

# O CARÁTER JURISDICIONAL DA ARBITRAGEM E O PRECEDENTE ARBITRAL

*Suzana Santi CREMASCO\**

*Tiago Eler SILVA\*\**

## RESUMO

Um dos aspectos mais polêmicos envolvendo a arbitragem refere-se à sua natureza jurisdicional ou não. De acordo com o presente trabalho, e tendo por base alguns dos maiores expoentes da doutrina, a resposta é inequivocamente afirmativa. Contudo, a partir deste ponto, diversas outras questões se depreendem como qual seria o efeito do caráter jurisdicional nas sentenças arbitrais, especialmente sobre sua extensão e uso como precedentes para casos futuros. Considerando que as sentenças arbitrais têm contado constantemente com mais pontos de similaridade com as decisões judiciais em sua estrutura, efeitos e limitações, este trabalho pretende discutir se, assim como as decisões judiciais, as sentenças arbitrais podem ser usadas como precedentes e, caso afirmativo, se devem ser consideradas como referência para casos futuros ou devem ser tratadas de acordo com a doutrina do *stare decisis*, não servindo apenas de referência para árbitros no futuro, mas sim ditando uma solução aplicável aos casos que virão.

---

\* Professora de Arbitragem da Faculdade de Direito da UFMG e dos Programas de Pós-Graduação CEDIN/Faculdades Milton Campos e do IEC/PUCMINAS. Professora dos Programas de Pós-Graduação da UFOP e da Escola Paulista de Direito. Professora dos Programas de Graduação da PUC/MINAS e do Centro Universitário UNA. Coordenadora do CEDIN – Centro de Direito Internacional. Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual e do CBAr – Comitê Brasileiro de Arbitragem. Aluna do Curso de Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela UFMG. E-mail: [suzanacremasco@ufmg.br](mailto:suzanacremasco@ufmg.br)

\*\* Aluno do Curso de Mestrado em Direito na London School of Economics and Political Science, Reino Unido. Bacharel em Direito pela UFMG. Membro do CEDIN – Centro de Direito Internacional. E-mail: [tiagoeler.aiesec@gmail.com](mailto:tiagoeler.aiesec@gmail.com)

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem. Função Jurisdicional. Precedentes. Doutrina do *Stare Decisis*. *Jurisprudence Constante*.

**SUMÁRIO:** 1. A arbitragem como método de composição de conflitos de interesses. 2. A natureza jurisdicional da arbitragem. 3. Princípios regentes da jurisdição arbitral. 4. O caráter jurisdicional da arbitragem e seus efeitos nas sentenças arbitrais. 5. Diferenciação entre precedente enquanto caso anterior e precedente enquanto doutrina do *stare decisis*. 6. O uso dos precedentes na arbitragem. 7. Os precedentes e as arbitragens do ICSID. 8. Conclusão. Referências.

## **1. A arbitragem como método de composição de conflitos de interesses**

A existência de conflito é inerente à vida em sociedade. O excesso de demandas, aliado à escassez de bens necessários à sua satisfação e ao perfil predatório e egoísta que normalmente permeia a natureza humana<sup>1</sup> não raras vezes são responsáveis por colocar os indivíduos em situações antagônicas, que precisam ser solucionadas.

Desde os primórdios e ao longo de toda a história da civilização, o Direito sempre buscou criar, reconhecer e aprimorar os mecanismos de composição de controvérsias, a partir da constatação inequívoca de que a preservação da paz e da ordem social, com o uso de métodos adequados, são indispensáveis à manutenção e sobrevivência do indivíduo e, em última análise, do próprio grupamento social.

Nesse cenário, a arbitragem se apresenta, fundamentalmente, como um desses métodos de solução de litígios, ou, mais precisamente, como o mecanismo de composição de conflitos por força do qual pessoas físicas ou jurídicas, públicas e privadas, desde que capazes de contratar e mediante consentimento recíproco, confiam o julgamento

---

<sup>1</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009, p. 35.

de litígios relativos a direitos disponíveis a um tribunal formado por um ou mais árbitros, especialmente escolhidos para este fim e por elas indicados ou não.

É um método de solução de conflito de interesses, na medida em que estabelece um modo de agir, um caminho a ser percorrido entre a constatação de que há uma controvérsia entre duas ou mais pessoas que precisa ser resolvida e o alcance da solução que se apresenta mais adequada e justa para aquela situação. Contempla, assim, uma série de atos coordenados, encadeados, previamente estabelecidos, vinculados e coesos, que têm como única finalidade a composição do litígio existente, composição esta que irá se dar pelas mãos de terceiro(s) estranho(s) ao conflito, idôneos e imparciais. A atuação desse(s) terceiro(s) faz com que a arbitragem se insira entre os chamados métodos heterocompositivos de solução de controvérsias.

A arbitragem é, outrossim, uma modalidade especial de solução de entraves que embora se destine tanto a pessoas físicas, quanto a pessoas jurídicas, indistintamente, exige, para a sua utilização, a coexistência de dois requisitos fundamentais: a) a plena capacidade das partes envolvidas, que será aferida a partir dos ditames da lei civil<sup>2</sup>; e b) a plena disponibilidade dos direitos que são objeto de discussão, que se refere à ampla liberdade do indivíduo que for seu titular de fazer aquilo que bem lhe aprouver em relação a eles, inclusive a sua negociação e alienação, na medida em que não há qualquer disciplina normativa, nenhum comando imperativo que limite a autonomia da sua vontade<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Quanto a esse aspecto, cumpre ressaltar que a capacidade para arbitrar será determinada, em regra, pelas regras de capacidade existentes na legislação do país de domicílio das partes, nos termos do que preconiza o direito internacional privado.

<sup>3</sup> Não se pode deixar de mencionar, aqui, a imensa controvérsia existente acerca da possibilidade de utilização da arbitragem para a solução de conflitos no âmbito do direito de família, no direito das sucessões, no direito do trabalho, no direito penal e na administração pública, tendo em vista a limitação legal acerca da natureza disponível da controvérsia levada ao tribunal arbitral. A propósito, cf. CARMONÁ, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38-44.

De fato, no que pertine à disponibilidade do direito, se “diz que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim, *disponere*, *dispor*, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por se encontrarem desembaraçados, tendo o alienante a plena capacidade jurídica para tanto”<sup>4</sup>.

Só os direitos disponíveis podem ser solucionados por meio de arbitragem. Disso decorre que, uma vez instituído o juízo arbitral, sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral, até que seja resolvida a questão, caso em que a arbitragem terá seguimento.

Para que a controvérsia existente entre as partes seja solucionada por meio da arbitragem, é indispensável, ainda, que exista entre elas consentimento, acordo de vontades no sentido de que o entrave existente será solucionado por um tribunal arbitral especificamente constituído para esse fim. Toda arbitragem tem por pressuposto uma convenção arbitral, estabelecida por meio de cláusula ou compromisso, cuja natureza é contratual.

Trata-se de um negócio jurídico bilateral que, como tal, para existir, “não basta que duas ou mais pessoas, conjunta ou separadamente, manifestem sua vontade, porque até aí inexistente negócio jurídico. Surge este, quando as emissões volitivas se ajustam ou coincidem, porque neste momento se diz que já há o consentimento (de *cum + sentire*). A falta de consentimento ou de coincidência das vontades, impede a formação do negócio jurídico; a emissão aparente de vontades sem o acordo real sobre o objeto do negócio, permite o

---

<sup>4</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem cit.*, p. 38.

seu surgimento, mas o inquina de defeito, em virtude do qual poderá advir o seu desfazimento”<sup>5</sup>.

O conflito de interesses é submetido à apreciação de uma ou mais pessoas imparciais e idôneas, que podem ser livremente escolhidas pelas partes ou por uma entidade por elas indicada, que comporão o chamado tribunal arbitral, a quem competirá, em princípio com exclusividade, a deliberação soberana a respeito da questão que é o objeto da controvérsia.

## **2. A natureza jurisdicional da arbitragem**

Por natureza jurídica se entende a semelhança existente entre os elementos essenciais de um determinado instituto e os elementos essenciais de uma grande categoria jurídica, semelhança esta que permite a esse instituto ser incluído como parte integrante daquela categoria, no caso de eventual classificação.

Determinar a natureza jurídica de um instituto consiste, portanto, em analisar o seu núcleo fundamental, buscar a sua essência e identificar os seus aspectos predominantes para, em seguida, classificá-lo dentro do universo de figuras existentes no Direito. A definição da natureza jurídica é uma forma de localizar o instituto topograficamente e determinar a qual gênero pertence uma espécie de figura jurídica.

Em matéria de arbitragem, o primeiro ponto que deve ser esclarecido quando se procura determinar a sua natureza jurídica é qual é o aspecto do instituto que se está analisando, ou seja, (a) se é a arbitragem como método de solução de conflito de interesses; (b) se é a convenção de arbitragem firmada entre as partes que a instituem; ou (c) se é a atividade desenvolvida pelo tribunal arbitral e o resultado final por ela alcançado.

Os dois primeiros aspectos não costumam suscitar dúvidas ou discussões a seu respeito. De fato, enquanto método de solução de conflito de interesses, a arbitragem, tal qual o processo<sup>6</sup>, é uma relação

---

<sup>5</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 425, n. 85.

<sup>6</sup> Quanto a esse aspecto, é importante ressaltar que existem várias outras teorias que buscam explicar a natureza jurídica do processo, que foram sendo criadas

jurídica que se estabelece entre as partes demandante e demandada e os árbitros, tendo como objeto a solução do conflito de interesses e desde que atendidos determinados pressupostos e condições, notadamente a existência de um acordo de vontade entre os envolvidos no litígio para que o tribunal arbitral possa se constituir.

Como acordo de vontades no qual as partes interessadas resolvem submeter a lide existente entre elas ao tribunal arbitral, a convenção de arbitragem é, essencialmente, um contrato, na exata medida em que cria, modifica e conserva direitos entre os seus signatários. Basta ver que, uma vez assinada, a convenção: (a) gera para as partes o direito de ver o tribunal arbitral constituído e de ir à juízo, se necessário for, para que isso ocorra; (b) afasta a competência do juiz natural, modificando, pois, o direito geral dos contratantes de submeter todas as suas lesões ou ameaças a direito ao Poder Judiciário; e (c) conserva as pretensões materiais das partes, anteriores ou concomitantes à sua assinatura.

A discussão se acende, por sua vez, quando o assunto é a natureza jurídica da atividade desenvolvida pelo tribunal arbitral e o resultado final por ela alcançado, ou, mais especificamente, se a atividade e a prestação teriam natureza jurisdicional.

O debate surge a partir da concepção de alguns autores<sup>7</sup> de que a função arbitral, porque escorada, necessariamente, em um acordo

---

ao longo do seu desenvolvimento, por autores consagrados. Optou se, aqui, por adotar a teoria exposta por Oskar von Büllow na sua Teoria dos Pressupostos Processuais e das Exceções Dilatórias, de 1868, por se tratar da corrente até então predominante no direito processual brasileiro. A propósito, cf.: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do processo*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 298-305; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 50.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, n. 43, p. 47; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 3, entre outros. Em sentido contrário, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3.ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 396 e ss.

<sup>7</sup> FAZZALARI, Elio. *L'arbitrato*. Torino: UTET, 1997, p. 87. No mesmo sentido, mas valendo-se de outros fundamentos, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Rápidas observações sobre arbitragem e jurisdição*. Disponível em <http://marinoni.adv.br>. Acesso em 07/03/2011. E, ainda, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

de vontades, teria natureza nitidamente contratual, sendo que o laudo ou sentença produzido ao final do procedimento se assemelharia a um negócio jurídico unilateral de direito privado. Em síntese, seis são os fundamentos comumente apontados de modo a afastar o caráter jurisdicional da arbitragem, embora se reconheça que exerce função voltada à solução de controvérsias e, por conseguinte, à pacificação social: (a) o exercício da jurisdição é prerrogativa e monopólio exclusivo do Estado, podendo ser realizada única e exclusivamente por aqueles que estejam nela investidos por concurso público; (b) a escolha das partes pelo juízo arbitral traz como consequência inafastável a renúncia à jurisdição; (c) a arbitragem não é dotada de inevitabilidade, tal como ocorre com a jurisdição; (d) o exercício da jurisdição pressuporia investidura em concurso público; (e) a arbitragem não observa o princípio do juiz natural; e (f) árbitro não tem aptidão para executar as suas decisões.

Tal concepção é contraposta pela visão de outros autores<sup>8/9</sup>, que sustentam, por sua vez, que “o juízo arbitral seria um juízo como qualquer outro quanto a função de julgar. É um órgão privado, que cumpre idêntica função à do órgão judicial na administração da Justiça, só que em menor extensão (só compreende a cognição e não a execução), fornecendo a prestação jurisdicional devida pelo Estado

---

<sup>8</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 250. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 82 a 85.

<sup>9</sup> A propósito das correntes relativas à natureza jurídica da arbitragem, ressalta ARMINDO RIBEIRO MENDES, Professor da Universidade de Lisboa, em *Introdução às Práticas Arbitrais*, que “A doutrina tem avançado, pelo menos, quatro teorias diferentes sobre tal natureza. A primeira sustenta o caráter jurisdicional da arbitragem, pondo em relevo o poder do Estado de permitir e de regular a arbitragem. De um ponto de vista histórico, tal teoria foi acolhida pelos grandes cultores clássicos do direito internacional privado em França (LAINE, PILLET, BARTIN, etc.) e foi acolhida pela jurisprudência da cassação francesa (caso Del Drago - 1901). Aos árbitros são atribuídos pelo Estado poderes “quase-judiciais”, constituindo uma alternativa tolerada aos juízes desse Estado. A segunda teoria considera que a natureza de arbitragem é contratual, dependendo ela inteiramente do acordo das partes. A sentença arbitral depende, por isso, de forma mediata do acordo de arbitragem. O Tribunal de Cassação francês, em 1937, acolheu esta teoria no caso Rose / Moller et Companie, afirmando que as

mediante convenção das partes, de acordo com a normatividade imposta pelo próprio Estado”<sup>10</sup>.

Para que a questão possa ser solucionada, é indispensável que se tenha em conta quais são os elementos caracterizadores da jurisdição estatal, de modo a apurar se eles são ou não compatíveis e semelhantes com aqueles existentes na arbitragem.

A jurisdição, como cediço, é uma das funções inerentes ao Estado, por ele exercida, em princípio, com monopólio, por meio da qual se busca solucionar, de forma justa e efetiva, os conflitos de interesses existentes entre os membros da comunidade. Através da aplicação do sistema normativo ao caso concreto, o exercício da jurisdição visa, sempre, o restabelecimento e a manutenção da paz e da ordem social. “Como o Estado de Direito não tolera a justiça feita pelas próprias mãos dos interessados, caberá à parte deduzir em juízo a lide existente e requerer ao juiz que a solucione na forma da lei, fazendo, de tal maneira, a composição dos interesses conflitan-

---

sentenças arbitrais “baseiam-se na convenção de arbitragem e constituem uma unidade com esta, partilhando da sua natureza contratual” ( ). Uma terceira teoria é qualificada de mista ou híbrida, aceitando que a arbitragem tem uma origem contratual mas desempenha uma função jurisdicional, podendo falar-se de um sistema de justiça privada criada por um contrato de natureza processual. Esta terceira teoria, formulada no meio dos anos cinquenta do passado século por SAUSER-HALL, tem sido acolhida pela doutrina mais significativa, a qual considera que estão indissociavelmente entrelaçados os elementos contratual ou jurisdicional da arbitragem. Finalmente, mais recentemente surgiu em França uma “teoria autónoma” ou “sui juris” da arbitragem que seria possível construir a partir da análise do uso da arbitragem e da sua finalidade. Na formulação de JAQUELINE RUBELLIN – DEVICHI, “parece-nos certo que as noções de contrato e de sentença sofrem uma alteração tal, quando se tenta – sobretudo de forma simultânea – encontrá-los no desenvolvimento do processo arbitral, que perdem qualquer significado, sem que surja no entanto a fisionomia particular da arbitragem”. No dizer de J. D. M. Lew, a teoria autónoma ou autonomista de arbitragem constitui um “desenvolvimento esclarecido da teoria mista ou híbrida”, na medida em que desenvolve o regime jurídico de forma a reflectir as exigências do mercado, reconhecendo os elementos jurisdicional e contratual do regime da arbitragem, mas transferindo o enfoque do controle que a lei da sede do lugar de arbitragem pode exercer, para o plano jurídico e comercial em que as partes acordam no processo arbitral e nele participam”.

<sup>10</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 250.



tes, uma vez que os respectivos titulares não encontraram um meio voluntário ou amistoso para harmonizá los. Tomando conhecimento das alegações de ambas as partes, o magistrado definirá a qual delas corresponde o melhor interesse, segundo as regras do ordenamento jurídico em vigor, e dará composição ao conflito, fazendo prevalecer a pretensão que lhe seja correspondente. Eis aí, em termos práticos, em que consiste a jurisdição”<sup>11</sup>.

Mas a jurisdição não é apenas uma função estatal. Ela “é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe compete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)”<sup>12</sup>.

Embora a arbitragem não seja uma forma de composição de conflitos de interesses de natureza pública, o que, em um primeiro momento, levaria a crer que ela não poderia ser reputada como jurisdição, frente à previsão de que esta seria monopólio exclusivo do Estado<sup>13</sup>, deve-se reconhecer que é o próprio Estado, através de diploma legislativo por ele mesmo editado (Lei 9.307/96, no caso do Direito Brasileiro), que confere às Câmaras e Tribunais Arbitrais, que têm, inequivocamente, natureza privada, o poder de solucionar os litígios existentes em caráter definitivo, equiparando não só os seus membros (árbitros) aos juízes, como, igualmente, o laudo arbitral à sentença judicial, conferindo-lhe *status* de título executivo judicial, sem o sujeitar a qualquer ato de ratificação do Poder Judiciário para que tenha eficácia, desde que proferida em território nacional e exigindo, em contrapartida, a sua homologação perante o Superior

---

<sup>11</sup> THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 37, n. 34.

<sup>12</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et all*. *Teoria geral cit.*, p. 147.

<sup>13</sup> OWEN FISS, The forms of justice, *Harvard Law Review*, p. 30-31

Tribunal de Justiça quando proferida em território estrangeiro. Destarte, o próprio Estado, por meio do Poder Legislativo, dá à sentença arbitral o mesmo tratamento que dispensa à sentença judicial, não deixando dúvidas acerca da sua natureza. Se a sentença arbitral não fosse produto de atividade jurisdicional – e, como tal, de manifestação de soberania – absolutamente descabido seria o condicionamento de sua eficácia no Brasil ao crivo do Superior Tribunal de Justiça através de procedimento de homologação de sentença, sendo certo que tal exigência não se verifica quando a eficácia em discussão é de um simples contrato internacional, por exemplo<sup>14</sup>.

Por outro lado, improcede, ainda, a afirmação no sentido de que ao optarem pela arbitragem, as partes renunciariam à jurisdição, aqui tomada, na sua essência, como função desempenhada por terceiros no sentido de por fim à controvérsia até então existente. Com efeito, ao firmarem a convenção arbitral as partes não renunciam à jurisdição, mas à jurisdição estatal, optando, pois, por submeter o seu conflito de interesses à jurisdição convencional.

Outrossim, é forçoso reconhecer que a função exercida pelos árbitros, no sentido de buscar resolver o conflito tendo como pano de fundo o ordenamento jurídico existente, não se difere daquela exercida pelo juiz. De fato, “não há dificuldade em demonstrar que tanto o árbitro quanto o juiz togado conhecem as questões de fato e

---

<sup>14</sup> Nesse sentido, é, inclusive, o posicionamento do Professor JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES (Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 86, vol. 740, jun. 1997), para quem o laudo arbitral é ato eminentemente privado, decorrente da vontade exclusiva das partes em solucionar controvérsias relativas a direitos de natureza patrimonial e, como tal, disponível. Nesse contexto, absolutamente desnecessária seria submetê-lo à prévia homologação do Poder Judiciário brasileiro, nos mesmos moldes em que ocorre com os contratos celebrados no exterior e exequíveis no Brasil, que prescindem da ratificação do Poder Público para serem reconhecidos. Ao Judiciário caberia se manifestar, apenas e tão somente, naquelas circunstâncias em que o laudo fosse submetido à sua apreciação por qualquer interessado, quanto a questões relativas ao não atendimento aos bons costumes, à ordem pública e à soberania nacional, nos termos em que preceitua o art. 17 da LICC.

de direito deduzidas pelas partes no processo (procedimento caracterizado pela imparcialidade e pelo contraditório), servindo-se dos mais diversos procedimentos (legais, para o juiz; legais e convencionais, para o árbitro)<sup>15</sup>.

De igual modo, indispensável é reconhecer que ao solucionar a controvérsia existente, através da aplicação da lei ou do uso de equidade à situação litigiosa em pauta, a arbitragem também tem a finalidade inequívoca da pacificação social.

Nesse contexto, não há dúvidas de que a arbitragem está revestida com o manto da jurisdição<sup>16</sup>, à semelhança da atividade exercida no âmbito do judiciário, de modo que o seu caráter jurisdicional não pode ser afastado<sup>17</sup>, ainda que o caráter contratual também se faça presente. O árbitro, assim como o juiz togado, conhece dos

---

<sup>15</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 34.

<sup>16</sup> A propósito, ressalta-se o posicionamento exarado pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA no julgamento do Conflito de Competência n.º 113.260/SP, em que a 2ª Seção, em acórdão publicado em 07/04/2011, assentou expressamente que “os argumentos da doutrina favoráveis à jurisdicionalidade do procedimento arbitral revestem-se de coerência e racionalidade. Não há motivos para que se afaste o caráter jurisdicional dessa atividade”.

<sup>17</sup> Nesse sentido, é o entendimento de HUMBERTO THEODORO JR., para quem: “Se, no regime anterior à Lei n.º 9.307/96, mostrava-se forte a corrente que defendia a natureza contratual ou privatística da arbitragem, agora não se pode mais duvidar que saiu vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicística. Com efeito, não obstante apoiada no pressuposto de uma autorização contratual, o novo procedimento arbitral, uma vez instaurado, em tudo se equipara à jurisdição oficial, já que nem mesmo compromisso depende necessariamente de intervenção judicial, nem tampouco a sentença arbitral tem sua eficácia subordinada a qualquer crivo de aprovação em juízo” (*A arbitragem como meio de solução de controvérsias, Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 2, Nov.-Dez/1999, p. 5). No mesmo sentido, aponta o entendimento de Néelson Nery Júnior: “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 existe 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, 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 714, segundo a Larb 33, parágrafo 3.” (*Código de processo civil comentado e legislação civil extravagante em vigor*. 3. ed., São Paulo: RT, 1997).

fundamentos de fato que embasam a pretensão das partes interessadas, procede à sua valoração em face das provas eventualmente existentes e, em seguida, aplica as regras de direito ou de equidade<sup>18</sup> para, então, chegar à sua decisão, observando, passo a passo, o procedimento previamente estabelecido e com estrita observância dos princípios da ampla defesa, do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. Por conseguinte, também não há diferença significativa entre o resultado da atividade judiciária e da atividade arbitral<sup>19</sup>.

É certo, porém, que enquanto modalidade de jurisdição não judiciária que é e em face do seu caráter eminentemente privado, a jurisdição arbitral permanece limitada apenas para o exercício do *iudicium*, em todos os seus termos e prerrogativas, reservando-se a realização do *imperium* apenas ao juízo estatal. Isso ocorre na medida em a realização do *imperium* pressupõe a realização de atos que implicam em expropriação forçada, ou seja, que pressupõem o uso da força (coerção), uso da força esse sim que o Estado detém em caráter de monopólio. A limitação, aqui, longe de descaracterizar o caráter jurisdicional da arbitragem, traz para ele uma limitação, isto é, uma medida, numa noção que se aproxima sobremaneira do conceito de competência (enquanto medida da jurisdição) assentado na ciência processual para a jurisdição estatal.

Nos dizeres de Liebman, “a competência é a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão, ou seja, a medida da jurisdição. Em outras palavras, ela determina em que casos e com relação a que controvérsias tem cada órgão em particular o poder de emitir provimentos, ao mesmo tempo em que delimita, em abstrato,

---

<sup>18</sup> Quanto a esse aspecto vale o esclarecimento de que o uso da equidade na solução do conflito de interesses talvez constitua no Direito Brasileiro um dos aspectos de maior distanciamento entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral, tendo em vista as disposições constantes, respectivamente, no art. 127 do CPC, que dispõe “O juiz só decidirá por equidade nos casos expressos em lei”, e no art. 2º da Lei 9307/96, que determina que “A arbitragem será de direito ou de equidade, a critério das partes”.

<sup>19</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito cit.*, p. 252.

o grupo de controvérsias que lhe são atribuídas”<sup>20</sup>. Tomada essa concepção, a partir do momento em que é nomeado e aceita a sua nomeação, o árbitro é investido pelas partes de jurisdição. Tal qual o juiz, ele exerce jurisdição, mas o faz dentro de certos limites. Disso decorre que o árbitro, embora dotado de jurisdição, é competente para processar e julgar causas determinadas, na medida em que fixado em lei - no que pertine à jurisdição cognitiva – e na convenção arbitral – no tocante à matéria que poderá ser objeto de exame e deliberação quando do julgamento.

Em síntese, o reconhecimento da similitude entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral, faz com que a doutrina estrangeira<sup>21</sup> aponte, de forma inafastável e inequívoca, a presença de traços de natureza jurisdicional na arbitragem e, por conseguinte, se habilite a reconhecer, também, a formação de jurisprudência e, em última análise, precedentes, em matéria arbitral.

### **3. Princípios regentes da jurisdição arbitral**

Princípio, na definição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, é o “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes

---

<sup>20</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 55, n. 24.

<sup>21</sup> A propósito, cf. POUURET e BESSON. *Comparative law of international arbitration*. 2.ed., London: Thomson/Sweet & Maxwell, 2007, pp. 1-2: “Esta controvérsia [entre o caráter jurisdicional ou contratual da arbitragem] é, com efeito, algo fútil a partir do momento que esta instituição [a arbitragem voluntária] é objeto de uma regulamentação específica. Ao estudar as fontes da arbitragem, veremos que esta regulamentação figura mais frequentemente nos Códigos de Processo Civil, como sucede na Alemanha, na Bélgica, na França, na Itália e na Holanda, fato que sublinha o seu parentesco como o processo judiciário, ou, de forma mais rara, em leis especiais, como sucede em Inglaterra e na Suécia. Apenas a Suíça constitui exceção, ao regulamentar a arbitragem internacional no seu direito internacional privado, isso não por força da sua natureza mas antes por força da repartição, à época, da competência legislativa entre a Confederação e os cantões (...) O capítulo 12 constitui, de resto, um corpo autônomo na LDIP [Lei de Direito Internacional Privado de 1987]”.

normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”<sup>22</sup>. São, pois, os pontos básicos fundamentais que servem para nortear a elaboração e aplicação do ordenamento jurídico em suas mais diversas acepções.

No nosso caso, interessam aqui apenas os princípios informativos da jurisdição, ou seja, àqueles princípios “concernentes à jurisdição, enquanto função ou atividade, para o fim de determinar-se em que medida são também aplicáveis à arbitragem”<sup>23</sup>. E se é certo que os princípios inerentes à jurisdição estatal são nominalmente os mesmos que os que incidem na jurisdição arbitral<sup>24</sup>, certo é que não têm a mesma tonalidade numa e noutra, “não porque tenham natureza ou finalidade diversa, porque não têm, mas devido à própria estrutura de seus órgãos e a forma como se constituem (uma é permanente; a outra, transitória), e ao procedimento que, num caso, é necessariamente legal, e, noutro, convencional”<sup>25</sup>.

Num primeiro momento, seis são os princípios basilares da jurisdição estatal e arbitral que merecem ser destacados: (a) o princípio da investidura; (b) o princípio da aderência ao território; (c) o princípio da indelegabilidade; (d) o princípio da indeclinabilidade; (e) o princípio do juiz natural; e (f) o princípio da inércia da jurisdição.

O princípio da investidura contempla a idéia de que a jurisdição só pode ser exercida por aquelas pessoas a quem o Estado, que, em princípio, detém o monopólio para o seu exercício, tenha

---

<sup>22</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 807.

<sup>23</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral cit.*, p. 110.

<sup>24</sup> Exceto no tocante ao princípio da inevitabilidade e ao princípio da inafastabilidade, que não incidem, a priori, no juízo arbitral, que para ser utilizado depende de manifestação de vontade expressa das partes nesse sentido, sendo, pois, uma modalidade de jurisdição evitável e afastável, a depender dos interessados.

<sup>25</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral cit.*, p. 110.

atribuído a autoridade de juiz e, nessa qualidade, a legitimidade para julgar. Cumpre esclarecer, quanto a esse aspecto, que não se sustenta a afirmação de que a jurisdição seria prerrogativa exclusiva de quem foi por ela investido por aprovação em concurso público, sendo certo a Constituição Federal de 1988 prevê, expressamente, a possibilidade de que advogados particulares ingressem na magistratura – e, nessa qualidade, exercerem jurisdição - sem a necessidade de prévia aprovação de concurso público, de forma a integrar a composição dos Tribunais Estaduais, Federais e Superiores<sup>26</sup>. O princípio da investidura, está presente na jurisdição arbitral e decorre da nomeação dos árbitros feita pelas partes ou pela Câmara Arbitral por elas escolhida.

De fato, no âmbito do juízo arbitral, a investidura traduz a noção de que apenas aqueles que tenham sido nomeados como árbitros pelas partes ou por uma entidade por elas escolhida podem ser responsáveis pelo julgamento da controvérsia. O árbitro se investe na jurisdição arbitral a partir do momento em que aceita a sua nomeação e só perde essa qualidade ao final do procedimento arbitral e nos casos de impedimento, suspeição, falecimento ou transcurso do prazo para o proferimento de sentença, sem que a mesma tenha sido alcançada.

Por aderência ao território se entende o fato de que cada juiz só exerce autoridade e, como tal, detém legitimidade para a prática de atos de condução e julgamento do processo, dentro dos limites territoriais que, por lei, estão sujeitos à sua jurisdição. Por força dele, “todo e qualquer ato de interesse para um processo, que deva ser praticado fora dos limites territoriais em que o juiz exerce a jurisdição, depende da cooperação do juiz do lugar”<sup>27</sup>, para quem o auxílio é solicitado por meio de cartas - precatória, rogatória ou de ordem, dependendo do lugar e da hierarquia existente entre o magistrado solicitante e o magistrado solicitado. A jurisdição arbitral também se adere a um determinado território, que é fixado pelas partes na convenção e que pode ser apenas um único, a chamada sede da arbitragem, ou

---

<sup>26</sup> Cf., arts. 94, 104, 107, I, 111-A, I, 115, 118, II, 119, II, 120, §1º, III, e 123, parágrafo único, I, da CF/1988.

<sup>27</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* *Teoria geral cit.*, p. 154.

vários, a critério exclusivo das partes, o que pode ocorrer naquelas circunstâncias em que eventualmente for necessária a prática de atos como oitiva de testemunhas ou coleta de provas materiais em locais diferentes daquele escolhido como sede do procedimento arbitral, o que é essencial, tendo em vista que, em relação ao tribunal arbitral, não há o sistema de cooperação por cartas, nos moldes em que ocorre no tribunal estatal.

Especialmente no direito brasileiro, a questão relativa ao território é de suma importância na arbitragem, na medida em que o art. 34 da Lei 9.307/96 considera estrangeira a sentença arbitral proferida fora dos limites do Estado brasileiro e, como tal, a submete a procedimento de homologação perante o Superior Tribunal de Justiça. Além disso, o art. 10, IV da Lei 9.307/96, considera requisito obrigatório, indispensável à validade do compromisso arbitral a indicação do local em que a sentença deverá ser proferida e o art. 26, IV, determinada que esta indicação conste da sentença arbitral.

O princípio da indelegabilidade, por sua vez, compreende a vedação imposta aos magistrados no sentido de, segundo a sua própria conveniência, interesse ou vontade, delegar o exercício da função jurisdicional a outro órgão, exceção feita, evidentemente, àqueles casos em que incide algum impedimento ou suspeição que comprometam a sua imparcialidade e, por conseguinte, tornam imperativa a delegação. Isto ocorre porque “cada magistrado, exercendo a função jurisdicional, não o faz em nome próprio e muito menos por um direito próprio: ele é, aí, um agente do Estado (age em nome deste). O Estado o investiu, mediante determinado critério de escolha, para exercer uma função pública; o Estado lhe cometeu, segundo seu próprio critério de divisão de trabalho, a função jurisdicional referente a determinadas causas. E agora não irá o juiz, invertendo os critérios da Constituição e da lei, transferir a outro a competência para conhecer dos processos que elas lhe atribuíram”<sup>28</sup>. Também o árbitro tem a obrigação de exercer pessoalmente todos os atos de condução do processo e julgamento da demanda arbitral, não podendo repassá-lo a terceiros, mesmo quando

---

<sup>28</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et all*; *Teoria geral cit.*, pp. 154-155.



o ato em questão tiver que ser praticado fora da sede da arbitragem, caso em que o árbitro deverá se dirigir pessoalmente até este local, a não ser que as partes tenham, porventura, disciplinado de modo diverso na convenção.

O princípio da indeclinabilidade é correlacionado ao princípio da indelegabilidade e traz consigo a proibição de que os magistrados se recusem, sem justo motivo, a atuar no processamento e julgamento de uma determinada controvérsia. Ele é de incidência bastante restrita na jurisdição arbitral, na medida em que a recusa do árbitro, normalmente, se dá antes de instituída jurisdição estatal, ou seja, antes de aceita a sua nomeação. Embora o árbitro não seja obrigado a atuar no procedimento arbitral contra a sua vontade, a partir do momento em que aceita a sua nomeação, não pode mais declinar do seu compromisso, sob pena de responsabilidade, senão no caso de suspeição ou impedimento superveniente.

Pelo princípio do juiz natural se assegura a todos os envolvidos no processo judicial ou administrativo que as suas questões serão sempre julgadas por um magistrado independente, imparcial e indicado com a observância dos preceitos legais e constitucionais para tanto antes do surgimento do conflito de interesses entre as partes. O princípio do juiz natural se contrapõe à criação de juízos ou tribunais de exceção, “instituídos para o julgamento de determinadas pessoas ou crimes de determinada natureza, sem previsão constitucional”<sup>29</sup>.

Tomada essa concepção e levada ela ao extremo de que a demanda deveria “ser sempre formulada perante um julgador cuja competência foi abstratamente ficada, em geral por regra legal prévia”<sup>30</sup>, se poderia questionar se os juízos ou tribunais arbitrais não seriam tribunais de exceção, eis que constituídos especificamente para o julgamento de uma demanda determinada. Tal, porém, não é um entendimento verdadeiro, pois a instituição do juízo arbitral não só encontra previsão na Constituição Federal<sup>31</sup>, como é disciplinada,

---

<sup>29</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et all.* *Teoria geral cit.*, p. 156.

<sup>30</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

<sup>31</sup> Art. 114, § 2º.

também, na legislação infra-constitucional<sup>32</sup>. Trata-se, portanto, de um juízo criado a partir de regra legal prévia, que faculta às partes estabelecer a competência de árbitros para julgar os seus conflitos de interesses.

Além disso, a utilização da arbitragem é um recurso ao qual a parte se submete voluntariamente, por entender que aquela é a melhor opção, sendo garantido a ela que a apreciação da controvérsia será feita por pessoas imparciais, idôneas e desinteressadas. De fato, o principal elemento decorrente do princípio do juiz natural é a existência de um julgamento feito por quem tenha a sua competência pré-fixada, garantindo-se, pois, a sua imparcialidade. O primeiro aspecto, decorre do compromisso arbitral firmado entre as partes que tem entre os seus elementos obrigatórios a indicação, de comum acordo, do(s) árbitro(s) ou da câmara arbitral responsável pelo julgamento<sup>33</sup>. O segundo aspecto, por sua vez, está expressamente consignado no art. 21, § 2º da Lei 9.307/96, que dispõe: “serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

Por fim, o princípio da inércia da jurisdição, também conhecido como princípio da demanda, é aquele por força do qual “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”. Em outras palavras, é o princípio que afirma que o processo civil sempre se inicia por iniciativa da parte, embora ao magistrado cumpra impulsioná-lo de ofício. Na seara do direito processual, o princípio da inércia da jurisdição encontra exceções, como é o caso, por exemplo da possibilidade da abertura de procedimento de inventário e partilha de ofício pela juiz, caso as pessoas de direito não o façam dentro do prazo legal, na decretação de falência, quando falte algum requisito para a concessão de recuperação e na execução trabalhista. O mesmo não ocorre no âmbito na jurisdição arbitral em que o princípio da inércia é absoluto, não admitindo qualquer tipo de exceção. “A imparcialidade que caracte-

---

<sup>32</sup> Por todas, cite-se a Lei 9307/96.

<sup>33</sup> A propósito, cf. art. 10, II, Lei 9.307/96.

riza seus órgãos jurisdicionais (órgãos-pessoa) impede-os de exercer suas funções, senão a pedido de quem alegue uma lesão ou ameaça de lesão a um direito. Considerando que os direitos subjetivos são, em princípio, disponíveis, também o acesso à jurisdição arbitral fica entregue ao poder dispositivo da parte<sup>34</sup>.

Uma vez assentado o caráter e os contornos da jurisdição arbitral, é indispensável delinear quais os impactos que as decisões proferidas pelas diversas Câmaras e Tribunais arbitrais podem vir a ter nos julgamentos futuros.

#### **4. O caráter jurisdicional da arbitragem e seus efeitos nas sentenças arbitrais.**

Uma vez definido os traços marcantes da jurisdição arbitral e tendo como conclusão inequívoca o caráter jurisdicional da arbitragem, é impossível conceder às sentenças proferidas a natureza de meras opiniões, já que todo o procedimento arbitral e especialmente suas decisões finais são revestidas com a autorização e proteção estatal, garantindo assim a execução das obrigações contidas na sentença arbitral. De fato, a moderna tendência prevalecendo em diversos Estados é de aproximar as sentenças arbitrais das decisões judiciais, tendo ambos agora diversos pontos de convergência e mesmo respeitando a autonomia do procedimento arbitral, certo é que em diversos casos há a pacífica coexistência de procedimentos arbitrais e judiciais, como a execução de uma sentença arbitral.

Sobre tal coexistência necessária, se não houvesse o Estado a salvaguardar e colaborar com a arbitragem por meio de seu aparato e uso da força para implementação de decisões, em pouco tempo, devido a falta de cumprimento espontâneo das decisões arbitrais sem que as mesmas contassem com alternativa para que se fizessem prevalecer, por certo a arbitragem enfrentaria sérios problemas. Contudo, o fato de o Estado interferir na execução das sentenças arbitrais não diminui, em qualquer aspecto, o caráter jurisdicional da arbitragem, indicando

---

<sup>34</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral cit.*, p. 113.

apenas que o uso da força é prerrogativa exclusiva do Estado, mas a função de dizer a lei aplicável ao caso concreto não, sendo que tal função também poderá ser exercida por outros além de o Estado e seus servidores.

Ainda, sobre a força das sentenças arbitrais atualmente, citando a Lei Brasileira de Arbitragem (1996): “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”. Nas décadas passadas, os diplomas legais que disciplinavam a arbitragem exigiam, em regra, a homologação dos laudos arbitrais pelo Poder Judiciário como condição *sine qua non* para que ele pudesse produzir plenos efeitos. Contudo, a partir da interpretação do dispositivo *supra*, que é muito semelhante a diversos outros encontrados em países nos quais a arbitragem já representa um instituto extremamente desenvolvido, é simplesmente impossível negar a força imperativa que as sentenças arbitrais irradiam sobre as partes envolvidas.

Além, ainda tendo como exemplo a perspectiva brasileira, a lei de arbitragem, no seu art. 18, dispõe acerca de certa paridade entre árbitros e juízes em suas funções, não apenas no exercício de poder, mas especialmente na responsabilidade civil e criminal de árbitros por suas ações dentro dos procedimentos. Também, o ato de decisão arbitral é regulado por estritos comandos legais, sob pena de nulidade, mitigando assim a chance de quaisquer decisões teratológicas que apenas por serem prolatadas por árbitros almejem validade e eficácia. Assim é que a tendência moderna baseada na longa experiência prática confirma que uma vez que a sentença arbitral respeita grande parte dos requisitos da própria sentença judicial, é completamente inócuo condenar as partes a submetê-la à apreciação judicial, retirando assim não apenas a sua autonomia, mas também um de seus traços mais distintos: a celeridade.

Assim, considerado o crescente prestígio e inúmeras consequências advindas das sentenças arbitrais, é absolutamente imperativo um maior cuidado e ponderação sobre as mesmas. Tal cuidado se justifica pelo fato de que um dos instrumentos mais poderosos em

um Estado de Direito é o comando judicial que não permite qualquer discricionariedade para seus destinatários sobre o cumprimento. Assim, uma vez banida a concepção de que as sentenças arbitrais teriam pouca ou nenhuma importância ou mesmo força na esfera jurídica, e ainda considerando as similaridades das sentenças arbitrais e das sentenças judiciais, uma importante questão a ser debatida é sobre a possibilidade de essas sentenças arbitrais servirem enquanto precedentes, e caso seja possível, se seria concedida a mesma forma da *stare decisis* predominante no *common law*, ou se tais precedentes seriam interpretados apenas como elementos de referência para casos futuros.

### **5. Diferenciação entre precedente enquanto caso anterior e precedente enquanto doutrina do *stare decisis*.**

Ainda que consideradas as naturais diferenças existentes entre o processo judicial e os procedimentos arbitrais, para além da identidade relativa à função jurisdicional já apontada, é notável que alguns preceitos têm inafastável incidência em ambos os casos por representarem diretrizes basilares em defesa da Justiça e zelo pelo devido processo legal. E um dos elementos que deve ser garantido em qualquer método que se propõe à resolução definitiva dos conflitos sociais, é que tais decisões dispensem tratamento igualitário às partes, evitando, assim, manifestações arbitrárias.

De fato, desde a avocação do Estado para dirimir os conflitos entre particulares, existe em contrapartida à obrigação de conferir aos jurisdicionados segurança e certa previsibilidade nas decisões. E como garantia de tais elementos, alguns sistemas adotaram os diplomas legais como direcionamento para as decisões judiciais, descrevendo de forma hipotética situações e atribuindo conseqüências jurídicas. Já outros sistemas, aprovaram a vinculação das decisões a pronunciamentos judiciais já prolatados para casos semelhantes. Independente das latentes divergências entre tais sistemas, a vinculação das decisões judiciais seja ao comando previsto na lei ou no entendimento já pronunciado pelas cortes, busca restringir a atuação do julgador, seja

ele magistrado ou árbitro, no sentido de impedir quaisquer práticas teratológicas, que em última instância, suscitariam ou agravariam os conflitos sociais, ao invés de mitigá-los. Em suma, busca-se, assim, garantir que a decisão do julgador não seja de forma alguma manifestação da vontade própria, mas sim vontade da lei, seja aquela descrita nos diplomas legais ou aquela estabelecida por entendimentos judiciais prévios.

Para que se inicie a discussão sobre os precedentes, é imperioso que se faça a distinção dos dois significados que a palavra precedente pode adquirir na sistemática jurídica, sendo a confusão entre eles fonte de entendimentos diversos e conflitantes.

Nos países do *common law*, os precedentes têm origem já no século XVI, quando as Cortes começaram a seguir os pronunciamentos costumeiros seja nas matérias substanciais, seja nas questões procedimentais. Já nos séculos seguintes (XVII e XVIII) as Cortes inglesas adotaram um posicionamento ainda mais favorável a encontrar a lei nas decisões já existente do que (re)criá-la<sup>35</sup> no caso concreto. Ocorreu, a partir daí, uma promoção dos precedentes de simples casos práticos a princípios observados pelas Cortes. Dessa forma, com a contínua evolução dos precedentes nos países de *common law*, esses se tornaram não mais evidência persuasiva do direito, mas de fato fonte primária da lei.

Ainda sim, em um sistema tão avançado quanto o nosso, precedentes já consolidaram o ponto de partida do qual o trabalho dos juizes se inicia. De forma quase invariável o primeiro passo dos juizes consiste justamente em analisar a existência de decisões anteriores e compará-las (...) *stare decisis* é doutrina de plena aplicação em nossa lei. E apenas quando as cores não combinam e as referencias no *index* falham, quando não há precedentes decisivos sobre a matéria é que o trabalho sério dos juizes tem inicio. Nestas hipóteses, deverá o magistrado aplicar a lei para os litigantes perante ele. E assim, aplicando a lei para tais litigantes, também o fará para outros.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> (...) the function of common law, which consists of the original common custom and the role of courts, was to find and declare such custom and to provide persuasive evidence of its content and existence. BLACKSTONE, William. (1764)

<sup>36</sup> CARDOZO, Benjamim. *The Nature of Judicial Process*. Yale Press University.

Acreditava-se que a cada vez que uma Corte estabelecia pronunciamento inovador sobre determinada matéria, tal decisão tanto poderia representar influência viciada por elementos externos, como posicionamentos sociais imiscuídos de valores representativos de uma determinada época, ou mesmo convicções errôneas que ciclicamente se fazem predominantes. De fato, para aqueles que ainda defendem a aplicação irrestrita da doutrina do *stare decisis*, uma vez havendo decisão judicial sobre matéria, e um caso análogo com a mesma matéria e com elementos de inafastável semelhança com casos já solucionados, sendo julgada de forma distinta, tem-se um prejuízo enorme, que transcende a parte vencida no litígio e alcança a própria coletividade. Os efeitos de tal decisão contrária a um posicionamento já consolidado em decisão judicial anterior tende a afetar todo o sistema jurídico, retirando do mesmo qualquer traço de estabilidade e continuidade necessários para a sua própria segurança e dos jurisdicionados. Logo, mesmo nos casos em que há dúvida sobre a aplicação do precedente, a ponderação sobre os riscos de erro em tal conduta e as conseqüências nefastas derivadas do conflito de decisões judiciais sobre uma mesma matéria, faz ser preferível à conduta de vinculação ao que foi outrora decidido.<sup>37</sup>

Assim, a função dos precedentes – no contexto do *common law* entendidos como decisões judiciais prévias que vinculam as posteriores – tanto encontra base sólida em uma natural tendência de se confiar em decisões já aplicadas, quanto no receio de ver decisões judiciais reformadas, que em certo grau representa instabilidade no sistema jurídico, seja pelo apontamento de erros de instâncias inferiores ou pelas latentes divergências de entendimento entre os juízes. Em suma, a lógica contida na doutrina do *stare decisis* é que a decisão judicial deverá sempre advir da aplicação da lei ao caso concreto.

Em havendo decisão judicial *a priori* que representou a manifestação da vontade da lei no caso em questão, não há razão para

---

1921. p.20-21.

<sup>37</sup> COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations Which rest upon the Legislative*. 5th edition. Boston. Little, Brown and Company. 1898.

que aquela decisão adotada não seja igualmente aplicada em casos posteriores nos quais os seguintes elementos se façam presentes: (a) não tenha ocorrido qualquer modificação legal; e (b) os elementos que levaram a decisão primeira estejam igualmente presentes nos casos subseqüentes. Define-se, assim, um caminho de maior segurança jurídica, garantindo através da vinculação das cortes aos precedentes que o mesmo tratamento dado a um indivíduo será igualmente aplicável a todos aqueles que se encontrem em igual situação.

Já nos países que adotaram o sistema do *civil law*, como o Brasil, a tendência de elaboração de Códigos e diplomas legais fizeram desses a fonte primária de lei, havendo como fundamentação a importante divisão de poderes para a qual não caberia delegar ao Judiciário a atividade que originalmente caberia ao Legislativo<sup>38</sup>. Contudo, a própria realidade fática existente nesses sistemas, mostrou, de forma clara e inequívoca, a impossibilidade de alcançar os ideais de completude e integralidade dos Códigos, sendo sempre a experiência humana mais extensa, complexa e rica do que os ditames da lei.

Assim, extirpados os temores que guiaram os posicionamentos radicais sobre não interferência do Poder Judiciário na atividade legislativa, mesmo os países do *civil law* adotaram entendimento de que a observância dos entendimentos judiciais já existentes representam elementos que agregam segurança, consistência e estabilidade. Desta forma, surge a doutrina do *jurisprudence constante* segundo a qual os entendimentos judiciais anteriores deveriam ser levados em conta nas ponderações realizadas pelos magistrados desde que tais entendimentos já contassem com suficiente uniformidade.

Assim, os precedentes judiciais, entendidos aqui de forma diversa - como decisões judiciais prévias que contam com certa uniformidade na jurisprudência - ainda que não tenham poder de vincular as Cortes, por certo têm grande poder persuasivo, sendo recurso por vezes indispensável a magistrados e árbitros ao enfrentarem questões

---

<sup>38</sup> “[t]he role of the courts is to solve disputes that are brought before them, not to make laws or regulations” DAVID, R.. *French Law: its structure, sources and methodology*. Louisiana State University Press. 1972. p.180-181.



complexas<sup>39</sup>. O entendimento já prolatado por outros julgadores ainda que não vinculem as decisões, evidentemente oferecem apontamentos valiosos para a resolução das difíceis situações enfrentadas pelos julgadores.

No âmbito internacional, a questão relativa à possibilidade de recorrer-se aos precedentes ergueu-se recentemente, sendo certo que há algumas décadas seria impossível se buscar uma base de jurisprudência consolidada, já que esta se encontrava ainda em processo de desenvolvimento e maturação, indispensável para que tais entendimentos encontrassem a devida eficácia, bem como resistissem ou sucumbissem às críticas posteriores. No atual estágio de desenvolvimento da arbitragem, notadamente no âmbito externo, bem como a inovadora possibilidade de acesso às mais diversas decisões arbitrais prolatadas por distintos órgãos no mundo, inegável a importância e mesmo possibilidade de que as decisões arbitrais possam recorrer às outras decisões.

Considerando ambos os significados do termo *precedente*, entende-se, portanto, que pela inexistência de indicações expressas na legislação, ainda que não seja possível afirmar a incidência da doutrina do *stare decisis* nas arbitragens, certo é que a jurisprudência arbitral que está em momento de exponencial crescimento representa de forma incontestável recurso valioso a ser levado em conta nas decisões hodiernas.

## 6. O uso dos precedentes na arbitragem

Sendo crescente o fenômeno do uso da arbitragem como método alternativo na solução de litígios, alguns novos questionamentos despontam em seu seio, sendo que a sua solução é imperiosa para que não haja qualquer entrave significativo para o contínuo desenvolvimento da arbitragem. E, nesse cenário, uma das questões mais

---

<sup>39</sup> “It is only expected that arbitrators when faced with difficult issues of law want “to know what others in similar situations have done,” and regard “awards by other arbitrators in related cases as veritable precedents”. BERGER, K. Peter. *The International Arbitrator’s Application of Precedents*. Journal of International Arbitration. Kluwer Law International. 1982

complexas enfrentadas é se as decisões arbitrais formam precedentes e, em caso afirmativo, se tais decisões adquirem a força vinculante dos precedentes como no sistema da *common law* ou têm apenas um efeito persuasivo, devendo ser levadas apenas em consideração quando do julgamento, sem qualquer observância imperiosa, como ocorre com os julgados em geral, no caso do sistema da *civil law*.

Com o intuito de apurar a influencia dos precedentes e, em especial, os impactos por eles provocados na arbitragem, não há como não se recorrer, inicialmente, às fontes internacionais, âmbito no qual o instituto se encontra melhor desenvolvido e consolidado.

Nesse contexto, é obrigatória a referência ao art. 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) que define que: “a decisão da Corte não tem qualquer força, exceto entre as partes a respeito do caso em particular”<sup>40</sup>. Mesmo a jurisprudência arbitral, ainda que escassa no tratamento direto do tema, já se pronunciou alguns casos em favor da interpretação literal do art. 59 da CIJ, nos seguintes termos:

Os tribunais do ICSID são estabelecidos *ad hoc*, de caso para caso, sob as regras da Convenção de Washington, e o presente tribunal não conhece qualquer provisão, seja na Convenção ou em qualquer Tratado Bilateral de Investimentos, que estabeleça a obrigação de aplicação da doutrina do *stare decisis*.<sup>41</sup>

A disposição supracitada resolve, de forma definitiva, a questão sobre a doutrina do *stare decisis* especialmente no âmbito do direito internacional, para afastar a sua incidência.

---

<sup>40</sup> Tal menção é igualmente encontrada na disposição do NAFTA (*North American Free Trade Agreement – art. 1.136*). Disponível em: <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/naftatce.asp>. Acesso: 10 de novembro de 2010.

<sup>41</sup> “ICSID arbitral tribunals are established *ad hoc*, from case to case, in the framework of the Washington Convention, and the present Tribunal knows of no provision, either in that Convention or in the BIT, establishing an obligation of *stare decisis*” *El Paso Energy International Co. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, April 27, 2006, disponível em: [www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0315-DOJ-E.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0315-DOJ-E.pdf). Acesso: 10 de novembro de 2010; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Jurisdiction, May 16, 2006, disponível em <http://ita.law.uvic.ca/.pdf>

De fato, existem entendimentos doutrinários que para além de negarem qualquer incidência da doutrina do *stare decisis* na arbitragem, refutam também a possibilidade de que decisões prévias sejam consideradas no momento de ponderação e posterior julgamento por parte dos árbitros. Isso porque entre as principais características da arbitragem está a confidencialidade – ou seja, o sigilo que envolve o conflito, suas partes, seus elementos e sua solução – sendo impossível, portanto, de se falar em precedente ou mesmo lei derivada de decisões que não podem ser sequer publicadas<sup>42</sup>.

Refuta-se, outrossim, a possibilidade de que as decisões arbitrais gerem precedentes, pois em sendo consideravelmente onerosa a mobilização de cortes arbitrais para a solução dos litígios das partes, e em sendo essas partes as responsáveis pelo pagamento de tais custos, questiona-se qual o interesse das mesmas em ter decisões de seus litígios publicadas sendo que tal fato apenas aproveitaria a futuros litigantes?<sup>43</sup> Ainda, sobre a impossibilidade de que decisões arbitrais gerem precedentes a serem observados em futuros litígios como fonte subsidiária, tem-se que em alguns casos os árbitros, por livre disposição das partes, não estão atrelados a qualquer sistema legal, podendo resolver a questão através do uso de equidade e de maneiras outras que não a observância da lei ou decisões prévias sendo assim impossível de se falar em precedentes baseados em elementos estranhos a qualquer sistema jurídico.<sup>44</sup>

Em sentido contrário a esse entendimento, porém, tanto no Estatuto da CIJ, como outros diplomas legais<sup>45</sup>, também há previsão de que os precedentes jurisprudenciais poderão ser utilizados como meios subsidiários das Cortes<sup>46</sup> para o alcance de uma decisão final.

---

<sup>42</sup> Knapp, Charles. *Taking Contracts Private: The Quiet Revolution in Contract Law*. Fordham. 2002. p.761-766.

<sup>43</sup> LUBAN, David. *Settlements and the Erosion of the Public Realm*. Georgetown Law. 1995. p.2619.

<sup>44</sup> BRUNET, Edward. *Arbitration and Constitutional Rights*. Constitutional Law Review. 1992

<sup>45</sup> Como, por exemplo, o NAFTA Agreement, art. 1.136.

<sup>46</sup> “The decisions of these tribunals (ICC arbitral tribunals) create caselaw which

Destarte, um estudo detalhado das decisões prolatadas pela CIJ<sup>47</sup>, assim como do *International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, demonstra que tais precedentes exercem função altamente persuasiva nas ponderações realizadas:

É, desta forma, uma presunção razoável de que os tribunais arbitrais internacionais, especialmente aqueles estabelecidos sob o escopo da Convenção de Washington (1965) com o sistema ICSID, deverão levar em conta os precedentes estabelecidos por outros órgãos arbitrais. O presente Tribunal segue o mesmo entendimento, já que as partes tanto em seus pedidos escritos quanto nas argumentações orais fizeram amplo uso dos precedentes.<sup>48</sup>

Considerando o crescente volume de procedimentos arbitrais, notadamente de natureza comercial, sob os auspícios de instituições prestigiadas ou mesmo tribunais *ad hoc* na região do MERCOSUL, com especial destaque para a contribuição de Brasil e Argentina nas questões, surge um volume de informações considerável que já passa a integrar marcos norteadores de decisões arbitrais. Afinal, na busca

---

should be taken into account, because it draws conclusions from economic reality and conforms to the needs of international commerce, to which rules specific to international arbitration, themselves successively elaborated, should respond.” *ICC Partial Award 4131*, Collection ICC Arbitral Awards (1990), p.151.

<sup>47</sup> [ I ] It is not a question of holding [the parties in the instant case] to decisions reached by the court in previous cases. The real question is whether in this case, there is cause not to follow the reasoning and conclusions of earlier cases. *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Preliminary Objections Judgment) [1998] ICJ Rep.275*, para. 28.

<sup>48</sup> ICSID arbitral tribunals are established *ad hoc*, from case to case, in the framework of the Washington Convention, and the present Tribunal knows of no provision, either in that Convention or in the BIT, establishing an obligation of *stare decisis*. It is, nonetheless, a reasonable assumption that international arbitral tribunals, notably those established within the ICSID system, will generally take account of the precedents established by other arbitration organs, especially those set by other international tribunals. The present Tribunal will follow the same line, especially since both parties, in their written pleadings and oral arguments, have heavily relied on precedent *El Paso Energy International Co. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, *Decision on Jurisdiction*, April 27, 2006, Disponível em: [www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0315-DOJ-E.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0315-DOJ-E.pdf). Disponível em: 10 de novembro de 2010.

por maior por estabilidade e reconhecimento da arbitragem no âmbito regional do MERCOSUL, a referência a laudos arbitrais pretéritos funciona como indicador da coerência no desenvolvimento de entendimentos sobre assuntos de trato reincidente no âmbito regional. Tão logo, seguindo o padrão adotado por cortes arbitrais européias e norte-americanas, de consolidar posicionamentos característicos e entendimentos uniformes, ainda que de forma incipiente, tal iniciativa também é notada também no âmbito do MERCOSUL, havendo entre as câmaras arbitrais brasileiras e argentinas exordiais remissões a laudos pretéritos.

Ainda, nas instâncias arbitrais internacionais as ponderações sobre a força dos precedentes como fonte a ser utilizada tomam como referência as arbitragem da ICSID, pelo que se passa a um breve estudo dos casos ali retratados.

## 7. Os precedentes e as arbitragens do ICSID

As grande maioria das arbitragens internacionais modernas são marcadas pela prévia existência de tratados bilaterais entre Estados e investidores, havendo expressa menção ao *International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID)* como instância responsável pela designação de árbitros e condução dos procedimentos. De fato, tal preferência se deve a inovação trazida pela Convenção do ICSID em permitir demandas diretas entre investidores e Estados-receptores.

Sendo, portanto, preferido entre Estados e investidores, e havendo crescimento exponencial da arbitragem no mundo, as atividades do ICSID desde sua criação na década de 60 aumentaram de forma significativa oferecendo inigualável base de dados para consultar a jurisprudência arbitral e a possível incidência dos precedentes. E ainda que não haja qualquer possibilidade de imposição da doutrina do *stare decisis* nas arbitragens do *International Center for Settlement of Investment Disputes*<sup>49</sup> pela disposição expressa no art. 53<sup>50</sup> da

---

<sup>49</sup> “the absence [...] of a rule of *stare decisis* in the ICSID arbitration (...) *Amco v. Indonesia*, Decision on Annulment, 16 May 1986, para. 44, 1 ICSID Reports 509, 521.

<sup>50</sup> “award shall be binding on the parties (...)” art. 53. ICSID Convention.

Convenção do ICSID, é cada vez mais consolidado o entendimento do ICSID de observar suas decisões prévias bem como as de outros tribunais arbitrais. Afinal, nos últimos quinze anos a prática da arbitragem sob os auspícios do ICSID foi de tal forma significativa que a questão do uso de precedentes se tornou cada vez mais concreta na arbitragem, sobretudo pelo desenvolvimento de vasta jurisprudência arbitral sobre os mais complexos temas internacionais de comércio e investimento.

Assim, mesmo que extirpada qualquer idéia de vinculação das decisões do ICSID aos entendimentos prévios prolatados por tal órgão ou por tribunais arbitrais outros, é cada vez mais consolidado o entendimento de que a jurisprudência arbitral constitui sim uma importante fonte subsidiária na solução de litígios pelos árbitros, havendo a devida cautela sobre as peculiaridades inerentes a cada caso.

Para o benefício próprio das partes, o Tribunal de toda forma rejeita a assertiva que pretende que, devido às especificidades de cada caso e à identidade de cada decisão da jurisdição ou laudo arbitral, absolutamente nenhuma consideração deve ser conferida a outras decisões prolatadas por outros tribunais em casos semelhantes. De fato, (...) se a disputa legal decorrente apresenta um alto grau de semelhança ou mesmo identidade com os elementos no presente caso, este Tribunal não se considera impedido, por uma questão de princípios, de ponderar sobre as decisões tomadas ou posicionamentos prolatados por outros tribunais.<sup>51</sup>

Ressalta-se aqui que tais resultados apontam para uma conclusão igualmente auferível da hermenêutica dos arts. 53 da CIJ e art. 1.136 do NAFTA de que, embora não haja entendimento doutrinário consolidado no sentido de garantir a aplicação do *stare decisis* na seara arbitral, é irrefutável que o recurso aos precedentes, enquanto decisões anteriores, como forma de guiar a atividade arbitral quando confrontada com questões de complexidade considerável, encontra crescente aplicação.<sup>52</sup> Afinal, o que se depreende da redação de ambos

---

Disponível em: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR\\_English-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf). Acesso: 10 de novembro de 2010.

<sup>51</sup> *AES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17.

<sup>52</sup> “Each Tribunal remains sovereign and may retain, as it is confirmed by ICSID

os dispositivos é muito mais o efeito de *res judicata* das sentenças arbitrais para as partes do que uma expressa negação do uso dos precedentes nas considerações de outros casos. De fato, em diversos casos estudados de forma enfática pela doutrina arbitral, notadamente no âmbito internacional, existem situações em que por razões extremamente pragmáticas, ao arbitro não resta outra escolha senão seguir entendimentos já prolatados em decisões arbitrais prévias.<sup>53</sup>

A exponencial ascensão da arbitragem tem como efeitos diretos não apenas a proliferação de tribunais arbitrais em todos os países – independentemente de serem de *civil law* ou de *common law*, como também chama a maior atenção de estudiosos do mundo todo. E disso decorre um maior debate e discussão das questões inerentes à arbitragem, permitindo que as diversas Cortes arbitrais incluam em suas ponderações pronunciamentos de outros órgãos e publicações<sup>54</sup> que de alguma forma contribuam para o alcance da solução mais adequada aos litígios.

Considerada a existência e latente expansão da jurisprudência arbitral, agora mais acessível pelos meios de comunicação e pelo interesse dos órgãos arbitrais, resguardando eventuais manifestações das partes sobre confidencialidade, de publicarem suas decisões, tais entendimentos poderão sim servir a casos posteriores desde que atenda a condição *sine qua non* de que tais decisões arbitrais contêm com certa uniformidade, expressando um entendimento majoritário dos tribunais arbitrais sobre determinada questão.

---

practice, a different solution for resolving the same problem; but decisions on jurisdiction dealing with the same or very similar issues may at least indicate some lines of reasoning of real interest this Tribunal may consider them in order to compare its own position with those already adopted by its predecessors and, if it shares the views already expressed by one or more of this tribunals on a specific point of law, it is free to adopt the same solution... precedents may also be rightly considered, at least as a matter of comparison and, if so considered by the Tribunal, of inspiration." *AES Corp. v Argentine Republic (Jurisdiction)* ICSID Case No. ARB/02/17 (ICSID, 2005)

<sup>53</sup> WEIDERMAIER, W. Mark. **Toward a Theory of Precedent in Arbitration**. 2010.

<sup>54</sup> Destaque especial para o ICSID Review – Foreign Investment Law Journal (ICSID Rev – FIJL) bem como o World Investment and Trade.

## 8. Conclusão

O longo debate sobre a natureza jurisdicional da arbitragem, se puramente contratual ou jurisdicional, encontra-se finalmente superado prevalecendo o posicionamento daqueles que defendem que a clássica definição de Chiovenda deve ser adaptada a evolução dos tempos, sendo agora perfeitamente possível conceder a arbitragem o caráter jurisdicional pelas razões expostas no presente trabalho. E como qualquer instituto em evolução, uma vez cessado debate sobre determinado ponto, tão logo outra importante questão há de se erguer. Para os propósitos deste trabalho, considerando as crescentes semelhanças entre as sentenças arbitrais e sentenças judiciais, algumas das aplicações inerentes as decisões judiciais são agora expandidas para as sentenças arbitrais como a consideração das decisões prévias como referência a pronunciamentos futuros.

E considerando as peculiaridades do instituto arbitral, bem como a exigência do consentimento como condição *sine qua non* para a instituição da arbitragem leva à afirmação de que não seria possível impor, no âmbito arbitral, a força vinculante dos precedentes. Afinal, para além dos razoáveis argumentos relativos às ponderações subjetivas das partes sobre suas chances de sucesso nos pleitos arbitrais que seriam totalmente mitigadas se os precedentes fossem vinculantes para as decisões subseqüentes, já que as partes não admitiram entrar em um procedimento para o qual já existe solução contrária a seus interesses. Além, conforme o entendimento de Lord Denning:

se jamais fizermos algo que ainda não foi feito, então nós jamais chegaremos a qualquer lugar. A lei ficara inerte enquanto o mundo evolui: e isto será ruim para ambos<sup>55</sup>

Não obstante, porém, se resta pacífico que a imposição da doutrina do *stare decisis* na arbitragem como regra geral não se faz viável,

---

<sup>55</sup> “[ I]f we never do anything which has not been done before, we shall never get anywhere. The law will stand still whilst the rest of the world goes on: and that will be bad for both”. DENNING, Alfred T. *The Discipline of Law* 1979, p. 296.



tampouco é aceitável a peremptória negação da força dos precedentes como referência para as ponderações dos árbitros e fonte subsidiária para resolução dos conflitos. Afinal, os argumentos contrários ao uso dos precedentes na arbitragem que, em regra, estão fundamentados na redação de disposições como o art. 53 da Convenção da CIJ, carecem de razão pela interpretação literal conferida<sup>56</sup>. Destarte, tais disposições dispõem de forma a vedar a vinculação da decisão dos árbitros a pronunciamentos já consolidados não impedindo, contudo, que tais decisões sirvam, caso a situação em análise assim permita, como pontos de orientação.

Em suma, afirma-se que a existência de uma doutrina de precedentes *de facto* encontra plena recepção nas arbitragens sendo tal doutrina, entretanto, distinta daquela presente nos países que adotam o sistema do *commom-law* para os julgamentos perante o Poder Judiciário. Isto porque não há qualquer previsão legal ou mesmo possibilidade de vincular as cortes arbitrais aos pronunciamentos de cortes superiores devido à regra geral de irrecorribilidade das decisões arbitrais bem como da inexistência de hierarquia entre as cortes de árbitros. Contudo, uma vez trazidas ao caso pela parte, decisões judiciais precedentes, caso confrontem situações similares, devem ser observadas pelos árbitros não com força de cerceamento da livre apreciação dos árbitros, mas como decisão já prolatada que se faz digna de consideração.

A habilidade de acompanhar os novos caminhos e a versatilidade na proposição de respostas aos hodiernos desafios da arbitragem é tarefa imperiosa da qual juristas e árbitros brasileiros devem se incumbir. Se os efeitos dos precedentes na arbitragem, seja na esfera doméstica ou internacional, há poucas décadas se provaria de pouca relevância para o país, hoje adquire grande força<sup>57</sup>. Afinal, considerando o crescimento da arbitragem brasileira, surge já há algum tempo e ainda que de forma lenta, considerável volume de

---

<sup>56</sup> SCHREUER, CH. *The ICSID Convention: A Commentary* (2001).

<sup>57</sup> Conforme preconizava a pioneira iniciativa da Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, no ano de 2002.

# THE JURISDICTIONAL CHARACTER OF ARBITRATION AND THE ARBITRAL PRECEDENT

## ABSTRACT

One of the most polemical questions concerning the arbitral institution is whether the arbitration has or not jurisdictional nature. And according to this paper, quoting some doctrinal exponents the answer is affirmative. But from this point, some other questions are raised such as what effects does this jurisdictional character has in the arbitral awards concerning to its extension and its use as precedents to future cases. From the point that arbitral awards become constantly more and more alike judicial decisions in its structure, effects and limitations , the paper intends to discuss whether, just like judicial decisions, arbitral awards can be used as precedents, and if so, if they should be just references to future cases or should be taken according to stare decisis doctrine, not serving as references to arbiters but further, dictating the solution applicable to the cases to come.

**KEYWORDS:** International. Jurisdictional Function. Precedents. *Stare Decisis* Doctrine. Jurisprudence Constante.

## REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BERGER, K. Peter. *The International Arbitrator's Application of Precedents*. Journal of International Arbitration. Kluwer Law International. 1982
- BLACKSTONE, William. *An Analysis of the Laws in England*. Harvard University. 1764
- BRUNET, Edward. *Arbitration and Constitutional Rights*. Constitutional Law Review. 1992
- CARDOZO, Benjamim. *The Nature of Judicial Process*. Yale Press University. 1921.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.
- \_\_\_\_\_. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do processo*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations Which rest upon the Legislative*. 5<sup>th</sup> edition. Boston. Little, Brown and Company. 1898.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 14.ed. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- DAVID, R.. *French Law: its structure, sources and methodology*. Louisiana State University Press. 1972.
- DENNING, Alfred T. *The Discipline of Law*. LexisNexis. England. 1979 p. 296.

- DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 11.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005
- FAZZALARI, Elio. *L'arbitrato*. Torino: UTET, 1997.
- KNAPP, Charles. *Taking Contracts Private: The Quiet Revolution in Contract Law*. Fordham. 2002.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 55, n. 24.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *A administração pública e a ordem jurídica privada (jurisdição voluntária)*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1961.
- LUBAN, David. *Settlements and the Erosion of the Public Realm*. Georgetown Law. 1995.
- MAGALHÃES, José Carlos de. Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 86, vol. 740, jun. 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3.ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Rápidas observações sobre arbitragem e jurisdição. Disponível em <http://marinoni.adv.br>. Acesso em 07/03/2011.
- NERY JR, Nélson. *Código de processo civil comentado e legislação civil extravagante em vigor*. 3. ed., São Paulo: RT, 1997.
- OWEN FISS, The forms of justice, 93 *Harvard Law Review*, 1978.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- POUDRET e BESSON. *Comparative law of international arbitration*. 2.ed.. London: Thomson/Sweet & Maxwell, 2007.
- ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1962.
- THEODORO JR., Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 2, Nov.-Dez/1999, p. 5.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WEIDERMAIER, W. Mark. *Toward a Theory of Precedent in Arbitration*. William and Mary Law Review. Vol. 51. 2010.

## **TRATADOS E CONVENCOES INTERNACIONAIS**

ICSID Convention. Disponível em: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR\\_English-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf). Acesso: 10 de novembro de 2010.

NAFTA (*North American Free Trade Agreement – art. 1.136*). Disponível em: <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/naftatce.asp>. Acesso: 10 de novembro de 2010.

## **JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

*AES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17.

*Amco v. Indonesia*, Decision on Annulment, 16 May 1986, para. 44, 1 ICSID Reports 509, 521.

*El Paso Energy International Co. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, April 27, 2006, disponível em: [www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0315-DOJ-E.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0315-DOJ-E.pdf). Acesso: 10 de novembro de 2010;

*ICC Partial Award 4131*, Collection ICC Arbitral Awards (1990), p.151.

*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Preliminary Objections Judgment)* [1998] ICJ Rep.275, para. 28

*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Jurisdiction, May 16, 2006, disponível em <http://ita.law.uvic.ca/.pdf>

## **JURISPRUDÊNCIA NACIONAL**

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Conflito de Competência n.º 113.260/SP. Fazendas Reunidas Caruá e outras x Pecuária Unit Santa Clara Ltda.. 2ª Seção, Rel. Min. Nancy Fátima Andrighi. Rel. p/acórdão Min. João Otávio de Noronha. DJe 07/04/2011

**Recebido em 22/11/2010 – Aprovado em 27/05/2011**