas antes dessa escolha acontecer, essa figura foi escolhida pelo Estado para receber parcela do poder decisório estatal, sendo que este é o único ator social legitimado para julgar litígios, tal como faz um juiz togado e revestido da jurisdição.

Sendo que esse ator é crucial na busca do provimento arbitral justo, adequado e efetivo, tal como o juiz é imprescindível na concessão da tutela efetiva, obedecendo os mesmos regramentos de que estes no momento da decisão, da composição da lide, das oitivas necessárias e da produção de provas (CENACHI, 2021), o que faz com que sua atuação seja semelhante ao do terceiro julgador judicial.

Fazendo com que qualquer tratamento desigual ou tentativa de subordinação entre essas figuras, implique em uma linha tênue de tratamento desigual, por isso, não faz sentido que os juízes não estejam vinculados às decisões superiores, que emanam diretamente do topo do ordenamento jurídico, do fundamento de validade de todas as normas e o árbitro tenha liberalidade para enxergar ou não a Constituição Federal, conforme ensina José Rogério Cruz e Tucci “não tem sentido algum admitir que, de um lado, o juiz estatal encontre-se sujeito à incidência do precedente e, de outro, o árbitro esteja livre para afastar a sua observância. Quando nada, maculado estaria o princípio da isonomia, a desacreditar o juízo arbitral” (TUCCI, 2021, p. 12)

Sem que isso seja visto como uma retomada pela doutrina arbitralista de um efeito colateral considerado indesejado: a chamada “processualização” da arbitragem, que para essa parte de estudiosos não faz sentido, já que a mesma perde sua razão de ser como meio alternativo mais célere e se torne uma jurisdição estatal 2.0.

Outrossim, retornando à figura do árbitro é importante delimitar que a defesa da autonomia da arbitragem em relação aos precedentes judiciais, se dá sobretudo pela doutrina defender que o árbitro seria uma figura soberana no procedimento arbitral, que o juiz mesmo

que em nível constitucional não poderia sobrepor sua função. Não obstante, também pelos seguintes fatores:

1. A inaplicabilidade do CPC/15 à arbitragem, que é regida por lei especial e pela autonomia privada;
2. O fato de a arbitragem ser um desvio autorizado da jurisdição estatal, de modo que não faria sentido impor a observância de precedentes estatais;
3. O fato de os árbitros serem soberanos na análise e aplicação do direito escolhido pelas, conforme citado anteriormente;
4. O fato de o árbitro não ser parte integrante do Poder Judiciário e não estar hierarquicamente sujeito às decisões estatais (autonomia do processo arbitral);
5. O fato de inexistirem mecanismos de controle da sentença arbitral que não observa um precedente judicial, em tese.

Ou seja, o árbitro não poderia ficar vinculado a um entendimento sobre o mérito da lide que não é seu (mas do juiz estatal), valendo destacar que essa vinculação do árbitro ao precedente judicial esvaziaria uma das vantagens da arbitragem, que é a possibilidade de as partes conferirem jurisdição a julgadores técnicos com formação específica na área objeto de discussão, de maneira que se pudesse elevar o grau de especialização do debate (CENACHI, 2021).

Conquanto, Luis Felipe Salomão e Rodrigo Fux (FUX, 2021) ensinam que eventual inobservância dos precedentes judiciais transcende os aspectos funcionais do árbitro e a questão da preservação da autonomia da arbitragem, para uma violação em sentido estrito a ordem pública brasileira, veja:

Apesar de ser relevante a preservação de autonomia da arbitragem, sobretudo tendo em vista a impossibilidade de revisão judicial do mérito da decisão arbitral, a negativa de aplicação do precedente vinculante, além de violar os limites impostos pela cláusula compromissória e/ou do compromisso arbitral que elegera o direito brasileiro, também atenta contra a ordem pública brasileira, núcleo duro do Estado de Direito

Já que a figura do árbitro se recusa a obedecer às ordens emanadas de outra espécie de jurisdição, mesmo que esse arcabouço seja justo e efetivo, essa corrente de resistência não

defende ou enxerga que o dever de observância dos precedentes judiciais não decorre de uma suposta aplicação do CPC/15 à arbitragem.

Mas da observância obrigatória do quadro de fontes de direito brasileiras e da sujeição do processo arbitral às garantias constitucionais – previstas na própria Lei de Arbitragem – em especial ao dever de fundamentação o qual é diretamente atinente à figura do terceiro julgador, o árbitro. (CENACHI, 2021).

Isto é, o fundamento para respaldar o dever de observância dos precedentes judiciais é ponto de vista sistêmico, decorrente da vinculação do árbitro às fontes normativas de direito brasileiras e do ponto de vista privatista, decorre da legítima expectativa das partes de que o árbitro julgará conforme o previsto na convenção de arbitragem (isto é, conforme o direito).

Á título exemplificativo para evidenciar que a problemática da vinculação está na atuação do árbitro irá se utilizar uma decisão judicial qualquer, como a tese estabelecida pelo STJ no tema repetitivo nº 970, que expressa a ideia de os contratos de compra e venda de imóvel em construção, havendo atraso na entrega do imóvel, não se admite a cumulação da cláusula penal moratória fixada em valor equivalente ao locativo com lucros cessantes, por implicar *bis in idem* de pagamento indenizatório.

Logo, apesar do caso elucidado se tratar de um precedente judicial de um Tribunal Superior, este não possui caráter normativo propriamente dito, o que não vincula o árbitro a seguir a mesma linha decisória do Superior Tribunal de Justiça – STJ, contrariamente, ocorre se o Supremo Tribunal Federal julgar e declarar, em sede Ação Direta Inconstitucionalidade, que determinado normativo que versa sobre a função social da propriedade privada é inconstitucional, neste caso o árbitro não pode simplesmente ignorar este precedente judicial.

Entender que o árbitro teria tanta autonomia, ao ponto de não seguir um entendimento do Supremo Tribunal Federal em ações que evidenciam a vontade do constituinte originário, é compreender e defender que existe um julgador isento de seguir a Constituição, baseado na autonomia irrestrita da arbitragem.

A corrente que defende a não vinculação da figura do árbitro ao sistema de precedentes judiciais vinculantes no Brasil, não compreende a natureza integrada do sistema jurídico

brasileiro (SARLET, 2020), uma vez que não existe instituto jurídico capaz de afastar os elementos vinculantes da jurisdição, por exemplo, o próprio árbitro é uma figura que segue à risca as hipóteses de impedimento e suspeição previstos no Código de Processo Civil de 2015.

Sendo que essas hipóteses nada mais são que situações de violação ao princípio da imparcialidade, logo a atuação do árbitro não está apartada das regras e princípios jurisdicionais, muito pelo contrário, essa figura mesmo sem querer, segue obedecendo normativos que fazem parte da lógica jurídica vigente.

Outro exemplo de é atuação do árbitro em situação de subordinação à lógica jurisdicional é nos conflitos oriundos de contratos internacionais, em que o mesmo deverá levar em consideração todos os direitos internos sobre direito internacional que tenham ligação relevante com a lide (RECHSTEINER, 2001), devendo realizar a compatibilização transnacional, tal como faz um Juiz Estatal.

Isto é, o árbitro no âmbito desses contratos segue exatamente uma gama de precedentes judiciais persuasivos, que nem detém de carga normativa, os quais simplesmente recomendam e decidem sobre a ordem de aplicação do direito interno em relação ao direito internacional, como o do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *in verbis*:

Agravo interno na apelação cível. Ação de cobrança. Sub-rogação legal decorrente de contrato de seguro. Utilização automática, *ex vi legis*. Aplicação do artigo 786 do Código Civil e da Súmula 188 do STF. Transporte aéreo nacional. Avaria de carga. Sentença que julgou procedente o pedido e condenou a parte ré a pagar à autora a quantia de R\$ 23.932,27 (vinte e três mil novecentos e trinta e dois reais e vinte e sete centavos). Decisão monocrática que negou provimento ao recurso da ré. Agravo interno interposto pela parte ré, repisando os mesmos argumentos do recurso originário. Pretensão que não merece prosperar. Tomadora que deve ser considerada destinatária final do serviço. Incidência das normas do CDC. Responsabilidade civil objetiva da concessionária de serviços públicos, que deve responder pelos riscos do empreendimento. Suposta dispensa do direito de regresso que jamais poderia ser oposta à seguradora, porque tal cláusula jamais fora por ela assumida, e não consta da apólice de seguro, como arditosamente afirmado em sede recursal, e também porque os elementos de configuração do dever sucessivo de indenizar decorrem da lei. Valor indenizatório por danos emergentes devidamente comprovados nos autos. Impossibilidade de tarifação, considerada a supremacia do estatuto consumerista sobre as convenções internacionais que versam sobre o transporte aéreo. Juros moratórios legais desde a citação. Recorrente que não traz argumentos suficientes para alterar a decisão agravada. Improvimento do agravo interno.

TJ-RJ - APL: 02171665820208190001, Relator: Des(a). CELSO LUIZ DE MATOS PERES, Data de Julgamento: 06/04/2022, DÉCIMA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/04/2022

Deste modo, é possível observar que essas figuras apenas se recusam a serem subordinados aos órgãos de jurisdição estatal, porque existe uma falsa concepção de que a arbitragem e a atuação dos árbitros estão desvinculadas da estrutura do ordenamento jurídico, inclusive quanto aos precedentes judiciais de observância obrigatória.

Ademais, o estigma de que o desrespeito a esses precedentes judiciais vinculantes não implica em qualquer sanção ao árbitro que deixar de respeitá-las, sendo que é de notório saber que a inobservância, conforme dito anteriormente, implica na nulidade da sentença arbitral que deixou de seguir os preceitos judiciais normativos, em razão deste ser considerada uma violação à ordem pública, nos termos do art. 2º, §1º, da Lei de Arbitragem, tal como dá possibilidade propositura de reclamação constitucional ou ação anulatória.

Haja vista que pelo rigor da literalidade do art. 32 da Lei de Arbitragem, a sentença arbitral é nula quando:

1. se reconhece nula a convenção de arbitragem;
2. se a sentença tiver sido proferida por quem não podia ser árbitro;
3. a sentença não tiver os requisitos obrigatórios previstos no art. 26;
4. a sentença for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
5. a sentença for proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
6. a sentença for proferida fora do prazo; e
7. forem desrespeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, tal como à ordem pública quando envolver a administração pública.

Restando nítido que este rol deve ser interpretado de forma extensiva e teleológica, já que trata de um instituto tão aberto e abstrato que é a ordem pública, a qual abarca não apenas uma visão “integrativa à luz da Constituição”, como também a obediência a outros normativos que também esbarram na ideia de ordem pública destinadas à administração e os particulares no geral.

Ocorre que nem todos enxergam esse rol como meramente exemplificativo, o Professor Ricardo Ramalho de Almeida (ALMEIDA, 2014) defende que essa ideia de violação a ordem pública como fundamento da ação anulatória, que visa obstar os efeitos de uma sentença arbitral que se recusou a observar precedente judicial vinculante, não é suficiente.

Tendo em vista que a Lei é clara em conceder essa obrigatoriedade de observância apenas nos casos em que a administração pública esteja envolvida e que essa omissão aos particulares foi realizada de propósito, para que não tornasse esse conceito “ordem pública” como fundamento para recorrer ao poder judiciário sempre que a sentença arbitral seja ruim para uma das partes, veja (ALMEIDA, 2014, p. 1991: *“deixar uma porta aberta de tão amplas possibilidades como a ordem pública, com o receio de que virtualmente todos os inconformismos viessem a desaguar no Poder Judiciário, sob a roupagem vaga e multiforme de ‘ofensa à ordem pública’.”*)

5.3. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Entretanto, o que o Professor Ricardo Almeida, grande nome na defesa da arbitragem como meio heterocompositivo autônomo, esquece é que a jurisdição estatal é um pilar do Estado Democrático de Direito, que prevê o princípio da inafastabilidade da jurisdição como cláusula pétrea.

O *per se* não permitiria que qualquer outro mecanismo viesse a mitigar essa máxima, nem mesmo os meios alternativos à jurisdição, posto que a inafastabilidade seria uma garantia dada ao cidadão como titular de direitos e garantias fundamentais, disponíveis ou não, de que nunca se permitiria qualquer abuso ou lesão a àqueles, sem que o Poder Judiciário pudesse auxiliar.

Ou seja, afirmar que o legislador foi omissivo em não prever a ordem pública como hipótese de nulidade nas relações entre particulares, simplesmente porque se corria o risco de haver uma recorribilidade exacerbada ao poder judiciário, não deveria sequer ser levantado. O fato da arbitragem, conciliação e mediação auxiliarem na persecução da justiça e pacificação social, não dá a estes a permissiva de mitigar máximas postas pelo legislador constituinte.

Ora, não se pode outorgar uma “carta branca” para que os árbitros deixem de aplicar elementos que emanam diretamente da Constituição Federal, porque querem realizar a manutenção da autonomia da arbitragem. Sendo importante lembrar nesse sentido, que nos primórdios a ausência desse princípio dava lugar a inúmeras situações de desamparo ante o homem comum.

Pois grande parte das contendas sociais eram resolvidas entre os próprios indivíduos, relevando o papel do Poder Judiciário a segundo plano para a resolução dos conflitos existentes (FILHO, 2020), sendo que essas resoluções privadas apartadas de qualquer lógica pública geravam episódios de injustiça, o que fez com que os mecanismos informais de resolução dos embates fizessem cada vez mais vítimas.

Dessa sorte, fica cristalino que essa ideia de desrespeitos aos precedentes judiciais vinculantes pela natureza autonômica da arbitragem e do árbitro, que traz o pensamento de que esse terceiro julgador não está vinculado, porque a ordem pública não é um preceito a ser observado e nenhum outro fator obrigaria o árbitro a respeitar a Constituição, é de uma visão não compatível com a ordem vigente, que conforme já explicado é marcada pela supremacia da Carta Magna, independentemente da existência de qualquer ordem mandamental.

Valendo destacar que essa visão defendida, consubstanciada na violação indireta dos dispositivos constitucionais que enumeram os precedentes vinculantes é leve em relação aos demais doutrinadores, o qual defendem que essa insubordinação do árbitros não seria apenas uma omissão em relação ao respeito à CFRB/88, mas sim uma afronta direta e contundente aos postulados da segurança jurídica, da isonomia, da ordem pública e do devido processo legal, todos plasmados na Carta Magna, o que automaticamente manejaria a necessidade de atuação da jurisdição.

Porque ao considerar que a jurisdição é inafastável e existe uma cultura de desrespeito à Constituição Federal, baseada no preceito de que determinado organismo alternativo é autônomo e o seu ator principal é revestido dessa autonomia, ao ponto de não se subordinar aos dispositivos da própria Lei fundamental do Estado, a única solução seria a utilização dos meios judiciais para forçar o respeito a esses preceitos, quais sejam: i) a reclamação constitucional; e a ii) ação anulatória.

Mesmo que a violação à lei (seja constitucional, seja infraconstitucional) não esteja expressamente prevista no rol de nulidades do art. 32 da Lei de Arbitragem, a verdade é que a manutenção da lógica constitucional-jurídica vigente vai muito além de um mera permissão expressa prevista em uma Lei Ordinária, pois conforme ensina Edoardo Ricci “[a] interpretação integrativa do art. 32 da Lei 9.307/96 por aplicação da Constituição permite introduzir-se novo motivo de decretação de nulidade da sentença arbitral.”

Outrossim, apesar de ser relevante a preservação de autonomia da arbitragem, sobretudo no que tange à impossibilidade de revisão judicial do mérito da decisão arbitral (TEMER, 2018, p. 529), a negativa de aplicação do precedente vinculante, além de violar os limites impostos pela cláusula compromissória e/ou do compromisso arbitral que elegera o Direito brasileiro, também atenta contra a ordem pública brasileira, núcleo duro do Estado de Direito.

Tão é verdade essa premissa, que os doutrinadores Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria entendem que a inconstitucionalidade é uma nulidade de pleno direito (absoluta) insanável que fulmina o provimento jurisdicional, assim como fulmina a lei. Nesse contexto, defendem que “*a coisa julgada inconstitucional não se convalida, sendo nula e, portanto, o seu reconhecimento independe de ação rescisória e pode se verificar a qualquer tempo e em qualquer processo*” (THEODORO JR, 2002, p. 795)

O que faria com que não houvesse nem a necessidade de positivação da inobservância aos precedentes judiciais como elemento ligado à ordem pública como causa de nulidade no art. 32 da Lei de Arbitragem, uma vez que pela lógica o árbitro estaria violando a constitucionalidade das decisões do Supremo Tribunal Federal, ao não as observar no momento da prolação da sentença arbitral.

6. CONCLUSÃO

Deste modo conclui-se o presente, de modo que se demonstrou satisfatoriamente como os meios alternativos de resolução de conflitos foram desenvolvidos historicamente, essencialmente como arbitragem teve seus altos e baixos no âmbito das constituições e

codificações brasileiras, em que se verificou que esta nunca ocupou um lugar de autonomia e segurança jurídica, até a edição da Lei nº 9307/1996.

Visão esta que corrobora com o entendimento de que a arbitragem apesar da evolução e de possuir certa independência na sua aplicação e características em relação à jurisdição, não goza de autonomia irrestrita, conforme grande parte da doutrina defende (DIDIER JR, 2019), haja vista que presente investigou desde a natureza jurídica da arbitragem, até as suas principais características.

Apenas para entender como esse instituto jurídico se desenvolveu em relação aos meios de resolução de conflito, trazendo em voga que a doutrina, tal como a jurisprudência considera arbitragem como uma nova jurisdição(DIDIER JR, 2019), em que pesa essa visão ser um tanto generalista e desprovida de fundamentos, afinal arbitragem, a mediação e a conciliação não surgiram como formas alternativas para substituir a jurisdição estatal, mas sim para auxiliá-la no combate aos problemas estruturais que o poder judiciário brasileiro enfrentava, como excesso de demandas a morosidade na decisão.

Outrossim, o fato de a doutrina e a jurisprudência considerar que arbitragem seja uma nova jurisdição, não é retira o fato ou encargo que esta deve obediência as normas jurídicas postas que regem a jurisdição estatal, isso porque a arbitragem não possui um arcabouço jurídico independente propriamente dito, falar isso é dizer que arbitragem seria a causa o motivo para inauguração de uma nova ordem jurídica, que aí sim não se submeteria a ordem jurídica vigente.

Ocorre que, não é isso que verificamos a partir da investigação realizada no presente trabalho, muito pelo contrário o que se percebeu a partir do estudo das características da arbitragem é que esta apesar de ter um regulamento próprio, muito assemelha com jurisdição em diversos aspectos, uma vez que o procedimento arbitral conta com a aplicação de normativos atinentes à jurisdição estatal, em suas decisões, tal como a própria figura do árbitro também é investido de regras idênticas aquelas aplicadas aos juízes togados que exercem o jurisdição estatal.

Veja que essa semelhança leva a um entendimento racional sobre a verdadeira faceta da arbitragem, a de que esse meio alternativo não é autônomo irrestritamente, mas sim que este se subordina a outros espaços normativos diferenciados, como regime jurídico administrativo que

é um ambiente regido por normas de direito público especiais e o regime jurídico internacional, em que adota uma postura idêntica à jurisdição.

Logo, percebe-se que arbitragem não apenas goza de autonomia restrita, como é apenas mais um meio alternativo resolução de conflitos, o qual possui um regramento que comporta flexibilização para se adequar a lógica jurídica geral, isso porque essa é apenas uma parte da estrutura jurisdicional, e que, por isso, deve obediência a toda essa estrutura fundamental e hierárquica.

Especialmente, no que tange ao respeito e observância obrigatória aos precedentes judiciais vinculantes durante a prolação das sentenças arbitrais, de modo que é esse instituto jurídico estaria subordinado também a força interpretativa dos Tribunais Superiores em determinadas matérias que a Constituição os nomeou, como palavra final e deu *status* de fonte primária de Direito a essas decisões.

Outrossim, demonstrou-se que o fato do árbitro respeitar os precedentes judiciais vinculantes nas sentenças arbitrais não implica na vinculação da arbitragem a jurisdição, tão pouco na sua subordinação, mas sim que arbitragem respeita às fontes de direito decorrentes de ditames constitucionais e toda a construção do sistema de precedentes judiciais preconizado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Não obstante, defendeu-se concretamente a tese de que o respeito essa permissiva dada ao Supremo Tribunal Federal, de legislar atipicamente, gera a possibilidade de impugnação dessas sentenças arbitrais por duas vias judiciais cabíveis, a reclamação constitucional e a ação anulatória.

Sendo que, muito embora, o presente defenda a tese mais próxima do Direito constitucional de que cabe reclamação constitucional simplesmente porque a competência do Guardião da Constituição foi ferida (SARLET, 2020), tendo sua fundamentação tanto no Código de Processo Civil, como na própria Constituição, o qual preveem a hipótese de cassação das decisões que não estão seguindo esses precedentes vinculantes.

Existe uma tese que defende uma visão mais processual sobre a cassação dessas sentenças arbitrais que não respeitam o observam os presidentes judiciais vinculantes, que é a

tese defendida por uma grande estudiosa do tema, a professora Luiza Cenachi (CENACHI, 2021), que defende o cabimento de ação anulatória baseado no art. 32 da Lei de Arbitragem contra a sentença arbitral em descompasso com o sistema de precedentes judiciais vinculantes.

Sendo que esta tese se lastreia no argumento de que o art. 32 é um rol meramente exemplificativo, isto é, as hipóteses de nulidade são inúmeras e aquelas positivadas são apenas exemplos do que seriam causas para declaração da nulidade dessas decisões, já que a ordem pública também seria uma causa de nulidade, mas que não está positivada.

Isto é, considera que esse elemento, a ordem pública, seria o principal fundamento de anulação da sentença arbitral, que não seguisse os precedentes judiciais vinculantes, ou melhor, as decisões de caráter normativo que visam unificar, uniformizar ordenamento jurídico brasileiro, para além fontes meramente primárias heranças do regime *civil law*, mas alargar o arcabouço jurídico e passar a reconhecer como fonte primária também os precedentes judiciais vinculante, tal como ocorre em regimes *commum law*.

Sendo que tanto a primeira quanto a segunda tese são cabíveis e plenamente razoáveis, uma vez que ambos visaram apenas concretizar e respeitar os ditames constitucionais, uma vez que ao não observar uma decisão que o poder constituinte originário determinou como vinculante, não esta-se-á tratando de apenas uma questão de autonomia ou não, mas de respeito ou não a supremacia da Constituição.

Havendo, neste caso, uma expressa violação ao regime constitucional vigente, o que pode ser plenamente atacado e revisado pelo Judiciário, porque além da supremacia da Constituição fundamentar essa cassação, no ordenamento jurídico brasileiro ainda vige o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que apesar de ser mitigado em grande parte pela arbitragem, ainda tem força de máxima constitucional e pode vir a caçar uma sentença arbitral que não se coaduna com os ditames da ordem jurídica posta.

Deste modo, mesmo que a arguição da doutrina majoritária defenda que o árbitro não deve obediência a normativos voltados a jurisdição estatal, é importante lembrar e ter em mente de que a arbitragem é apenas mais um meio de resolução de conflitos e que a jurisdição sempre ocupará o lugar de central nessa função, seja porque esta possui maior segurança jurídica devido

aos seus princípios orientadores, seja porque o Estado detém da máquina pública para fazer valer suas decisões.

Assim, embora arbitragem tenha nascido como uma solução aos problemas estruturais do Poder Judiciário, não se pode voltar aos tempos remotos e entregar a tutela na mão de um particular, terceiro julgador, que não segue e muito menos obedece a uma lei fundamental que institui princípio e regras orientadoras de sua atuação, não como árbitro, mas como a operador do direito que deve obediência as normas jurídicas postas.

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, v. 3, p. 1.191–1.208, set. 2014.

ALVIM, J. E. Carreira. Teoria geral do processo / J. E. Carreira Alvim. – 21. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BERNARDI, Renato. A Supremacia da Constituição e a Teoria Do Poder Constituinte. REGRAD, UNIVEM/Marília-SP, v. 11, n. 1, p 246-264, agosto de 2018.

BRASIL, Arbitragem – Lei 9.307/96. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 28.

BRASIL, Código de processo civil : Lei n. 13.105, de março de 2015

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Ministério da Justiça aponta três principais problemas do poder judiciário. Informativo CNJ. 2013.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. Constituição (1824). Lex: Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm.

BRASIL. Constituição (1946). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm

BUSSI, Simone. Sistema Common Law E Civil Law: Aproximação e Segurança Jurídica. Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, n. 7, p. 1476-1498, out/2019.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 84-85.

CALMON, Eliana. A arbitragem internacional. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 16, n. 1, p. 1-74, Jan./Jul. 2004

CENACHI, Luiza Gonzaga. Precedentes judiciais na arbitragem: A vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia erga omnes na arbitragem regida pelo direito brasileiro. Tese de Mestrado, São Paulo, 2021.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: parte geral. – 7. ed., rev., atual. ampl. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

DELGADO, José. A Arbitragem No Brasil – Evolução Histórica E Conceitual. Artigo Científico, 2020.

Didier Jr., Fredier. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019.

FIGUEIREDO, Roseane. Desigualdade Social e Capitalismo: os limites da igualdade sob a ordem burguesa. VI Jornada Internacional de Políticas Públicas, 2013.

FILHO, Antônio. Primórdios da Jurisdição. Revista da Academia Brasileira de Processo Civil. 2018.

FILHO, Luiz. Pacificação/Administração de Conflitos Sociais e a Realização da Justiça. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 59, p. 24-35, jul.-set. 2012.

FUX, Luiz. ARBITRAGEM E PRECEDENTES: possível vinculação do árbitro e mecanismos
GADELHA, Bárbara. A Evolução Do Instituto Da Arbitragem Como Garantia De Acesso À Justiça. RJurFA7, Fortaleza, v. X, n. 1, p. 103-116, abr. 2013.

GOMES, Renata. Pacificação Social e Princípio do Contraditório: uma análise a partir da atuação qualitativa da jurisdição. *Revista Libertas / Ouro Preto - MG / n. 2, v. 2, Jul./Dez. 2016.*

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 4º Edição. Vol. II. Atlas, 2004.

PACE, Filipe. Arbitragem No Meio Empresarial: Importância da Cláusula Compromissória e Incentivos Econômicos. Monografia, 2011.

PIRES, Eduardo. Autonomia da Vontade: Um Princípio Fundamental do Direito Privado como base para Instauração e Funcionamento da Arbitragem. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

RECHSTEINER, Walter Beat. Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996 : teoria e prática. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SALLES, Carlos. Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias / coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, Paulo Eduardo Alves da Silva. - 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020

SALOMÃO, Luis Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. Migalhas, 30 de outubro de 2020. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/10/54104E121B07DF_Arquivo-artigo.pdf. Acesso em: 30 out. 2020.

SANTOS, Gabrielly. A Realidade da Justiça em Números: Um Estudo sobre as Principais Causas da Morosidade da Justiça. *Direitos Fundamentais & Justiça | Belo Horizonte, ano 11, n. 36, p. 95-114, jan./jun. 2017.*

SARLET, Ingo. Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. Imprensa: São Paulo, Saraiva Jur, 2020. Descrição Física: 1552 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.91, n.795, p. 19-40, jan. 2002.

TOALDO, Adriane. Meios Autocompositivos para o Tratamento Adequado dos Conflitos: A Educação como Estratégia de Mudança Sociocultural. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 1. Janeiro a Abril de 2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O árbitro e a observância do precedente judicial. Consultor Jurídico: Conjur, 01 nov. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitroobservancia-precedente-judicial>. Acesso em: 14 fev. 2021.