

WEIDEMAIER, W.M.C. Toward a theory of precedente in arbitration. In: **William and Mary Law Review**, v. 51, n. 5, p. 1895–1958, April 2010. Disponível em: <[http://wmlawreview.org/files/Weidemaier\\_final.pdf](http://wmlawreview.org/files/Weidemaier_final.pdf)>. Acesso em: mar. 2011.

Ana Cristina Baruffi<sup>1</sup>

Os árbitros criam precedentes? Pergunta inaugural do artigo *Toward a theory of precedent in arbitration*, ou em sua tradução literal “Em direção à teoria do precedente na arbitragem” em que seu autor W. Mark C. Weidemaier desenvolve a teoria sobre a qual, ao contrário do que a doutrina sobre arbitragem afirma, há sim a possibilidade de criação de precedente arbitral, desde que atendidos alguns pressupostos.

Mark Weidemaier é professor assistente no curso de Direito da Universidade da Carolina do Norte, na cidade de Chapel Hill, Estados Unidos, onde lecciona disciplinas de contratos, arbitragem e estudos de litígios cíveis complexos. O objetivo principal de suas pesquisas é examinar como os litigantes, advogados e outros agentes privados dão forma aos sistemas de resolução de litígios, tanto no contexto de disputas entre particulares como em litígios envolvendo entidades soberanas.

Autor de diversas obras. Destacam-se: *Contracting for State Intervention: The Origins of Sovereign Debt Arbitration*<sup>2</sup>; *Haggling Over (Non?) Enforcement*<sup>3</sup>; *Toward A Theory of Precedent in Arbitration*<sup>4</sup>; *Disputing Boilerplate*<sup>5</sup>; *From Court Surrogate to Regulatory Tool: Re-Framing the Empirical Study of Employment Arbitration*<sup>6</sup>; *Allocating Power Between Judges and Arbitrators*<sup>7</sup>; *Arbitration and the Individuation Critique*<sup>8</sup>; *The Arbitration Clause in Context: How Contract Terms Do (and Do Not) Define the Process*<sup>9</sup>; *Courts and Civil*

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD. Advogada. Especialista em Metodologia do Ensino Superior pelo Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Mestre em Direito Processual Civil, subárea Processo e Cidadania, Linha de Pesquisa Relações Negociais pela Universidade Paranaense – UNIPAR (Bolsista da CAPES).

<sup>2</sup> 73 LAW & CONTEMP. PROBS. 335 (2011). [[Westlaw](#), [Lexis/Nexis](#), [SSRN](#), [BEPRESS](#)]

<sup>3</sup> LAW & CONTEMP. PROBS. \_ (forthcoming 2010)

<sup>4</sup> 51 WM. & MARY L. REV. 1895 (2010). [[Westlaw](#), [Lexis/Nexis](#), [SSRN](#), [BEPRESS](#)];

<sup>5</sup> 82 TEMP. L. REV. 1 (2009). [[Westlaw](#), [Lexis/Nexis](#), [SSRN](#), [BEPRESS](#)]

<sup>6</sup> 41 U. MICH. J.L. REFORM 843 (2008). [[Westlaw](#), [Lexis/Nexis](#), [SSRN](#), [Hein](#), [BEPRESS](#)]

<sup>7</sup> ADMIN OF JUST. BULL. (2007)

<sup>8</sup> 49 ARIZ. L. REV. 69 (2007). [[Westlaw](#), [Lexis/Nexis](#), [SSRN](#), [BEPRESS](#)]

<sup>9</sup> 40 CREIGHTON L. REV. 655 (2007). [[Westlaw](#), [Lexis/Nexis](#), [SSRN](#), [BEPRESS](#)]

*Procedure*, (with J. Drennan)<sup>10</sup>; *The Federal Arbitration Act: Federal Preemption of State Law Regulating Arbitration*<sup>11</sup>.

A partir da questão dos precedentes no direito *common law*, e até situando em alguns momentos o *civil law*, o objetivo de Weidemaier é responder: os árbitros podem criar precedentes? E ainda, podem elaborar lei no campo comercial, *antitrust*, empregatício, marítimo, de seguro e de contratos?

Segundo Weidemaier, a matéria é muito discutida, porém pobremente estudada (e entendida). O fenômeno do precedente em arbitragem, bem como a elaboração de lei pelo árbitro, encontra barreira em duas características: confiabilidade e segredo, os dois pontos antagônicos do espectro (Ibidem, p. 1899). Isso porque, a doutrina costuma criar um conflito entre essas duas características e a produção de lei por duas razões: apesar do grande interesse muito pouco estudo foi direcionado para identificar em quais condições o precedente arbitral pode surgir e, mesmo havendo razões teóricas bem fundamentadas para acreditar que em alguns sistemas arbitrais possam gerar precedente, há limitações empíricas que dificultam a comparação do comportamento dos árbitros nos sistemas (Ibidem, p. 1899).

Há que se deixar bem claro que, quando o autor se refere a precedente arbitral, ele não afirma que laudos passados determinarão o resultado de litígios futuros de modo a restringir o juízo discricionário dos futuros árbitros. O objetivo principal do artigo é proporcionar uma fundamentação teórica das condições em que o precedente pode ou não pode se desenvolver no sistema arbitral. Para tanto o autor divide seu trabalho em três partes.

Na primeira apresenta, brevemente, o debate acerca da capacidade da arbitragem de gerar precedente. Na segunda, algumas considerações sobre como pode o precedente arbitral se desenvolver ao identificar três condições: 1) se o sistema arbitral é estruturalmente um condutor para a criação de precedente; 2) se o precedente arbitral pode preencher lacuna ou substituir da lei Estadual e 3) se os árbitros podem ser vistos como produtores de normas num contexto relevante. Na terceira e última parte, formula mais algumas hipóteses sobre o precedente arbitral e tenta responder a pergunta formulada

---

<sup>10</sup> N.C. LEGIS. (2006)

<sup>11</sup> ADMIN OF JUST. BULL. (2005).

no artigo: podem elaborar lei no campo comercial, *antitrust*, empregatício, marítimo, de seguro e de contratos?

É muito comum se afirmar que a arbitragem não é um instituto capaz de gerar precedente. Weidemaier justifica que isso se dá por faltarem aos participantes deste sistema privado incentivos de produção legal, não obterem, os juízes e litigantes, direitos autorais sobre o precedente gerado, e a produção de lei conferir um benefício não compensado em terceiros. Atendendo a essas características, a arbitragem seria nada mais do que uma forma de solução de conflitos *ad hoc*. Porém, ao se conectar com decisões passadas, a arbitragem deixa de ser apenas a forma de solução de conflito *ad hoc* e passa a ter um papel fundamental no sistema em que está inserida, podendo no que for possível fazer a diferença através de seus laudos. Logo, só será precedente se o laudo tiver alguma relevância, e trazer benefícios aos futuros participantes do sistema.

E justifica seu ponto de visão a partir de estudos dos casos práticos de três sistemas: *the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID* – disputas entre investidores internacionais e Estados – privado x público), *International Commercial Arbitration* (disputas entre investidores internacionais – privado x privado) e *Labor Arbitration* dentro dos Estados Unidos. Embora diferentes, esses sistemas apresentam particularidades que auxiliam no desenvolvimento do precedente arbitral.

Verifica-se que os laudos passados possuem uma carga valorativa em cada sistema. Isso se justifica numa das principais razões da busca pela arbitragem: terem os árbitros conhecimento<sup>12</sup> na matéria arbitrável. Com isso, os laudos elaborados serão mais estruturados. E “o sistema arbitral poderá produzir um sofisticado, abrangente (e privado) sistema legal” (Ibidem, p. 1912).

Para tanto é preciso saber se o sistema arbitral é capaz de produzir precedente. Esse deverá ser construído a partir de dois requisitos: uso de laudos fundamentados e acessibilidade aos laudos [que não deve ser confundido com publicidade. O que necessita é ser possibilitado, aos que o autor denomina como “participantes do sistema” (ou seja, litigantes, advogados, árbitros e terceiro), o acesso aos laudos].

Além disso, há a necessidade de existir uma função benéfica às partes, caso contrário, não adianta pagar por um sistema que lhe causará prejuízos. Nesse sentido, o

---

<sup>12</sup> Ou como apresenta o autor “*diligence, acumen or industry expertise*” (Ibidem, p. 1912)

autor destaca duas possíveis finalidades do precedente arbitral: a) como forma de preenchimento de lacunas existente na lei que regula o conflito e, b) como criadora de leis para as partes que desejam evitar a utilização de leis reguladas pelo Estado (Ibidem, p. 1928).

Ademais, os árbitros só se tornam árbitros porque possuem um diferencial. Destacam-se como um profissional de sucesso ou, como acadêmico de destaque, na área em que atua. E esse diferencial, juntamente com outras características, “conferem legitimidade e autoridade perante os outros participantes do sistema” (Ibidem, p. 1950), o que justifica a utilização de seu laudo arbitral na forma de precedente.

Especialmente, deve-se alterar a atitude perante a possibilidade dos árbitros serem produtores de lei, uma vez que cada sistema possui um entendimento sobre a questão. Espera-se dos árbitros uma maior atenção na elaboração dos laudos para que eles sejam vistos, aos olhos dos juízes, como legítimos, logo passíveis de serem executados. “Nesses casos, não apenas irá os árbitros contar com precedentes arbitrais, como também sinalizarão sua dependência e fidelidade à lei estatal criada ao fazer referencia a ela, propondo a seguir um precedente judicial” (Ibidem, p. 1954).

Destaca o autor “uma coisa importante desse estudo: nenhum desses sistemas arbitrais é incapaz de produzir precedentes” (Ibidem, p. 1955-1956). Porém, questões estruturais do procedimento (por exemplo: falta de laudos fundamentados) ou a hostilidade perante o instituto da arbitragem são características que devem ser mudadas, para que se possa desenvolver a produção de lei via arbitragem.

Esses são alguns pontos levantados pelo autor, em sua pesquisa, e que parecem até secundários, em relação ao “se” e “quando” os árbitros criam precedentes. O “se” verifica-se quase inquestionável, pelo que já foi exposto. É possível. Já o “quando”, o artigo oferece um modesto começo de discussão.

Resenha recebida em 27/04/2012 e  
aprovada para publicação em 02/08/2012 .