

O PRECEDENTE NA ARBITRAGEM*PRECEDENT IN ARBITRATION***Thomas Clay¹⁹**

RESUMO: Este artigo explora o papel do precedente no contexto da arbitragem internacional, desafiando a aparente oposição entre os sistemas de common law e civil law. Ao longo da análise, evidencia-se que, embora a arbitragem seja concebida como um espaço de autonomia e flexibilidade decisória, a prática revela um uso recorrente — ainda que não vinculante — de decisões anteriores como fontes de influência. A distinção entre precedente e jurisprudência, a atuação de instituições arbitrais e o papel dos tribunais estatais, como juízes de apoio, recurso ou execução, são examinados com profundidade. O artigo também destaca a tensão entre liberdade do árbitro e padronização de soluções, encerrando com uma provocação sobre a subjetividade da escolha arbitral e o valor da independência em face da tradição decisória.

Palavras-chave: Precedente; Arbitragem Internacional; Common Law e Civil Law.

ABSTRACT: This article explores the role of precedent within the context of international arbitration, challenging the supposed opposition between common law and civil law traditions. Through a detailed examination, it is demonstrated that, although arbitration is conceived as a space of autonomy and decision-making flexibility, practice reveals a frequent — though non-binding — use of prior decisions as sources of influence. The article draws distinctions between precedent and jurisprudence, examines the role of arbitral institutions, and investigates how national courts function as supporting, appellate, or enforcement judges. It also highlights the tension between arbitral freedom and the standardization of solutions, concluding with a provocation on the subjective nature of arbitrator selection and the value of independence in light of prior decisions.

Key-words: Precedent; International Arbitration; Common Law and Civil Law.

1. INTRODUÇÃO

Uma “cabeça de alfinete”. À primeira vista, essa é a dimensão do tema que nos ocupa hoje. No entanto, após ouvirmos os diversos palestrantes ao longo do dia, o tema revela-se, ao contrário, de uma riqueza incomum, bem como relativamente recente (GAILLARD; BANIFATEMI, 2008; KAUFFMANN-KOHLER, 2008, p. 137; ARROYO,

¹⁹ **1. Qualificação:** Professor de Direito (Professeur agrégé) de Direito Privado na Université Paris I Panthéon-Sorbonne; **2. e-mail:** thomas.clay@univ-paris1.fr; e **3. vinculação:** Université Paris I Panthéon-Sorbonne (França)

2016, p. 113). Essa é, aliás, a façanha dos organizadores deste colóquio: saírem dos caminhos já amplamente trilhados e oferecerem um tema inovador e instigante.

As diversas intervenções das quais fomos privilegiados ao longo do dia demonstraram que, longe de ser insignificante como uma cabeça de alfinete, o tema oferece um vasto campo a ser explorado e desenvolvido. Essa exploração, realizada por esses verdadeiros "garimpeiros do pensamento", para continuar a metáfora, foi especialmente rica. Os palestrantes não se limitaram a falar de ouro; refinaram, com o conhecimento que possuem, uma questão que, em si, não tinha precedentes, e fizeram emergir, não pedras preciosas, mas verdadeiras joias intelectuais. Nesse sentido, a escolha de conceder aos palestrantes o tempo necessário, maior que o usual, para apresentarem seus argumentos, mostrou-se particularmente acertada.

Devemos começar pela definição, em francês, do termo "précédent" (precedente). O "*Dictionnaire historique de la langue française Robert*" define "precedente" como um "fato anterior que permite compreender um fato análogo; uma decisão ou uma maneira de agir da qual se pode valer em um caso semelhante" (LE ROBERT, 2022, verbete "Précédent"). Essa definição corresponde exatamente à acepção adotada durante este colóquio. A etimologia da palavra é ainda mais reveladora: surgido no século XIII, o termo "precedente" deriva do latim "*Praecedens*", composto de "prae" (antes) e "cedere" (ir, ceder), significando "andar na frente", "vir antes", ou "ser anterior". Entretanto, o uso do termo no sentido que é empregado hoje só apareceu no século XIX, do inglês *precedent*. A ironia da história é que o termo inglês, por sua vez, foi inspirado no termo francês do século XV. E assim, desse duplo movimento de tradução, resultou-se o termo "precedente" tal como é compreendido hoje.

Esse vai e vem entre o inglês e o francês certamente contribuiu para tornar o precedente – ou mais precisamente a regra do precedente – o cerne da distinção, ou da própria oposição, entre o *common law* e o *civil law*. Salim Moollan bem observou que a regra do precedente vincula o juiz da *common law*, enquanto o juiz da *civil law* permanece livre. Este último pode ser influenciado por um precedente, que funcionará como uma

fonte de inspiração, mas não está obrigado a segui-lo. Vale lembrar que o artigo 5.º do Código Civil francês proíbe os juízes de "se pronunciar por meio de disposições gerais e regulamentares sobre as causas que lhes são submetidas". Este artigo, em verdade, vai longe, pois impede expressamente que os juízes recorram a precedentes.

É curioso observar que essa regra fundamental dos países de civil law não impede que a doutrina examine detalhadamente os acórdãos – em especial, os do Tribunal de Apelação de Paris (Cour d'appel de Paris) ou da Corte de Cassação (Cour de cassation) – com o objetivo de atribuir-lhes um alcance que ultrapasse o caso concreto e os transforme em... precedentes. Assim, é válido questionar se a naturalidade com que são usadas expressões como *arrêt de principe* ou *arrêt d'espèce*²⁰ para classificar uma decisão não seria, na verdade, contrária à essência do sistema de civil law. Essas expressões, de fato, não deveriam ter espaço no direito francês. A proibição dos chamados *arrêts de règlement* faz, por princípio, de cada caso uma situação única. Mais ainda: essa característica é justamente o que diferencia a common law – um sistema jurídico fundamentado na compilação – da civil law, que se baseia na construção. Pode-se até dizer que essa distinção demonstra a superioridade intelectual da civil law sobre a common law. Para resumir em uma frase, trata-se da diferença entre um "direito de notas de rodapé" e um "direito de página inteira". E isso se deve à rejeição da regra do precedente.

O direito da arbitragem não escapa à contradição. Mais ainda do que em outros campos, não se esforça por analisar os meandros das decisões para destacar as decisões “relevantes”? Não existe uma verdadeira *case law* no direito da arbitragem a ponto de autores, incluindo magistrados, compilarem as decisões mais importantes (FADLALLAH; HASCHER, 2019; CLAY; PINSOLLE; VOISIN, 2014) ? Não estamos diante daquele

²⁰ Os termos "arrêts de principe", "arrêts d'espèce" e "arrêts de règlement" são conceitos do direito francês sem tradução exata no português e/ou no sistema jurídico brasileiro. "Arrêts de principe", cuja tradução literal seria "acórdãos de princípio", referem-se a decisões que estabelecem princípios jurídicos gerais aplicáveis a casos futuros, de forma semelhante às decisões de repercussão geral no Brasil. "Arrêts d'espèce", traduzido literalmente como "acórdãos de espécie", aplicam-se exclusivamente ao caso concreto, sem intenção de criar precedentes gerais, assemelhando-se às decisões judiciais comuns no Brasil que não possuem efeito vinculante. Por sua vez, "arrêts de règlement", cuja tradução literal seria "acórdãos regulamentares", eram decisões históricas que criavam normas gerais, prática atualmente proibida pelo artigo 5 do Código Civil francês, que impede os juízes de exercerem funções legislativas.

"direito erudito" que o Professor Bruno Oppetit mencionava ao falar do direito internacional privado (OPPETIT, 1992, p. 331), mas que também se aplica ao direito da arbitragem?

Contudo, a força do precedente no direito da arbitragem é variável. A arbitragem clássica – frequentemente, mas erroneamente, denominada arbitragem comercial – baseia-se, de fato, em alguns grandes precedentes, mas não é obcecada pela busca de precedentes. Esses grandes precedentes fornecem apenas a arquitetura geral da matéria. Em contrapartida, a arbitragem de investimentos está constantemente pautada por precedentes, ainda que contraditórios. Encontramos no âmago da arbitragem a oposição entre *civil law* e *common law* (DAVID, 1972, p. 765). A arbitragem clássica é um direito de construção, mais influenciado pela *civil law*, enquanto a arbitragem de investimentos é um direito de compilação, marcado pela *common law*. Na arbitragem de investimentos, as partes buscam acumular precedentes para, por um efeito de massa, conquistar a decisão. As partes enfrentam-se em uma verdadeira "batalha de precedentes", restringindo a liberdade do árbitro, que encontra também um conforto intelectual em basear-se no que já foi decidido em vez de construir inteiramente uma solução específica. O simples fato de que os precedentes sejam contraditórios deveria relativizar a suposta segurança que oferecem. Em torno da regra do precedente, constroem-se não apenas a distinção entre *civil law* e *common law*, mas também entre a arbitragem clássica e a arbitragem de investimentos

No entanto, para quem acredita quase religiosamente na autonomia da arbitragem internacional, o precedente deveria ter ainda menos espaço. Se a arbitragem é um direito autônomo, então não está vinculada a nada, especialmente a nada que a preceda. Não está sequer vinculada a si mesma, o que constitui um paradoxo singular.

A arbitragem é um direito independente, desvinculado de tudo, inclusive de seus próprios precedentes. A menos que, em um novo paradoxo, seja exatamente o oposto: por ser autônoma, a arbitragem está submetida a seu próprio corpus de regras, formado pela sedimentação de decisões e precedentes, culminando na emergência de uma ordem jurídica arbitral autônoma, precisamente construída por superposição de precedentes. Foi isso que

Christophe Seraglini chamou hoje de "harmonização das soluções". Contudo, a questão da publicidade das sentenças arbitrais, que Salim Moollan denominou "divulgação", suscitou debates sobre seu significado e implicações.

Neste ponto, é útil evitar confundir precedente com jurisprudência. Para ilustrar essa distinção, vale recorrer à célebre sentença arbitral *Dow Chemical* de 1982, que afirma:

"Considerando que, neste sentido, já se pronunciaram tribunais arbitrais instituídos no âmbito da CCI (v. sentenças no caso n.º 2375 de 1975, Clunet, 1976, p. 973; e no caso 1434 de 1975, Clunet, 1976, p. 978); que as decisões desses tribunais formam progressivamente uma jurisprudência que deve ser considerada, pois deduz as consequências da realidade econômica e está em conformidade com as necessidades do comércio internacional, às quais devem responder as regras específicas, elas mesmas progressivamente elaboradas, da arbitragem internacional". (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, 1982, p. 146, 899).

Na primeira parte dessa citação, há uma referência clara ao que precedeu. Nela, encontramos a essência do precedente e da jurisprudência. A sentença *Dow Chemical* constitui, portanto, quase um precedente perfeito ou absoluto, pois não apenas se baseia em um precedente e define a jurisprudência arbitral, mas também se tornou ela mesma um precedente. Quarenta anos depois, continua a fundamentar o princípio da extensão da cláusula compromissória a um grupo de empresas. Trata-se de um exemplo emblemático de precedente.

A identificação do precedente é, de fato, o cerne da questão. Durante todo o dia, as discussões giraram em torno da distinção entre o que constitui precedente e o que não constitui. Buscou-se distinguir entre situações com precedentes e sem precedentes. Assim, as comunicações podem ser sintetizadas em dois blocos: casos com precedentes (I) e casos sem precedentes (II).

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 PRECEDENTE

Existem dois tipos de precedentes na arbitragem. O primeiro situa-se no cerne da arbitragem (2.1.1), enquanto o segundo está apenas em suas margens (2.1.2).

2.1.1. NO CERNE DA ARBITRAGEM

No cerne da arbitragem, o precedente pode manifestar-se em dois contextos: no âmbito de uma mesma disputa (1) ou no contexto de uma mesma instituição de arbitragem (2).

1º) Em uma mesma disputa:

Quando há um precedente em uma mesma disputa, estamos diante da autoridade da coisa julgada. Este foi o tema abordado por Anne-Véronique Schlaepfer. A res judicata, expressão latina sobre a qual a palestrante deu especial ênfase, é uma espécie de forma imperativa do precedente. Sua extensão foi discutida, principalmente no que diz respeito aos fundamentos da decisão, que também podem carregar a autoridade da coisa julgada. O princípio da “concentração dos meios” (preclusão) também foi destacado, assim como o papel da res judicata em conjuntos complexos de fatos.

Contudo, um caso específico merece menção: decisões formuladas em ordens procedimentais. Estas podem ser emitidas em sequência, referindo-se umas às outras. Não é incomum que uma ordem procedimental mencione outra anterior, seja para complementá-la, estendê-la ou mesmo reiterá-la. Trata-se, portanto, de precedentes no âmbito da arbitragem internacional, dentro de uma mesma disputa, sem que se possa invocar a autoridade da coisa julgada, dado que, evidentemente, ainda não houve julgamento.

2º) No âmbito de uma mesma instituição de arbitragem

O precedente também pode derivar de uma mesma instituição de arbitragem. Esse foi o tema tratado por Xavier Favre-Bulle. É certo que, assim como as ordens procedimentais, as decisões das instituições de arbitragem não são, em princípio, decisões jurisdicionais. Ainda assim, elas podem criar precedentes em questões de grande relevância, como as decisões sobre impugnação de árbitros, substituição, conexão e consolidação de procedimentos, prazos e honorários. Como lembrou o palestrante, as decisões das instituições de arbitragem são administrativas e, portanto, "degradadas", muitas vezes significativamente, em relação a uma decisão jurisdicional. No entanto, são

elas que acabam gerando precedentes. Isso é particularmente paradoxal, considerando que tais decisões geralmente não são públicas e, em alguns casos, sequer são fundamentadas.

Mesmo assim, o conjunto dessas decisões forma um corpo de soluções, reiteradas inúmeras vezes, sempre convergentes ou até idênticas, que se baseiam umas nas outras como precedentes. Ainda mais relevante, como destacou Maxi Scherer, esse fenômeno provoca uma "padronização" dos procedimentos arbitrais, ilustrada, por exemplo, pelo uso das Redfern schedules. Xavier Favre-Bulle, por sua vez, mencionou as Guidelines da International Bar Association como outro exemplo dessa evolução.

As estatísticas apresentadas por Maxi Scherer demonstram que, embora haja pouca publicidade dessas decisões, exceto por algumas decisões isoladas, os precedentes existem porque as instituições de arbitragem baseiam-se em uma base consistente de decisões. Assim, essas instituições buscam coerência em suas práticas. As decisões acumuladas criam uma prática institucional, ou mesmo uma "política" (policy) do centro de arbitragem. Isso, por sua vez, torna-se um elemento de atratividade e até de marketing para a instituição. O exemplo mais claro e recente dessa realidade são as notas da CCI ou o aguardado projeto da "practice note" do Centro Suíço de Arbitragem.

Existe, portanto, precedente na arbitragem, seja em uma mesma disputa ou no âmbito de uma mesma instituição de arbitragem. No entanto, os precedentes também estão presentes nas margens da arbitragem.

2.1.2. NAS MARGENS DA ARBITRAGEM

Como se sabe, à margem da arbitragem, o juiz estatal pode intervir como *juge d'appui* (1), *juge du recours* (2) ou *juge de l'exequatur* (3).²¹

²¹ Os termos *juge d'appui*, *juge du recours* e *juge de l'exequatur* são conceitos do sistema jurídico francês sem tradução exata no direito brasileiro, mas com algumas aproximações. O *juge d'appui* (literalmente, "juiz de apoio") intervém para garantir o bom andamento do procedimento arbitral, resolvendo impasses relacionados à nomeação, substituição ou recusa de árbitros, conforme disposto nos artigos 1451 e 1452 do Código de Processo Civil francês. No Brasil, funções análogas são exercidas pelo Poder Judiciário, nos termos do artigo 7º da Lei nº 9.307/1996. O *juge du recours* (literalmente, "juiz do recurso") analisa impugnações contra sentenças arbitrais, limitando-se a questões processuais ou violações de ordem pública, o que encontra paralelo no artigo 32 da Lei de Arbitragem, que trata da anulação de sentenças arbitrais. O *juge de l'exequatur* (literalmente, "juiz de execução") é responsável pela execução de sentenças arbitrais, tanto

1º) Juge d'appui (juiz de apoio)

As discussões de hoje não se concentraram particularmente no *juge d'appui*. Contudo, no direito positivo francês, suas decisões em matéria de recusa de árbitros levantam questões delicadas relacionadas ao precedente. De fato, as decisões do *juge d'appui* possuem força de coisa julgada (*autorité de chose jugée*) e vinculam o *juge du recours*, mesmo que se trate de uma decisão de inadmissibilidade. Foi uma ordem proferida em um procedimento sumário (*ordonnance de référé*) no caso Samsung, há cerca de uma década, que estabeleceu essa regra.²²

Na prática, isso significa que, se o *juge d'appui* rejeitar um pedido de recusa de árbitro por considerá-lo inadmissível devido à sua intempestividade, essa decisão será revestida de força de coisa julgada. Consequentemente, o fundamento da recusa não poderá ser novamente invocado perante o *juge du recours*, mesmo que não tenha sido examinado em razão da intempestividade. Trata-se de uma manifestação evidente, senão excessiva, da força do precedente, já que a decisão do *juge d'appui* prevalece perante o *juge du recours*.

2) Juge du recours (juiz do recurso)

Este é o cerne da questão. A solução clássica é que o juiz da civil law não está, oficialmente, sujeito à regra do precedente. Contudo, como lembrou Louis Degos, na prática, precedentes existem. Quem poderia afirmar que o caso Hilmarton²³ não constitui

internas quanto estrangeiras, no território francês. No Brasil, sentenças arbitrais já possuem força executória como títulos executivos judiciais (CPC, art. 515), sendo o STJ o responsável pela homologação de sentenças arbitrais estrangeiras (artigos 34 a 40 da Lei de Arbitragem).

²² TRIB. GR. INST. PARIS. Caso Samsung, nº 10/50604. Paris, 22 jan. 2010. In: *Revue de l'arbitrage*, 2010, p. 571, nota J.-B. Racine; *Périodique des Affaires (PA)*, 2010, nº 203, p. 6, nota P.-A. Rouquette; Dalloz (D.), 2010, p. 2937, observações de Th. Clay.

²³ CASS. CIV. 1RE. Caso Hilmarton, nº 92-15.137. Paris, 23 mar. 1994. *Bulletin Civil I*, nº 104. In: *Revue de l'arbitrage*, 1994, p. 327, nota Ch. Jarrosson; *Clunet*, 1994, p. 701, nota E. Gaillard; *Revue trimestrielle de droit commercial (RTD com.)*, 1994, p. 702, obs. J.-Cl. Dubarry e E. Loquin; *Revue critique de droit international privé (Rev. crit. DIP)*, 1995, p. 356, nota B. Oppetit; extratos da nota publicados in OPPETIT, B. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, Coleção Droit, Éthique, Société, 1998, p. 85; *Dossiers et Documents de Politique Internationale (DPCI)*, 1995, p. 152, obs. D. Nedjar; *Périodique des Affaires (PA)*, 1995, nº 23, p. 8 (2ª esp.), obs. G. Parléani; *Yearbook Commercial Arbitration*, v. XX, 1995, p. 666; *Rivista dell'arbitrato*, 1995, p. 291, nota A. Vincent.

um precedente? Ou que os acórdãos Putrabali²⁴ não são precedentes? Ou ainda que a decisão NIOC²⁵ ou o célebre caso Gosset²⁶ não são precedentes?

O precedente pode também ser mais fragmentado: não é o acórdão como um todo, mas determinados elementos que se tornam precedentes. Louis Degos ilustrou esse ponto com princípios gerais da arbitragem, como o princípio da autonomia da cláusula compromissória e o princípio da kompetenz-kompetenz, que se tornaram precedentes inquestionáveis.

Da mesma forma, os padrões reiterados em várias decisões contribuem para uma forma de precedente. Sobre isso, Louis Degos destacou dois padrões, em particular: a independência do árbitro e o controle da ordem pública. Em relação à independência do árbitro, há a fórmula repetida inúmeras vezes: "A independência é da essência jurisdicional da função do árbitro." Quanto à ordem pública, a expressão "violação flagrante, efetiva e concreta" foi usada por cerca de vinte anos. Outra formulação recorrente, presente em cerca de metade dos acórdãos, afirma: "O juiz do recurso não é o juiz do mérito da

²⁴ CASS. CIV. 1RE. Caso Putrabali, n° 05-18.053 e n° 06-13.293. Paris, 29 jun. 2007. *Bulletin Civil I*, n° 250 e 251. In: *Revue de l'arbitrage*, 2007, p. 507, nota E. Gaillard; *Clunet*, 2007, p. 1236, nota Th. Clay; *Gazette du Palais* (Gaz. Pal.), Cah. arb., 21-22 nov. 2007, p. 2, nota Ph. Pinsolle; *Gaz. Pal.*, Cah. arb., 21-22 mar. 2008, p. 23, nota C. Debourg; *Revue critique de droit international privé* (Rev. crit. DIP), 2008, p. 109, nota S. Bollée; *PA*, 2007, n° 192, p. 20, nota M. de Boissésou; *Dalloz* (D.), 2007, p. AJ.1969, nota X. Delpech; *D.*, 2008, p. 1429, obs. L. Degos; *Journal des Contrats Publics* (JCP), 2006, I.216 § 7, obs. Ch. Seraglini; *Revue Juridique des Assurances* (RJDA), 2007, p. 883, obs. J.-P. Ancel; *D.*, 2008, p. 189, obs. Th. Clay; *RTD com.*, 2007, p. 682, obs. E. Loquin; *Gaz. Pal.*, Cah. arb., 21-22 nov. 2007, p. 3, obs. S. Lazareff; *Arbitration International*, 2007, p. 277, nota Ph. Pinsolle; *Bulletin ASA*, 2007, p. 217, nota P.-Y. Gunter; *American Review of International Arbitration*, 2007, p. 309, nota H. Smit; *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2008, n° 18, p. 114, nota L. Weiller.

²⁵ CASS. CIV. 1RE. Caso NIOC, n° 01-13.742. Paris, 1 fev. 2005. *Bulletin Civil I*, n° 53. In: *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 693, nota H. Muir Watt; *Revue critique de direito internacional privado* (Rev. crit. DIP), 2006, p. 140, nota Th. Clay; *JCP*, 2005, I.134 § 4, obs. J. Béguin; *JCP E.*, 2005, II.447, nota G. Kessler; *JCP*, 2005, II.10101, nota G. Kessler; *RTD com.*, 2005, p. 266, obs. E. Loquin; *Gaz. Pal.*, 27-28 mai 2005, p. 37, nota F.-X. Train; *D.*, 2005, p. 3054, obs. Th. Clay; *Gaz. Pal.*, 27-28 abr. 2005, p. 3, obs. S. Lazareff; *SIAR*, 2005, v. 2, p. 217, nota G. Tattevin e F.-X. Train; *Spain Arbitration Review*, 2008, n° 3, p. 90, nota Th. Clay.

²⁶ CASS. CIV. 1RE. Caso Gosset, n° 58-12.874. Paris, 7 mai 1963. *Bulletin Civil I*, n° 246. In: *D.*, 1963, p. 545, nota J. Robert; *Revue critique de direito internacional privado* (Rev. crit. DIP), 1963, p. 615, nota H. Motulsky; *Clunet*, 1964, p. 83, nota J.-D. Bredin; *JCP*, 1963, II.13405, nota B. Goldman; *Revue de l'arbitrage*, 1963, p. 60, nota Ph. Francescakis; *Revue trimestrielle de droit civil* (RTD civ.), 1963, p. 785, obs. P. Hébraud.

sentença." Essa solução é um exemplo de um precedente amplamente citado nas decisões estatais sobre controle de sentenças arbitrais.

3º) Juge de l'exequatur (juiz de execução)

O *juge de l'exequatur* também esteve ausente das discussões do dia. Isso é surpreendente, pois é diante dele que, por vezes, surgem conflitos de decisões, e, conseqüentemente, conflitos de precedentes. Isso ocorre quando decisões diferentes, senão inconciliáveis, são proferidas no mesmo caso. Um exemplo são sentenças arbitrais contraditórias, como no caso Hilmarton já mencionado. Também ocorre quando a sentença arbitral é incompatível com uma decisão judicial estatal.

Foi este o caso no processo Planor de 2012,²⁷ ou, mais recentemente, nos processos Citigroup (2021),²⁸ República do Benin (2022)²⁹ e Armamenti (2022).³⁰ A Corte de Apelação de Paris compreende que a inconciliabilidade pode surgir na execução e entende que deve ser dada preferência à decisão que primeiro foi executada na França. Assim, o pedido de execução posterior deve ser rejeitado, qualquer que seja a natureza da decisão (sentença arbitral ou decisão estatal estrangeira), para evitar uma violação da ordem pública internacional processual.

No caso Citigroup, a Corte afirmou: *"O mero reconhecimento ou a execução de uma sentença (arbitral) inconciliável com uma decisão judicial interna ou estrangeira previamente dotada de executividade na França pode violar de forma manifesta, efetiva e concreta a ordem pública internacional, sendo inconciliáveis as decisões judiciais que*

²⁷ COUR D'APPEL DE PARIS. Caso Planor, n° 10/21349. Paris, 17 jan. 2012. In: *Revue de l'arbitrage*, 2012, p. 569, nota M.-L. Niboyet; *Gazette du Palais (Gaz. Pal.)*, 6-8 mai 2012, p. 16, obs. D. Bensaude; Dalloz (D.), 2012, p. 2991, obs. Th. Clay; *International Arbitration Law Review (Int'l Arb. L. Rev.)*, 2012, n° 15-2, p. 11, nota B. Grange.

²⁸ COUR D'APPEL DE PARIS. Caso Citigroup, n° 19/11413. Paris, 12 jul. 2021. In: *Revue de l'arbitrage*, 2021, p. 968 (en somm.); *JCP*, 2021, p. 1280, § 5, obs. Ch. Seraglini; *Dalloz actualité*, 17 set. 2021, obs. J. Jourdan-Marques; *D.*, 2021, p. 2272, obs. Th. Clay; *Paris Journal of International Arbitration (Paris Journ. Intern. Arb.)*, 2022, p. 119, obs. P. Pedone.

²⁹ COUR D'APPEL DE PARIS. Caso République du Bénin. Paris, 11 jan. 2022. In: *Dalloz actualité*, 21 jan. 2022, obs. J. Jourdan-Marques; *Global Arbitration Review (GAR)*, 3 fev. 2022, obs. C. Sanderson.

³⁰ COUR D'APPEL DE PARIS. Caso Armamenti, n° 19/22977. Paris, 1 fev. 2022. In: *Revue de l'arbitrage*, 2022, p. 1490, nota E. Loquin; *D.*, 2022, p. 1784, obs. E. Farnoux; *Dalloz actualité*, 16 mar. 2022, obs. J. Jourdan-Marques; *Gaz. Pal.*, 3 mai 2022, p. 13, obs. L. Larribère.

acarretam consequências jurídicas mutuamente excludentes".³¹ De forma ainda mais clara, no caso República do Benin, decidiu que: "*Se a ordem pública internacional francesa pode ser ferida pela inconciliabilidade entre uma sentença arbitral e uma decisão de um tribunal estrangeiro que geram consequências jurídicas mutuamente excludentes, é necessário que essas decisões sejam igualmente executórias no território francês*".³²

A execução, ao permitir a incorporação da decisão ao ordenamento jurídico nacional, é o elemento que constitui o precedente que prevalece sobre a decisão conflitante, mesmo que esta seja anterior, mas que ainda não tenha sido executada (DEBOURG, 2012). Aqui, o precedente é, portanto, incontestável.

Concluindo esta primeira parte, verifica-se que há, de facto, precedentes na arbitragem. Mas também há casos de arbitragem sem precedentes.

2.2. SEM PRECEDENTE

Existem situações em que o precedente está ausente, parcial ou totalmente, dependendo de exercer ou não influência. No que diz respeito ao precedente, pode-se identificar, portanto, sua influência (A) ou sua indiferença (B).

A) A influência do precedente

O precedente é uma fonte de inspiração entre muitas outras. A decisão pode ser influenciada por uma lei aplicável, uma norma material, a *lex mercatoria*, as opiniões pessoais dos julgadores, entre outros fatores. É o que Philippe Fouchard chamava de "sincretismo arbitral" (GAILLARD, 2004, p. 375, destaque para p. 379), e que Luca Radicati di Brozolo descreveu como a "grande flexibilidade" que caracteriza a atuação dos árbitros.

A influência do precedente pode ser percebida em litígios similares. Essa influência varia de acordo com a autoridade da decisão invocada, seja ela um acórdão da Corte de Cassação, uma sentença arbitral célebre ou mesmo um precedente do qual o próprio árbitro

³¹ COUR D'APPEL DE PARIS. Caso Citigroup. Paris, 12 jul. 2021. Destaque para o n° 35.

³² COUR D'APPEL DE PARIS. Caso République du Bénin. Paris, 11 jan. 2022. Destaque para o n° 54.

tenha participado em um caso anterior. Nesse último caso, é igualmente necessário saber distanciar-se do precedente.

Existem também precedentes no contexto de sistemas integrados ou altamente integrados, mencionados ao longo do dia. Pense-se, por exemplo, na arbitragem no âmbito da OHADA ou no Tribunal Arbitral do Esporte (TAS). No sistema do TAS, a sentença é revisada detalhadamente pela administração do tribunal, buscando soluções convergentes que possam criar uma forma de "jurisprudência". Essa "jurisprudência" é, em maior ou menor grau, vinculativa para futuros casos arbitrais no TAS.

A influência de precedentes na arbitragem também se manifesta de maneira mais informal, especialmente em casos de arbitragens sucessivas. Esses casos podem ser homogêneos, envolvendo as mesmas partes e os mesmos árbitros. No entanto, podem ser heterogêneos, quando há acréscimos ou exclusões de partes ou quando os tribunais arbitrais são apenas parcialmente recompostos. Nesses casos, surgem precedentes fragmentados, com níveis desiguais de conhecimento sobre o caso.

O mesmo viés pode ser observado em arbitragens não sucessivas, mas paralelas, quando, por exemplo, dois dos três árbitros participam simultaneamente em tribunais paralelos. Nessas situações, é possível que o terceiro árbitro de um dos tribunais não esteja ciente da conexão entre os casos, ou que, mesmo sabendo, não tenha acesso às informações do outro processo arbitral.

Em todas essas circunstâncias, não se pode falar propriamente de precedentes, mas sim de influências ou de precedentes meramente "intelectuais".

Por fim, é necessário mencionar as medidas provisórias ou cautelares, como foi abordado por Anne-Véronique Schlaepfer. Em princípio, as medidas provisórias não devem criar precedentes, justamente devido à sua natureza transitória e não definitiva. No entanto, elas podem servir como fonte de inspiração. Isso é evidente no caso oposto, quando o tribunal se afasta de uma decisão anterior. Nessas situações, é comum que a nova decisão seja acompanhada de explicações detalhadas, como se o tribunal precisasse

justificar uma mudança não linear em seu raciocínio, demonstrando que se desvinculou de um precedente próprio.

Essa questão é ainda mais evidente no caso do árbitro de urgência, cuja decisão, por definição, não vincula o tribunal que julgará o mérito, nem deve criar precedentes. Para se desvencilhar dessas decisões, frequentemente utiliza-se expressões como *prima facie* ou *en l'état*, técnicas que permitem desconectar o futuro tribunal arbitral de decisões urgentes anteriores. Assim, tribunais posteriores podem rever essas medidas sem o risco de contradição. Nesse sentido, o precedente exerce alguma influência, mas, na maioria das vezes, predomina a indiferença em relação ao precedente.

B) A indiferença ao precedente

A indiferença ao precedente é, em princípio, a regra. Esse é, inclusive, um dos motivos pelos quais as partes recorrem à arbitragem. A arbitragem tem como finalidade permitir aos árbitros que não fiquem presos a um sistema predefinido, evitando formatações e, até mesmo, afastando-se dos argumentos e meios apresentados pelas partes. Existe, inclusive, um dever de liberdade por parte do árbitro (CLAY, 2023).

Essa liberdade é especialmente evidente em relação às sentenças arbitrais anteriores. Segundo Luca Radicati di Brozolo, a liberdade do árbitro em relação aos precedentes é "indiscutível". A dupla ausência de regulação e publicidade impede que sentenças anteriores sejam consideradas precedentes vinculativos ou mesmo relevantes.

Ademais, a publicidade pode ser tendenciosa ou manipulada. A sentença arbitral Salini, de 23 de julho de 2001,³³ ilustra essa questão de forma marcante. É amplamente conhecida, mas poucos sabem que, apenas uma semana antes, em 16 de julho de 2001, foi proferida uma sentença absolutamente idêntica: a sentença Consortium R.F.C.C. v. Marrocos,³⁴ que raramente é citada. O que explica essa publicidade relativa? Por que uma sentença é amplamente divulgada enquanto outra, semelhante, é ignorada?

³³ CIRDI. Caso Salini Costruttori S.p.A. v. Royaume du Maroc, ARB/00/4. Competência. 23 jul. 2001. Destaque para os n° 43 a 64.

³⁴ CIRDI. Caso Consortium R.F.C.C. v. Royaume du Maroc, ARB/00/6. Competência. 16 jul. 2001. Destaque para os n° 50 a 66.

A resposta está no fato de que a sentença Salini foi traduzida por Emmanuel Gaillard, que tinha interesse em promovê-la em um de seus casos. A primeira sentença foi esquecida, apesar de ser o verdadeiro precedente. A publicidade deve ser vista com cautela, pois é aleatória e cria incertezas em relação ao precedente. Assim, mesmo a sentença Salini – considerada o "precedente dos precedentes" – é, na realidade, uma ilusão. A falta de tradução e divulgação por um "influenciador", como diríamos hoje, impediu que a sentença Consortium R.F.C.C. alcançasse o mesmo destaque da sentença Salini.

A legitimidade da arbitragem reside precisamente na escolha das partes, primeiro pela arbitragem, depois pelo árbitro. Nunca se afirmou que a arbitragem oferece garantia de qualidade jurídica da sentença. Esse não é o objetivo principal da arbitragem. Diferentemente do juiz estatal, que passa por uma formação jurídica obrigatória e cujas aptidões são avaliadas por exames e concursos – assegurando competências jurídicas –, os árbitros são escolhidos por si mesmos, com base em critérios subjetivos. Essa constatação é enfatizada por Sébastien Manciaux ao questionar a qualidade das sentenças arbitrais. De fato, há sentenças que é melhor não conhecer. Existem sentenças ruins. É, portanto, uma ilusão acreditar que seria necessário um precedente, um sistema organizado e regulado de publicidade das sentenças arbitrais. A ausência de precedentes é fundamental, pois reflete a própria essência da arbitragem.

3. CONCLUSÃO

Para concluir, houve hoje um grande ausente: o árbitro, ou mais precisamente, o papel do árbitro em relação ao precedente. O árbitro é escolhido com base no que ele é – sua personalidade, seu temperamento, entre outros fatores. Pode-se preferir, por exemplo, um árbitro cauteloso, de espírito mais conservador, que tende a se apoiar em um conjunto de decisões anteriores e precedentes, protegido por seu próprio imperativo categórico que o conduz a alinhar-se aos precedentes. Por outro lado, pode-se optar por um árbitro de temperamento mais criativo, até mesmo arrojado, que tem a capacidade de se emancipar do que foi decidido anteriormente, não por uma busca de originalidade, mas por

independência de pensamento. Em outras palavras, o árbitro é escolhido pela sua habilidade de se libertar da ordem estabelecida, dependendo das necessidades da tese que se deseja sustentar – seja ela uma tese que se insere em um continuum de decisões ou que deve se afastar desse padrão. Talvez essa seja, inclusive, a principal característica buscada em um árbitro. "O árbitro e o precedente" poderia, portanto, ser o tema de um futuro colóquio. Enquanto isso, podemos revisitar esta frase de André Gide, em seu livro intitulado "Attendu que..." – um título que certamente ressoa para os juristas: "*Isso criou um precedente, do qual ele se valeu para se introduzir, tanto sabia que uma primeira concessão nos obriga*" (GIDE, 1943, p. 31).

4. REFERÊNCIAS

ARROYO, D. Fernández. "Les décisions arbitrales comme précédent". In: *Le précédent en droit international*. Paris: A. Pedone, Colloque de Strasbourg, 2016, p. 113.

CASS. CIV. 1RE. Caso Gosset, nº 58-12.874. Paris, 7 mai 1963. *Bulletin Civil I*, nº 246. In: *D.*, 1963, p. 545, nota J. Robert; *Revue critique de droit international privé (Rev. crit. DIP)*, 1963, p. 615, nota H. Motulsky; *Clunet*, 1964, p. 83, nota J.-D. Bredin; *JCP*, 1963, II.13405, nota B. Goldman; *Revue de l'arbitrage*, 1963, p. 60, nota Ph. Francescakis; *RTD civ.*, 1963, p. 785, obs. P. Hébraud.

CASS. CIV. 1RE. Caso Hilmarton, nº 92-15.137. Paris, 23 mar. 1994. *Bulletin Civil I*, nº 104. In: *Revue de l'arbitrage*, 1994, p. 327, nota Ch. Jarrosson; *Clunet*, 1994, p. 701, nota E. Gaillard; *RTD com.*, 1994, p. 702, obs. J.-Cl. Dubarry e E. Loquin; *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 356, nota B. Oppetit; extratos publicados in OPPETIT, B. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, *Coleção Droit, Éthique, Société*, 1998, p. 85; *DPCI*, 1995, p. 152, obs. D. Nedjar; *PA*, 1995, nº 23, p. 8 (2ª esp.), obs. G. Parléani; *Yearbook Commercial Arbitration*, v. XX, 1995, p. 666; *Rivista dell'arbitrato*, 1995, p. 291, nota A. Vincent.

CASS. CIV. 1RE. Caso NIOC, nº 01-13.742. Paris, 1 fev. 2005. *Bulletin Civil I*, nº 53. In: *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 693, nota H. Muir Watt; *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 140, nota Th. Clay; *JCP*, 2005, I.134 § 4, obs. J. Béguin; *Gaz. Pal.*, 27-28 mai 2005, p. 37, nota F.-X. Train; *SIAR*, 2005, v. 2, p. 217, nota G. Tattevin e F.-X. Train; *Spain Arbitration Review*, 2008, nº 3, p. 90, nota Th. Clay.

CASS. CIV. 1RE. Caso Putrabali, nº 05-18.053 e nº 06-13.293. Paris, 29 jun. 2007. *Bulletin Civil I*, nº 250 e 251. In: *Revue de l'arbitrage*, 2007, p. 507, nota E. Gaillard;

Clunet, 2007, p. 1236, nota Th. Clay; Gaz. Pal., Cah. arb., 21-22 nov. 2007, p. 2, nota Ph. Pinsolle; Gaz. Pal., Cah. arb., 21-22 mar. 2008, p. 23, nota C. Debourg; Rev. crit. DIP, 2008, p. 109, nota S. Bollée; PA, 2007, n° 192, p. 20, nota M. de Boissésou; D., 2007, p. AJ.1969, nota X. Delpech; RTD com., 2007, p. 682, obs. E. Loquin; Arbitration International, 2007, p. 277, nota Ph. Pinsolle; Bulletin ASA, 2007, p. 217, nota P.-Y. Gunter; Revista Brasileira de Arbitragem, 2008, n° 18, p. 114, nota L. Weiller.

CIRDI. Caso Salini Costruttori S.p.A. v. Royaume du Maroc, ARB/00/4. Competência. 23 jul. 2001. Destaque para os n° 43 a 64.

CIRDI. Caso Consortium R.F.C.C. v. Royaume du Maroc, ARB/00/6. Competência. 16 jul. 2001. Destaque para os n° 50 a 66.

COUR D'APPEL DE PARIS. Caso Planor, n° 10/21349. Paris, 17 jan. 2012. In: Revue de l'arbitrage, 2012, p. 569, nota M.-L. Niboyet; Gazette du Palais (Gaz. Pal.), 6-8 mai 2012, p. 16, obs. D. Bensaude; Dalloz (D.), 2012, p. 2991, obs. Th. Clay; International Arbitration Law Review (Int'l Arb. L. Rev.), 2012, n° 15-2, p. 11, nota B. Grange.

COUR D'APPEL DE PARIS. Caso Citigroup, n° 19/11413. Paris, 12 jul. 2021. In: Revue de l'arbitrage, 2021, p. 968 (en somm.); JCP, 2021, p. 1280, § 5, obs. Ch. Seraglini; Dalloz actualité, 17 set. 2021, obs. J. Jourdan-Marques; D., 2021, p. 2272, obs. Th. Clay; Paris Journal of International Arbitration (Paris Journ. Intern. Arb.), 2022, p. 119, obs. P. Pedone.

COUR D'APPEL DE PARIS. Caso République du Bénin. Paris, 11 jan. 2022. In: Dalloz actualité, 21 jan. 2022, obs. J. Jourdan-Marques; Global Arbitration Review (GAR), 3 fev. 2022, obs. C. Sanderson.

COUR D'APPEL DE PARIS. Caso Armamenti, n° 19/22977. Paris, 1 fev. 2022. In: Revue de l'arbitrage, 2022, p. 1490, nota E. Loquin; D., 2022, p. 1784, obs. E. Farnoux; Dalloz actualité, 16 mar. 2022, obs. J. Jourdan-Marques; Gaz. Pal., 3 mai 2022, p. 13, obs. L. Larribère.

COUR D'APPEL DE PARIS. Caso Citigroup. Paris, 12 jul. 2021. Destaque para o n° 35.

COUR D'APPEL DE PARIS. Caso République du Bénin. Paris, 11 jan. 2022. Destaque para o n° 54.

CLAY, Th. "The arbitrator's duty of freedom". In: Liber Amicorum in Memoriam of Piero Bernardini. Association italienne d'arbitrage (ed.). 2023.

CLAY, Th.; PINSOLLE, Ph.; VOISIN, Th. The French International Arbitration Law Reports 1963-2007. New York: JurisNet, 2014.

DAVID, R. "Conception française et conception anglaise de l'arbitrage". In: Mélanges Walter J. Ganshof Van der Meersch. Bruxelles: Bruylant; Paris: LGDJ, 1972, t. 2, p. 765.

DEBOURG, C. Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international. Prefácio de F.-X. Train. Paris: LGDJ, Coleção Bibliothèque de droit privé, 2012.

FADLALLAH, I.; HASCHER, D. Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial. Paris: Dalloz, Coll. Grands Arrêts, 2019.

GAILLARD, E. "Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international". In: Hommage à la mémoire de Philippe Fouchard. Revue de l'arbitrage, 2004, p. 375, com destaque para p. 379.

GAILLARD, E.; BANIFATEMI, Y. Precedent in International Arbitration. Huntington N.Y.: Juris Publishing, IAI Series on International Arbitration, 2008.

GIDE, A. Attendu que.... Paris: Charlot, 1943, p. 31.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Caso CCI n° 4131/1982. Partes: Dow Chemical c. Isover Saint Gobain. Paris, 1982. In: Coletânea de Sentenças Arbitrais da CCI, 1974-1985, p. 146. Clunet, 1983, p. 899. Observações de Y. Derains.

KAUFFMANN-KOHLER, G. "Is Consistency a Myth?", p. 137.

LE ROBERT. Dictionnaire historique de la langue française. 6. ed. Paris: Le Robert, 2022. Verbete: "Précédent".

OPPETIT, B. "Le droit international privé, droit savant". Recueil des cours - Académie de Droit International de La Haye, v. III, 1992, p. 331.

TRIB. GR. INST. PARIS. Caso Samsung, n° 10/50604. Paris, 22 jan. 2010. In: Revue de l'arbitrage, 2010, p. 571, nota J.-B. Racine; Périodique des Affaires (PA), 2010, n° 203, p. 6, nota P.-A. Rouquette; Dalloz (D.), 2010, p. 2937, observações de Th. Clay.

Data da submissão: 12/02/2025

Data da primeira avaliação: 20/02/2025

Data da segunda avaliação: 11/04/2025

Data da aprovação: 11/04/2025