mo o juiz togado, pode muito, mas não pode tudo

"*At the heart of each jurisdiction and each arbitration system, precedent is certainly a guarantee of certainty and equality in treatment of litigants*" (Gilbert Guillaume)

Observava Raymond Aron, no seu conhecido livro *L'opium des intellectuels*, que a pior inimiga da evolução e do aperfeiçoamento das ciências é a miopia de muitas pessoas, que preferem evitar a abordagem de certas questões, simplesmente porque podem levar a resultados indesejados.

Estimulado pelos meus prezados colegas de magistério Carlos Alberto Carmona e Flávio Luiz Yarshell, escrevi, há algumas semanas, nessa prestigiosa revista, uma despretensiosa coluna intitulada *O árbitro e a observância do precedente judicial*, na qual procurei deixar claro que a sentença arbitral proferida contra jurisprudência consolidada e, portanto, contra precedente judicial, não pode ser sindicada pelo Judiciário, visto que inviável o controle sobre a justiça da decisão.

Todavia, como, em tais casos, o ônus da discordância é do tribunal arbitral, cabe a este declinar as razões objetivas que o fazem se afastar do precedente. Descumprindo esse imperativo, haverá certamente defeito formal do ato decisório (*error in procedendo*), passível de ser atacado por meio de ação anulatória. Aliás, é a própria Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) que autoriza, no artigo 33, o ajuizamento desta demanda, quando a sentença arbitral deixar de atender aos requisitos previstos no artigo 26, inciso II, visto que considerada nula (artigo 32, inciso III).

Atingindo plenamente o objetivo de suscitar reflexão séria sobre tal tema, o meu escrito, para minha satisfação, gerou enorme polêmica, abstração feita de alguns equívocos, como, por exemplo, a confusão entre *error in iudicando* e *error in procedendo*, ou, mesmo, de crítica descabida – e até grosseira — no sentido de que o meu escopo "era o de amesquinhar a arbitragem". Muito pelo contrário: o debate sobre estas questões é que alicerça a construção de uma teoria consistente do instituto da arbitragem, aspiração de todo jurista de época contemporânea!

Muito, muito antes de os arbitralistas brasileiros nascerem, Carnelutti já afirmava, no instigante ensaio *Arbitri e arbitratori*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

(Riv. Dir. Proc. Civile, 1924) que, no âmbito da arbitragem, o árbitro, tal qual o juiz estatal, pode muito, mas não pode tudo!

Ater-se ao ordenamento jurídico eleito pelas partes, vale dizer, às leis, à interpretação dos textos legais ministrada pelos tribunais e aos costumes, é dever inafastável do juiz e do árbitro. Não há se confundir a benfazeja flexibilidade procedimental (e, portanto, formal) do processo arbitral, com a inexcedível aplicação rigorosa da norma legal.

Embora, nos domínios da dogmática brasileira, a questão por mim tratada possa ter sabor de novidade, é certo que há copiosa literatura estrangeira sobre o assunto, abonando a ideia de sujeição do árbitro às decisões anteriores proferidas pelos tribunais estatais.

Com efeito, Gilbert Guillaume assevera que o juiz e o árbitro possuem considerável liberdade no exercício de suas respectivas atividades. Tal liberdade, contudo, não se identifica com uma licença ilimitada, "porque qualquer sistema legal exige um mínimo de certeza, bem como toda controvérsia um mínimo de previsibilidade. Assim é que, tanto na esfera do processo estatal, quanto na arbitragem, as partes devem receber idêntico tratamento. Em tal sentido, precedentes judiciais desempenham um importante papel para garantir um elevado grau de certeza e isonomia" (*The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators*, Journal of International Dispute Settlelment, 2(2011):6).

Ademais, o que não é menos importante, a jurisprudência consolidada na forma de precedente judicial assegura a igualdade dos cidadãos perante a distribuição da justiça, porque casos análogos devem ser solucionadas do mesmo modo, seja no terreno da justiça estatal, seja no da arbitragem. O tratamento desigual é forte indício de injustiça em pelo menos um dos casos encerrados.

Resulta, pois, plenamente adequado defender a tese de que o árbitro, nas arbitragens de direito, não pode se afastar, *tout court*, dos precedentes vinculantes ou persuasivos advindos dos tribunais estatais, por mera opção subjetiva de seu convencimento.

Em senso análogo, numa perspectiva mais ampla, W. Mark C. Weidemaier explica que decisões bem fundamentadas, proferidas por magistrados ou árbitros constituem valioso subsídio para controvérsias futuras, jamais podendo ser desprezadas pelas partes e pelos julgadores.

Weidemaier propugna inclusive por uma teoria de precedentes na esfera arbitral, ressentindo-se, no entanto, da ausência de maior publicidade dos atos decisórios arbitrais (*Toward a Theory of Precedent in Arbitration*, William and Mary Law Review, v. 51, 2010, p. 1.895 e segs. V., ainda, no mesmo sentido, Weidemaier, *Judging Lite: How Arbitrators Use and Create Precedent*, North Carolina Law Review, 2012; Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*, Arbitration International, v. 23, n. 3, p. 357 e segs.).

Cumpre observar que, entre nós, a rigor, não é incomum invocarmos, no ambiente do processo estatal, precedentes arbitrais (ver, por exemplo, CCI, 6.769, no sentido de que a convenção arbitral deve ser interpretada de forma restritiva, não podendo, uma regra de direito material, ser alargada a ponto de incluir no processo alguém que não seja legitimado *ad causam arbitralis*; CCI 14.144, *Companhia Nacional de Cimento Portland (Brasil) v. CP Cimento e Participações S.A. (Brasil) e Latcem S/A*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

(Revista de Arbitragem e Mediação, v. 14, 2007, p. 259).

O diálogo aberto e o intercâmbio de experiências entre tribunais estatais e arbitrais devem ser, na medida do possível, cada vez mais fomentados. Nessa mesma linha de argumentação, há, por certo, inúmeras outras questões, atinentes aos poderes do árbitro, que merecem ser aprofundadas como, por exemplo, a possibilidade de controle de constitucionalidade na arbitragem.

Diferentemente do que ocorre na experiência do direito francês, no qual ao árbitro é vetado o controle difuso da constitucionalidade (cf. Elie Kleiman e Shaparak Saleh, *Arbitrators Cannot Seek a Ruling on The Constitutionality of Statutory Provisisons*, Newsletters, International Law Office), não tenho dúvida em afirmar que, no Brasil, o tribunal arbitral, a exemplo do juiz estatal, nos termos do artigo 948 do Código de Processo Civil, tem a faculdade de exercer o controle difuso da constitucionalidade da norma legal invocada por uma das partes (ver, a propósito, Fernanda Rodrigues e Souza, *O controle de constitucionalidade difuso nas decisões arbitrais no Brasil*, Jus, 2015).

Outro tema que também desperta interesse e que não pode deixar de ser enfrentado respeita à técnica do denominado incidente de resolução de demandas repetitivas, regido pelo artigo 976 e seguintes do Código de Processo Civil.

Admitido o processamento do incidente, a teor do artigo 982, inciso I, o respectivo relator “suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região conforme o caso”. Estaria o processo arbitral pendente sujeito a tal determinação? Com o mesmo propósito de provocar debate construtivo, retornarei oportunamente sobre esta desafiadora questão.

Date Created
13/12/2016

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.