





ARBITRAJE COMERCIAL Y CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO BRASILEÑO



*Volumen 117 Biblioteca de Arbitraje del*

**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

*Arbitraje*

**Arbitraje comercial y control  
de constitucionalidad en  
el Derecho brasileño**

Gustavo Favero Vaughn



**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

**ARBITRAJE COMERCIAL Y CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO BRASILEÑO**

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.  
Calle Las Palmeras 324, San Isidro, Lima, Perú  
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166  
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© Canal Arbitragem / Canal Arbitraje  
Rua Demóstenes, 627 - Complejo 141  
Barrio do Campo Belo, São Paulo  
Telfs. + 55 11 2367-8000 - + 55 11 98409-7333 - Zipcode 04614-013  
Lauro Parente lauro.parente@canalarbitragem.com  
<https://canalarbitragem.com.br/>

Primera edición, marzo 2024  
Tiraje: 200 ejemplares

Diagramación de interiores: FM Servigraf E.I.R.L.  
Imprenta: FM Servigraf E.I.R.L.  
Calle El Alhelí 108-B Dpto. 201, Surquillo, Lima

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o  
parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2024-02148

ISBN: 978-612-4400-69-8  
Impreso en el Perú - Printed in Peru

«La relación entre las constituciones políticas de los países latinoamericanos y el arbitraje es de larga data. Ya en las primeras constituciones latinoamericanas se reconocía expresamente el uso del arbitraje para la resolución de controversias, sobre todo en el plano internacional y, en particular, en disputas de Derecho Internacional Público».

CONEJERO ROOS, Cristián. «La Constitución y el arbitraje internacional: ¿hacia un nuevo lenguaje?». En *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2006, n.º 7, p. 235

#### ACERCA DEL AUTOR

Gustavo Favero Vaughn es un abogado brasileño con maestría por la Columbia Law School de Nueva York y por la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo. Gustavo es socio del bufete Cesar Asfor Rocha Advogados y trabaja en litigios de alta complejidad jurídica, así como en arbitraje comercial (tanto nacional como internacional). Es coordinador jurídico del Canal de Arbitraje; miembro del Consejo de Asuntos Jurídicos de la Federación de Industrias de São Paulo (CONJUR-FIESP); del Comité de Coordinación de la Cámara de Mediación, Conciliación y Arbitraje de la Orden de Abogados de Brasil, Sección de São Paulo (CAMCA); del Instituto de Abogados de São Paulo (IASP); de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB); del Comité Brasileño de Arbitraje (CBAr); y del Instituto Brasileño de Derecho Procesal (IBDP). *Alumni advisor* de la American Review of International Arbitration (ARIA). Correo electrónico: [gustavovaughn@car.adv.br](mailto:gustavovaughn@car.adv.br)

## ÍNDICE

Nota del editor	13
Prefacio	15
Presentación	19
<i>Postfacio</i>	21
Resumen	23
INTRODUCCIÓN	
1. Presentación y delimitación del objeto	25
2. Estructura del estudio y metodología utilizada	27
3. Importancia y justificación de la elección del tema	28
CAPÍTULO 1	
PREMISAS ESTRUCTURALES	
1. Supremacía y fuerza normativa de la Constitución Federal	31
2. Competencia constitucional	33
3. Breves notas sobre los aspectos subjetivos y modales del control de constitucionalidad	34
4. Naturaleza jurisdiccional del arbitraje	36
5. Proceso de arbitraje y modelo constitucional	41
6. Derecho procesal constitucional	44
CAPÍTULO 2	
ÁRBITROS Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL CASO	
1. Alegación de inconstitucionalidad en el procedimiento arbitral	45
2. Conocimiento de oficio de la inconstitucionalidad	49
3. Control de constitucionalidad por los árbitros: ¿deber o poder?	53

3.1. Posición doctrinal	53
3.2. Posición adoptada: el control difuso como deber de los árbitros	62
4. Especies y tipos de inconstitucionalidades en el arbitraje	65
5. Incompatibilidad de la disposición constitucional sobre la reserva plenaria	66
6. Alcance del control difuso de constitucionalidad ejercido por los árbitros	68
7. La cosa juzgada y la cuestión constitucional	69
8. Acuerdo de las partes para renunciar al control difuso en el arbitraje	72
9. Control difuso y juicio por equidad en el arbitraje	73

### CAPÍTULO 3

#### ÁRBITROS Y LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL DECIDIDA Y RESUMIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL

1. Observación preliminar	77
2. Controversia sobre si los árbitros están vinculados	
por decisiones judiciales constitucionalmente vinculantes	79
2.1. Teoría no vinculante	80
2.2. Teorías del vínculo y sus variables	83
2.3. Teoría de la vinculación constitucional	88
3. Vinculación de los árbitros a resoluciones judiciales	
con base constitucional	93
3.1. Las sentencias constitucionalmente vinculantes	
son fuentes del derecho	93
3.2. Decisiones sobre (in)constitucionalidad en el control abstracto	95
3.3. Precedente vinculante	98
3.4. Un precedente convincente	105
3.5. Decisiones de inconstitucionalidad en materia	
de control incidental y papel del Senado Federal	106
3.6. Suspensión cautelar de constitucionalidad y arbitraje	111

### CAPÍTULO 4

#### CONTROL JUDICIAL DE SENTENCIA ARBITRAL. DECIDIR UNA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL

1. Acción en virtud del artículo 33 de la Ley de Arbitraje	115
2. Acción rescisoria	121
3. Acción de inexistencia	125

ARBITRAJE COMERCIAL Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO BRASILEÑO	11
4. Oposición al cumplimiento del laudo arbitral	129
5. Recurso extraordinario	135
6. Queja	138
CONCLUSIONES	
1. Premisas estructurales	141
2. Los árbitros y la inconstitucionalidad del caso	142
3. Los árbitros y la cuestión constitucional decidida y resumida por el Tribunal Supremo	144
4. Revisión judicial de un laudo arbitral que decide sobre una cuestión constitucional	145



## NOTA DEL EDITOR

En esta oportunidad me corresponde presentar el libro titulado *Arbitraje comercial y control de constitucionalidad en el Derecho brasileño*, el mismo que, con todos los méritos, integra nuestra *Biblioteca de Arbitraje*.

El prefacio corresponde al experto argentino Alejandro M. Garro, reconocido árbitro y profesor en la Columbia Law School, en tanto que la presentación está a cargo de Ari MacKinnon, connotado abogado y socio de Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP; y el *postfacio* es del profesor Gino Rivas, catedrático en la Pontificia Universidad Católica del Perú y *habitué* de esta colección.

No voy a efectuar un análisis de la obra en esta nota, pues este ha sido hecho, y de manera precisa, por las tres personas que acabo de mencionar. Sólo me corresponde decir que la *Biblioteca de Arbitraje*, en los 117 volúmenes que lleva publicados desde diciembre del 2006, ha acogido obras individuales (como ésta) y colectivas de cientos de abogados y profesores de las más diversas latitudes y sobre los temas más variados, fundamentalmente de arbitraje, pero también de materias que tienen directa relación con él.

Ahora, nos sentimos muy orgullosos de integrar a la colección la obra de Gustavo Favero Vaughn, joven y brillante abogado brasileño, la misma que ponemos a disposición de todos nuestros lectores.

Lima, enero de 2024

Mario Castillo Freyre \*  
*Director de la Biblioteca de Arbitraje*

---

\* Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de Número y del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. <[www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)>.



## PREFACIO

La versión original del libro que tengo el gusto y honor de presentar integró la tesis de Gustavo Favero Vaughn para obtener su maestría en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo («USP»).

Gustavo continuó sus estudios de postgrado en la Universidad de Columbia en la Ciudad de Nueva York, donde obtuvo otro LLM y una oportunidad adicional de continuar sus estudios sobre arbitraje comercial internacional junto a los profesores George Bermann, Robert Smit y quien suscribe este prólogo. Me complace introducir esta versión castellana poco tiempo después de haber tenido el privilegio de dictar un seminario para los alumnos de doctorado en derecho de la USP entre quienes se encontraba el autor de este libro.

El tema de la «constitucionalidad» del arbitraje ha adquirido una relevancia destacada en un buen número de países de América Latina. Basta para ello cotejar la abundante jurisprudencia y literatura relacionada con el papel que puede potencialmente jugar la acción de amparo (o «recurso de protección») para impugnar un laudo arbitral o el control judicial.<sup>1</sup> Que Gustavo dedique este libro al control de constitucionalidad en el arbitraje, por lo tanto, no es una mera coincidencia ni una inquietud intelectual pasajera. Se trata de un estudio serio y acabado sobre un tema de gran interés para el futuro del arbitraje comercial internacional en América Latina.

El autor de este libro no pretende ni preanuncia arribar a conclusiones científicas de validez universal. El objeto de este estudio consiste en investigar y reflexionar acerca de cómo y por qué el árbitro o miembros del tribunal arbitral, al aplicar el derecho brasileño, se encuentran facultados —y tienen el deber— de abstenerse de aplicar una norma incompatible con la Constitución Federal de la República Federativa del Brasil («CF») —cual fuere la jerarquía de la norma (ley, decreto-ley, decreto, reglamento, etc.)— e independientemente de la entidad política que la haya sancionado o promulgado (ya sean normas federales, estatales, municipales o de otra subdivisión política).

En efecto, el autor deja en claro desde un principio que el campo de su investigación y las conclusiones a las que llega se refieren específicamente a «la aplicación del derecho brasileño a la controversia y las consecuencias para el arbitraje comercial de las decisiones del Superior Tribunal [STF] sobre cuestiones constitucionales». Pero los mecanismos que ofrece la CF de 1988 sobre el control de constitucionalidad posee una versatilidad y complejidad tal, que posiciona al derecho constitucional brasileño en un modelo ideal para el análisis comparado. Por ello es que esta traducción al castellano reviste un interés particular en el desarrollo del arbitraje comercial internacional en América Latina.

Que los árbitros se encuentren obligados en determinadas circunstancias a pronunciarse acerca de la constitucionalidad de una norma de ineludible aplicación para decidir la controversia no es una hipótesis académica, sino una realidad a la que muchos árbitros se han enfrentado y tendrán que seguir enfrentándose. No es infrecuente que una de las partes alegue la inconstitucionalidad de una norma en que se apoya el reclamo de su contraparte. No resulta difícil coincidir con el autor que, en estas circunstancias, el control de constitucionalidad de dicha disposición —dentro del contexto incidental y difuso que se plantea en una disputa sometida al arbitraje— constituye un «deber jurisdiccional efectivo» para mantener la supremacía constitucional. Se trata, nada más y nada menos, que un principio que integra los regímenes jurídicos de las Américas, que han adoptado, siguiendo al modelo constitucional de los Estados Unidos de América, una constitución rígida y escrita. El mantenimiento de la supremacía constitucional no podría convalidar, ni siquiera en aras de preservar la autonomía de

---

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, los ensayos sobre «Arbitraje y Constitución» publicados en la *Revista de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje* («ALARB»), vol. 1 (2020).

la voluntad —como señala el autor— que las partes prohíban o impidan que el árbitro se pronuncie sobre la constitucionalidad de una norma de aplicación necesaria para resolver la disputa.

Al fin y al cabo, los miembros del tribunal arbitral suelen ser conscientes de su obligación de hacer todo lo posible para dictar un laudo que no sea anulado por los tribunales judiciales de la sede del arbitraje, asegurando la conformidad del laudo con las normas imperativas (preeminentes u *overriding*) del lugar del arbitraje. Este tipo de normas imperativas (*mandatory rules*) suele coincidir con los valores o principios básicos y fundamentales consagrados en la Constitución del país sede del arbitraje.<sup>2</sup> También constituye un deber, o, al menos una preocupación del árbitro de la institución administradora del arbitraje, asegurarse en la medida de lo posible de que el laudo sea reconocido y ejecutado en otro país, diferente del lugar de la sede, ante cuyos tribunales se solicite su reconocimiento y ejecución.<sup>3</sup> En principio, son «dos valores nacionales fundamentales» expresados en la Constitución los que suelen integrar la noción de «orden público» al que alude el artículo V (2) (b) del Convenio de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras («Convención de Nueva York»).

Aunque el lector acepte de buen grado que el control de constitucionalidad constituye una parte integrante de la función jurisdiccional que los árbitros comparten con los jueces de una nación, también cabe reconocer que la jurisdicción arbitral, voluntaria y limitada por el alcance del convenio arbitral, no es idéntica a la jurisdicción judicial ni a la que ejercen tribunales superiores —en algunos países con competencia originaria y en otros exclusiva— para decidir acerca de la constitucionalidad de una norma emanada del Congreso, Parlamento u órgano legislativo del país en cuestión. Y es sobre este punto, al ponerse en juego los límites de la jurisdicción arbitral, que la investigación y las reflexiones del libro de Gustavo Favero Vaughn, aun cuando se limiten al derecho brasileño, deviene de esencial consulta.

Si bien conforme al derecho brasileño todo tribunal que ejerce funciones jurisdiccionales se encuentra facultado para ejercer un control de constitucionalidad difuso e incidental, en un caso en concreto, la Constitución Federal también habilita al STF, en circunstancias excepcionales que no se encuentran en el modelo de control de constitucionalidad de otros países de América Latina, para ejercer el control de constitucionalidad en abstracto, en un procedimiento «principal» que solo puede ser promovido por quienes el texto constitucional les otorga legitimidad activa para solicitar la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad.

Esta complejidad y versatilidad del derecho constitucional brasileño abre un abanico de interrogantes que el autor responde con cuidado. Ya sea distinguiendo el contexto procesal en que se plantea la constitucionalidad de una norma, o señalando la oportunidad en que puede y debe introducirse el planteo de inconstitucionalidad en el arbitraje, el autor de este libro analiza cada caso en particular. Así es como llega la conclusión de que la necesidad de que el planteamiento de inconstitucional sea oportuno no impide la facultad del tribunal arbitral de destacar de oficio el tema de la constitucionalidad, siempre que antes de decidir la cuestión se les haya otorgado a las partes la oportunidad de expresarse.

También distingue el autor entre la facultad de conocer del planteo de inconstitucionalidad por vía de acción y la necesidad de abstenerse de infringir en el área de competencia exclusiva del STF para declarar la inconstitucionalidad por omisión. También señala el autor que los tribunales colegiados de arbitraje no se encuentran sujetos a la «reserva plenaria», que prescribe una mayoría calificada para pronunciarse acerca de la inconstitucionalidad de una norma (artículo 97, CF).

---

<sup>2</sup> La literatura acerca del papel que juegan las normas imperativas en el arbitraje internacional es abundante y puede consultarse con provecho, por ejemplo, George A. BERMAN, «Mandatory Rules of Law in International Arbitration, en *Conflicts of Laws in International Arbitration*, F. Ferrari & S. Kroll (eds.), Juris Publishing, 2019, 2<sup>nd</sup> ed., p. 513; Luca RADICATI DI BROZOLO, «Mandatory Rules and International Arbitration», 23 *American Review of International Arbitration* 49, 2012; Pierre MAYER, «Mandatory Rules of Law in International Arbitration», 2 *Arbitration International* 274, 1986.

<sup>3</sup> Acerca del deber de emitir un laudo que sea susceptible de reconocimiento y ejecución, véase, por ejemplo, el artículo 42 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional («CCI») (2021), y el artículo 41 del Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur («SIAC») (2016).

Otro aspecto digno de ser destacado en esta introducción es el esfuerzo del autor en coordinar, en el ejercicio del control de constitucionalidad, la labor jurisdiccional del árbitro con la de aquellos tribunales superiores encargados de desarrollar una jurisprudencia vinculante, o, aunque sea con «la última palabra», en materia constitucional (que, en el caso del Brasil, es el STF). De allí que los árbitros no escapan del deber de someterse al criterio y decisiones elaboradas por el STF al emitir un «precedente vinculante» (artículo 103-A CF) o cuando el Senado Federal, en ejercicio de una facultad constitucional privilegiada y raramente encontrada en otros ordenamientos jurídicos (artículo 52 (X) CF), suspende la vigencia de una ley cuya inconstitucionalidad haya sido pronunciada por el STF al decidir un «recurso extraordinario con repercusión general», un «recurso de repetición» o un «recurso ordinario».

El estudio del control de constitucionalidad en el arbitraje de Gustavo Favero Vaughn también incluye un análisis del control de constitucionalidad que ejercen los jueces *a posteriori* de haberse dictado el laudo a través de la petición de nulidad que habilita el artículo 33 de la Ley 9307/1996 («Ley de Arbitraje»). También en este contexto el autor se encarga de examinar, caso por caso, el control judicial de un laudo cuya validez ha sido impugnada por haberse aplicado una ley declarada inconstitucional «en abstracto» por el STF; una ley cuya vigencia ha sido suspendida por el Senado Federal (artículo 52 (X) CF), o una ley cuya ejecución ha sido suspendida en virtud de una medida cautelar concedida por el STF en el ámbito de una acción directa de inconstitucionalidad. En estos supuestos, la anulación del laudo sería procedente con fundamento en los artículos 32 (IV) o 32 (VIII) de la Ley de Arbitraje. En la alternativa, expresa el autor, la aplicación de una ley inconstitucional también podría resultar en la anulación del laudo por considerarse violado «el orden público constitucional interno» (argumento basado en el artículo 2, párrafo 1 de la Ley de Arbitraje).

Estos son, entre muchos otros, aspectos relacionados con el control de constitucionalidad en el arbitraje que el lector encontrará desarrollados en este libro. Cabe reiterar que, a pesar de limitarse al control de constitucionalidad bajo el derecho brasileño, el método de investigación y reflexión que adopta el autor invita a un análisis comparado para los estudiosos del arbitraje comercial internacional. Es que las dudas que suscita la legitimidad constitucional de una ley, no deja de ser, al fin y al cabo, una de tantas otras que debe resolver tanto un juez como un árbitro, a fin de adoptar una decisión justa y jurídicamente correcta.

Alejandro M. Garro  
Buenos Aires, 2 de octubre de 2023



## PRESENTACIÓN

Me alegró mucho recibir la invitación de Gustavo para presentar este extraordinario trabajo, que corresponde a la versión en español de su tesis de maestría defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo en 2021.

Mi primer contacto con Gustavo fue en respuesta a una amable invitación que me envió por correo electrónico: participar en un evento virtual sobre arbitraje internacional en América Latina, organizado en colaboración por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), con sede en São Paulo, y la Columbia International Arbitration Association (CIAA), de la que Gustavo era miembro por estar cursando un LL.M. en la Columbia Law School. Acepté de buen grado su invitación y el seminario fue un gran éxito.

Gustavo acabó trabajando como abogado internacional en la oficina de Nueva York de Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, firma de la cual soy socio. Puedo decir que las interacciones que tuvimos fueron excelentes, tanto en el ámbito académico —escribimos un artículo sobre resolución de disputas ESG en América Latina con Katie González, una asociada del estudio— como en el ámbito profesional —participamos en un complejo arbitraje ICDR que implicaba las leyes de seis jurisdicciones distintas—.

Desde el inicio de su temporada de nueve meses en nuestra firma he podido confirmar la primera impresión que tuve de Gustavo en el evento virtual antes mencionado: es un joven abogado muy dedicado, entusiasta y que no se cansa de contribuir al estudio del derecho, particularmente del arbitraje. El libro que tengo el honor de presentar es, sin duda, una prueba cabal de lo dicho. Además de haber publicado una versión en su lengua materna (portugués) en Brasil, Gustavo se ha atrevido y trae ahora al público la versión en español de su brillante libro.

El tema de Gustavo —arbitraje comercial y control de constitucionalidad— es absolutamente relevante y muy interesante, en especial porque trata de los poderes de los árbitros. ¿Sería posible que un árbitro ejerza el control de constitucionalidad de una ley incidentalmente en el arbitraje? Gustavo no tiene ninguna duda de que sí, a la luz del derecho brasileño. Tengo que decir que sus argumentos son muy persuasivos.

Es fácil ver que la pesquisa de Gustavo fue profunda y no se limitó a la doctrina brasileña. Gustavo citó textos de tratadistas latinoamericanos, norteamericanos, italianos, portugueses y franceses, aunque dejó claro que no se aventuraría a hablar de las leyes de otros países, lo que me pareció prudente. Particularmente, la lectura de las citas de autores latinoamericanos muestra que la temática del control de constitucionalidad en el arbitraje es un tema que se analiza con frecuencia en otros países de la región, muy probablemente porque en ellos, como es el caso de Brasil, se permite un control de constitucionalidad difuso.

Además de abordar con seriedad la cuestión del control de constitucionalidad en el arbitraje, Gustavo también habla sobre la vinculación de los árbitros a las decisiones dictadas por el Tribunal Supremo de Brasil. Este es otro punto de relevancia práctica porque, como señaló Gustavo, en determinadas circunstancias que él identificó, el incumplimiento de un precedente de carácter constitucional podría dar lugar a la anulación del laudo arbitral por el Poder Judicial brasileño con el fin de hacer cumplir los preceptos constitucionales.

Termino este texto reiterando mi alegría por presentar la versión en español del libro de Gustavo y destacando que me llena de orgullo verle de vuelta en Brasil continuando con importantes proyectos

académicos, a la vez que sigue sus pasos como abogado —ahora socio, de hecho— en una prestigiosa boutique del país.

¡Recomiendo muchísimo este libro!

Nueva York, 27 de octubre de 2023

Ari MacKinnon  
Socio, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP

## POSTFACIO

Es para mí un honor escribir estas líneas sobre la obra de Gustavo.

Para hablar de arbitraje y control de constitucionalidad parece idóneo ubicarnos primero en el marco general sobre el cual se desarrollan tales temas. Esto es, arbitraje y derecho constitucional. En América del Sur, la constitucionalización del arbitraje es un fenómeno que no ha sido pasado por alto.<sup>1</sup> Su impacto es complejo y difícil de calibrar en toda su extensión. La «perspectiva constitucional» ha permeado nuestro entendimiento del debido proceso arbitral, de la naturaleza del arbitraje, de los contrapesos y vías de control sobre el mismo (no existe isla ajena o inmune al control constitucional), entre otros aspectos.

Un tema de particular importancia es el de la naturaleza del arbitraje y las consiguientes funciones y deberes que recaen sobre un árbitro. Simplificando, si el arbitraje es considerado jurisdicción, entonces la tarea de resolver disputas por parte de un árbitro no puede ser ajena a aquellas funciones específicas de la jurisdicción. Y una de estas funciones específicas es la de hacer valer la Constitución por encima de todo, incluso por sobre la ley.

Es en este marco en el que llega la obra de Gustavo: *Arbitraje comercial y control de constitucionalidad en el Derecho brasileño*.

Para empezar, una cuestión formal —pero importante— a destacar: la obra de Gustavo está en idioma español. Para nadie es un secreto que el idioma portugués puede ser una barrera para los académicos y practicantes de habla hispana. El libro de Gustavo nos permite acceder directamente al tratamiento que tiene el arbitraje en Brasil por parte del marco constitucional y de los órganos que están a cargo de hacerlo valer. Bajo una perspectiva regional hispanohablante, la obra de Gustavo permite cerrar el círculo y tener un panorama completo sobre el tratamiento de los árbitros y su deber de hacer cumplir los mandatos constitucionales en América del Sur.

En cuanto al contenido, la obra aborda tres puntos nucleares. Primero, un análisis sobre la atribución de los árbitros para ejercer control de constitucionalidad. Esto incluye cuestiones como la naturaleza de esta atribución (poder y, a la vez, deber), la actuación de oficio, la oportunidad en que el control debe hacerse, los efectos de la decisión en el plano subjetivo, entre otros puntos. Este primer punto representa un análisis completo e integral sobre el control de constitucionalidad en el plano arbitral. Podría considerarse una suerte de estado de cuestión en Brasil (el que, reiteramos, desde hace tiempo se necesita para la comunidad hispanohablante).

En segundo lugar, la obra aborda la fuerza normativa que tienen, para los árbitros, ciertos pronunciamientos del Tribunal Supremo Federal. Al respecto, la obra de Gustavo construye un argumento sólido para concluir que en Brasil los árbitros están sujetos a las sentencias en acciones directas

---

<sup>1</sup> DE JESÚS O, Alfredo. «La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina». En MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y PIZARRO WILSON, Carlos (editores). *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008; FOLLONIER-AYALA, Alejandro. «La formación del convenio arbitral internacional en América Latina y en Suiza». En *Lima Arbitration, Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, 2012/2013, n.º 5; VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. «Arbitraje y jurisdicción estatal: su coordinación en una perspectiva latinoamericana». En *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2010, n.º 3, vol. 3, pp. 766-788; REY VALLEJO, Pablo. «El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización». En *Vniversitas*, enero-junio de 2013, n.º 126, pp. 199-237; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009; CARLOS HAKANSSON, Nieto. «La constitucionalización de la jurisdicción arbitral». En GARCÍA BELAUNDE, Domingo y otros (editores). *Arbitraje y Constitución*. Lima: Palestra, 2012, vol. 21 de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre; entre otros.

de inconstitucionalidad y juicios declarativos de constitucionalidad, así como a los precedentes vinculantes (pero no a los precedentes persuasivos).

Tercero, el trabajo estudia la acción de nulidad de laudo arbitral, recogida en el artículo 33 de la Ley de Arbitraje brasileña, como vía para cuestionar casos en los que los árbitros aplican normas que han sido tratadas como inconstitucionales por el Supremo Tribunal Federal o el Senado Federal. Asimismo, se analiza el control judicial en aquellos casos en los que el laudo no ha considerado precedentes vinculantes del Tribunal Supremo o en los que no existe motivación sobre por qué no se aplicó control incidental de constitucionalidad. Este tema es particularmente importante, pues el mismo es objeto de especial tratamiento en diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos. A manera de ejemplos, en Colombia la acción de tutela puede interponerse contra el laudo que contenga una interpretación normativa que no siga lo establecido en una sentencia interpretativa de la Corte Constitucional;<sup>2</sup> en Perú, el Tribunal Constitucional ha establecido que no se puede aplicar control difuso sobre una norma declarada constitucional por dicho tribunal.<sup>3</sup>

Como ya se ha dicho, la relación entre el arbitraje y las cortes judiciales es una *never-ending story*.<sup>4</sup> En América del Sur, el tema no solo es inacabable, sino que incluye una dimensión adicional en cuanto a su complejidad, pues las cortes también ejercen control judicial por razones «constitucionales» sobre el arbitraje. Gustavo ha evaluado minuciosamente la situación en Brasil. Considero que su obra será punto de referencia al momento de estudiar cómo los ordenamientos hispanohablantes de la región pueden (y deben) evolucionar hacia un tratamiento adecuado del arbitraje en cuanto a cuestiones constitucionales.

Para finalizar, no puedo dejar pasar estas páginas sin hablar también sobre el autor, a quien considero primero, y más que nada, un amigo. Gustavo y yo nos conocimos a inicios de nuestro programa de maestría en Columbia Law School (2021-2022), cuando una simple pregunta sobre cuál es tu área de práctica nos hizo ver que ambos estamos dedicados al arbitraje y que, por tanto, teníamos algo en común. Ese tema dio origen a una relación muy enriquecedora en todos los sentidos, porque con Gustavo hemos sido parte de varios proyectos, todos excelentes. Gustavo es del tipo de personas que escasea terriblemente: aquellas que tienen ideas originales, el talento para ponerlas en práctica y la fuerza de voluntad necesaria para empujar incansablemente hasta lograr materializarlas.

Lima, 30 de agosto de 2023

Gino Rivas  
Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú

<sup>2</sup> MORENO CRUZ, Pablo y RODRÍGUEZ MEJÍA, Marcela. «Juez de tutela, laudo arbitral y recurso de anulación: entre intangibilidad y tangibilidad de las providencias». En BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, HERNÁNDEZ SILVA, Aída y MORENO CRUZ, Pablo (editores). *Recurso de anulación de laudos arbitrales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 428-29.

<sup>3</sup> Tribunal Constitucional peruano, STC Exp. n.º 00142-2011-PA/TC.

<sup>4</sup> VAN DEN BERG, Albert (editor). *International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story*. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

## RESUMEN

Este libro pretende analizar el control jurisdiccional de constitucionalidad que deben ejercer los árbitros en el proceso arbitral, al considerar la aplicación del derecho brasileño a la controversia y las consecuencias para el arbitraje comercial de las decisiones del Supremo Tribunal Federal sobre cuestiones constitucionales. En resumen, el trabajo se estructura en dos grandes pilares.

En primer lugar, se examina la posibilidad de que los árbitros ejerzan el control de constitucionalidad. Se comprobará que los árbitros pueden declarar, de forma incidental, la inconstitucionalidad de una ley o acto normativo, si es el caso. Al dar por supuesta la potestad de los árbitros sobre la declaración de inconstitucionalidad en el caso concreto, entraremos en las particularidades procesales de esta actuación del árbitro como «juez constitucional».

En un segundo paso, analizamos cómo influirían las decisiones judiciales vinculantes con sede constitucional en la actuación de los árbitros, obligándoles o no a aplicar dichas decisiones, para después investigar hasta qué punto podría existir injerencia del Poder Judicial en el control *a posteriori* del laudo arbitral que no aplique dichas decisiones vinculantes.

**Palabras clave:** Arbitraje comercial; procedimiento arbitral; control de constitucionalidad; jurisdicción constitucional; poderes y deberes de los árbitros.



## INTRODUCCIÓN

### 1. PRESENTACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO

Los dos grandes modelos de control de constitucionalidad desarrollados en el mundo, especialmente en los Estados Unidos (*judicial review*, simbolizado por el famoso caso Marbury contra Madison<sup>1</sup>) y en Austria (control concentrado, concebido por Hans Kelsen<sup>2</sup>), tienen sus orígenes en el Poder Judicial. El ejercicio de la jurisdicción constitucional a través del control de constitucionalidad está naturalmente ligado a la actividad del juez, vinculado al aparato del Estado. De hecho, el juez-estado tiene plena legitimidad para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y actos normativos *infraconstitucionales*, a fin de garantizar la primacía de la Constitución Federal, ley fundamental del sistema que da sustento de validez y prevalece sobre las leyes jerárquicamente inferiores.

Esta afirmación se aplica al escenario brasileño, así como a la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos extranjeros, con raras excepciones, que pueden provenir de naciones que no contemplan un control judicial de constitucionalidad. Las formas de control de constitucionalidad ejercidas por el Poder Judicial se alternan, pero no se niega su legitimidad para hacerlo. Basta observar que Brasil, al contrario de lo que se observa en otros países, en cuanto al aspecto modal, es decir, en cuanto al órgano de control judicial, adopta un modelo *mixto* de control de constitucionalidad, al abarcar tanto lo incidental como lo abstracto.

El control de constitucionalidad es inherente a la actividad jurisdiccional, por lo que no se limitan las competencias del tribunal estatal. Al partir de esta premisa y considerar la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, que es la teoría mayoritaria adoptada por la doctrina nacional y extranjera y avalada por los tribunales brasileños, surgen tres preguntas iniciales: ¿el control de constitucionalidad también es aplicable a los procedimientos arbitrales en el caso del arbitraje comercial? En caso afirmativo, ¿cuáles son las particularidades y los límites de la revisión constitucional por los árbitros en el arbitraje comercial? ¿Podría revisarse judicialmente el control de constitucionalidad por parte de los árbitros? Estas preguntas y sus ramificaciones se responderán en primer lugar en este libro.

---

<sup>1</sup> *Marbury vs. Madison* es un caso judicial fundamental para la correcta comprensión de la formación del control difuso de constitucionalidad, especialmente porque en su momento el texto constitucional estadounidense no preveía expresamente tal posibilidad (Cfr. BERMUDEZ, Sergio. *A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n.º 45*. Río de Janeiro: Forense, 2005, p. 2). La citada sentencia puede resumirse así: «Marshall era Secretário de Estado do Presidente Adams, ambos do Partido Federalista, derrotado por Jefferson nas eleições presidenciais. No interregno entre o resultado do pleito e a posse dos novos governantes, Adams levou a efeito o seu “testamento político”, nomeando para o Judiciário seus correligionários políticos. Um dos beneficiários foi o próprio Marshall, nomeado para Presidente da Suprema Corte (Chief Justice) e empossado no cargo após a aprovação de seu nome pelo Senado, sem, contudo, abandonar o cargo de Secretário de Estado até o término do governo Adams. Marshall ficou incumbido de entregar os títulos de nomeação aos demais beneficiários, embora não tenha conseguido completar sua missão. Um dos títulos não entregues nomeava William Marbury para o cargo de Juiz de Paz no Condado de Washington, Distrito de Columbia. Empossado o novo governo, o Presidente Jefferson determinou a James Madison, seu Secretário de Estado, que não entregasse o título a Marbury, por considerar que a nomeação só se perfazia, justamente, com a tradição do título ao nomeado. Assim foi que Marbury, após notificar Madison —que permaneceu silente— para que este apresentasse as razões pelas quais se negava a dar-lhe posse, impetrou um writ of mandamus perante a Suprema Corte postulando o reconhecimento de seu direito. Após dois anos de demora para o julgamento do caso, debaixo de pressões políticas fortíssimas e críticas contundentes da imprensa, o Tribunal proferiu seu veredito. [...] assando ao largo do que hoje seria uma hipótese evidente de parcialidade do juiz, Marshall principiou o julgamento pelo mérito, proclamando o direito de Marbury à posse do cargo para o qual fora nomeado. Assim, ficava consignada perante a opinião pública a posição da Suprema Corte acerca da ilegalidade da conduta do Presidente Jefferson e seu Secretário de Estado. Nada obstante, a ordem era denegada por força de uma preliminar de incompetência da Corte, com o que se afastava o risco de uma crise entre Poderes. Para o reconhecimento da preliminar, entretanto, foi necessário declarar inconstitucional a lei que atribuía competência à Suprema Corte para julgar casos como aquele em exame. O argumento utilizado foi o de que as competências da Suprema Corte estavam taxativamente elencadas na Constituição, sendo insuscetíveis de ampliação por lei». (BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Río de Janeiro: Renovar, 2004, 2.ª ed., pp. 29-31, cursiva en el original).

<sup>2</sup> Se dice «concentrado» porque el control de constitucionalidad, en este caso, se concentra efectivamente en un único órgano judicial (o en un número limitado de ellos).

Además, el documento abordará los efectos de las decisiones y precedentes del Tribunal Supremo sobre cuestiones constitucionales en el arbitraje. Lo que se examinará a este respecto es cómo deben comportarse los árbitros en situaciones en las que ya existe una interpretación del Tribunal Supremo sobre una cuestión constitucional sometida a arbitraje, especialmente, en situaciones en las que existe un pronunciamiento de inconstitucionalidad y un precedente vinculante. ¿Qué deben hacer los árbitros cuando las partes acuerdan aplicar al arbitraje una determinada ley que estaba plenamente vigente en el momento de la cláusula compromisoria y del acuerdo correspondiente, pero que fue declarada inconstitucional en control abstracto tras el inicio del arbitraje? ¿Están los árbitros sujetos a lo que decida el Tribunal Supremo sobre cuestiones constitucionales? Asimismo: ¿puede el Poder Judicial revisar la decisión de los árbitros que quizás no aplique una decisión del Tribunal Supremo sobre una cuestión constitucional? Estas son algunas preguntas más a las que también nos enfrentaremos a lo largo de esta obra, junto con otros elementos relevantes para el arbitraje comercial y la interpretación del Tribunal Supremo sobre la Constitución Federal.

Es importante aclarar que no se analizará la posible necesidad de que los árbitros respeten los llamados «precedentes judiciales vinculantes» del artículo 927 del *Código de Proceso Civil*. El estudio se concentrará en la relación entre el arbitraje y las decisiones del Tribunal Supremo en materia constitucional desde la perspectiva de la Constitución como norma fundamental, suprema y normativa. En resumen, se tratará de evaluar la repercusión de las decisiones del Tribunal Supremo sobre cuestiones constitucionales en el arbitraje.

El asunto de estudio —arbitraje comercial y control de constitucionalidad— es relevante en el momento actual, en que se amplía la búsqueda de jurisdicción arbitral en el derecho brasileño, aunque parece ser solo teórica,<sup>3</sup> al considerar que los conflictos sometidos al arbitraje envuelven cuestiones eminentemente fácticas y técnicas, que escasamente involucran controversia constitucional.

Seguramente surgirán situaciones en las que será necesario que los árbitros interpreten y apliquen la Constitución Federal, y la resolución de la cuestión constitucional en el arbitraje podrá ser impugnada ante el Poder Judicial, o, incluso, ser sometida a cumplimiento ante el tribunal estatal. No es menos importante examinar cómo deben entender los árbitros la interpretación del Tribunal Supremo Federal de las normas constitucionales que pueden invocarse en los procedimientos de arbitraje.

Conviene hacer tres observaciones previas para delimitar con mayor claridad el objetivo de este libro.

En primer lugar, solo se analizará el control *jurisdiccional* de constitucionalidad en el arbitraje comercial.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Al tratar de la autoridad de los árbitros para rechazar leyes ilegales e inconstitucionales en el capítulo octavo de su obra *The idea of arbitration* («Arbitral authority to reject unlawful laws»), de obligado cumplimiento para los estudiantes de arbitraje (nacional e internacional), Jan Paulsson escribe: «This chapter is an excursion into what most readers will view as pure theory. The issue is fundamental, yet seldom considered by scholars —let alone judges or practitioners». (PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 231). Las ideas contenidas en dicho trabajo fueron presentadas inicialmente en Ginebra, Suiza, con ocasión de la «Lalive Lecture 2009», y publicadas como: «Unlawful laws and the authority of international tribunals». 23, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2008, 215.

<sup>4</sup> Por lo tanto, el documento no examinará los arbitrajes de inversión, cuyos actores principales son los inversores extranjeros y los Estados de acogida. El término «arbitraje comercial» debe interpretarse en sentido amplio, como se indica en un comentario al artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional: «The term “comercial” should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road». Cabe señalar que el estudio del arbitraje de inversiones no es pertinente a los efectos del presente documento porque Brasil no es signatario del Convenio de Washington de 1965, ni de ningún acuerdo bilateral de inversión que contenga una cláusula de arbitraje. Brasil optó, como puede verse, por no participar en arbitrajes entre inversor y Estado.

En segundo lugar, es una suposición inevitable de esta obra que las consideraciones que siguen tendrán en cuenta únicamente la aplicación de la *ley* brasileña a la resolución de la disputa a través del arbitraje, es decir, la ley brasileña aplicable al acuerdo de arbitraje, al contrato y al propio arbitraje, por lo que no se investigaran posibles conflictos entre leyes brasileñas y extranjeras;<sup>5</sup> por lo tanto, el principio constitucional que será considerado en ejemplos a lo largo del trabajo asume solo y únicamente el conflicto jerárquico entre leyes y actos normativos que integran el ordenamiento jurídico brasileño.<sup>6</sup>

En tercer lugar, cuando se hagan comentarios sobre los recursos provisionales prearbitrales, el cumplimiento y la anulación de los laudos arbitrales, también se asumirá que la sede del hipotético arbitraje estará en alguna ciudad de Brasil; y, por tanto, la ley brasileña regirá la disputa arbitral.

## 2. ESTRUCTURA DEL ESTUDIO Y METODOLOGÍA UTILIZADA

Este libro se ha dividido en seis partes principales: (I) introducción; (II) premisas estructurales; (III) los árbitros y la inconstitucionalidad en el caso concreto; (IV) los árbitros y la cuestión constitucional decidida y resumida por el Tribunal Supremo Federal; (V) el control judicial sobre la decisión arbitral que decide sobre cuestiones constitucionales; y (VI) conclusión.

La primera parte pretende presentar, como objetivo de estudio, la relación entre el arbitraje comercial y el control de constitucionalidad, sin dejar de lado la necesaria delimitación de este objeto. En este capítulo se identifican la estructura del trabajo y la metodología empleada. Además, se exponen las razones que llevaron al autor a escribir sobre el arbitraje y el control de constitucionalidad en el derecho brasileño, así como la relevancia de investigar este tema, incluso, con fines monográficos.

En la segunda parte se establecen las premisas fundamentales de la obra. Por definición, el sustantivo femenino «premisas» significa punto o idea de la que se parte para elaborar un razonamiento. De ahí la necesidad de pulir las premisas que constituyen la base teórica de la obra y que invariablemente se recordarán durante su transcurso. Hay una mezcla de derecho constitucional, derecho procesal civil y arbitraje, áreas de la ciencia jurídica que se comunican en este estudio en su totalidad.

El capítulo 2 comienza con la definición de la Constitución Federal como norma suprema dotada de fuerza normativa. A continuación, se delimita el objeto de la jurisdicción constitucional del que estamos hablando en este trabajo para después hacer unas breves anotaciones sobre los aspectos subjetivos y modales del control de constitucionalidad. Trabajamos con la idea de que la actividad del árbitro tiene naturaleza jurisdiccional, siendo correcto hablar de la existencia de un auténtico proceso arbitral, que debe observar el modelo constitucional de proceso habitualmente relacionado con el proceso estatal. Como última premisa estructural, el tema del estudio se enmarca en el concepto de derecho procesal constitucional.

La tercera parte se centra en el control de constitucionalidad que deben ejercer los árbitros incidentalmente en el arbitraje. Discutimos la posibilidad o no de que se produzca dicho control, y cómo se realizaría la alegación de inconstitucionalidad en el proceso de arbitraje. Es importante indicar cuándo sería conveniente que los árbitros controlaran la constitucionalidad de una ley aplicable al arbitraje; y, si el control pudiera hacerse de oficio, cuando se aplica el aforismo *iura novit curia*.

<sup>5</sup> Para un análisis del control de constitucionalidad en el arbitraje a la luz del derecho extranjero, véase: DEL PICCHIA MALUF, Fernando. *O controle de constitucionalidade na arbitragem: um estudo à luz da experiência no direito estrangeiro*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2020. Para un análisis específico del control de constitucionalidad de las leyes extranjeras, véase: FERRAZ DE CAMPOS MONACO, Gustavo. *Controle de constitucionalidade da lei estrangeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

<sup>6</sup> El conflicto de leyes en el espacio, cuando se aplica el derecho extranjero, es un tema más susceptible de ser estudiado por los internacionistas. En este documento, la preocupación se limita a la legislación brasileña. El análisis se centrará en el arbitraje comercial *nacional*, aunque algunas de las conclusiones de este documento pueden utilizarse para el arbitraje comercial internacional que aplica la ley brasileña y tiene su sede en Brasil. Cabe destacar que la Ley de Arbitraje brasileña no define lo que es arbitraje internacional y lo que es arbitraje nacional, distinguiendo solamente el laudo arbitral nacional del extranjero, que es el dictado fuera del territorio brasileño, según el artículo 34 de la ley. No pretendemos adoptar un enfoque específico del arbitraje internacional, de ahí que preferimos centrarnos en el arbitraje nacional.

También investigamos: la necesidad de respetar la reserva constitucional de cláusula plenaria; el alcance de la decisión de inconstitucionalidad de los árbitros; la cosa juzgada que se haya podido formar sobre la cuestión prejudicial constitucional; si las partes en el arbitraje pueden descartar, por acuerdo, el deber de los árbitros de realizar el control por vía incidental; y, finalmente, explicamos por qué defendemos aquí que el arbitraje de equidad no deja lugar a decisiones contrarias a la Constitución.

La cuarta parte complementa la tercera y explora la relación entre el proceso de arbitraje y las sentencias vinculantes del Tribunal Supremo Federal sobre cuestiones constitucionales —en control incidental, en control abstracto—, mediante sentencias sumarias (persuasivas y vinculantes) o en suspensión cautelar. El problema que se plantea es el posible deber de los árbitros de seguir las sentencias del Tribunal Supremo Federal sobre la interpretación y aplicación de la Constitución Federal, ya que el Tribunal actúa como intérprete último de las normas constitucionales. Tratamos de investigar las consecuencias para el arbitraje en caso de que los árbitros no respeten, por ejemplo, una sentencia del Tribunal Supremo en control abstracto o un precedente vinculante.

La quinta parte está dedicada al control judicial de los laudos arbitrales que deciden (o no deciden) una cuestión constitucional. El papel del Poder Judicial como órgano de revisión excepcional de los pronunciamientos de los árbitros será examinado desde una doble perspectiva: por un lado, las decisiones arbitrales que interpretan la Constitución Federal bajo control difuso, es decir, que declaran o no la inconstitucionalidad incidentalmente en el arbitraje; por otro lado, las decisiones de los árbitros que aplican o ignoran, con o sin motivación, la orientación del Tribunal Supremo Federal sobre normas constitucionales.

En este capítulo, serán analizados los siguientes medios de impugnación, todos enfocados al control del laudo arbitral: acción del artículo 33 de la Ley 9.307/1996, acción rescisoria, acción declarativa de inexistencia legal, impugnación de cumplimiento de sentencia, recurso extraordinario y queja.

Finalmente, la sexta y última parte presentará puntualmente las conclusiones de este libro.

### 3. IMPORTANCIA Y JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA

El tema *arbitraje comercial y control de constitucionalidad*, aunque todavía poco profundizado por la doctrina brasileña, especialmente en monografías, tiene importancia sustancial para el sistema arbitral. El mero hecho de tratar de la relación entre el arbitraje y la Constitución Federal basta para justificar su pertinencia. Al fin y al cabo, la Constitución es la ley que sustenta todo el ordenamiento jurídico y no hay excusa para incumplirla.<sup>7</sup>

Mucho se habla de la constitucionalización del proceso civil, pero casi nada se ve de la constitucionalización del arbitraje, que también es un proceso. Las referencias al arbitraje y al derecho constitucional suelen limitarse a la famosa sentencia del Fallo Extranjero 5.206, en la que el Supremo Tribunal Federal, allá por 2001, declaró la constitucionalidad de determinadas disposiciones de la Ley de Arbitraje, lo que impulsó el desarrollo del instituto en Brasil. Desentrañar los pormenores de este vínculo, al llevar la jurisdicción constitucional al arbitraje, es el propósito de este trabajo.

El control judicial de la constitucionalidad de las leyes es un instrumento crucial para la aplicación de las normas constitucionales y para el mantenimiento del Estado democrático de derecho, que no puede convivir con normas y decisiones contrarias a la Constitución (o al menos debe tener la

---

<sup>7</sup> Para dar una idea de la presencia de la jurisdicción constitucional en el día a día de los tribunales brasileños, en 2017, ocho de cada diez leyes o actos normativos juzgados en cuanto al fondo por el Supremo Tribunal Federal fueron declarados total o parcialmente inconstitucionales. La inconstitucionalidad formal reina entre las inconstitucionalidades que se cometieron en ese año. El Estado de Río de Janeiro lideró el *ranking* en cuestión, con la declaración de contravención del texto constitucional de ocho leyes y un decreto, según una encuesta realizada por el *Anuário da Justiça Brasil 2018*, con un artículo publicado en Consultor Jurídico. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-02/oito-cada-dez-leis-foram-julgadas-inconstitucionais-stf>. Fecha de acceso: 09/04/2019.

opción de combatir las). La declaración de inconstitucionalidad es una medida muy grave que debe estudiarse juntamente con el arbitraje.

Como el control de constitucionalidad es una actividad inherente al ejercicio de la jurisdicción y el árbitro es un juez de hecho y de derecho, según la Ley de Arbitraje, es razonable sostener que el tribunal arbitral puede ejercer dicho control. Aparte del *ius imperium*, característico únicamente del tribunal estatal, que posee coercitividad, los poderes del árbitro son equivalentes a los de un juez. Si el juez del Poder Judicial puede controlar la constitucionalidad de las leyes y actos normativos, el árbitro, juez de la esfera privada, tiene el mismo poder. Incluso, porque no sería correcto suponer que el árbitro, investido de poderes para aplicar el ordenamiento jurídico brasileño, no podría resolver *impasse* normativo sobre el conflicto jerárquico de las normas internas.

Negar al árbitro el control de constitucionalidad es lo mismo que admitir —y, por qué no, fomentar— la aplicación de normas inconstitucionales en el arbitraje, por el mero hecho de ser un método extrajudicial de resolución de conflictos, en el que la autonomía privada tendría un papel destacado. Esto es totalmente indeseable, sobre todo porque daría cabida al abuso del arbitraje, en detrimento del progreso del instituto y de la propia jurisdicción constitucional, que también debe orientar los conflictos sometidos al juicio de los árbitros. La Constitución Federal vincula a todos, independientemente del ámbito en el que se resuelva el litigio, ya sea estatal o privado.

Ni todos los modelos de control de constitucionalidad son adecuados para el arbitraje. Hay países cuyos ordenamientos jurídicos solo adoptan el control concentrado, reservado en la mayoría de los casos a un Tribunal Constitucional vinculado al Poder Judicial (por ejemplo, Alemania y España). Los sistemas jurídicos que solo contemplan el modelo concentrado tienen dificultades para aceptar la viabilidad del control de constitucionalidad en el contexto del arbitraje, lo que no es sorprendente, dado que el árbitro no pertenece al aparato judicial del Estado.

Además, diferentes modelos de control de constitucionalidad conducen a la producción de diferentes efectos a la decisión que declara la inconstitucionalidad de una norma. Dado que la teoría del control de constitucionalidad se basa en la naturaleza orgánica del Poder Judicial, es necesario determinar si la eficacia del control ejercido por un árbitro es la misma que la ejercida por un juez.

Para un abordaje más completo del tema, la verificación de los matices de la declaración de inconstitucionalidad por los árbitros introduce en la investigación la relación entre el arbitraje y las decisiones y precedentes del Supremo Tribunal Federal. ¿Qué influencia tiene en el arbitraje la interpretación que hace el Tribunal Supremo de las cuestiones constitucionales?

El interés de este examen nada tiene que ver, conviene repetirlo, con las resoluciones judiciales que una parte de la doctrina del derecho procesal civil, desde 2015, considera vinculantes para los jueces y tribunales del Poder Judicial; lo que importa es analizar las repercusiones en el arbitraje de decisiones dictadas por el Tribunal Supremo Federal en el marco del control abstracto de constitucionalidad. También resulta de interés examinar si los árbitros deben atenerse a un precedente vinculante (o persuasivo), la posición adoptada por el Tribunal Supremo en la sentencia de un recurso extraordinario de reconocida repercusión general (o repetitivo) y la suspensión cautelar de constitucionalidad.

El estudio del derecho constitucional, el procedimiento civil y el arbitraje deben realizarse conjuntamente.<sup>8</sup> Desde un punto de vista práctico, esta obra pretende contribuir a que la jurisdicción

<sup>8</sup> Sobre la necesidad de un estudio interdisciplinar del derecho, cabe destacar la siguiente lección de Ada Pellegrini Grinover: «Ao processualista incumbe hoje uma nova tarefa, cabendo-lhe participar ativamente da construção do direito, para a qual deve contribuir através de sua cosmovisão. A intensificação das relações sociais, as exigências de uma sociedade em incessante transformação, o impacto da tecnologia, os novos instrumentos de pressão política despertam o jurista em geral para a necessidade de estudos interdisciplinares que o tornem apto a participar efetivamente da realidade social, globalmente entendida, desempenhando seu papel na formação do direito como operador do sistema jurídico, à guisa de verdadeiro “engenheiro social”. Por isto é que, hoje mais do que nunca, se reconhece a unidade fundamental de todo o direito; derrubam-se visões e barreiras, eliminam-se departamentos estanques e se reconhece às diversas disciplinas jurídicas autonomia mais didática do que propriamente científica» (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 3).

constitucional se vea como una realidad no tan lejana en el arbitraje. Desde una perspectiva académica, se entiende que es productivo profundizar en determinados temas, especialmente cuando son poco explorados por la doctrina, como pretendimos hacer aquí, con el fin de ofrecer a los estudiosos nuevas ideas sobre un tema aún incipiente en Brasil.

## CAPÍTULO 1

### PREMISAS ESTRUCTURALES

Este tema está dedicado a trazar las premisas estructurales de la obra, a las que se hará referencia en las líneas siguientes, aunque sea de forma indirecta. En síntesis, las premisas que sustentan este estudio son los conceptos de supremacía y fuerza normativa de la Constitución Federal, el significado de jurisdicción constitucional, la aclaración de los aspectos subjetivos y los aspectos de control de constitucionalidad brasileño, la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, el necesario encuadramiento del arbitraje en el modelo constitucional de proceso y la separación metodológica del tema de moda en el campo del derecho procesal constitucional.

#### 1. SUPREMACÍA Y FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

En cuanto a su estabilidad, la Constitución Federal brasileña es *rígida*, lo que se traduce en una mayor dificultad para su modificación en comparación con la modificación de las demás leyes existentes en el ordenamiento jurídico.<sup>9-10</sup> La rigidez de la Constitución se refleja no solo en el proceso legislativo, que requiere solemnidades específicas, sino también en la interpretación y aplicación del derecho, porque de la rigidez emana, «como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição»,<sup>11</sup> que sitúa a la Constitución en la cima de la jerarquía del sistema jurídico.<sup>12</sup>

Situada en el vértice del marco jurídico, la Constitución Federal es el parámetro de validez de todas las leyes;<sup>13</sup> y, por esta misma razón, «nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com

---

<sup>9</sup> La Constitución Federal podrá ser alterada por medio de enmiendas, que podrán ser propuestas por al menos un tercio de los miembros de la Cámara de Diputados o del Senado Federal; por el Presidente de la República; o por más de la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación, debiendo cada una de ellas ser aprobada por mayoría relativa de sus miembros (artículo 60, fracciones I, II y III). La propuesta de enmienda debe ser discutida y votada en cada cámara del Congreso Nacional, en dos vueltas, y se considera aprobada si obtiene, en ambas vueltas, las tres quintas partes de los votos de los respectivos miembros. No puede ser objeto de una enmienda a la Constitución una propuesta que se proponga abolir la forma federativa del Estado, el voto directo, secreto, universal y periódico, la separación de poderes y los derechos y garantías individuales (artículo 60, §4). La iniciativa de leyes complementarias y ordinarias, por ejemplo, es significativamente más amplia, correspondiendo a cualquier miembro o Comisión de la Cámara de Diputados, del Senado Federal o del Congreso Nacional; al Presidente de la República; al Tribunal Supremo; a los Tribunales Superiores; al Procurador General de la República; y a los ciudadanos, de acuerdo con las reglas constitucionales (artículo 61). Además, la aprobación de leyes complementarias se hace por mayoría absoluta (artículo 69), un quórum menor que el exigido para las enmiendas constitucionales.

<sup>10</sup> Algunos afirman que, dado que la Constitución Federal de 1988 es extremadamente analítica, esto puede «colocar em xeque a própria rigidez do sistema constitucional, acarretando a necessidade de edição de inúmeras emendas e acabando por tomar corriqueira a utilização do controle de constitucionalidade – quadro que resulta, inexoravelmente, no enfraquecimento do texto constitucional, em prejuízo da segurança jurídica, da governabilidade e da confiança popular na Constituição, ou sejam em prejuízo de todo o país». (DELLORE, Luiz. *Estudos sobre a coisa julgada e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 221-222).

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010, 33.ª ed., p. 45, cursiva en el original. En el mismo sentido ver: RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 55; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. «Controle de constitucionalidade: modelos brasileiro e italiano (breve análise comparativa)». *Revista de Direito Administrativo*, 2000, vol. 222, p. 147. Nótese que el principio de la supremacía de la Constitución fue consagrado por el ordenamiento jurídico brasileño de forma implícita, es decir, la interpretación de varias normas constitucionales en conjunto autoriza a defender la supremacía de la Constitución. (Cf. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. Salvador: JusPodivm, 2018, 4.ª ed., pp. 22-25).

<sup>12</sup> El artículo 1 del Código de Procedimiento Civil consagra la supremacía de la Constitución, estableciendo que el proceso civil «será ordenado, disciplinado e interpretado de acuerdo con los valores y reglas fundamentales establecidos en la Constitución de la República Federativa de Brasil». Este dispositivo, aunque saludable en su contenido, era completamente innecesario, ya que es evidente que el procedimiento civil debe observar siempre las normas constitucionales. Parece que el legislador sintió la necesidad de imponer la observancia de la Constitución en el proceso civil porque esta obligación intrínseca al ordenamiento jurídico brasileño —al menos desde 1988— estaba «vacilante nas consciências», según la feliz expresión extraída de la siguiente obra: CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*: conferencias dictadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, 2.ª ed., p. 92).

<sup>13</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 30.

ela incompatible),<sup>14</sup> ya sea en el aspecto formal (por ejemplo, el procedimiento legislativo para la creación de una ley), ya sea en el aspecto material (por ejemplo, la conformidad de la ley ordinaria con la disposición constitucional).<sup>15</sup>

La Constitución es la ley fundamental del derecho brasileño, que en última instancia confiere «o significado normativo de todas as situações de fato constituídas pelo ordenamento jurídico».<sup>16</sup> La inobservancia de las disposiciones constitucionales conduce a la inconstitucionalidad, un vicio muy grave, por no decir el más grave de todos en derecho.

De la supremacía de la Constitución se deriva su *força normativa*,<sup>17</sup> que ha cobrado cuerpo en el constitucionalismo contemporáneo tras la Segunda Guerra Mundial.<sup>18</sup> Norma fundamental, la Constitución es de obligada e inexcusable observancia, imponiéndose, con carácter normativo, como legitimadora de la forma y contenido de leyes jerárquicamente inferiores a ella.<sup>19</sup>

Por principio de fuerza normativa, «deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental».<sup>20</sup> En consecuencia, «deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitem a “atualização” normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência».<sup>21</sup>

Estas posiciones pueden resumirse en tres breves ítems, al tomar como punto de partida la superioridad jerárquico-normativa de la Constitución Federal: (I) las normas constitucionales, que engloban tanto reglas como principios,<sup>22</sup> constituyen una *lex superior* que contiene en sí mismo su fundamento de validez (*autoprincípio normativo*); (II) las normas constitucionales son *normas de normas*, es decir,

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84.

<sup>15</sup> «Essa supremacia é que fundamenta a validade das normas infraconstitucionais e requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com eles. Exige mais, pois omitir providências necessárias à aplicação de normas constitucionais constitui também conduta desconforme com o princípio da supremacia». (SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 124, cursiva en el original).

<sup>16</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, 3.ª ed., p. 98.

<sup>17</sup> «Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autónomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida». (HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 15-16, cursiva en el original). Ferdinand Lassale, por su parte, habla de la fuerza *activa* de la Constitución: «Se a Constituição é, pois, a lei fundamental de uma nação, será —e aqui começamos já a sair das trevas— qualquer coisa que já podemos definir e esclarecer ou, como provisoriamente vimos, uma *força activa* que faz, pela exigência de uma *necessidade*, com que todas as demais leis e instituições jurídicas vigentes no país *sejam o que realmente são*, de tal modo que, a partir desse instante, *não possam* promulgar-se nesse país, *outras quaisquer*, mesmo que se quisessem». (LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. Inês Espada Vieira. Lisboa: Escolar Editora, 2013, p. 75, cursiva en el original). Cabe citar también la doctrina de Joan Picó I Junoy: «El carácter normativo de la Constitución, unánimemente admitido en nuestros días, implica que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos; requiriendo un adecuado sistema de garantías constitucionales dentro del cual se halla la exigencia dirigida a los jueces de aplicar, de modo directo e inmediato, las normas constitucionales». (PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 2012, p. 37).

<sup>18</sup> ABBOUD, Georges. *Proceso constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4.ª ed., p. 429.

<sup>19</sup> TUCCI, Rogério Lauria y José Rogério Cruz. y TUCCI. *Constituição de 1988 e processo: regimentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 100. En doctrina extranjera, cabe mencionar la siguiente lección: «Not only are constitutional norms today accepted as being “fundamental law”, but this fundamental law is now conceived as a category of positive law, and the judiciary have asserted their authority to act as ultimate interpreters of its meaning. The modern constitution is now widely accepted as providing the foundation of legal order, not only by establishing the authoritative law-making institutions of the state but also in laying down the basic norms that guide law-making. The constitution is now perceived as providing the basis of the legitimacy of legality». (LOUGHLIN, Martin. «What is constitutionalisation?». En DOBNER, Petra y Martin LOUGHLIN. *The twilight of constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 50).

<sup>20</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1941, 7.ª ed., 19.ª reimp., p. 1.226.

<sup>21</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1941, 7.ª ed., 19.ª reimp., p. 1.226.

<sup>22</sup> En este documento, la expresión «normas constitucionales» (o incluso la palabra «norma») abarca tanto las reglas como los principios constitucionales. Esto se debe a que se entiende que la norma es un género del que las reglas y los principios son especies. En

son fuentes de producción jurídicas de otras leyes en sentido amplio; y (III) la superioridad normativa de las normas constitucionales significa que todos los actos del Poder Público deben ser realizados de acuerdo con la Constitución Federal, bajo pena de nulidad.<sup>23</sup>

La fuerte armonización entre las leyes y la Constitución Federal lleva a otra pregunta: ¿cuál sería el *parámetro constitucional* para controlar la armonía de las leyes con las normas constitucionales?

De este cuestionamiento se desprenden dos posibilidades. La primera vertiente doctrinal sostiene que el parámetro constitucional equivale a la Constitución escrita o a las leyes con valor constitucional. Por su parte, la segunda corriente, más amplia, considera como parámetro constitucional el *orden constitucional global*, entendido aquí como la necesidad de que las leyes se ajusten no solo a las normas constitucionales y al contenido constitucional, sino también a aquellas normas que puedan inferirse de un análisis completo del orden constitucional, aunque no exista una previsión expresa.<sup>24</sup>

Esta segunda hipótesis acoge la idea de un *bloque de constitucionalidad*.<sup>25</sup> Parece más correcto sostener que la conformidad de una ley con la Constitución Federal debe verificarse teniendo en cuenta un bloque de constitucionalidad y no solo lo que el Poder Legislativo establece en su tenor literal.<sup>26</sup> Hay que subrayar que la Constitución Federal no se limita a su texto.

Se adopta como premisa, por tanto, que el control de constitucionalidad es más amplio que la mera verificación de la posibilidad de coexistencia entre una ley y el texto constitucional puro y simple, al abarcar la valoración de su conformidad con el orden constitucional en su conjunto.

## 2. COMPETENCIA CONSTITUCIONAL

La jurisdicción constitucional involucra toda actividad jurisdiccional que tenga por objeto la interpretación y aplicación de la Constitución Federal,<sup>27</sup> y su tarea es «decidir, con autoridad, los casos de violación del texto constitucional», lo que ocurre tanto por el control de los poderes del Estado como por la realización y evolución del derecho constitucional.<sup>28</sup> Esta actividad no se limita al control de

este sentido, véase: SILVA, Virgílio Afonso da. Principios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 2003, n.º 1, pp. 607-630; FAVERO VAUGHN, Gustavo y Natália Salvador VEIGA. «Reflexões sobre a técnica da ponderação no novo Código de Processo Civil». *Revista dos Tribunais*, 2016, vol. 971, pp. 248-250.

<sup>23</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1941, 7.ª ed., 19.ª reimp., p. 1.147.

<sup>24</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1941, 7.ª ed., 19.ª reimp., p. 919.

<sup>25</sup> La idea de «bloque de constitucionalidad» es importada del derecho francés, en el que se utiliza la expresión *bloc de constitutionnalité* para designar el conjunto de reglas que el Consejo Constitucional aplica en el control previo de constitucionalidad de las leyes y reglamentos parlamentarios (LLORENTE, Francisco Rubio. El bloque de constitucionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1989, año 9, n.º 27, p. 15). Destacando la importancia de este concepto, el Supremo Tribunal Federal ya se pronunció en los siguientes términos: «La definición del significado de bloque de constitucionalidad —con independencia del alcance material que se le reconozca— es de fundamental importancia en el proceso de revisión normativa abstracta, pues la exacta calificación conceptual de esta categoría jurídica se proyecta como factor determinante del carácter constitucional, o no, de los actos estatales impugnados contra la Carta Política». (ADI n.º 595-ES, Magistrado Ponente Celso de Mello, juzgado el 18 de febrero de 2002).

<sup>26</sup> Se adopta como referencia el siguiente parámetro de control de constitucionalidad: «1) dispositivos constitucionais introduzidos pelo Poder Constituinte Originário; 2) emendas constitucionais; 3) emendas constitucionais de revisão (resultantes do art. 3 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias-ADCT); 4) dispositivos do ADCT (exceto aqueles que já tiveram exaurida sua eficácia); 5) tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo rito exigido para emenda constitucional; 6) princípios constitucionais implícitos». (TOURINHO LEAL, Saul. *Controle de constitucionalidade moderna*. Niterói: Impetus, 2014, 3.ª ed., p. 71). Ressalte-se que o preâmbulo da Constituição já foi recusado pelo Supremo como parâmetro para aferição de constitucionalidade de leis: «Constitucional. Constituição: Preâmbulo. Normas Centrais. Constituição do Acre. [...] II.- Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa [...]». (ADI n.º 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, juzgado el 15/8/2002, DJ 8/8/2003).

<sup>27</sup> En Portugal se dice «justiça constitucional», que surgió precisamente para ofrecer una garantía efectiva de la Constitución. Esta garantía efectiva «concorren não apenas os sistemas de fiscalização da constitucionalidade, cujos contornos são definidos por cada um dos ordenamentos jurídicos-constitucionais, mas também o regime jurídico da desvalorização das condutas inconstitucionais, espelhado na inaptidão das mesmas para produzirem cabalmente os exatos efeitos jurídicos que, em termos normais, lhes corresponderiam». (CORREIA, Fernando Alves. *Justiça constitucional*. Coimbra: Almedina, 2019, 2.ª ed., p. 110).

<sup>28</sup> ABBOUD, Georges. *Proceso constitucional brasileño*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, 2.ª ed., p. 359. Yendo más allá, Georges Abboud enumera cuatro funciones que considera primordiales para que sean desempeñadas por la jurisdicción constitucional, a saber: limitar el poder público; garantizar la existencia de las minorías y asegurar la protección de los derechos fundamentales

constitucionalidad de las leyes,<sup>29</sup> ni es ejercida exclusivamente por el Tribunal Supremo Federal. Por el contrario, la jurisdicción constitucional «agrupa a todos los órganos del Poder Judicial y comprende el conjunto de atribuciones jurisdiccionales que conciernen a la salvaguarda y eficacia de las normas constitucionales».<sup>30</sup>

Aunque es posible vislumbrar un ámbito más amplio, la jurisdicción constitucional será examinada aquí desde su sentido estricto, que se limita al control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. El control de constitucionalidad es, al fin y al cabo, el principal ámbito de la jurisdicción constitucional, un verdadero instrumento para eliminar del ordenamiento jurídico las leyes incompatibles con las normas constitucionales.

### 3. BREVES NOTAS SOBRE LOS ASPECTOS SUBJETIVOS Y MODALES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Desde un punto de vista subjetivo, Brasil solo acoge el modelo difuso de constitucionalidad; sin embargo, es posible observar elementos de control concentrado en nuestra jurisdicción constitucional.<sup>31</sup> Son esclarecedoras, en este sentido, las palabras de Luiz Guilherme Marinoni, para quien el «sistema brasileiro não é de controle concentrado, pois admite que qualquer juiz de primeiro grau deixe de aplicar a lei que reputa inconstitucional diante de qualquer ação». Poniendo en otros términos la misma idea, el citado autor refiere que «controle de constitucionalidade brasileiro é difuso, mas, além de poder ocorrer na forma incidental no caso concreto, pode ser realizado via ação direta proposta no Supremo Tribunal Federal».<sup>32-33</sup>

El control difuso, inspirado en el *judicial review* del derecho estadounidense, puede ser ejercido por todos los órganos del Poder Judicial brasileño,<sup>34</sup> inferiores o superiores, municipales, estatales o federales al juzgar casos que entran dentro de sus respectivas esferas de competencia. En este caso, «a inconstitucionalidade não é declarada em tese e, sim, em processo regularmente instaurado, ao ser decidida uma pretensão».<sup>35</sup>

---

previstos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales de los que Brasil es signatario; corregir los errores y omisiones del poder público; y conferir coherencia y asegurar la preservación de la autonomía de la ley, especialmente de la Constitución Federal, por la jurisprudencia formada por la jurisdicción constitucional, siempre que la decisión esté debidamente fundamentada.

<sup>29</sup> «A jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais-processuais: o “habeas-corpus”, o “mandado de segurança” e a “ação popular”». (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 7).

<sup>30</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, 4.ª ed., pp. 19-20.

<sup>31</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2015, 2.ª ed., p. 213, nota 564.

<sup>32</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A zona de penumbra entre o STJ e o STF: a função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 27.

<sup>33</sup> Este punto merece una referencia adicional, teniendo en cuenta el grado de confusión que se hace en Brasil a este respecto: «[...] Quando o poder de controlar a constitucionalidade é distribuído aos órgãos do Poder Judiciário diante de todo e qualquer caso, o controle de constitucionalidade pode e deve ser feito por todos os órgãos judiciais, mas nas formas incidental e concreta. Contudo, nada impede que se outorgue à Suprema Corte, no mesmo sistema em que se dá competência para o controle judicial da constitucionalidade em face de qualquer caso, competência para realizar o controle de constitucionalidade na forma principal, mediante ações diretas a ela endereçadas. Bem vistas as coisas, portanto, os sistemas difuso e concentrado constituem abstrações que apenas podem ser separadas, e assim ter validade conceitual, quando se apresentam autonomamente. Se o controle de constitucionalidade é deferido aos juízes em face de todo e qualquer caso, inexistindo previsão de via direta, o controle é difuso, porém, note-se bem, incidental. De outra parte, se o controle é conservado nas mãos da Corte Constitucional, como no sistema austríaco pré-1929, o controle é concentrado, mas, sublinhe-se, exercido na forma principal. Isso quer dizer que, nos sistemas em que os juízes exercem o controle de constitucionalidade diante de qualquer caso, e, ao lado disso, este controle também é deferido à Suprema Corte mediante a via direta, há, na realidade, controle difuso decorrente das formas incidental e principal. Misturam-se, portanto, os modelos incidental e principal, não o controle difuso com o concentrado. Se existe sistema misto, esse é constituído pelo modelo incidental somado ao principal, os quais, por sua vez, permitem o controle concreto e o controle abstrato, ainda que, como já demonstrado, a via principal possa, excepcionalmente, também levar ao controle concreto». (SARLET, Ingo Wolfgang, Luiz Guilherme MARINONI y Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019, 8.ª ed., pp. 1.020-1.021).

<sup>34</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Processo civil, realidade e justiça: 20 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 88.

<sup>35</sup> MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, 2.ª ed., vol. 1, p. 308.

En el primer grado de jurisdicción, el control difuso es ejercido con mayor libertad por el juez: simplemente se declara mediante sentencia (decisión final o definitiva) que una determinada ley es o no constitucional,<sup>36</sup> y tal declaración es susceptible de ser reformada en apelación, incluso y especialmente por el Tribunal Supremo Federal.

La declaración de inconstitucionalidad de un tribunal superior —recurso de apelación o acción originaria— debe respetar el procedimiento previsto en los artículos 948 a 950 del Código de Procedimiento Civil sobre el incidente de inconstitucionalidad,<sup>37</sup> y la *regla del pleno (full bench)*<sup>38</sup> prevista en el artículo 97 de la Constitución, según la cual solo por el «voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público».<sup>39</sup>

A su vez, el control concentrado, que no es exactamente adoptado por el derecho brasileño en cuanto al aspecto subjetivo, como ya se ha mencionado, sigue el modelo europeo, cuya génesis se atribuye a Hans Kelsen, precursor de la idea del Tribunal Constitucional como legislador negativo.<sup>40</sup> En este tipo de modelo, el control de constitucionalidad queda en manos de un Tribunal Constitucional, que será el encargado de decir el sentido de las normas constitucionales, como ocurrió en el sistema austriaco.<sup>41</sup>

En términos de forma o modo, el modelo brasileño de control de constitucionalidad puede considerarse *mixto* (o *híbrido*), en la medida en que prevé tanto controles incidentales como principales.<sup>42</sup>

El control incidental lo realizan los jueces en general en el enjuiciamiento de casos concretos. La declaración incidental de inconstitucionalidad se produce en el ejercicio normal de la función jurisdiccional. Se trata de un control «exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido».<sup>43</sup>

No es infrecuente encontrar que el control incidental se denomine control por *vía de excepción*, por lo que la inconstitucionalidad se considera un argumento del demandado, una cuestión solo de defensa. Esta terminología no es precisa ni se ajusta a la realidad, ya que la inconstitucionalidad puede ser alegada por cualquiera de las partes.<sup>44</sup>

<sup>36</sup> CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil-derecho procesal civil III*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 62.

<sup>37</sup> Por no ser objeto de este estudio, no se harán más referencias al incidente de inconstitucionalidad del Código de Procedimiento Civil.

<sup>38</sup> «[...] a previsão da CF 97 incorpora ao direito brasileiro, a histórica exigência norte-americana do *full bench*, surgida durante o século XIX, como expressão da prudência reticente com a qual os Tribunais de então enfrentavam questões constitucionais. Esse mecanismo de autocontrole foi se afirmando, de julgado em julgado, entre outros motivos, graças à dupla dificuldade por ele imposta tanto à revisão como à formação de um *stare decisis* em matéria de direito constitucional». (ABBoud, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4.ª ed., p. 979, cursiva en el original).

<sup>39</sup> El Tribunal Supremo Federal ya ha resumido el entendimiento, de forma vinculante, sobre la hipótesis de incumplimiento de la reserva plenaria. Se trata del precedente vinculante n.º 10: «Viola a cláusula de reserva de plenário (cf., artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte».

<sup>40</sup> ABBoud, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4.ª ed., p. 466; SARLET, Ingo Wolfgang; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019, 8.ª ed., p. 981. Ver también: Kelsen, Hans. *Jurisdição constitucional*. traducida del alemán por Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013, 3.ª ed.

<sup>41</sup> Al destacar la diferencia entre los modelos estadounidense y europeo: «O modelo europeu é muito diferente. O contencioso constitucional, que distinguimos do contencioso ordinário, é da competência exclusiva de um Tribunal especialmente constituído para esse fim e que pode estabelecer preceitos, sem que possamos falar propriamente de litígios, por meio da provocação desse Tribunal pelas autoridades políticas ou jurisdicionais e até mesmo por particulares, com decisões que têm efeito absoluto de coisa julgada». (FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, pp. 17-18).

<sup>42</sup> Cabe señalar que solo con la llegada de la Enmienda Constitucional 16/1965 se estableció el control objetivo de constitucionalidad en el derecho brasileño.

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019, 8.ª ed., p. 72.

<sup>44</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019, 8.ª ed., p. 132. Limitación de la excepción de inconstitucionalidad, en el control difuso, a la defensa del acusado: DA SILVA, José Afonso. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 135.

A primera vista, los conceptos de control difuso y control incidental pueden confundirse, pero son diferentes: el control difuso lo ejerce cualquier juez o tribunal al decidir litigios (aspecto subjetivo), mientras que el control incidental se realiza en la valoración de casos concretos (aspecto modal). La reserva está justificada, dado que en Brasil estos conceptos «se superpõem, sendo que desde o início da República o controle incidente é exercido de modo difuso».<sup>45</sup>

El control primario, que se asocia al control concentrado, pero que tampoco debe confundirse con él, es la competencia exclusiva del Tribunal Supremo Federal cuando se trata de juzgar acciones constitucionales, cuyo resultado se da en abstracto, con eficacia vinculante y *erga omnes*. El control principal no se refiere a una disputa concreta entre dos polos litigantes; se refiere a un proceso objetivo sin carácter contencioso, al menos técnicamente. Es decir, no pretende proteger derechos subjetivos, sino preservar la armonía del sistema jurídico.<sup>46</sup> En esencia, se discute la compatibilidad de una norma infraconstitucional con la Constitución Federal.

Aunque todos y cada uno de los jueces tienen competencia para realizar controles difusos e incidentales de constitucionalidad, en la práctica la última palabra sobre una cuestión constitucional la tiene siempre el Tribunal Supremo Federal, que es el órgano del Poder Judicial encargado de decir, en última instancia, qué interpretación debe darse a las normas constitucionales y qué leyes son o no compatibles con ellas.<sup>47-48</sup>

#### 4. NATURALEZA JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE

La definición de *jurisdicción*, según el entendimiento generalizado en la doctrina procesal clásica, está asociada con la actividad jurisdiccional de un órgano estatal, a pesar de las diferencias en los conceptos presentados por juristas de prestigio a lo largo del tiempo. Esto llevó a que sedimentara la idea de que la jurisdicción sería un monopolio estatal, solo ejercible por los jueces.<sup>49-50</sup>

En la definición clásica de jurisdicción suele atribuirse un triple concepto, considerándola simultáneamente un «poder», una «función y una actividad».<sup>51</sup> En la atribución del poder, la jurisdicción puede considerarse como el poder estatal mientras se ejerce con los objetivos del sistema procesal; la

<sup>45</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019, 8.ª ed., p. 72. Solo con el advenimiento de la Ley 9982/1999, que creó la pretensión de infracción de precepto fundamental, pasó a ser aceptado el control por vía incidental en acción característica del control concentrado.

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Saraiva, 2019, 8.ª ed., p. 72.

<sup>47</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 85. En Portugal, la doctrina hace la misma observación: ALVES CORREIA, Fernando. *Justiça constitucional*. Coimbra: Almedina, 2019, 2.ª ed., p. 133.

<sup>48</sup> «Hoje não resta a menor dúvida de que, não obstante a permanência jurídica do *controle difuso* em nosso ordenamento jurídico, o *controle abstrato* ou *concentrado* de constitucionalidade, em sua variada e ampla gama de ações e possibilidades abrange, domina e procura solucionar a maior parte dos problemas e questões ligadas à inconstitucionalidade, resolvendo-as naquela via. A variedade de ações colocadas à disposição dos jurisdicionados não deixa dúvidas que o Supremo Tribunal Federal domina hoje a cena do controle de constitucionalidade no Brasil». (FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 14, cursiva en el original).

<sup>49</sup> Véase, entre otros: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, 3.ª ed., vol. 1, pp. 19-24; CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999, p. 147; HOYOS HENRECHSON, Francisco. *Temas fundamentales de derecho procesal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1987, p. 5; ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, 3.ª ed., p. 15; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. y Fábio GOMES. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 3.ª ed., pp. 73-74; TUCCI, Rogério Lauria. «Competencia, acción y procedimiento civil (subvenciones para la teoría general del procedimiento civil)». *Revista de Processo*, 1998, vol. 52, pp. 7-40. Versión electrónica, pp. 1-3; ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, vol. 2: organización judicial, jurisdicción y competencia. Editores, 1957, 2.ª ed., pp. 413-416; ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. Ángela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, t. 1, pp. 45-46.

<sup>50</sup> Eduardo Coutore confirma esta constatación cuando define la jurisdicción como «una función pública, ejercida por órganos competentes del Estado, con las formas exigidas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determinan los derechos de las partes, con el objeto de resolver sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente ejecutables». (COUTORE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Montevideo: Editorial B de F, 2018, 4.ª ed., p. 34, cursiva en el original).

<sup>51</sup> NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento*. Río de Janeiro: Forense, 1997, p. 28.

función se caracteriza por los fines del proceso que el Estado-juez busca alcanzar cuando utiliza la jurisdicción (jurídica, social y política);<sup>52</sup> y la actividad consiste en los actos realizados por el juez en el proceso, de acuerdo con las normas procesales pertinentes.<sup>53</sup>

La necesidad de disponer de nuevos mecanismos de resolución de conflictos, en ocasiones no judiciales, llevó a los juristas a replantearse el concepto de jurisdicción, a pesar de reconocer la importancia de todo lo estudiado hasta la fecha sobre este instituto fundamental del derecho procesal.<sup>54</sup> No es exagerado afirmar que la evolución del sistema jurídico brasileño ha puesto en crisis lo que hace muchos años se entendía por jurisdicción.<sup>55</sup>

Puede decirse que el arbitraje, considerado como una *justicia privada*, fue el método de resolución extrajudicial de conflictos más impactado por el dogma de la jurisdicción como monopolio del Estado-juez. Aunque ha habido resistencia a reconocer el carácter jurisdiccional de las actuaciones de los árbitros,<sup>56</sup> no se puede negar que actualmente la doctrina, en su inmensa mayoría, defiende que el arbitraje está dotado de jurisdicción. La aparición de la Ley de Arbitraje y su declaración de constitucionalidad por el Tribunal Supremo Federal contribuyeron a respaldar el carácter jurisdiccional del arbitraje.<sup>57</sup>

La jurisdicción no es un instituto ajeno al arbitraje. Los árbitros tienen poder jurisdiccional y esta afirmación se ve confirmada especialmente por la voluntad del legislador, que está bien representada en la Ley de Arbitraje. Una de las evidencias de la armonía entre jurisdicción y arbitraje se encuentra en el artículo 18 de la citada ley, que dispone que el árbitro es juez de hecho y de derecho, al tiempo que renuncia a la homologación del laudo arbitral por el Poder Judicial e impide la interposición de recurso ante el tribunal arbitral.<sup>58</sup>

Además de la falta de homologación del laudo arbitral —que fue un obstáculo para el desarrollo del arbitraje antes de la entrada en vigor de la ley reguladora—, el artículo 31 de la Ley de Arbitraje

<sup>52</sup> Sobre el ámbito del proceso, José Roberto Bedaque señala lo siguiente: «No escopo jurídico da atuação da vontade concreta da lei estão compreendidos os escopos social e político, que parecem muito mais ligados ao próprio direito material a ser atuado pelo juiz. Deve ele servir como canal de comunicação entre a regra e a sociedade, a fim de adequá-la à realidade e às necessidades de seu tempo. Esse escopo social, todavia, configura fenômeno muito mais próximo do direito material. Resulta da interpretação a ser dada pelo juiz. Em última análise, o escopo do processo é jurídico, não obstante deva atuar a vontade concreta da norma de direito material de modo a adequá-la à realidade social, atingindo, assim, o escopo social do processo». (DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2011, 6.ª ed., p. 74).

<sup>53</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, 9.ª ed., vol. 1, p. 440.

<sup>54</sup> Cabe destacar el concepto de jurisdicción presentado por Ada Grinover en su último trabajo en vida. La fallecida profesora, de forma valiente y elegante, lanzó al público un nuevo concepto de jurisdicción, con especial análisis de la justicia consensual, en la que el conflicto es resuelto exclusivamente por las partes interesadas. En sus palabras, la jurisdicción, que incluye el arbitraje, «na atualidade, não é mais poder, mas apenas função, atividade e garantia. Seu principal indicador é o acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça. Este conceito de jurisdição abrange a justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça conciliativa». (PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 30).

<sup>55</sup> Por cierto: «Entenda-se que a formação da jurisdição não é apenas um processo linear de organização dos aparatos institucional e humano a serem envolvidos nessa tarefa, embora sejam prioridade evidente, mas, é sobretudo, uma mudança mental ou do mundo de percepção das coisas e do mundo e suas relações, implicando uma alteração extensa do pensamento anterior, substituído por um padrão civilizado de comportamento, para encontrar as soluções dos conflitos; essa mudança de mentalidade é, certamente, a mais notável força resultante da formação do poder jurisdiccional». (ASFOR ROCHA, Cesar. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 32, cursiva en el original). Para ejemplos concretos de la crisis del concepto de jurisdicción, véase: MENDONÇA SICA, Heitor Vitor. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. En ZUFELATO, Camilo y Flávio Luiz YARSHIEL (org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Malheiros, 2013, pp. 433-439.

<sup>56</sup> En un sentido contrario a la naturaleza jurisdiccional del arbitraje véase: SATTI, Salvatore. *Direito processual civil*. Trad. Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Borsari Editor, 1973, vol. 2, pp. 772-775; MARINONI, Luiz Guilherme; Sérgio CRUZ ARENHART y Daniel MITIDIERO. *Novo curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, 3.ª ed., vol. 1, pp. 178-184; BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 63; FREITAS CAMARA, Alexandre. *Arbitragem*. Ley 9.307/96. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, 3.ª ed., p. 14; BARBI FILHO, Celso Agrícola. «Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei 9.307/96 e outras intervenções do Judiciário na arbitragem privada». *Revista dos Tribunais*, 1998, vol. 749, p. 118. También hay quien sostiene que el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional»: RODRIGUES, Horácio Wanderlei y Eduardo LAMY. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Atlas, 2018, 5.ª ed., p. 6.

<sup>57</sup> La aportación del Tribunal Supremo a la que nos referimos procede de la sentencia de la conocida y ya citada Sentencia Extranjera 5.206 AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, Pleno, juzgado el 12/12/2001, DJ 30/4/2004.

<sup>58</sup> Los recursos de arbitraje se aceptan cuando las partes así lo acuerdan. Existen reglamentos de cámaras de arbitraje que contemplan esta posibilidad, como el *Optional Appellate Arbitration Rules of the American Arbitration Association*.

establece, para las partes contendientes y sus sucesores, los efectos del laudo arbitral a los de la sentencia dictada por el Poder Judicial, considerándolo un título ejecutivo judicial, lo que fue adoptado por el artículo 515, punto VII, del Código de Procedimiento Civil. Cabe, aún, señalar que se concede al árbitro el derecho a decidir sobre su propia jurisdicción (y no sobre la competencia),<sup>59-60</sup> con prioridad y por adelantado al juez estatal (*principio de competencia-competencia*).<sup>61</sup>

La lectura de las disposiciones de la Ley de Arbitraje denota que el legislador atribuyó al arbitraje el papel de actividad jurisdiccional, aunque promovida por terceros libremente elegidos por las partes, en un ámbito privado y más flexible que el Poder Judicial.<sup>62</sup>

Al igual que los jueces, los árbitros: (I) son suscitados por las partes que buscan una solución concreta a un determinado conflicto de derecho sustantivo (patrimonial y disponible, en el caso del arbitraje); (II) deciden efectivamente la causa sometida a su escrutinio, con pleno conocimiento, al observar los principios de contradicción, amplia defensa y debido proceso legal, así como asegurar a las partes el derecho a la producción de la prueba;<sup>63</sup> (III) al resolver las crisis de derecho material, redactan un laudo arbitral que será definitivo y sustitutivo de la voluntad de las partes, y podrá ser ejecutado ante el órgano jurisdiccional estatal con fuerza de título ejecutivo, conforme a lo previsto en la legislación procesal civil; (IV) someten los laudos arbitrales a los mismos requisitos que las decisiones judiciales,<sup>64</sup> además de ser adquirido por las cosas juzgadas, convirtiéndose en inmutables e indiscutibles, se prohíbe al tribunal estatal examinar la justicia de lo decidido por los árbitros, salvo

<sup>59</sup> La distinción entre «jurisdicción» y «competencia» es importante, por lo menos, en el contexto del arbitraje en el derecho brasileño, porque tales conceptos son distintos, siendo este último considerado una medida de aquella, al representar la distribución del ejercicio de la jurisdicción en los tribunales: «Objetivamente examinada, a competência é o âmbito de atuação de cada órgão jurisdiccional. Do ponto de vista do órgão, a competência é a porção do poder de julgar que esse órgão detém. A competência não mede apenas a jurisdição, mas define a órbita do exercício da função de qualquer órgão ou pessoa». (BIERMUDEZ, Sergio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 6.ª ed., p. 52). En el mismo sentido, véase: YARSELLI, Flávio Luiz. *Tutela jurisdiccional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 135.

<sup>60</sup> Aún sobre los conceptos de «jurisdicción» y «competencia», hacemos nuestra la siguiente enseñanza: «Ao discutir o princípio da competência-competência na arbitragem brasileira, a doutrina e a jurisprudência tratam os termos 'competência' e 'jurisdição' de maneira indistinta. Este capítulo prefere o termo jurisdição, ao discorrer sobre o poder do tribunal arbitral para decidir quaisquer questões relacionadas à higidez e à aplicação da convenção de arbitragem. Afinal, a convenção de arbitragem, ao ser gênese do poder de um terceiro de dizer o direito e proferir uma decisão final, definitiva e vinculante às partes, não emana uma competência, mas uma *jurisdição*». (SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. *Convenção de arbitragem*. EN: LEVY, Daniel y Guilherme SETOGUTI J. PEREIRA (coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pp. 63-64, cursiva en el original). Rafael Alves, por su parte, trata estos dos términos como indistintos exclusivamente para discutir el principio de jurisdicción-competencia, al tomar en consideración que, primero, las definiciones del proceso civil no podrían ser transportadas directamente al arbitraje; y, segundo, por una cuestión de orden práctico, las distinciones rígidas entre los términos podrían crear obstáculos innecesarios a la comprensión del objeto principal del debate, especialmente, en atención al derecho extranjero. (ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 60).

<sup>61</sup> Lei de Arbitragem: «Art. 8: A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória».

<sup>62</sup> Se cree que el *Código de Processo Civil* de 2015 se adhirió a la tesis del arbitraje como actividad jurisdiccional al disponer, en su artículo 3, § 1, que ninguna amenaza o lesión de derechos será excluida de la *apreciación judicial*, admitiendo el arbitraje, conforme a la ley. También es digno de mención el artículo 42: «As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei».

<sup>63</sup> Lei de Arbitragem: «Art. 21: A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. [...] § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento».

<sup>64</sup> Lei de Arbitragem: «Art. 26: São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: I.- o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio; II.- os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expresamente, se os árbitros julgaram por equidade; III.- o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e IV.- a data e o lugar em que foi proferida. Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato». No que diz respeito à sentença judicial, o artigo 489 assim dispõe: «Art. 489: São elementos essenciais da sentença: I.- o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II.- os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III.- o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem». No se dice aquí, pues no era ese el objeto del análisis, que las hipótesis del apartado 1 del citado artículo 489 se apliquen indistintamente al arbitraje.

que se trate de un caso de *error in procedendo*; y (V) actúen de forma imparcial e independiente, correspondiéndoles el deber de divulgación.<sup>65</sup>

Objetivamente, los árbitros tienen poder jurisdiccional porque deciden, con carácter vinculante, autoritativo y definitivo para los litigantes, la controversia que les fue planteada mediante la aplicación concreta del derecho positivo, haciéndolo de acuerdo con los fines del proceso y con respecto de las garantías constitucionales.<sup>66-67</sup>

<sup>65</sup> Carlos Alberto Carmona resume con maestría la naturaleza jurisdiccional del arbitraje: «Nunca me convencí a respeito da restrição imposta ao conceito de jurisdição, e temo afirmar que as idéias de Chiovenda e de Carnelutti, que tanto impressionaram nossos autores mais ilustres, envelheceram e paulatinamente deixaram de refletir o real significado de *ius dicere*. Tanto o árbitro como o Juiz togado dizem autoritativamente o direito, concretizando a vontade da lei; tanto o árbitro como o Juiz exercem função, atividade e poder que caracterizam a jurisdição; tanto o árbitro como o Juiz proferem decisões vinculativas para as partes; tanto o árbitro como o Juiz julgam! Assim sendo, no momento em que o árbitro aceita o encargo, recebe das partes o poder de decidir um dado litígio, impondo em caráter obrigatório e vinculativo a solução para o caso concreto, caracterizando-se a substituição da vontade das partes pela do árbitro, que expressa e sintetiza a vontade da lei. A função do árbitro, como se vê, não é diferente daquela do Juiz. Quanto à atividade do árbitro, não difere ela substancialmente daquela desempenhada pelo Juiz togado: tanto um como outro conhecem as questões de fato e de direito deduzidas pelas partes, analisando-as e valorando-as para formar seu convencimento, propiciando as bases para a decisão da pretensão que lhes foi submetida (esta, aliás, a característica básica da atividade cognitiva). Por derradeiro, árbitro e Juiz ostentam poder: a decisão que proferem um e outro é obrigatória e vinculante para os contendentes». (CARMONA, Carlos Alberto. «Das boas relações entre os juizes e os árbitros». *Revista de Processo*, 1991, vol. 87, pp. 81-89. Versión electrónica, pp. 2-3, cursiva en el original).

<sup>66</sup> A favor de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, en Brasil, citar los siguientes: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O advogado, a jurisprudence e outros temas de processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 273; CARMONA, Carlos Alberto. «Arbitragem e jurisdição». *Revista de Processo*, 1990, vol. 58, pp. 33-40; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 41; DE SALLES, Carlos Alberto. *Arbitragem em contratos administrativos*. São Paulo: Método, 2011, p. 90; WALD, Arnoldo. «O espírito da arbitragem». *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, 2009, vol. 23, p. 27; VIEIRA ROCHA, Caio Cesar. *Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil*. Tesis (Doctorado en Proceso Civil). São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012, pp. 27-28; ABBUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, 2.ª ed., pp. 1.033-1.035; NUNES, Thiago Marinho. *Arbitragem e prescrição*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 22-24; DE ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 52-54; PEIXINHO GOMES CORRÊA, Fábio. «Limites objetivos da demanda na arbitragem». *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2013, vol. 10, n.º 40, pp. 55-56; THEODORO, Humberto. «Arbitragem e terceiros —litisconsórcio fora do pacto arbitral— outras intervenções de terceiros». *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, 2001, vol. 14, p. 375; CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 128; GIUSTI, Gilberto. «O árbitro e o juiz: da função jurisdiccional do árbitro e do juiz». *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2005, vol. 2, n.º 5, pp. 11-13; FICHTNER, José Antonio, Sérgio Nelson MANNHEIMER y André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 45-47; DE MENDONÇA LIMA, Alcides. *Direito processual civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977, p. 279; DE CARVALHO APRIGLIANO, Ricardo. *Jurisdição e arbitragem no novo Código de Processo Civil*. En: DE CAMPOS MELO, Leonardo y Renato RESENDE BENEDUZI (coords.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 247; GARCIA MEDINA, José Miguel. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 2.ª ed., p. 158; PEREIRA GAIA, Antônio Jr. *Instituições de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2017, 3.ª ed., p. 80; NERY, Ana Luíza. *Arbitragem coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 58-61; VIANNA ALVES FERREIRA, Olavo Augusto, Matheus LINS ROCHA, Débora Cristina FERNANDES ANANIAS ALVES FERREIRA. *Lei de arbitragem comentada artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 43; STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTr, 1996, p. 143; KOHLBACH DE FÁRIA, Marcela. *Ação anulatória da sentença arbitral: aspectos e limites*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, pp. 28-30; DIAS FIGUEIRA, Joel Jr. *Manual da arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 96. «No mesmo sentido, na literatura estrangeira». Ver: BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 32-33; MAYER, Pierre. La liberté de l'arbitre. *Revue de l'Arbitrage*, 2013, n.º 2, p. 346; PALLARES, Eduardo. *Derecho procesal civil*. México: Editorial Porrúa, 1968, 3.ª ed., p. 582; ETCHEVERRY, Raúl Anibal. «Naturaleza del acuerdo arbitral, el nuevo acuerdo arbitral del Mercosur y los contratos internacionales». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2013, vol. 37, pp. 425-454. Versión electrónica, p. 19; DIAZ-CANDIA, Hernando. «El rol jurisdiccional de los árbitros y su constructiva evolución: deberes y responsabilidad». *Spain Arbitration Review*, 2013, n.º 16, p. 82; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Jurisdiccionalidad del arbitraje». *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, n.º 3, p. 58; SALERNO, Marcelo Urbano; JAVIER SALERNO. «Sobre el régimen jurídico del arbitraje en la Argentina». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2016, vol. 50, pp. 561-567. Versión electrónica, p. 2; BRISNE SIERRA, Humberto. *Derecho procesal*. México: Editora Cárdenas, 1969, vol. II, p. 244.

<sup>67</sup> El Tribunal Superior de Justicia, defensor del arbitraje, también avala la naturaleza jurisdiccional de este mecanismo de resolución de disputas, como se puede apreciar en los siguientes pasajes de decisiones transcritos: «De acuerdo con el actual posicionamiento sufragado por la Segunda Sección desta Corte de Justicia, compete al Superior Tribunal de Justicia dirimir conflicto de competencia entre Juizo arbitral e órgão jurisdiccional estatal, partindo-se, naturalmente, do pressuposto de que a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdiccional». (CC 150.830-PA, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Sección Segunda, juzgado el 10/10/2018, Dje 16/10/2018); «A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8 e 20, da Lei 9.307/96, com a redação dada pela Lei 13.129/15)». (CC 157.099-RJ, rel. min. Marco Buzzi, ponente de decision min. Nancy Andrighi, Sección Segunda, juzgada el 10/10/2018, Dje 30/10/2018); «A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8 e 20, da Lei 9.307/96, com a redação dada pela Lei 13.129/15)». (CC 139.519-RJ, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. para sentença min. Regina Helena Costa, Primera Sección, juzgada el 11/10/2017, Dje 10/11/2017).

La sentencia de los árbitros alcanza la misma finalidad que una sentencia judicial: forma cosa juzgada, constituye un título ejecutivo y es dictada por un tercero ajeno a los intereses en juego en el procedimiento. En pocas palabras, la diferencia radica en el hecho de que un juez es un funcionario que ostenta de forma permanente la función jurisdiccional, mientras que el árbitro, elegido por las partes en virtud de un acuerdo de arbitraje, solo tiene jurisdicción para decidir un caso determinado y, una vez dictado el laudo arbitral, su jurisdicción ya no subsiste.

El análisis que ahora se hace sobre la naturaleza jurídica del arbitraje no margina las teorías desarrolladas al respecto en la doctrina.<sup>68</sup> Lo que se sostiene es que, desde un *punto de vista funcional* —al examinar, por tanto, la función de juez—, el árbitro ejerce jurisdicción al resolver conflictos y aplicar la ley elegida por las partes.

No se puede negar que el arbitraje tiene un origen contractual, precisamente porque es pactado por partes capaces a través de un convenio (cláusula compromisoria o compromiso arbitral),<sup>69</sup> lo que se parece a un acuerdo jurídico procesal.<sup>70</sup> Lo que sucede es que el carácter contractual del arbitraje está relacionado con la contratación de este método adjudicativo extrajudicial y con la investidura del árbitro, y no influye en la propia actuación del árbitro.<sup>71</sup>

La predisposición contractual del arbitraje, cuya existencia es evidente, se presenta en una fase preambular, anterior a la institución del arbitraje, que se produce con la aceptación del nombramiento por parte del árbitro (o árbitros).<sup>72</sup> Es mediante un contrato que las partes optan por el arbitraje y, por lo tanto, otorgan al tribunal arbitral la competencia necesaria para resolver un litigio de forma definitiva, autorizada y vinculante.<sup>73</sup> La determinación de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje surge, por así decirlo, después de la institución del arbitraje, con el inicio del procedimiento arbitral.

Ni siquiera es cierto que la imposibilidad de ejecutar el laudo arbitral en el curso del propio arbitraje sea un factor impeditivo para el reconocimiento de la naturaleza jurisdiccional del proceso

<sup>68</sup> En resumen, existen las teorías jurisdiccional, contractual, mixta (o híbrida) y autonomista del arbitraje. Para un análisis en profundidad de las teorías que estudian la naturaleza jurídica del arbitraje, véase, de la doctrina jurídica brasileña: FICHTNER, José Antonio; Sergio Nelson MANNHEIMER; André Luís MONTEIRO. *Teoria geral de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 34-45. Ya en la doctrina internacional, véase: LEW, Julian D. M.; Loukas A. MISTELIS; Stefan M. KRÖLL. *Comparative international commercial arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2003, pp. 71-97.

<sup>69</sup> «El arbitraje ya no puede reducirse a un puro fenómeno contractual, como lo reclaman los apasionados discursos críticos de Merlin: su naturaleza jurisdiccional hoy no es puesta en duda, aunque su origen siga siendo contractual; el arbitraje es una justicia, privada, es cierto, pero una justicia al fin y al cabo: ésta proviene de la voluntad de las partes de confiar a un tercero el poder de juzgar: el árbitro se ve investido de la *jurisdictio* en toda su plenitud, con la flexibilidad que autoriza el marco dentro del que es ejercida; este marco procesal se parece cada vez más al de los tribunales estatales, en virtud de un proceso habitual a toda institución: desde el instante en que el arbitraje afirma ofrecer a las partes las garantías inherentes a toda justicia, encuentra él mismo, en virtud de una evolución natural (y no solamente en el arbitraje institucional), así sea en formas adaptadas a sus propias exigencias, los imperativos de organización y de funcionamiento que imponen a toda jurisdicción, cualquiera que esta sea». (OPPETT, Bruno. *Teoria del arbitraje*. Trad. Eduardo Silva Romero, Fabrício Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin. Bogotá: Legis, 2006, pp. 57-58). En un sentido similar véase: GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Curitiba: Juruá, 2003, p. 410.

<sup>70</sup> BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 97.

<sup>71</sup> «O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial. Sirva, pois, esta evidência para mostrar que a escolha do legislador brasileiro certamente foi além das previsões de muitos ordenamentos estrangeiros mais evoluídos que o nosso no trato do tema, trazendo como resultado final o desejável robustecimento da arbitragem». (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2007, 2.ª ed., p. 46).

«Ressalte-se, ainda, que, quando se analisa a natureza jurídica da arbitragem, o foco de análise deve ser o processo arbitral. Afinal, só existe arbitragem a partir de sua instituição, na forma do art. 19 da Lei de Arbitragem. Em outras palavras, o que se quer dizer é que *não parece adequado incluir no debate a respeito da natureza jurídica da arbitragem o exame da convenção arbitral (cláusula compromisória e compromisso arbitral), pois essa é ato com outra natureza, anterior e exterior ao processo arbitral*. Essa mistura de institutos, com o devido respeito, pode ser o equívoco da teoria mista da arbitragem, que dá muito destaque à origem contratual da convenção arbitral para explicar a natureza jurídica da arbitragem». (FICHTNER, José Antonio, Sergio Nelson MANNHEIMER, André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 47, cursiva en el original).

<sup>73</sup> Sobre la relación contractual y jurisdiccional del arbitraje, vale la pena transcribir la elucidación hecha por Mariana França Gouveia: «Como se vem tomando habitual dizer, a arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza e jurisdiccional na sua função. A qualidade contratual advém da fonte dos poderes jurisdicionais, o caráter jurisdiccional resulta do conteúdo dos poderes atribuídos pelo contrato». (FRANÇA GOUVEIA, Mariana. *Curso de resolução alternativa de litígios*. Lisboa: Almedina, 2014, 3.ª ed., p. 120).

arbitral.<sup>74</sup> La coerción, que se origina en virtud del poder de imperio, no es el requisito característico del arbitraje, y la posibilidad de que los árbitros utilicen medios coercitivos para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral es irrelevante para definir su naturaleza jurídica.<sup>75-76</sup> El factor principal que vincula la jurisdicción y arbitraje es, de nuevo, el poder de los árbitros para decidir legalmente los litigios.

Al tener en cuenta lo dicho sobre la supremacía y fuerza normativa de la Constitución Federal, parece correcto afirmar que la *jurisdicción arbitral*, reflejo de la combinación de jurisdicción y arbitraje, está sujeta a la jurisdicción constitucional; y, como consecuencia lógica, todos y cada uno de los procedimientos de arbitraje bajo el amparo de la legislación brasileña deben respetar el orden constitucional vigente, especialmente, los derechos fundamentales.

## 5. PROCESO DE ARBITRAJE Y MODELO CONSTITUCIONAL

Como suele ocurrir en la jurisdicción estatal, el arbitraje también identifica la existencia de un *proceso*. Los procedimientos estatales y arbitrales son equivalentes, especialmente después de que se haya verificado que la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional.<sup>77-78</sup> Los árbitros ejercen su jurisdicción exactamente por medios procesales, al garantizar a las partes el acceso a la justicia y la disposición jurisdiccional deseada.

Como ya se ha visto, pero es oportuno reiterar, los árbitros son jueces de hecho y de derecho, teniendo facultades para aplicar el ordenamiento jurídico y resolver las crisis de derecho de propiedad disponible sometidas al tribunal arbitral por partes plenamente capaces, en la búsqueda de los alcances jurídicos, sociales y políticos del proceso.<sup>79</sup>

Las fases del proceso arbitral son muy similares a las del proceso judicial, con una diferencia significativa en cuanto a la flexibilidad procesal propia del arbitraje, fruto de uno de sus pilares, la

<sup>74</sup> Algunos dicen que la principal crítica a la teoría jurisdiccional del arbitraje sería «la falta de *imperium* en el poder de los árbitros», ya que la jurisdicción, según algunos, llevaría implícita la fuerza coercitiva que emana del Estado-juez (BASILIO, Ana Tereza y André FONTES. «La teoría autonomista del arbitraje». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2008, vol. 17, pp. 49-53. Versión electrónica, p. 4).

<sup>75</sup> ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, 2.ª ed., p. 1.035; HECKER DA SILVA, João Paulo. «Ejecución y cumplimiento del laudo arbitral». En: LEVY, Daniel y Guilherme SETOGUTI J. PEREIRA (coords.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 347. En el derecho argentino, se encuentra la misma opinión: «No cabe duda de que los árbitros ejercen una función esencialmente jurisdiccional. Aun cuando carecen de *imperium*, lo que define la esencia de la jurisdicción es la atribución cognoscitiva y decisoria, y el efecto que esta decisión tiene, independientemente de si el órgano que la dictó puede ejecutarla forzosamente por sí mismo o si debe recurrirse al auxilio de otro [...]». (CAIVANO, Roque. «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje». *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, n.º 2, p. 115).

<sup>76</sup> Sobre *imperium* y arbitraje, consulte: «Ademais, erra quem afirma que o árbitro não detém *imperium*. O árbitro o detém, na modalidade *imperium mixtum*, mas não possui o *imperium merum*; significa que pode ordenar atos de execução indireta, mas não os de execução direta». (LEVY, Daniel y João Bosco LEE. «O árbitro, o juiz e a distribuição da tutela de urgência». En: DE CAMPOS MELO, Leonardo y Renato RESENDE BENEDEZI, (coords.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 651, cursiva en el original). Siguiendo con el tema ver: ANTUNES DA COSTA, Nilton César. *Poderes do árbitro*. de acordo com a Lei 9.307/96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 94-96.

<sup>77</sup> CARMONA, Carlos Alberto. «O processo arbitral». *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 1, 2004, pp. 21-31. Versión electrónica, p. 1; BONATO, Giovanni. «La reforma brasiliana dell'arbitrato». *Rivista dell'arbitrato*, 2017, año XXVII, p. 46. Algunos incluso defienden una nueva rama del derecho procesal: el *derecho procesal arbitral* (Cf. ARRUDA ALVIM, Eduardo y André RIBEIRO DANTAS. «Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro». *Revista de Processo*, 2014, vol. 234, pp. 365-388). Se habla, en este sentido, de un *debido proceso arbitral* (Cf. LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 37).

<sup>78</sup> Considerar el proceso de arbitraje como equivalente a un procedimiento judicial no significa aceptar la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil al arbitraje. Lo que se utiliza del derecho procesal civil en el arbitraje son unos principios acordes con el sistema arbitral y los supuestos de impedimento o sospecha de los jueces, por disposición expresa del artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

<sup>79</sup> DE ALBUQUERQUE PARENTE, Eduardo. *O processo arbitral como sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 91.

autonomía de la voluntad,<sup>80</sup> que, en definitiva, permite a las partes modificar las reglas del juego en función de las especificidades de la controversia.<sup>81</sup>

La fase posterior en el arbitraje suele desarrollarse mediante la presentación de los alegatos de apertura, la defensa y la reconvencción (demanda reconvenccional); y, en su caso, la réplica y la réplica. La fase probatoria incluye la producción de todos los medios de prueba legalmente admitidos, con énfasis en la prueba técnica pericial y la declaración de testigos en audiencia. La fase de decisión es la que dará por concluida la controversia en el ámbito arbitral, al poner fin a la función de los árbitros en el caso concreto. Dichas fases deben observar como mínimo los principios del contradictorio, la amplia defensa y el debido proceso legal.<sup>82</sup>

En el arbitraje, la relación jurídico-procesal implica a tres sujetos procesales, como en los procedimientos judiciales: el tercero imparcial que decidirá el caso (uno o varios árbitros, según la elección de las partes); la parte solicitante, que pidió el inicio del arbitraje; y la parte demandada, contra la que se dirigió la solicitud.

El proceso arbitral, como instrumento del ejercicio de la jurisdicción de los árbitros, consiste en una relación jurídica compleja y dinámica, cuyos diversos actos coordinados son practicados por los sujetos procesales a lo largo del arbitraje con la intención de alcanzar el laudo arbitral —que es final y definitivo—; por lo tanto, vinculante para los litigantes.<sup>83</sup> Existen derechos, facultades, deberes, poderes, cargas y obligaciones que rodean a los sujetos del proceso de arbitraje. También en el arbitraje el adversario se realiza a través del contraste dialéctico entre estos tres sujetos procesales, al materializar la dinámica del proceso arbitral.<sup>84</sup>

Al tratarse de un proceso jurisdiccional, no cabe duda de que «a arbitragem está sujeita aos superiores ditames do *direito processual constitucional*, sem cuja observância nenhuma decisão arbitral seria legítima».<sup>85</sup> A pesar de ser un sistema distinto de los procedimientos estatales, el arbitraje está plenamente sometido al ordenamiento constitucional, por lo que la Constitución Federal debe respetarse siempre en los procedimientos de arbitraje, aunque las partes no lo quieran así.

<sup>80</sup> «Es así, la voluntad de las partes, la que hace nacer y morir al árbitro y al arbitraje». (GUILLÉN, Víctor Fairén. *Teoría general del derecho procesal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 19).

<sup>81</sup> Al destacar la autonomía de la voluntad en el arbitraje véase, entre otros: DA FONSECA GAJARONI, Fernando. «Aspectos fundamentales del proceso arbitral y puntos de contacto con la jurisdicción estatal». *Revista de Processo*, 2002, vol. 106, pp. 189-216. Versión electrónica, pp. 2-3; DE ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro*, 2.ª ed., vol. 1: Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 128-129. Cabe señalar, sin embargo, que los artículos 190 y 191 del Código de Procedimiento Civil prevén las figuras del negocio procesal atípico (o acuerdo procesal atípico) y del calendario procesal, que son dos institutos importantes para flexibilizar el proceso judicial.

<sup>82</sup> Decimos «mínimamente» porque, como veremos a lo largo de este trabajo, se argumenta que la lista de principios de la Ley de Arbitraje permite una interpretación extensiva, de modo que otros principios, como la prohibición de pruebas ilícitas, también deben ser observados en el proceso arbitral.

<sup>83</sup> MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tesis (Doctorado en Proceso Civil). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2010, p. 24.

<sup>84</sup> En este sentido, al hablar del proceso judicial, véase: CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México*. Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, 2.ª ed., p. 97. También es importante destacar lo que dice José Rogério Cruz e Tucci sobre el tema: «O processo judicial, arbitral ou administrativo, como instituição eminentemente dialética, em qualquer de suas vertentes, encontra-se sob a égide do princípio do contraditório. Não se faz possível conceber um processo unilateral, no qual atue somente uma parte, visando à obtenção de vantagem em detrimento do adversário, sem que se lhe conceda a oportunidade para apresentar as suas razões. Se não deduzi-las, a despeito de ter sido convocado, sofrerá os ônus da inatividade, situação que lhe poderá ser prejudicial. O contraditório, ademais, deve igualmente ser observado no desenvolvimento do processo, para que ambos os protagonistas, em franca colaboração com o juiz, possam efetivamente participar e influir no provimento final». (CRUZ E TUCCI, José Rogério. «As garantias constitucionais do processo civil no aniversário dos 30 anos da Constituição Federal». En: DOS SANTOS LUCON, Paulo Henriqu, Juliana CORDEIRO DE FARIÁ; Edgard Audomar MARX NETO; Ester Camila GOMES NORATO REZENDE (orgs.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Jr.* Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 194).

<sup>85</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel y Bruno VASCONCELOS CARRILHO LOPES. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2018, 3.ª ed., p. 151, cursiva en el original.

El proceso arbitral debe considerarse, en este sentido, como «un instrumento para la aplicación de determinadas fórmulas constitucionales, al transformar el *mero derecho declarado* en un *derecho garantizado*».<sup>86</sup>

El modelo constitucional del proceso aplicable al arbitraje impone la obediencia de los sujetos del proceso arbitral a las normas constitucionales,<sup>87</sup> y los árbitros deben hacer uso de las disposiciones de la Constitución para formar su opinión y decidir, y las partes deben respetar las disposiciones constitucionales para firmar contratos y establecer las normas procesales del arbitraje. Aun perteneciendo a una justicia privada, desvinculada de la estructura del Poder Judicial, el tribunal arbitral debe observar las normas constitucionales.<sup>88</sup>

Es frecuente leer y oír referencias al procedimiento arbitral, a pesar de la existencia de un auténtico proceso arbitral. Proceso y procedimiento son fenómenos diferentes,<sup>89</sup> pero se comunican tanto en la jurisdicción estatal como en la jurisdicción arbitral.<sup>90</sup> No en vano, el proceso se entiende como «un procedimiento en contradictorio agrupado en una relación jurídica autónoma (de naturaleza procesal)».<sup>91</sup>

El procedimiento arbitral se compone de actos procesales materializados y concatenados por los sujetos del proceso, de ahí que se vea, en síntesis, como el medio por el cual se exterioriza el proceso.<sup>92</sup> En otros términos, es «o conjunto ordenado dos atos mediante os quais, no processo, o árbitro exerce a jurisdição e as partes a defesa de seus direitos».<sup>93</sup>

<sup>86</sup> PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 15, cursiva en el original.

<sup>87</sup> Sobre el modelo constitucional de proceso, es importante traer la definición de Cassio Scarpinella Bueno, que se dedica desde hace años al estudio de este tema tan relevante: «A análise do nosso 'modelo constitucional' revela que todos os 'temas fundamentais do direito processual civil' só podem ser construídos a partir da Constituição. E diria, até mesmo: devem ser construídos a partir da Constituição. Sem nenhum exagero, é impensável falar-se em uma 'teoria geral do direito processual civil' que não parta da Constituição Federal, que não seja diretamente vinculada e extraída dela, convidando, assim, a uma verdadeira inversão do raciocínio usero no estudo das letras processuais civis. O primeiro contato com o direito processual civil se dá no plano constitucional e não no do Código de Processo Civil que, nessa perspectiva, deve se amoldar, necessariamente, às diretrizes constitucionais». (SCARPINELLA BUENO, Cassio. «O «modelo constitucional do direito processual civil»: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações». *Revista de Processo*, 2008, vol. 161, pp. 261-270. Versión electrónica, p. 2).

<sup>88</sup> «Diante do fato de que a norma do art. 21, § 2.º, da Lei 9.307/1996 não é suficiente para limitar o poder das partes e dos árbitros na disposição do procedimento, é fora de dúvida que não se pode admitir um procedimento, ainda que calcado em regras de «órgãos arbitrais institucionais ou entidades especializadas», que afronte os princípios constitucionais e fundamentais do processo e os princípios legitimadores da própria arbitragem». (MARINONI, Luiz Guilherme. «Ação de nulidade de sentença arbitral». *Soluções Práticas-Marinoni*, 2011, vol. 2, pp. 507-567. Versión electrónica, p. 7).

<sup>89</sup> «Dai a diferença entre *processo* e *procedimento*: enquanto aquele corresponde ao movimento no seu aspecto intrínseco, este é o mesmo movimento, visualizado, porém, na sua forma extrínseca, "tal como se exerce pelos nossos órgãos corporais e se revela aos nossos sentidos". Essencialmente de índole *finalística*, ou *teleológica*, é o *processo* instrumento técnico e público em que vivifica a *ação judiciária*, vale dizer, a atuação dos órgãos do Poder Judiciário —juízes e tribunais— em prol da realização do Direito; instrumento que se materializa no *procedimento*, esquema formal assumido pelos atos que o constituem, na ordem e sucessão de sua efetivação». (TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo*. São Paulo: Saraiva, 1988, 3.ª ed., p. 51, cursiva en el original). En un sentido similar véase: CUENCA, Humberto. *Derecho procesal civil*. Caracas: Ediciones de la Biblioteca, 1969, 2.ª ed., t. 1, p. 200.

<sup>90</sup> Sobre esta relación: «Mais correto é conciliarem-se os conceitos de processo e procedimento, sem desprezar a existência inegável da relação jurídica e do fim último do processo que é a sentença. Por isso, não há como negar ser o processo o próprio procedimento animado pela relação jurídica processual». (CARMONA, Carlos Alberto. «Consideraciones sobre la evolución conceptual del proceso». *Revista de Processo*, 1990, vol. 57, p. 39-54. Versión electrónica, p. 14).

<sup>91</sup> DOS SANTOS LUCON, Paulo Henrique. *Relação entre demandas* Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, 2.ª ed., p. 47.

<sup>92</sup> SETOGUTI J. PEREIRA, Guilherme Procedimento I. En: LEVY, Daniel; Guilherme SETOGUTI J. PEREIRA (coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 165; LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Manual elementar de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 46; CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 146. Adoptando —a nuestro juicio erróneamente— una posición de equivalencia entre «proceso arbitral» y «procedimiento arbitral», por entender que «ambos se refieren a la secuencia de actos que constituyen el punto central del desarrollo de un arbitraje, desde su institución hasta la preparación para dictar el laudo, que se materializan en el conjunto de documentos que constituyen las actas arbitrales», véase: MAIA NETO, Francisco. «O processo arbitral». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2012, vol. 33, pp. 289-297. Versión electrónica, p. 2.

<sup>93</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 51, cursiva en el original. En el mismo sentido, al abordar magistralmente las diferencias entre proceso arbitral y procedimiento arbitral: «É de ter-se presente, destarte, que as atividades do árbitro e das partes nos domínios do processo arbitral efetivam-se e se concatenam em um procedimento, no qual cada um desses atores dispõe de poderes, deveres, faculdades e ônus, todos exercidos em cooperação e em contra-

## 6. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Con fines didácticos, es posible dividir el estudio del proceso desde un punto de vista constitucional en dos corrientes.<sup>94</sup> El primero, denominado *derecho constitucional procesal*, se dedica al estudio de los principios constitucionales procesales; el segundo, conocido como *derecho procesal constitucional*, se ocupa de cuestiones procesales, como la competencia constitucional.<sup>95</sup> Es este segundo aspecto el que interesa al estudio que nos ocupa, ya que, como nos recuerda Jorge Miranda, los procesos de inconstitucionalidad de las leyes constituyen el centro del derecho procesal constitucional.<sup>96</sup>

Esta clasificación bipartita es una colocación científica por medio de la cual se puede examinar el proceso en sus relaciones con la Constitución Federal, sin perjuicio de que el derecho procesal constitucional no sea considerado una rama autónoma de la ciencia procesal.<sup>97-98</sup>

Dado que el control de constitucionalidad es una materia relacionada con la jurisdicción constitucional, aunque no sea su único componente, todo el estudio se dirigirá al examen del derecho procesal constitucional que incluye el arbitraje. Desde una perspectiva puramente didáctica, la obra no se centrará en el derecho constitucional procesal, sino únicamente en el derecho procesal constitucional, tal como se ha definido anteriormente.

---

ditório, numa autêntica relação jurídica processual. Conclui-se, assim, que o *processo* arbitral se desenvolve por meio de um *procedimento* lógico e dinâmico, regido pelos princípios constitucionais da imparcialidade, do contraditório e da isonomia, e por normas procedimentais próprias, estabelecidas pela lei e pela vontade das partes». (CRUZE TUCCI, José Rogério. «A linguagem jurídica exige precisão técnica: processo ou procedimento arbitral?». Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-05/paradoxo-corte-linguagem-juridica-exige-precisao-tecnica>. Acceso el: 6/1/2021, cursiva en el original).

<sup>94</sup> «A visão analítica das relações entre processo e Constituição revela ao estudioso *dois sentidos retóricos* em que elas se desenvolvem, a saber: a) no sentido Constituição-processo, tem-se *tutela constitucional* deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados ao plano constitucional; b) no sentido processo-Constituição, a chamada *jurisdição constitucional*, voltada ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (*jurisdição constitucional das liberdades*), mas toda a idéia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive». (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009, 14.ª ed., pp. 26-27, cursiva en el original). La expresión *derecho procesal constitucional* también es reconocida por la doctrina procesal extranjera (cfr. GARCÍA BELAÜNDE, Domingo. «Encuentros y desencuentros en torno al derecho procesal constitucional». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, enero del 2008, pp. 345-369; MANILI, Pablo Luis (coord.) *Derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Universidad, 2005).

<sup>95</sup> ZANETTI, Hermes Jr. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2014, 2.ª ed., p. 163; RAMOS TAVARES, André. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, 2.ª ed., pp. 214-215.

<sup>96</sup> MIRANDA Jorge. *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 3.ª ed., tomo VI. p. 63.

<sup>97</sup> DE ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos y Ada PELLEGRINI GRINOVER y Cândido Rangel DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2011, 27.ª ed., p. 85; MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Millennium, 2000, p. 12; DE BARROS LEONEL, Ricardo. «Garantismo e direito processual constitucional». En: DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto, Lia Carolina BATISTA CINTRA y Elie Pierre EID (coords.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 120-121; NERY, Nelson Jr. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 12.ª ed., p. 54.

<sup>98</sup> Marcelo Cattoni hace una advertencia en el sentido de que tal distinción no puede ser tomada tan en serio, aunque reconoce su existencia, que habría surgido debido a la constitucionalización de los principios procesales. Según él, en Brasil «qualquer processo é constitucional, quer em razão de sua estrutura e de seus fundamentos, quer pelo fato de garantir as condições institucionais para a problematização e para a solução de questões constitucionais subjacentes às situações concretas de aplicação do Direito Penal, Civil, Comercial, Administrativo, Tributário, etc.». (CATTONI, Marcelo. «Jurisdição constitucional: poder constituinte permanente?». En: LEITE SAMPAIO, José Adércio y Ricardo DE SOUZA CRUZ, Álvaro (coords.) *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 76). La posición es correcta, pues la Constitución Federal, por ser la ley suprema del ordenamiento jurídico y estar dotada de fuerza normativa, irradia efectos sobre todas las áreas del derecho, sin excepción al derecho procesal en su conjunto. Además, la Constitución trae en su núcleo principios de gran importancia para la ciencia procesal (contradictorio, debido proceso, prohibición de prueba ilícita, entre otros), independientemente de si se trata de un procedimiento civil, penal o cualquier otro.

## CAPÍTULO 2

### ÁRBITROS Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL CASO

El tercer tema abordará el control difuso en el proceso arbitral. La idea principal es demostrar que los árbitros pueden y deben ejercer el control de constitucionalidad, siempre que lo hagan de forma incidental, con eficacia *inter partes*. Existen, sin embargo, aspectos procesales que requieren un análisis detallado, tales como: el momento adecuado para alegar la inconstitucionalidad en un procedimiento arbitral; si una declaración de esta magnitud podría ser hecha de oficio por los árbitros; la aplicabilidad o no de la cláusula de reserva plenaria; qué tipos de inconstitucionalidad podrían ser proclamada por el tribunal arbitral; cómo quedarían las cuestiones de cosa juzgada y de juicio por equidad en caso de inconstitucionalidad.

#### 1. ALEGACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Como primer paso para examinar las particularidades relacionadas con el control de constitucionalidad por los árbitros, es necesario establecer de qué forma y en qué momento del proceso arbitral las partes pueden plantear el vicio de inconstitucionalidad.

En cuanto a la forma, la «inconstitucionalidad se planteará siempre como una cuestión de derecho controvertida».<sup>99</sup> La inconstitucionalidad se examinará como *cuestión prejudicial* porque su resolución es previa a la resolución de la pretensión principal formulada en el arbitraje y se presenta incidentalmente en el procedimiento arbitral.<sup>100</sup> En su acepción procesal más pura, «una *cuestión prejudicial* —la forma en que más a menudo se presenta la figura nociva— es la duda...». Sobre el punto de las cuestiones prejudiciales planteadas en el curso del proceso, que deben ser examinadas incidentalmente por el juez».<sup>101-102</sup>

En el control difuso en concreto, la cuestión constitucional es una *cuestión previa lógica*, porque no se admite que el objeto del procedimiento arbitral sea la propia constitucionalidad.<sup>103</sup> La declaración de inconstitucionalidad de una norma no será objeto de la demanda arbitral; lo que se pedirá al tribunal arbitral es el reconocimiento del derecho de la parte que, sin embargo, se ve afectada por la norma cuya constitucionalidad se cuestiona.<sup>104</sup> Más concretamente, para decidir sobre el derecho en cuestión, los árbitros tendrán que «formarse un juicio sobre la constitucionalidad o no de la norma».

---

<sup>99</sup> DE ALBUQUERQUE PARENTE, Eduardo. *Proceso arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 282.

<sup>100</sup> CANDIDO COSTA, Maria Roseli. «(im)possibilidade de o árbitro realizar controle difuso de constitucionalidade com base na Lei 9.307/96 (LARAB)». En: DOURADO, Ruy Janoni, Gustavo FAVERO VAUGHN, Vera Cecília MONTEIRO DE BARROS y Asdrubal Franco NASCIMBENI (coords.). *Atualidade da arbitragem comercial: estudos dos membros da Comissão de Arbitragem e do Comitê de Coordenação da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB-SP*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 317.

<sup>101</sup> LARA LEITE, Clarisse Frechiani. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 101.

<sup>102</sup> Sobre la cuestión prejudicial, es necesario citar la lección de Francesco Menestrina: «Unico scopo della questione pregiudiziale è di fissare entro la cerchia del pendente processo un punto pregiudiziale, su cui le parti sono discordi; essa pressupone dunque la contestazione d'un punto pregiudiziale che è stato proposto da una parte al ragionamento del giudice. Da ciò deriva che la questione non può sorgere che posteriormente al sorgere del processo (dove l'appellativo di incidentale) e che di essa non possiamo trovar traccia in quei processi contenziosi, i quali per loro natura, nonostante il nome veramente ingannatore, non mostrano mai un vero contendere avanti al giudice, ma solo l'unilaterale asserzione della parte». (MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1963, p. 123).

<sup>103</sup> BIMKOWSKI ROSSONI, Igor. *Cosa julgada e controle de constitucionalidade*. Disertación (Maestría en Derecho Procesal). São Paulo, 2013, Universidade de São Paul, Faculdade de Direito, p. 134.

<sup>104</sup> Sosteniendo que la cuestión de inconstitucionalidad es prejudicial en relación al mérito, por todos: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Procedimento Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. V, p. 29; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Proceso civil, realidade e justiça: 20 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 89; ARRUDA ALVIM, Teresa, Maria Lúcia LINS CONCEIÇÃO, Leonardo FERRES DA SILVA RIBEIRO, Rogério LICASTRO TORRES DE MELLO. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 2.ª ed., p. 1.493.

Por eso «se dice que la cuestión constitucional es una *cuestión preliminar*: porque necesita ser decidida de antemano, como presupuesto lógico y necesario de la solución del problema principal».<sup>105</sup>

Imaginemos, por pura hipótesis, que el demandante del arbitraje, en calidad de heredero, solicita la condena del demandado al pago de daños y perjuicios por acto ilícito. En respuesta, la demandada plantea, como cuestión previa, la inconstitucionalidad del artículo 943 del *Código Civil* («O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança»), en el que se basa la petición de indemnización de la actora, por considerar tal dispositivo contrario a la igualdad, además de cuestionar el fundamento de las razones iniciales que sostienen la ausencia de ilegalidad. Antes de definir si puede aceptarse la pretensión del demandante de responsabilizar civilmente al demandado, los árbitros deben enfrentarse a la cuestión constitucional, rechazándola o aceptándola, pero la inconstitucionalidad no puede ser el único objeto del arbitraje.

Nada impide que se reconozca la inconstitucionalidad a favor del demandado, como en el ejemplo expuesto, pero se estima la demanda de responsabilidad civil interpuesta por el actor para condenar a la parte que se benefició de la inconstitucionalidad a pagar una indemnización.<sup>106</sup> Es posible, por tanto, que los árbitros declaren la inconstitucionalidad de una disposición legal, al aceptar la petición incidental del demandado, por ejemplo, pero resolviendo el litigio a favor de la parte contra la que se produjo el reconocimiento del vicio constitucional, el demandado.<sup>107</sup> El reconocimiento de la inconstitucionalidad no significa que la parte que se benefició de ella vaya a ganar el caso.

Es posible que la inconstitucionalidad se plantee como cuestión previa en una medida cautelar o de emergencia solicitada a los árbitros, incluidos los de emergencia, conforme al artículo 22-B, párrafo único, de la Ley de Arbitraje. Es admisible examinar la pretensión de inconstitucionalidad en tales situaciones cuando la cuestión constitucional es relevante para decidir la solicitud de medidas cautelares, aunque la cognición de los árbitros es, por regla general, más restringida cuando se examinan medidas cautelares o de emergencia, dado el alcance de las reclamaciones de esta naturaleza. En este sentido, la inconstitucionalidad puede actuar como refuerzo argumental de la verosimilitud del derecho alegado por la parte solicitante de medidas cautelares.

No importa que a la inconstitucionalidad se le atribuya o no el atributo de derecho disponible, en la medida en que la cuestión prejudicial debe ser decidida por los árbitros *incidenter tantum*. El artículo 1 de la Ley 9307/1996 exige que el objeto del procedimiento de arbitraje, y solo el objeto, sean derechos de propiedad desechables, y la ley guarda silencio sobre las cuestiones preliminares. Así, aunque alguna de las partes alegue la indisponibilidad de la cuestión previa relativa a la inconstitucionalidad, los árbitros deben decidir sobre ella, por ser prejudicial, decidiéndola de forma incidental al proceso arbitral.<sup>108</sup>

En cuanto al momento oportuno, la inconstitucionalidad puede ser alegada por la parte interesada en cualquier momento del curso del arbitraje, al tener en cuenta que la interpretación y aplicación de la Constitución Federal son elementos intrínsecos de la jurisdicción arbitral; y, por lo tanto, son

<sup>105</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019, 8.ª ed., p. 135, cursiva en el original.

<sup>106</sup> DE ALBUQUERQUE PARENTE, Eduardo. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 282.

<sup>107</sup> «É bem verdade que o grau de predeterminação pode variar. Às vezes, a solução dada à prejudicial em certo sentido não basta para que se possa predir com segurança o modo como será resolvida a prejudicada. Ter-se-á uma condição *necessária*, mas não *suficiente*. Se o juiz acolhe a alegação de nulidade da obrigação principal, *ipso facto* está adstrito a rejeitar a demanda contra o fiador; mas se não a acolhe, a influência da solução dessa questão não será tão decisiva, porque o réu pode ter outras defesas bastantes, por si sós, para infirmar a pretensão do autor». (MOREIRA, José Carlos Barbosa. «Questões prejudiciais e coisa julgada». *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*, 1967, vol. 16, pp. 171-172, cursiva en el original).

<sup>108</sup> «Embora o árbitro não possa proferir decisão com autoridade de coisa julgada sobre direitos indisponíveis, nada deveria impedir a possibilidade de decisão *incidenter tantum*: cada juiz tem o poder de resolver *incidenter tantum* qualquer questão prejudicial, inclusive as que ele não pode decidir com autoridade de coisa julgada». (RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de Arbitragem brasileira: oito anos de reflexão, questões polémicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 33, cursiva en el original). Aún según Edoardo Ricci, en un comentario sobre el derogado artículo 25 de la Ley de Arbitraje brasileña, habría problemas de competencia (o, mejor dicho, de jurisdicción) si la cuestión preliminar, a ser resuelta *incidenter tantum*, se convirtiera en una disputa autónoma a ser decidida con autoridad de cosa juzgada, hipótesis en la que los árbitros no podrían decidir sobre ella (p. 175).

cognoscibles incluso de oficio por los árbitros, dado el carácter imperativo de la norma constitucional, soberana sobre todas las demás normas del ordenamiento jurídico nacional.<sup>109</sup>

No obstante, lo ideal es que la cuestión constitucional se plantee en la primera oportunidad que tenga la parte para presentar sus alegaciones y pretensiones, evitando así retrasos innecesarios en el *iter* procesal en beneficio de la economía procesal y de la rapidez del proceso arbitral. Sin embargo, esta «primera oportunidad» puede variar en función de las circunstancias del caso.

Puede ocurrir que la parte interesada, el demandante, en su solicitud de inicio del arbitraje, postule ya la inconstitucionalidad de una disposición legal concreta. También puede ocurrir que el demandado manifieste su intención de obtener la declaración de inconstitucionalidad, bien por vía de excepción, es decir, como medio de defensa frente a la pretensión del demandante, bien por vía reconvencional, en una demanda reconvencional formulada en contestación a la solicitud de inicio del arbitraje. O puede ocurrir que tanto demandante como demandado planteen la inconstitucionalidad, cada uno en su momento.

Aunque la parte interesada no haya indicado en la solicitud de arbitraje o en la respuesta a dicha solicitud que pretende que se declare la inconstitucionalidad de una ley, nada le impide hacerlo cuando firma el instrumento de arbitraje.<sup>110</sup> No sería un problema si la parte interesada —demandante o demandada— alegara la inconstitucionalidad por primera vez únicamente en el instrumento de arbitraje.

Cabe señalar, además, que es en la ejecución del laudo arbitral, cuando ya se ha iniciado el procedimiento arbitral, cuando las partes tienen la oportunidad de detallar el contexto fáctico, las causas de la acción y las pretensiones. Se trata, por cierto, del hito temporal de estabilización de la demanda en el proceso de arbitraje, en el que se produce la delimitación del objeto del arbitraje,<sup>111</sup> con la clarificación de la misión principal de los árbitros.<sup>112</sup>

Decir que la demanda arbitral se estabiliza en un momento dado no significa que no se permita a las partes complementar sus alegaciones, añadir a las causas de acción y reclamaciones en el curso del arbitraje.<sup>113</sup> Es aceptable, aunque, en algunos casos, puede no ser deseable que las partes complementen sus alegaciones y añadan causas de acción y reclamaciones después de la firma del acuerdo de

<sup>109</sup> En defensa del control difuso de oficio véase: ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, 4.ª ed., p. 26; FERREIRA MENDES, Gilmar. «O controle incidental de normas no direito brasileiro». *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 1998, vol. 23, pp. 30-58. Versión electrónica, p. 5. Por el contrario, defendiendo la necesidad de provocación para ello, véase: ARRUDA ALVIM, Eduardo, Rennan Faria KRUGER THAMAY y Daniel William GRANADO. *Processo constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 85.

<sup>110</sup> A todos los efectos, el plazo de arbitraje se considera firmado antes de la fase de postulación, tan pronto como se haya constituido el tribunal arbitral.

<sup>111</sup> «[...] o termo de arbitragem pressupõe o juízo regularmente instalado, delimitando-se a controvérsia e a missão dos árbitros». (STJ, REsp 1.389.763-PR, rel. min. Nancy Andrighi, Tercer Panel, juzgado el 12/11/2013, Dje 20/11/2013).

<sup>112</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Questões polémicas do processo arbitral*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 28. En el mismo sentido: «Realmente, o TDA tem na delimitação do objeto do litígio e do pedido das partes seus pontos mais importantes, que representam a estabilização da demanda. Ademais, apesar de ser a Convenção de Arbitragem o instrumento originário e vinculante da arbitragem, não se pode deixar de considerar que o TDA tem o condão de reiterar os termos da Convenção de Arbitragem, delimitar a controvérsia e ressaltar a missão do árbitro, que deverá ater-se às suas disposições, para não gerar motivos que ensejem a anulação da sentença arbitral». (FERREIRA LEMES, Selma. «Convenção de arbitragem e termo de arbitragem. Características, efeitos e funções». *Revista do Advogado*, AASP, n.º 87, Sept./2006, p. 99).

<sup>113</sup> En los arbitrajes institucionales, hay que prestar atención a las disposiciones del reglamento de arbitraje de la institución respectiva. Algunos reglamentos limitan la modificación de la causa de la acción y la reclamación. Por ejemplo, el punto 4.21 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá («CAM-CCBC») dispone que las «Partes poderão alterar, modificar ou aditar os pedidos e causa de pedir até a data de assinatura do Termo de Arbitragem». Por otro lado, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional («CCI»), en su artículo 23, (4), dispone así: «Após a assinatura da Ata de Missão ou a sua aprovação pela Corte, nenhuma das partes poderá formular novas demandas fora dos limites da Ata de Missão, a não ser que seja autorizada a fazê-lo pelo tribunal arbitral, o qual deverá considerar a natureza de tais demandas, o estado atual da arbitragem e quaisquer outras circunstâncias relevantes».

arbitraje, teniendo en cuenta que el régimen de preclusión en el arbitraje no suele aplicarse tan rigurosamente como en los procedimientos ante los tribunales estatales,<sup>114</sup> de ahí que se hable, entre otras razones, de flexibilidad procesal.

Supongamos que el demandante, por el motivo que fuera, no planteó la inconstitucionalidad de una ley aplicable a la resolución del litigio al solicitar el inicio o firmar el convenio arbitral. Sin embargo, en un determinado momento de la fase postulatoria o probatoria del procedimiento arbitral, el demandante se entera de que el Tribunal Supremo Federal declaró, en control abstracto, la inconstitucionalidad de una disposición legal que, en su opinión, invalidaría la demanda reconventional del demandado. Consciente de esta decisión, el demandante alega la inconstitucionalidad de dicha disposición, al solicitar a los árbitros que apliquen la decisión del Tribunal Supremo en el mismo sentido, en particular, debido a su efecto vinculante y *erga omnes*, de conformidad con el artículo 102, párrafo 2, de la Constitución Federal.

En esta hipotética situación, el demandante tiene derecho a plantear la cuestión constitucional a los árbitros, sobre todo cuando la inconstitucionalidad que le interesa fue decretada tras la celebración del convenio arbitral. Aunque no fuera posterior, los árbitros deben aceptar la pretensión de inconstitucionalidad, que es cognoscible por ellos de oficio, siempre que la cuestión constitucional tenga pertinencia temática con el objeto de procedimiento de arbitraje y que la parte contraria, en tesis desfavorecidos por la inconstitucionalidad, podría ejercer plenamente el derecho a contradecir el nuevo argumento.<sup>115</sup>

Dado su carácter imperativo y teniendo en cuenta la flexibilidad del procedimiento de arbitraje, la inconstitucionalidad deberá ser apreciada y decidida en cualquier momento hasta que finalice la jurisdicción arbitral.<sup>116</sup> La pertinencia de la pretensión de inconstitucionalidad será considerada caso por caso por los árbitros, con atención al orden constitucional vigente, que tiene en cuenta los pronunciamientos del Tribunal Supremo Federal sobre la Constitución.

En última instancia, es esencial que se garantice el principio de contradicción, de modo que el otro litigante tenga la oportunidad de pronunciarse sobre la alegación de inconstitucionalidad, incluso si la inconstitucionalidad se alega después del cierre de la fase probatoria.<sup>117</sup>

La flexibilidad del procedimiento arbitral hace menos complejo verificar el momento procesal adecuado para plantear la inconstitucionalidad, al eliminar la rigidez del proceso estatal en cuanto al régimen de preclusiones. Nada impide que el debate sobre la cuestión constitucional se suscite en el curso del arbitraje, tratando los árbitros de realizar un control difuso de constitucionalidad, si bien se anima a que la inconstitucionalidad sea alegada en la primera oportunidad que tenga el interesado. Y es que «não há como se pensar em preclusão em relação à inconstitucionalidade da lei».<sup>118</sup>

<sup>114</sup> DE ALBUQUERQUE PARENTE, Eduardo. «A estabilização da demanda arbitral». En: BAPTISTA, Luiz Olavo, Debora VISCONTE, Mariana CATTEL GOMES ALVES (coords.) *Estudo de direito: uma homenagem ao Prof. Dr. José Carlos de Magalhães*. São Paulo: Atelier Jurídico, 2018, p. 848.

<sup>115</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 146.

<sup>116</sup> En este trabajo se argumenta que la inconstitucionalidad puede ser alegada por las partes incluso después de dictado el laudo, en una solicitud de aclaración o incluso mediante una petición separada.

<sup>117</sup> «Todavia, as partes não podem criar ou adaptar regras, relacionadas com a estabilização da demanda, de forma a prejudicar ou dificultar a completa e correta aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa no caso concreto. No processo civil estatal as rígidas regras da estabilização da demanda têm como um de seus objetivos proteger o contraditório, pois se fosse permitido alterar o pedido a qualquer tempo, o contraditório poderia ser afetado. Essa ideia também se aplica na arbitragem: qualquer mitigação da estabilização da demanda deve ser feita sem prejuízo da completa e correta aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa». (MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tesis (Doctorado en Proceso Civil). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2010, p. 286).

<sup>118</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, Luiz Guilherme MARINONI y Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019, 8.<sup>a</sup> ed., p. 1.064.

## 2. CONOCIMIENTO DE OFICIO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

La inconstitucionalidad en el procedimiento arbitral también puede ser alegada por los árbitros, en la medida en que se trata, como ya se ha anticipado, de una cuestión cognoscible de oficio, prescindiendo de la provocación de las partes en este sentido. Los árbitros pueden declarar incidentalmente la inconstitucionalidad sin que las partes lo hayan solicitado.

El conocimiento de oficio de la inconstitucionalidad por parte de los árbitros no dispensa de analizar el aforismo *iura novit curia*,<sup>119</sup> que propugna con carácter general que el juez no se limita a la fundamentación jurídica dada a los hechos por las partes, a la norma invocada como aplicable al caso concreto, ni al *nomen iuris* atribuido a la pretensión, irrelevante en la práctica.<sup>120</sup> El juez está vinculado a los hechos alegados y a las peticiones formuladas por los litigantes, pero es libre de darles la configuración legal y jurídica que entienda adecuada.<sup>121</sup>

El *iura novit curia* tiene su génesis en la idea, ya superada, como se ha dicho, de que el monopolio de la aplicación del derecho sería del Poder Judicial.<sup>122</sup> Sin embargo, no hay obstáculo para la incidencia de este aforismo en el ámbito del arbitraje comercial, como ya decidió el Tribunal Superior,<sup>123</sup> basta

<sup>119</sup> El significado gramatical del aforismo puede resumirse así: «Em sua formulação latina, analisada sintaticamente, tem-se que *curia* desempenha a função de sujeito, correspondendo atualmente no vernáculo a juiz, juízo, tribunal ou, genericamente, órgão judicial. *Novit* é o núcleo do predicado verbal, que constitui a terceira pessoa do singular do pretérito perfeito de *noscere*, *noscere*, *novit*, *natum*, e, vertido ao português no infinitivo impessoal, significa conhecer/saber. *Iura*, por sua vez, traduz-se mais exatamente por direitos, sendo o plural do termo *ius*, direito, e ocupa na oração a posição de núcleo do objeto direto». (DE GOES LIMA, Thadeu Augimeri. «*Iura novit curia* no processo civil brasileiro: dos primórdios ao novo CPC». *Revista de Processo*, vol. 251, ene. 2016, pp. 127-158. Versión electrónica, p. 2, cursiva en el original).

<sup>120</sup> José Rogério Cruz e Tucci, en una obra clásica, destaca que, aunque «o *nomen iuris* e/ou o fundamento legal porventura invocado pelo autor possa influenciar o raciocínio do julgador, nada obsta, dada a incidência do aforismo *iura novit curia*, a que este requalifique juridicamente a demanda, emoldurando-a em outro dispositivo de lei». Y es que, como recuerda el reputado jurista, «goza o juiz de ampla liberdade na aplicação do direito, que observada a moldura fática estabelecida pelas partes no processo». (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, pp. 132-133, cursiva en el original).

<sup>121</sup> Aunque al hablar de la perspectiva de un juez, Mário Guimarães escribe, con precisión, que la «primeiro trabalho do julgador será procurar a lei que haja de regular a espécie». Y sigue afirmando que: «Não encontrará o magistrado, como em relação aos fatos, entraves limitadores à sua atividade, pois que nas investigações de ordem jurídica não se levantam barreiras. O preceito legal, ajustável ao caso, poderá ser trazido sem que o tenham indicado os litigantes. *Da mihi factum, dabo tibi ius*». (GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 326, cursiva en el original).

<sup>122</sup> Fritz Baur afirma que *iura novit curia* se interpretó inmediatamente en el sentido de que la aplicación de la ley sería monopolio del juez, y que las partes quedarían dispensadas de la subsunción de los hechos a las normas jurídicas, ya que éstas serían de conocimiento obligatorio del juez (BAUR, Fritz. «Da importância da dicção “iura novit curia”». *Revista de Processo*, 1976, vol. 3, pp. 169-177. Versión electrónica, pp. 4-8).

<sup>123</sup> «RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL. VÍCIOS FORMAIS. AUSÊNCIA. 1. Demanda na qual se questiona a validade de sentença arbitral por ofensa aos princípios da motivação e do contraditório, além de outros vícios formais. 2. Na ação de invalidação de sentença arbitral, o controle judicial, exercido somente após a sua prolação, está circunscrito a aspectos de ordem formal, a exemplo dos vícios previamente elencados pelo legislador (art. 32 da Lei 9.307/1996), em especial aqueles que dizem respeito às garantias constitucionais aplicáveis a todos os processos, que não podem ser afastados pela vontade das partes. 3. Hipótese em que a sentença arbitral não está fundada em meras suposições, mas, sobretudo, na ausência de cláusula penal para a hipótese de resolução antecipada do contrato e na vedação ao enriquecimento sem causa. 4. Aplica-se à arbitragem, à semelhança do processo judicial, a teoria da substanciação, segundo a qual apenas os fatos vinculam o julgador, que poderá atribuir-lhes a qualificação jurídica que entender adequada ao acolhimento ou à rejeição do pedido, não se podendo afirmar, no caso em exame, que a solução apresentada desbordou das postulações inicialmente propostas. 5. No procedimento arbitral, é plenamente admitida a prorrogação dos prazos legalmente previstos por livre disposição entre as partes e respectivos árbitros, sobretudo em virtude da maior flexibilidade desse meio alternativo de solução de conflitos, no qual deve prevalecer, em regra, a autonomia da vontade. 6. Se a anulação da sentença proferida fora do prazo está condicionada à prévia notificação do árbitro ou do presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe um prazo suplementar de dez dias (art. 32, VII, da Lei de Arbitragem), não há motivo razoável para não aplicar a mesma disciplina ao pedido de esclarecimentos, que, em última análise, visa tão somente aclarar eventuais dúvidas, omissões, obscuridades ou contradições, ou corrigir possíveis erros materiais. 7. Sentença arbitral pautada em princípios basilares do direito civil, não importando se houve ou não referência expressa aos dispositivos legais que lhes conferem sustentação, não havendo como afirmar que houve julgamento por equidade, em desrespeito às condições estabelecidas no compromisso arbitral. 8. O mero inconformismo quanto ao conteúdo meritório da sentença arbitral não pode ser apreciado pelo Poder Judiciário. Precedentes. 9. Recursos especiais não providos». Trecho da fundamentação do voto do relator: «Daí não resulta nenhuma restrição quanto aos fundamentos jurídicos que serão adotados na decisão, aplicando-se à arbitragem, à semelhança do processo judicial, a teoria da substanciação, segundo a qual apenas os fatos vinculam o julgador, que poderá lhes atribuir a qualificação jurídica que entender adequada ao acolhimento ou à rejeição do pedido [...]». (STJ, REsp 1.636.102-SP, rel. min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado el 13/6/2017, DJe 1/8/2017).

con una lectura adecuada del aforismo que tenga en cuenta las peculiaridades de la jurisdicción arbitral.<sup>124</sup>

El *iura novit curia* aparece de forma peculiar en el arbitraje, ya que los árbitros están vinculados a la ley elegida por las partes para resolver el conflicto. No en vano, deben dictar resoluciones de acuerdo con lo definido en el convenio arbitral.<sup>125</sup> Si las partes establecen que el arbitraje se resolverá de conformidad con las normas del ordenamiento jurídico brasileño, se aplicará el *iura novit curia* al procedimiento arbitral (*iura novit arbiter*, en la expresión creada por Gabrielle Kaufmann-Kohler).<sup>126</sup> Es la «consecuencia lógica de la elección de la ley aplicable por las partes y de la carga asumida por el tribunal arbitral».<sup>127</sup>

El *iura novit curia* es observado por los árbitros en razón de su vinculación al ordenamiento jurídico elegido en el convenio arbitral, por lo que conocer y aplicar la ley elegida por las partes es una verdadera carga.<sup>128</sup> Se traduce en la obligación asumida por los árbitros ante las partes de «proferir sentença fundada em um dado sistema jurídico, pois as partes têm a legítima expectativa de que o tribunal arbitral proferirá uma sentença formal e materialmente *correta*, observados os limites e as condições estabelecidos na convenção de arbitragem».<sup>129</sup> Con la ley brasileña que rige el arbitraje, «a conclusão inexorável é que há, sim, um *iura novit arbiter*, simplesmente porque o árbitro tem o dever de proferir sentença de acordo com a convenção de arbitragem».<sup>130</sup>

Los árbitros deben aplicar sin reservas la ley brasileña al caso concreto cuando las partes así lo establezcan, a menos que haya habido una salvedad en el acuerdo de arbitraje, como en el caso del juicio por equidad.<sup>131</sup> Sin excepciones, es deber de los árbitros «fazer valer a norma, independentemente de as partes terem mencionado o fundamento legal que, na convicção do árbitro, incida no caso concreto».<sup>132</sup> La aplicación irrestricta de la ley aquí mencionada abarca el control difuso de constitucionalidad por parte de los árbitros.

Una de las salvedades mencionadas puede ser la opción de las partes de apartarse del *iura novit curia*. Es posible, aunque no aconsejable, ya que restringe el poder de decisión del juez, impedir que los árbitros, en el convenio arbitral o en el mandato, utilicen el *iura novit curia* para dictar decisiones (incluidos los laudos parciales y finales) en el curso del procedimiento arbitral. Si las partes prohíben expresamente el *iura novit curia*, los árbitros deben juzgar la controversia con base en la calificación legal y jurídica de los hechos realizada por las partes, al respetar la autonomía de la voluntad de las

<sup>124</sup> En este sentido, aunque se refiere al arbitraje internacional, la siguiente aclaración sobre la improcedencia de trasladar automáticamente al arbitraje la aplicación del *iura novit curia* en los procedimientos judiciales es la siguiente: «Não se revela, de fato, minimamente adequado transpor à Arbitragem Internacional a aplicação do princípio *iura novit curia* nas cortes dos Estados nacionais. Já se cunhou, inclusive, a expressão *iura novit arbiter* como uma variação a designar especificamente a aplicação da presunção de conhecimento da lei pelo árbitro (*arbiter*), distinguindo-a da sua forma original que denota a presunção de conhecimento pelo juiz (*curia*)». (BUONOCORE BARALDI, Eliana. «*iura novit curia em arbitragem internacional*. Dissertação (Mestrado em Direito)». São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2016, p. 32, cursiva en el original).

<sup>125</sup> «Quanto mais específicos forem os limites da convenção de arbitragem com relação ao julgamento do mérito, *menos liberdade* o árbitro terá para aplicar o direito». (ALVES, Rafael Francisco. *Arbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 120, cursiva en el original).

<sup>126</sup> «*Iura novit arbiter* ou, dans les termes du Tribunal fédéral, le principe *iura novit curia*, qui est applicable le droit d'office». (KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. «*iura novit arbiter*—Est-ce bien raisonnable?». En: LACHAT, A. Héritier (ed.). *De lege ferenda—Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsh*. Ginebra, 2004, p. 71).

<sup>127</sup> RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. «*iura novit curia nas arbitragens*». *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2016, n.º 50. En el mismo sentido, para la aplicación del *iura novit curia* a los procedimientos de arbitraje, véase: MONTEIRO DE BARROS, Vera Cecília. «Anulação de sentença arbitral: vinculação de parte não signatária à cláusula compromissória e aplicação do princípio *iura novit curia* à arbitragem. Comentários à sentença 583.00.2010.214068-4 da 8.ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2012, vol. 32, pp. 309-328.

<sup>128</sup> FICHTNER, José Antonio. «A atualidade do princípio *iura novit curia* no CPC e na arbitragem». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2017, vol. 53, pp. 249-262. Versión electrónica, p. 6.

<sup>129</sup> RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. «*iura novit curia nas arbitragens*». *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2016, n.º 50, p. 66, cursiva en el original.

<sup>130</sup> FICHTNER, José Antonio. «A atualidade do princípio *iura novit curia* no CPC e na arbitragem». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2017, vol. 53, pp. 249-262. Versión electrónica, p. 6, cursiva en el original.

<sup>131</sup> FAVERO VAUGHN, Gustavo. «Reflexões a propósito da aplicação do aforismo *iura novit curia* ao processo arbitral». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2020, vol. 67, p. 169.

<sup>132</sup> DE CASTRO NEVES, José Roberto. «O árbitro conhece o direito-*iura novit curia*». *Revista Direito ao Ponto*, 2011. Disponible en: <http://direitaooponto.com.br/o-arbitro-conhece-o-direito-iura-novit-curia/>. Fecha de consulta: 21/7/2020.

partes —aunque se entienda que la argumentación es errónea—, bajo la pena de decidir al margen del convenio arbitral, incurriendo en un vicio susceptible de nulidad.<sup>133</sup>

Aunque las partes acuerden que el *iura novit curia* no puede ser invocado por los árbitros como motivo para decidir, este acuerdo no tiene ningún efecto sobre la declaración incidental de inconstitucionalidad en el arbitraje. El deber de los árbitros de interpretar y aplicar la Constitución Federal al caso concreto no puede sustraerse por una simple manifestación de su voluntad. Se trata de un corolario de los principios de fuerza normativa y supremacía de las normas constitucionales, que son irrevocables y no están sujetas a transacción ni siquiera en el ámbito privado.

Por otro lado, las partes pueden estipular expresamente que los árbitros puedan invocar el *iura novit curia* al aplicar la ley, siempre que haya lugar a ello, teniendo en cuenta los detalles de cada causa.<sup>134</sup> Si las partes atribuyen a los hechos las calificaciones legales y/o jurídicas que los árbitros consideren correctas y necesarias para dirimir el conflicto, incluida aquí la pretensión de inconstitucionalidad, a reconocer vía control difuso, no cabe hablar de *iura novit curia*. En tal caso, la no aplicación de este aforismo por los árbitros no puede servir de base para cuestionar el laudo arbitral en el Poder Judicial.<sup>135</sup>

El *iura novit curia* es incluso aplicable al arbitraje, no estando los árbitros, *a priori*, limitados a la calificación jurídica de los hechos atribuidos por las partes, a las normas por ellas planteadas (calificación jurídica), ni a la denominación dada a la pretensión procesal.<sup>136</sup> Los árbitros tienen amplia libertad para aplicar las normas jurídicas elegidas por las partes y, sin alterar los hechos expuestos, decir qué motivación legal y jurídica se ajusta mejor a un determinado conflicto, pudiendo, incluso, corregir defectos argumentativos.<sup>137</sup>

La declaración incidental de inconstitucionalidad en el arbitraje, en ausencia de ninguna alegación al respecto, no es más que una *recalificación jurídica* de los hechos expuestos por el demandado puede, por ejemplo, decir que una determinada disposición de la ley citada por el demandante para apoyar sus argumentos no debe aplicarse al caso que nos ocupa porque los hechos del caso no se subsumen en ella. El demandado puede, por ejemplo, decir que una determinada disposición de la ley citada por el demandante para apoyar sus argumentos no debe aplicarse al caso en cuestión porque los hechos del asunto no se subsumen en ella. Aunque los árbitros no han dicho que la disposición sea inaplicable por ser inconstitucional, pueden llegar a esta conclusión por iniciativa propia, recalificando jurídicamente los argumentos de las partes para decidir que es inconstitucional.

Sin embargo, la actuación de *oficio* de los árbitros tiene límites, y es descartable que la declaración de inconstitucionalidad sorprenda a las partes. El principio de contradicción se presenta como una barrera a la decisión de *oficio* de los árbitros,<sup>138</sup> incluso, en caso de flagrante inconstitucionalidad.

<sup>133</sup> «[...] se as partes estabeleceram *limites claros e expressos* à aplicação do direito na convenção de arbitragem, o árbitro deve evitar a aplicação *ex officio* de novos fundamentos jurídicos se estes ultrapassarem os *limites* estabelecidos pelas partes, sob pena de possibilitar a anulação da sentença arbitral pelo artigo 32, inciso IV, da lei 9.307/96». (ALVES, Rafael Francisco. *Arbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 124, cursiva en el original).

<sup>134</sup> Bajo el prisma adversarial, también «poderão as partes dispor, na convenção ou no termo de arbitragem que os árbitros terão que consultar-lhes antes de proferir sentença com base em fundamento cujas partes não tiveram a oportunidade de se manifestar». (VISCENTE, Debora. «*iura novit curia* e o contraditório». En: CARMONA, Carlos Alberto, Selma FERREIRA LEMES y Pedro BATISTA MARTINS (coords.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrólio R. Mamiç*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 56).

<sup>135</sup> FAVERO VAUGHN, Gustavo. «Reflexões a propósito da aplicação do aforismo *iura novit curia* ao processo arbitral». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2020, vol. 67, p. 170.

<sup>136</sup> FAVERO VAUGHN, Gustavo. «Reflexões a propósito da aplicação do aforismo *iura novit curia* ao processo arbitral». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2020, vol. 67, p. 170.

<sup>137</sup> «Conclui-se, destarte, que, baseando-se no mesmo cenário fático, nada obsta a que o árbitro altere o *fundamento legal*, o dispositivo da lei (de resto, *irrelevante*), ou ainda o *fundamento jurídico*, vale dizer, a tipificação jurígena que advém do fato ou dos fatos narrados. A qualificação da demanda, emergente do conjunto fático-jurídico constante dos autos, pode perfeitamente ser alterada pelo árbitro. Trata-se de 'requalificação jurídica' de natureza oficiosa. [...] Será suficiente conceber por 'requalificação jurídica' o poder-dever que todo o julgador tem de emprestar aos fatos narradas definição, categoria ou tipificação da relação jurídica diversa daquela eleita pelo autor e pelo réu, na fase postulatória da demanda». (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Questões polémicas do processo arbitral*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 33, cursiva en el original).

<sup>138</sup> ALVES, Rafael Francisco. «*Iura novit arbiter* under Brazilian law». En: FERRARI, Franco y Giuditta CORDERO-MOSS (orgs.). «*Iura novit curia* in international arbitration». Huntington NY: Juris Publishing, 2018, p. 62.

Para garantizar un proceso contradictorio completo, los árbitros deben dar a las partes la oportunidad de participar en el procedimiento. Como dice Cândido Rangel Dinamarco, «participar pedito, participar provando, participar alegando».<sup>139</sup> En la cara moderna del adversario,<sup>140</sup> los árbitros no pueden tomar decisiones «acerca de pontos fundamentais do litígio sem provocar debate a respeito, pois somente assim será assegurada às partes a efetiva possibilidade de influir no resultado do julgamento».<sup>141</sup>

Esto significa que el *iura novit curia* no autoriza a los árbitros a ejercer de oficio un control difuso de constitucionalidad, sin que las partes hayan tenido la oportunidad de manifestarse sobre tales motivos.<sup>142</sup> Las partes deben participar plenamente en el acto decisorio, con amplias posibilidades de influir en el juicio de los árbitros con argumentos a favor o en contra de la declaración de inconstitucionalidad.<sup>143</sup>

Es imperativo que el arbitraje respete también el principio de la prohibición de decisiones sorpresivas; no por transposición automática de los artículos 9 y 10 del Código de Procedimiento Civil a los procedimientos arbitrales,<sup>144</sup> sino porque el principio de la prohibición de decisiones sorpresivas se inserta en el propio contexto del arbitraje a partir de una lectura actual y sistemática, con el texto constitucional, del artículo 21, párrafo 2, de la Ley 9.307/1996. El principio en cuestión es una consecuencia inevitable del principio de contradicción y del modelo constitucional de procedimiento.<sup>145</sup>

Carlos Alberto Carmona corrobora esta afirmación hace al menos una década, cuando tuvo ocasión de escribir, muy acertadamente, que el principio de contradicción exige que el árbitro «no adopte decisiones sobre puntos fundamentales de la controversia sin provocar un debate al respecto, pues solo así se asegurará a las partes la posibilidad efectiva de influir en el resultado del fallo».<sup>146</sup>

<sup>139</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 26, cursiva en el original.

<sup>140</sup> Para «característica moderna» del principio de contradicción, citar la siguiente lección doctrinal: «É lógico que o contraditório, no processo civil do Estado Constitucional, tem significado completamente diverso daquele que lhe era atribuído à época do direito liberal. Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. *Significa participar do processo e influir nos seus rumos*. Isso é: direito de influência. Com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório». (MARINONI, Luiz Guilherme; SÉRGIO CRUZ ARENHART; DANIEL MITIDIERO. *Curso de processo civil* – teoria do processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, 3.ª ed., vol. 1, p. 508, cursiva en el original). Las referencias al «juiz» pueden sustituirse, sin perjuicio del sentido del extracto, por «árbitro», de modo que la sentencia arbitral también integra al adversario en el derecho procesal civil contemporáneo.

<sup>141</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2006, 2.ª ed., p. 253. En el mismo sentido: DE CARVALHO APRIGLIANO, Ricardo. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 72.

<sup>142</sup> «É indispensável, em outras palavras, estabelecer uma sadia convivência entre o princípio *iura novit curia* e a ética do processo, representada nessa situação pela efetividade do contraditório». (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 45-46, cursiva en el original). En un sentido similar: «[...] não se pode negar que as partes têm o direito de se pronunciar sobre a valoração jurídica da causa previamente à decisão, tendo o juiz o dever de submeter ao diálogo a sua visão jurídica das questões de fato postas em juízo, com vista a evitar decisões-surpresa». (DAL MOLIN DOMIT, Otávio Augusto. *«Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro»*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 223). Aún en relación con el respeto al proceso contradictorio ver: PEIXINHO GOMES CORRÊA, Fábio. «Limites objetivos da demanda na arbitragem». *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2013, vol. x, n.º 40, p. 59; SCAMPINI SIQUEIRA RANGEL, Marco Aurélio. «*Iura novit curia* e a vedação à decisão-surpresa». *Revista de Processo*, 2019, vol. 288, pp. 155-178.

<sup>143</sup> ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, 2.ª ed., p. 1.039.

<sup>144</sup> Sobre los artículos 9 y 10 del Código de Procedimiento Civil, vale la pena citar el siguiente pasaje de una obra reciente de José Rogério Cruz e Tucci: «Fácil é verificar que estas regras estão definitivamente afinadas com a moderna ótica da ciência processual, que não admite, em hipótese alguma, a surpresa aos litigantes, decorrente de decisão escudada em ponto jurídico fundamental por eles não alvitrado. O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de em qual direção o direito subjetivo encontra-se vulnerável, aproveitando apenas os fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição. Dessa forma, é evidente que os litigantes terão oportunidade de defender o seu direito e, sobretudo, influir na decisão judicial. É certo que a liberdade outorgada ao tribunal, no que se refere à eleição da norma a ser aplicada, independentemente de ser ela invocada pelos litigantes, decorrente do aforismo *iura novit curia*, não dispensa a prévia manifestação das partes acerca da questão alvitrada pelo juiz, em inafastável homenagem ao princípio do contraditório. Assevere-se, com prestigiosa doutrina, que este cuidado do legislador não concerne apenas ao interesse das partes, mas se encontra também voltado ao próprio interesse público, na medida em que a qualquer surpresa, qualquer ocorrência inesperada, torna-se mais distante a credibilidade da sociedade na administração da justiça». (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Processo civil e ideologia: subsídios estratégicos ao advogado do contencioso*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 74-75).

<sup>145</sup> SESTIER, Peter Christian. *Comentários à Lei de Arbitragem e legislação extravagante*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 238.

<sup>146</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2007, 2.ª ed., p. 253.

Es inconcebible, por tanto, que las partes se vean sorprendidas por un laudo arbitral que proclama la inconstitucionalidad de una ley, sin que hayan tenido la oportunidad de argumentar sobre esta cuestión en el curso del procedimiento.<sup>147</sup> Se utiliza el aforismo *iura novit curia*, «l'arbitre donne aux parties l'occasion de s'exprimer».<sup>148</sup>

### 3. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LOS ÁRBITROS: ¿DEBER O PODER?

#### 3.1. Posición doctrinal

Ante una demanda de inconstitucionalidad en el proceso arbitral, ¿cómo pueden o deben actuar los árbitros? ¿El juicio de constitucionalidad es una obligación o una opción de los árbitros? La doctrina ya ha abordado estas cuestiones, tanto en Brasil como en el extranjero.

Eduardo Parente sostiene que los árbitros, actuando como jueces de hecho y de derecho, deben valorar la alegación de vicio de inconstitucionalidad, y el examen al respecto se centrará en la concurrencia o no, por vía incidental, del vicio en relación con el derecho material atacado.<sup>149</sup> Al ejercer el control difuso de constitucionalidad, señala que los árbitros se comportan como cualquier otro juez ante una demanda de inconstitucionalidad. Eduardo Parente hace entonces una importante observación en el sentido de que la «atividade de verificação da ordem constitucional de maneira difusa é inerente à atividade jurisdicional, da qual o árbitro não escapa».<sup>150</sup>

José Rogério Cruz e Tucci, al abordar los poderes de los árbitros, afirma que en Brasil, «o tribunal arbitral, a exemplo do juiz estatal, nos termos do art. 948 do Código de Processo Civil, tem a facultade de exercer o controle difuso de constitucionalidade da norma legal invocada por uma das partes».<sup>151</sup>

Nelson Nery Junior y Rosa Maria Nery reconocen la posibilidad de que los árbitros ejerzan un control difuso de la constitucionalidad de las leyes, siendo la decisión válida solo para el caso concreto. En sus comentarios a la Constitución Federal, afirman que, «se a arbitragem se desenvolve sob a égide de um sistema constitucional que admite o controle difuso de constitucionalidade, seria contraditório afirmar que a arbitragem deve desenvolver-se em atendimento ao devido processo legal, e, ao mesmo tempo, impedir que o árbitro aplique diretamente a Constituição Federal, que é a lei fundamental de todo o ordenamento nacional».<sup>152</sup>

El deber del árbitro de ejercer el control difuso de constitucionalidad cuando la ocasión durante el arbitraje así lo autorice también es defendido por Georges Abboud. Para él, si no se permitiera al árbitro declarar la inconstitucionalidad, se produciría una situación teratológica en la que el ordenamiento jurídico brasileño admitiría la formación de cosa juzgada sobre una decisión contraria a la Constitución, que podría ser objeto de cumplimiento de una sentencia ante el Poder Judicial.<sup>153</sup> Además, señala que «perante qualquer situação de inconstitucionalidade, o árbitro deveria pronunciar-se

<sup>147</sup> La regla de no sorpresa «encerra, ademais, verdadeiro *dever de consulta* do árbitro, impondo ao tribunal, em regime de franca cooperação, conceder às partes a oportunidade de manifestação sobre qualquer questão de fato ou de direito. O árbitro, antes de se pronunciar sobre determinada matéria não debatida, ainda que seja de conhecimento oficioso (decadência, por exemplo), deve abrir prazo para discussão pelas partes, evitando, desse modo, seja proferida decisão calçada em “fundamento-surpresa”, circunstância que acarreta a nulidade da sentença arbitral por violação à garantia do contraditório (art. 32, VIII, c.c. art. 21, § 2º, da Lei 9.307/96)”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Questões polêmicas do processo arbitral*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 35, cursiva en el original).

<sup>148</sup> KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. «*Iura novit arbiter* -Est-ce bien raisonnable». En HERITIER LACHAT, Anne. (ed.). *De lege ferenda. Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch*. Ginebra, 2004, p. 78.

<sup>149</sup> DE ALBUQUERQUE PARENTE, Eduardo. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 281.

<sup>150</sup> DE ALBUQUERQUE PARENTE, Eduardo. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 281.

<sup>151</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Questões polêmicas do processo arbitral*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 25-26.

<sup>152</sup> NERY, Nelson Jr. y ROSA MARIA DE ANDRADE NERY. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, 5.ª ed., p. 638.

<sup>153</sup> ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, 2.ª ed., p. 1.038.

de ofício sobre a questão, tendo em vista a natureza de ordem pública que as questões constitucionais possuem».<sup>154</sup>

En un texto específico sobre el control de constitucionalidad en el arbitraje, Gustavo Fernandes afirma que, debido a la isonomía de poderes con el juez, «no solo puede, sino que el árbitro *debe* decidir, sin limitaciones de ninguna naturaleza, sobre el derecho aplicable al caso», so pena de invalidar el laudo arbitral en cuanto a la motivación adecuada en caso de que no se afronte el argumento constitucional.<sup>155</sup>

Al ejercer la jurisdicción en su plenitud, Gustavo Fernandes afirma que es verdadero deber del árbitro «decidir qual norma incide sobre a relação jurídica controvertida, o que, logicamente, inclui o dever de afastar a norma repugnante à Constituição».<sup>156</sup> No parece comprensible, en este sentido, excluir la competencia de los árbitros para juzgar el conflicto jerárquico de normas cuando pueden juzgar, por supuesto según la voluntad de las partes, por equidad, conforme a los usos, costumbres y reglas del comercio internacional.

De hecho, los árbitros no pueden pretender aplicar la ley al caso concreto de forma selectiva, negándose a juzgar la cuestión constitucional por pura liberalidad.<sup>157</sup> Aunque resulte obvio, conviene destacar la observación de Gustavo Fernandes en el sentido de que el conflicto jerárquico entre norma infraconstitucional y norma constitucional se resuelve siempre y necesariamente con respeto a la Constitución.<sup>158</sup>

También enseña que, como la Constitución Federal es la ley suprema, los árbitros deben decidir el incidente de inconstitucionalidad, aunque sea *fuera de oficio*. Sin embargo, sostiene que los árbitros no pueden interpretar la cuestión constitucional a su antojo, siendo riguroso que contemplen el entendimiento dominante de la jurisprudencia y la doctrina, «não lhes sendo lícito substituir o entendimento jurisprudencial consolidado, obsequioso da segurança jurídica, pelas suas próprias concepções individuais acerca da constitucionalidade da norma».<sup>159</sup>

Rodrigo Garcia da Fonseca señala una serie de dificultades a la hora de extraer conclusiones sobre la conveniencia o no de admitir el control difuso en el arbitraje. Reconoce que, dado que los árbitros están obligados a aplicar la ley, no podría adoptarse otra solución que declarar la inconstitucionalidad de una ley si, desde la perspectiva de los árbitros, contraviene una norma constitucional.<sup>160</sup> La misma solución no podría tomarse, según el autor citado, si la cuestión de constitucionalidad se refiere a derechos inalienables, hipótesis que podría atraer la inteligencia del artículo 25 de la Ley de

<sup>154</sup> ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, 2.ª ed., p. 1.037.

<sup>155</sup> FERNANDES DE ANDRADE, Gustavo. «Arbitraje y control de constitucionalidad: algunas reflexiones». En: CARMONA, Carlos Alberto, SELMA FERREIRA LEMES y PEDRO BATISTA MARTINS (coords.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrólio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 755, cursiva en el original.

<sup>156</sup> FERNANDES DE ANDRADE, Gustavo. «Arbitraje y control de constitucionalidad: algunas reflexiones». En: CARMONA, Carlos Alberto, SELMA FERREIRA LEMES y PEDRO BATISTA MARTINS (coords.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrólio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 755.

<sup>157</sup> FERNANDES DE ANDRADE, Gustavo. «Arbitraje y control de constitucionalidad: algunas reflexiones». En: CARMONA, Carlos Alberto, SELMA FERREIRA LEMES y PEDRO BATISTA MARTINS (coords.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrólio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 756.

<sup>158</sup> FERNANDES DE ANDRADE, Gustavo. «Arbitraje y control de constitucionalidad: algunas reflexiones». En: CARMONA, Carlos Alberto, SELMA FERREIRA LEMES y PEDRO BATISTA MARTINS (coords.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrólio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 759.

<sup>159</sup> FERNANDES DE ANDRADE, Gustavo. «Arbitraje y control de constitucionalidad: algunas reflexiones». En: CARMONA, Carlos Alberto, SELMA FERREIRA LEMES y PEDRO BATISTA MARTINS (coords.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrólio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 759.

<sup>160</sup> GARCIA DA FONSECA, Rodrigo. «Reflexiones sobre el laudo arbitral». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2005, vol. 6, pp. 40-74. Versión electrónica, p. 9.

Arbitraje,<sup>161</sup> que fue derogada por la Ley 13.129/2015, responsable de reformas puntuales en la Ley 9.307/1996.<sup>162</sup>

Marcelo Bonizzi y Olavo Ferreira dejan claro que los árbitros no solo pueden, sino que deben declarar la inconstitucionalidad de las leyes, como haría un juez de pleno derecho en el control difuso.<sup>163</sup> Consideran que sería una afrenta al Estado democrático de derecho y un perjuicio manifiesto a la seguridad jurídica admitir que la supremacía de la Constitución Federal pudiera ser desconocida por quienes tienen la potestad de aplicar la ley, como los árbitros.<sup>164</sup>

El control difuso de constitucionalidad en el arbitraje es concebido por Rômulo Mariani, para quienes esto ocurriría de forma análoga al control difuso que ejercerían en el ámbito judicial los jueces. La revisión constitucional por parte de los árbitros no sería más que la aplicación del “Direito ao caso, o que inclui a sua visão da Constituição Federal, mesmo que em sentido contrário ao das Cortes estaduais, incluindo o Supremo Tribunal Federal”.<sup>165</sup>

Al haber jurisdicción, ser juez de hecho y de derecho, como dice el artículo 18 de la Ley de Arbitraje, y poder decidir conforme a la ley o a la equidad, José Eduardo Carreira Alvim concuerda que los árbitros «podem afastar a aplicação de lei eventualmente inconstitucional, fazendo-o através do controle difuso, exercitando um poder que detém todo aquele que exerce poder jurisdiccional, independentemente de ser um juízo estatal ou juízo arbitral». <sup>166</sup> Al actuar de este modo, el árbitro no haría otra cosa que «negar eficácia (ou deixar de aplicar) à lei tida por inconstitucional, com o que aplica preceito de mais elevada hierarquia, como são os contidos na Constituição». <sup>167</sup>

En una monografía sobre el control de constitucionalidad en el arbitraje a la luz del derecho extranjero, Fernando Maluf afirma claramente que no existen obstáculos para que los árbitros realicen dicho control. Comienza su argumentación recordando algo muy importante, pero que a veces se olvida: el fundamento de la jurisdicción arbitral es la Constitución Federal, de modo que los árbitros solo pueden decidir una determinada controversia porque, directa o indirectamente, una Constitución así lo admite.<sup>168</sup> Esto quiere decir, en sus palabras, que «em toda e qualquer democracia contemporânea que admita a arbitragem como mecanismo de solução de disputas, o fundamento de validade da jurisdição arbitral é a própria Constituição», siendo tal conclusión el resultado práctico de la aplicación de un conjunto de factores, a saber, los principios de fuerza normativa, supremacía y rigidez constitucional.<sup>169</sup>

<sup>161</sup> Aunque derogado, el artículo 25 de la Ley de Arbitraje se transcribe a continuación para una mejor comprensión del texto citado: «Art. 25. 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.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem».

<sup>162</sup> En la medida en que el artículo 25 ya no subsiste en el ordenamiento jurídico brasileño, entendemos que la discusión sobre su aplicación a efectos de control de constitucionalidad en el arbitraje es actualmente obsoleta. Sin embargo, en la época en que se escribió el texto en cuestión, el tema era candente, de ahí la importancia del planteamiento realizado por Rodrigo García da Fonseca hace más de una década.

<sup>163</sup> MAGALHÃES BONIZZIZI, Marcelo José y Olavo Augusto VIANNA ALVES FERREIRA. «Declaração de inconstitucionalidade pelo árbitro: vedação ou dever?». En: TAVARES DE PAIVA MUNIZ, Joaquim; Marcelo José MAGALHÃES BONIZZIZI y Olavo Augusto VIANNA ALVES FERREIRA. *Arbitragem e administração pública: questões controvertidas*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, p. 400.

<sup>164</sup> MAGALHÃES BONIZZIZI, Marcelo José y Olavo Augusto VIANNA ALVES FERREIRA. «Declaração de inconstitucionalidade pelo árbitro: vedação ou dever?». En: TAVARES DE PAIVA MUNIZ, Joaquim; Marcelo José MAGALHÃES BONIZZIZI y Olavo Augusto VIANNA ALVES FERREIRA. *Arbitragem e administração pública: questões controvertidas*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, p. 400.

<sup>165</sup> GREFF MARIANI, Rômulo. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 147.

<sup>166</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 2.ª ed., p. 31.

<sup>167</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 2.ª ed., p. 32.

<sup>168</sup> DEL PICCHIA MALUF, Fernando. *O controle de constitucionalidade na arbitragem: um estudo à luz da experiência no direito estrangeiro*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Económicas Internacionais). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2020, p. 108.

<sup>169</sup> DEL PICCHIA MALUF, Fernando. *O controle de constitucionalidade na arbitragem: um estudo à luz da experiência no direito estrangeiro*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Económicas Internacionais). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2020, p. 108.

En consecuencia, sería incoherente sustraer el control constitucional de los árbitros en un sistema constitucional que admite el control de constitucionalidad por el Poder Judicial. Y esta incoherencia sería explícita porque, para Fernando Maluf, «na prática, inadmitir o controle de constitucionalidade na arbitragem seria o equivalente a dizer que qualquer norma, inconstitucional, deveria ser rigorosamente aplicada em um procedimento arbitral».<sup>170</sup> Por ello, la misión de los árbitros contemplaría el control de constitucionalidad.

Carmen Tiburcio presenta criterios distintos para aceptar o rechazar la posibilidad del control de constitucionalidad en el arbitraje desde concepciones de derecho interno y extraprocesal. A efectos de este estudio, como ya he dicho, solo es importante el derecho nacional, es decir, el arbitraje nacional con la aplicación del derecho sustantivo y procesal brasileño. En este escenario, el citado internacionalista reconoce que los árbitros, como jueces de hecho y de derecho, pueden ejercer un control incidental en el arbitraje, siendo imprescindible examinar la constitucionalidad de la ley aplicable al caso.<sup>171</sup>

El control difuso de constitucionalidad en el arbitraje fue abordado en una monografía por Ana Carolina Weber, quien se ocupó del control dentro del litigio derivado de un contrato de concesión firmado entre la Agencia Nacional del Petróleo y agentes privados. Concluyó su disertación diciendo que los árbitros pueden ejercer el control de constitucionalidad en el análisis del caso concreto, no estando autorizado, sin embargo, el control concentrado, papel restringido al Tribunal Supremo Federal.<sup>172</sup> La conclusión surge de una premisa relevante: los árbitros deben aplicar el ordenamiento jurídico brasileño —cuando así lo acuerden las partes— en su integridad.<sup>173</sup>

Cuando se trata de referencias doctrinales en derecho extranjero sobre el estudio del control de constitucionalidad en el arbitraje, hay que hacer especial hincapié en los países de habla latinoamericana, que cuentan con la literatura más extensa sobre la materia.<sup>174</sup> Antes de proseguir, conviene señalar de entrada que la autoridad encargada de verificar la legitimidad constitucional de las leyes y sus modalidades varían en función de cada país,<sup>175</sup> y que existen similitudes y distinciones que conviene destacar.

En Argentina, país que adopta el sistema difuso puro de control de constitucionalidad,<sup>176</sup> Roque Caivano defiende que corresponde a los árbitros el control incidental, y a ellos corresponde, al aplicar la ley al caso concreto, seleccionar la norma que tenga prioridad constitucional, so pena de aplicación indebida de la ley.<sup>177</sup> Afirma que, «al descartar la norma que consideran inconstitucional, los árbitros no hacen sino afirmar la supremacía de esa norma, que —como ha dicho el Tribunal— constituye la esencia de nuestro ordenamiento jurídico», ya que la obligación impuesta a los jueces estatales de controlar la constitucionalidad de las normas se exige también a los árbitros.<sup>178</sup>

<sup>170</sup> DEL PICCHIA MALUF, Fernando. *O controle de constitucionalidade na arbitragem: um estudo à luz da experiência no direito estrangeiro*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2020, p. 110.

<sup>171</sup> TIBURCIO, Carmen. «Controle de constitucionalidade das leis pelo árbitro: notas de direito internacional privado e arbitragem». *Revista de Direito Administrativo*, 2014, vol. 266, p. 184.

<sup>172</sup> WEBER, Ana Carolina. *O controle de constitucionalidade exercido pelo árbitro: um exame à luz dos contratos de concessão de petróleo*. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica). Rio de Janeiro: UERJ, Faculdade de Direito, 2008, p. 119. Misma idea reproducida en el siguiente texto: WEBER, Ana Carolina. «O controle de constitucionalidade no procedimento arbitral». *Revista Jurídica da Faculdade de Direito*, año III, vol. 1, n.º 4, p. 21.

<sup>173</sup> WEBER, Ana Carolina. *O controle de constitucionalidade exercido pelo árbitro: um exame à luz dos contratos de concessão de petróleo*. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica). UERJ, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2008, p. 119. Misma idea reproducida en el siguiente texto: WEBER, Ana Carolina. «O controle de constitucionalidade no procedimento arbitral». *Revista Jurídica da Faculdade de Direito*, vol. 1, n.º 4, año III, p. 21.

<sup>174</sup> Este énfasis procede de una opinión personal de este autor, de la investigación realizada específicamente para este libro, a través de la cual se encontraron más obras en América Latina que en otros continentes.

<sup>175</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, 3.ª ed., p. 94.

<sup>176</sup> SALGADO, José María. «Jurisdicción constitucional. Informe nacional (Argentina)». *Civil Procedure Review*, 2013, vol. 4, p. 196; DA SILVA, José Afonso. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 129-133.

<sup>177</sup> El control de constitucionalidad es admitido por los llamados «árbitros de derecho».

<sup>178</sup> CAIVANO, Roque J. «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje». *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, n.º 2, p. 140.

Para Jorge Rojas, en un arbitraje interno, en el que las partes, los árbitros y la propia resolución de la controversia están sometidos al mismo ordenamiento jurídico, en el que se adopta un control difuso, sería «una contradicción pretender que se desarrolle un debido proceso legal, omitiendo que el árbitro aplica la ley primera y fundamental del país que no es otra que su propia constitución, circunstancia que excluye cualquier otro comentario, dado que el control de constitucionalidad implica la observancia del principio de razonabilidad de la ley en el caso concreto».<sup>179</sup> Si hay actividad jurisdiccional, como reconoce que hay en el arbitraje, afirma que el control de constitucionalidad es impositivo, porque «[l]o contrario implicaría exponer a los árbitros a aplicar —aún contra su voluntad— una norma de rango inferior por sobre un precepto constitucional, lo que resultaría inadmisibles».<sup>180</sup>

El juez federal argentino Enrique Lavié Pico también comparte las opiniones de sus compatriotas. Aunque no pertenezcan al Poder Judicial, cree que los tribunales arbitrales son tribunales de justicia que tienen el poder de declarar la ley; y, en consecuencia, tienen el deber de examinar la compatibilidad de las normas infraconstitucionales con la Constitución en casos concretos, incluso, sin provocación de las partes. Si esto no se hace, es decir, si el control no lo realizan los árbitros, se corre el riesgo de tener una decisión que irrespete la fuerza normativa de la Constitución y convalide una transgresión de la legalidad normativa.<sup>181</sup>

También en Argentina, Estela Sacristán admite la revisión constitucional por parte de los árbitros, ya que tendrían funciones equivalentes a las de los jueces, lo que les permitiría, especialmente en el arbitraje judicial, enfrentarse a la validez constitucional de una norma en una causa concreta.<sup>182</sup>

En Perú, país que adopta el sistema mixto de control de constitucionalidad en cuanto al aspecto modal,<sup>183</sup> Ricardo Luque Gamero defiende la posibilidad de que los árbitros ejerzan el control difuso de constitucionalidad, a pesar de que la Constitución peruana atribuye literalmente tal función solo a los jueces estatales. Para llegar a esta conclusión, este jurista rechaza la interpretación gramatical del texto e invoca el espíritu de la norma constitucional junto con el hecho de que la función juzgadora de jueces y árbitros es la misma.<sup>184</sup>

Considerando a jueces y árbitros como dotados de jurisdicción, Ricardo Luque Gamero cree que no habría argumento válido para limitar al Estado-juez el control difuso cuando tanto árbitros como jueces deben declarar la ley aplicable a la especie.<sup>185</sup> Así, si los árbitros, en el ejercicio de su función jurisdiccional, concluyen que una norma es inaplicable por ser inconstitucional, deben declarar la inconstitucionalidad incidentalmente en el procedimiento arbitral. De lo contrario, los árbitros estarían incumpliendo un mandamiento constitucional y, al mismo tiempo, estarían negando su función de juez privado.<sup>186</sup>

Al ir más allá, afirma que el Estado no puede aceptar el arbitraje como una forma de resolución de conflictos en la que corresponde a los árbitros decir qué ley es aplicable sin aceptar que ejerzan un control difuso, ya que ello implicaría una limitación indebida de las actividades de los árbitros en detrimento del arbitraje. Según Ricardo Luque Gamero, impedir a los árbitros el ejercicio del control difuso «convertiría al arbitraje en una jurisdicción disminuida y a los laudos en sentencias de segunda clase ya que éstos no podrían dictar sino un derecho condicionado o limitado».<sup>187</sup>

<sup>179</sup> ROJAS, Jorge A. *El control de constitucionalidad y de convencionalidad en el arbitraje*. Disponible en: [http://jorgearjas.com.ar/wp-content/uploads/2010/06/El\\_control\\_de\\_constitucionalidad\\_y\\_de\\_convencionalidad.pdf](http://jorgearjas.com.ar/wp-content/uploads/2010/06/El_control_de_constitucionalidad_y_de_convencionalidad.pdf). Fecha de consulta: 23/11/2020, p. 13.

<sup>180</sup> ROJAS, Jorge A. *El control de constitucionalidad y de convencionalidad en el arbitraje*. Disponible en: [http://jorgearjas.com.ar/wp-content/uploads/2010/06/El\\_control\\_de\\_constitucionalidad\\_y\\_de\\_convencionalidad.pdf](http://jorgearjas.com.ar/wp-content/uploads/2010/06/El_control_de_constitucionalidad_y_de_convencionalidad.pdf). Fecha de consulta: 23.11.2020, p. 16.

<sup>181</sup> LAVIÉ PICO, Enrique. «Control judicial de los laudos arbitrales». En: ROSATTI, Horacio *et al.* *El control de la actividad estatal*. Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016, p. 436.

<sup>182</sup> SACRISTÁN, Estela. «Control de constitucionalidad en el arbitraje». *Revista Brasileira de Infraestrutura*, 2012, año 1, n.º 1, p. 52.

<sup>183</sup> LANDA, César. «La jurisdicción constitucional en el Perú». *Revista do Curso de Direito*, UFMA, 2014, parte 1, año IV, n.º 7, p. 27.

<sup>184</sup> LUQUE GAMERO, Ricardo. «El arbitraje y el control de la constitucionalidad». *Revista Peruana de Arbitraje*, 2007, n.º 5, p. 131.

<sup>185</sup> LUQUE GAMERO, Ricardo. «El arbitraje y el control de la constitucionalidad». *Revista Peruana de Arbitraje*, 2007, n.º 5, pp. 132-133.

<sup>186</sup> LUQUE GAMERO, Ricardo. «El arbitraje y el control de la constitucionalidad». *Revista Peruana de Arbitraje*, 2007, n.º 5, pp. 133-134.

<sup>187</sup> LUQUE GAMERO, Ricardo. «El arbitraje y el control de la constitucionalidad». *Revista Peruana de Arbitraje*, 2007, n.º 5, p. 135.

Jorge Santistevan de Noriega, otro jurista peruano, también admite que los árbitros pueden ejercer, por medios difusos, el control de constitucionalidad. Considera que la reciente evolución de la interpretación constitucional llevaría a reconocer dicha potestad a los árbitros, aunque entiende que el arbitraje no suele abordar cuestiones constitucionales, ya que se trata de derecho disponible y se busca una justicia rápida.<sup>188</sup>

Al abordar el derecho mexicano,<sup>189</sup> desde una perspectiva internacional, Leonel Pérez Nieto Castro señala la existencia de lo que él mismo denomina *control internacional difuso*, dado que el control de constitucionalidad por parte de los árbitros sería más amplio que el ejercido por el magistrado a nivel nacional.<sup>190</sup> Esto, en la concepción de la doctrina, estaría justificado por el hecho de que los tribunales arbitrales no controlan otras cuestiones, además del control incidental del derecho nacional aplicable a la resolución de la controversia arbitral, como son las disposiciones de orden público y los principios internacionales, entre los que menciona, a modo de ejemplo, los principios del debido proceso legal, la buena fe y la transparencia.<sup>191</sup>

En Colombia, cuyo sistema de constitucionalidad es híbrido,<sup>192</sup> existe un precedente del Pleno del Tribunal Constitucional que, entre otros temas, abordó la posibilidad de que los árbitros realicen el control difuso de constitucionalidad en el arbitraje.<sup>193</sup> La Corte Constitucional colombiana, en esa ocasión, enfatizó que, al ser el arbitraje una jurisdicción independiente, la garantía del control difuso de constitucionalidad prevista en el artículo 138 de la Constitución colombiana sería una *consecuencia necesaria*.<sup>194</sup> Así, decidió interpretar el artículo de forma extensiva, negando la interpretación restrictiva y literal de que el control fuera exclusivo de la jurisdicción estatal.

No obstante, en el precedente citado se señaló que el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral debe ser objeto de modulación por parte de la Corte Constitucional colombiana, con el fin de cumplir el propósito de garante de la primacía de la Constitución y evitar así abusos y desviaciones en el control de constitucionalidad.<sup>195</sup>

Es interesante observar que, al final de su voto, el juez Urviola Hani advierte a los árbitros de que serían, en cierto modo, *jueces constitucionales*, al igual que se considera que lo son los jueces estatales. Merece la pena mencionar aquí otra advertencia que se hace al final de la sentencia: la opción por ejercer el control difuso de constitucionalidad en el arbitraje debe hacerse con especial cautela, para no desnaturalizar el fundamento del arbitraje, que es la autonomía de la voluntad. Se ha dicho que, así como la excesiva judicialización del arbitraje podría poner en riesgo la celeridad del proceso arbitral, una desvinculación absoluta de los derechos fundamentales sería irrazonable en el actual estado constitucional democrático colombiano.

<sup>188</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Tribunal Constitucional y arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral “in toto”». *Revista Peruana de Arbitraje*, 2007, n.º 4, p. 42.

<sup>189</sup> México adopta, en teoría, el sistema mixto de control de constitucionalidad en cuanto al aspecto modal. Sin embargo, existen divergencias respecto a la aplicabilidad actual del control difuso, ya que el control concentrado ha asumido protagonismo expresivo en el derecho mexicano: SÁNCHEZ GIL, Rubén. «El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002». *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, enero del 2004.

<sup>190</sup> PEREZNIETO CASTRO, Leonel. «El control difuso por tribunales arbitrales». *Revista de Derecho Privado*, enero del 2014, p. 195.

<sup>191</sup> PEREZNIETO CASTRO, Leonel. «El control difuso por tribunales arbitrales». *Revista de Derecho Privado*, enero del 2014, p. 195.

<sup>192</sup> REYES SINISTERRA, Cindy Charlotte y Christian Camilo GÓMEZ GÓMEZ. «Control de constitucionalidad por los tribunales arbitrales en Colombia». *Revista de Derecho Privado*, 2016, n.º 56, p. 17.

<sup>193</sup> La doctrina extranjera hace uso de esta decisión para abordar el control de constitucionalidad en el arbitraje desde la perspectiva colombiana: *Cfr.* REYES SINISTERRA, Cindy Charlotte; Christian Camilo GÓMEZ GÓMEZ. «Control de constitucionalidad por los tribunales arbitrales en Colombia». *Revista de Derecho Privado*, 2016, n.º 56, pp. 11-12.

<sup>194</sup> Exp. n.º 00142-2011-PA/TC, Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. resolución dictada el 21/9/2011.

<sup>195</sup> En este sentido, en el paradigma colombiano se estableció la siguiente regla: «El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código de Procedimiento Constitucional y la jurisprudencia vinculante emitida por esta Corte Constitucional sobre control difuso. El control difuso de constitucionalidad solo puede ejercerse sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener una interpretación de la misma conforme a la Constitución y además se produzca un perjuicio claro y directo al derecho de alguna de las partes».

Juan Carlos Araúz Ramos, con base en el derecho panameño, adscrito al sistema híbrido de control,<sup>196</sup> reconoce la obligación de los árbitros de controlar la constitucionalidad de las leyes en el curso del arbitraje, so pena de intervención de la justicia constitucional en el control judicial del laudo arbitral.<sup>197</sup> Advierte, sin embargo, que la declaración de inconstitucionalidad por parte de los árbitros es una medida excepcional y restringida, y el control solo debe ejercerse en los casos en que no sea posible dictar un laudo arbitral susceptible de ser cumplido por las partes sin hacer inconstitucional una determinada ley.<sup>198</sup>

En cuanto al derecho italiano, Giovanni Iudica aborda el problema del control de constitucionalidad basándose en una sentencia del Tribunal Constitucional de Italia (Sentencia 376, 2011). En esa decisión, los jueces reconocieron la legitimidad de un tribunal arbitral para determinar directamente «a transmissão das peças ao Palácio da Consulta, na hipótese de o próprio painel considerar relevante e não manifestamente infundada a questão da constitucionalidade» de una norma cuya aplicación se solicitaba en el arbitraje.<sup>199</sup>

Nótese que, a diferencia de lo visto hasta ahora, la decisión anterior no autoriza a los árbitros a decidir la cuestión de inconstitucionalidad *incidenter tantum* en el proceso de arbitraje, lo que sería factible en un sistema de control puramente difuso o híbrido. Ocurre que, al adoptar Italia el sistema concentrado de control constitucional, el análisis de la posible inconstitucionalidad no podría ser realizado de primera mano por los árbitros (como «jueces privados»), sino por el Tribunal Constitucional, que es el órgano al que se ha encomendado tal función.<sup>200</sup>

Según el citado precedente italiano, los árbitros están legitimados para plantear una cuestión relevante sobre la constitucionalidad de una norma, y les corresponde transmitir los documentos del expediente, aunque sean confidenciales, al Tribunal Constitucional, con independencia de la intermediación del tribunal estatal ordinario. Esta posibilidad, sin embargo, según el jurista italiano, «não significa, absolutamente, afirmar a plena e completa equiparação do juiz leigo ao togado».<sup>201</sup>

En Portugal, Paula Costa e Silva examinó la cuestión desde dos perspectivas: por un lado, la facultad de los árbitros de no aplicar una norma que consideran inconstitucional y, por otro, la facultad de los árbitros de aplicar una norma que una de las partes dice que es inconstitucional. Para el profesor lusitano, la gran discusión radica en determinar, si y en qué medida, los tribunales arbitrales, «sendo

<sup>196</sup> HOYOS, Arturo. «La justicia constitucional en Panamá: una apretada síntesis». *Biblioteca Jurídica Virtual*, UNAM, p. 591. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/23.pdf>. Fecha de acceso: 11/6/2019.

<sup>197</sup> ARAÚZ RAMOS, Juan Carlos. «Constitucionalización y justicia constitucional en el arbitraje comercial panameño». Tesis (Doctorado en Derecho Internacional Privado). Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2013, pp. 306 y 308.

<sup>198</sup> ARAÚZ RAMOS, Juan Carlos. «Constitucionalización y justicia constitucional en el arbitraje comercial panameño». Tesis (Doctorado en Derecho Internacional Privado). Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2013, p. 305.

<sup>199</sup> IUDICA, Giovanni. «Cuestiones de Arbitragem e questões relativas à constitucionalidade». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2004, vol. 1, pp. 79-87. Versión electrónica, pp. 1-2.

<sup>200</sup> Italia adopta el sistema concentrado de constitucionalidad, atribuyendo dicha competencia al Tribunal Constitucional (*La Corte Costituzionale*), como se desprende del contenido del artículo 134 de la Constitución de la República Italiana. En este sentido, véase: CICONETTI, Stefano Maria y Anderson VICHINKESKI TEIXEIRA. *Jurisdição constitucional comparada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, 2.ª ed., p. 147. Es interesante señalar que la Constitución de Italia alude a la «legitimidad constitucional» de las leyes (*legittimità costituzionale delle leggi e degli atti*, según se expresa en el artículo 134 de la Constitución italiana), no haciendo uso del término «control de constitucionalidad» propiamente dicho. Ambas expresiones son correctas y equivalentes, e incluso están reconocidas por la doctrina italiana sin mayores dificultades. Cabe señalar que, al igual que los jueces estatales, los árbitros también podrían, en lugar de remitir el caso al Tribunal Constitucional por una posible inconstitucionalidad de una norma normativa, decidir directamente sobre el perjuicio de legitimidad constitucional era «manifestamente infundado», en cuya ocasión el arbitraje seguiría su curso natural. (Cf. ROMBOLI, Roberto. El control de constitucionalidad de las leyes en Italia. UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, 1999, n.º 4, 2.º semestre p. 187). Dado que en el arbitraje no cabe recurso, al menos por regla general, nos parece más prudente que, ante una alegación de inconstitucionalidad, los árbitros regidos por la ley italiana remitan el caso al Tribunal Constitucional para su deliberación. Se considera que, en el período comprendido entre la remisión de los autos y la decisión del Tribunal sobre la cuestión constitucional, el proceso arbitral debería suspenderse, como ocurre con el proceso estatal en el régimen italiano. (Cf. CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil-derecho procesal civil III*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 67).

<sup>201</sup> IUDICA, Giovanni. «Cuestiones Arbitragem e questões relativas à constitucionalidade». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2004, vol. 1, pp. 79-87. Versión electrónica, p. 6.

qualificados pela Constituição como verdadeiros tribunais e porque substancialmente exercem a função jurisdicional»,<sup>202</sup> «vêm a sua atuação e o seu estatuto informados pelo princípio constitucional da constitucionalidade».<sup>203-204</sup>

En cuanto al sometimiento de los tribunales arbitrales al principio constitucional de constitucionalidad, Paula Costa e Silva escribe que, en el plano formal, los tribunales arbitrales son tribunales en el sentido técnico del término; y, siéndolo, tienen las competencias que la ley atribuye a tales órganos.<sup>205</sup> Esta equiparación entre tribunales arbitrales y tribunales judiciales, según el jurista portugués, determina que los tribunales arbitrales tendrán potestad tanto para dejar de aplicar una norma que consideren inconstitucional como para aplicar una norma que una de las partes alegue que es inconstitucional.<sup>206</sup> En el plano sustancial, eleva el control de constitucionalidad al nivel de una garantía para las partes ante los tribunales arbitrales —como órganos dotados de jurisdicción—, de ahí que concluya que no hay razón para excluir esta garantía del arbitraje.<sup>207</sup>

A través de la lente del arbitraje internacional, pero considerando la aplicación del derecho nacional, Jan Paulsson reflexionó sobre la autoridad de los árbitros para rechazar leyes contrarias a la ley vigente (*the arbitrators authority to reject unlawful laws*), comenzando su planteamiento con la siguiente provocación: «Arbitrators too, if they simply bow to formal enactments without examining their lawfulness under more fundamental principles, may become soldiers in sectarian conflicts. How might they preserve the higher norms?».<sup>208</sup>

En su obra instigadora, el autor afirma que, aunque los tribunales internacionales carecen de *lex fori*, suelen estar llamados a conocer, interpretar y aplicar normas de derecho interno.<sup>209</sup> Al partir de esta premisa, Jan Paulsson defiende que un tribunal internacional (léase los árbitros de un arbitraje internacional) podría rechazar una ley nacional que, por ejemplo, ignore la prohibición de retroactividad contenida en una hipotética Constitución, o, incluso, una pretendida modificación de un texto constitucional que contravenga las propias normas de la respectiva Constitución sobre el proceso de enmienda.<sup>210</sup>

A la vista de ello, parece lícito afirmar que Jan Paulsson, aunque se ocupe más específicamente de lo que en Brasil puede denominarse control de legalidad de las leyes, admite el control difuso de constitucionalidad por los árbitros, instando el rechazo de las leyes contrarias a las normas constitucionales, ya sea por defecto formal o material, mediante la adopción del criterio jerárquico para la resolución de las antinomias jurídicas.<sup>211</sup> La licitud de la afirmación queda corroborada por una de las diez observaciones finales del autor sobre el tema: «There should be nothing outlandish about the

<sup>202</sup> Al tratar de la categoría de tribunales que componen la organización judicial, el artículo 209, apartado 2, de la Constitución de la República Portuguesa dispone lo siguiente: «Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz».

<sup>203</sup> COSTA E SILVA, Paula. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 127.

<sup>204</sup> Jorge Bacelar Gouveia afirma que el principio constitucional de constitucionalidad, citado por Paula Costa e Silva, proviene de la aplicación del principio de legalidad al contexto del derecho constitucional. Es decir, el principio de constitucionalidad, al menos en el derecho portugués, es un subprincipio del principio de legalidad, «realçando uma peculiar relação entre a Constituição e a restante Ordem Jurídica», según Jorge Bacelar Gouveia. Según el citado constitucionalista portugués, el principio de constitucionalidad, como tercera vertiente del principio de legalidad, «frisa que, em face da ordenação diferenciada do sistema jurídico, são correspondentemente diversas as relações inter-normativas que se estabelecem, delas sobressaindo as relações de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, tal implicando a superioridade da Constituição por referência a outros níveis normativos». (BACELAR GOUVEIA, Jorge. *Manual de direito constitucional: II - Direito constitucional português*. Coimbra: Almedina, 2016, 6.ª ed., p. 798).

<sup>205</sup> COSTA E SILVA, Paula. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 128.

<sup>206</sup> COSTA E SILVA, Paula. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 128-129.

<sup>207</sup> COSTA E SILVA, Paula. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 129.

<sup>208</sup> PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 2.320.

<sup>209</sup> PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 239.

<sup>210</sup> En el original: «Jan Paulsson contends that the arbitral tribunal not only holds the authority but also bears an obligation to invoke constitutional norms and standards of the relevant national laws when necessary». (PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 239).

<sup>211</sup> «Jan Paulsson contends that the arbitral tribunal not only holds the authority but also bears an obligation to invoke constitutional norms and standards of the relevant national laws when necessary». (OLAS, Andrzej. «May international arbitral tribunals declare laws unconstitutional? An international and Polish perspective of the issue of dealing with unlawful laws». *Journal of International Arbitration*, 2017, vol. 34, n.º 2, p. 173).

proposition that international tribunals empowered to apply national law make plenary determinations about constitutionality».<sup>212</sup>

Al tratar también del arbitraje internacional, Horacio Grigera Naón dedica casi todo un texto a comentar el Caso 6320 de 1992, administrado por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), escenario de una disputa que involucraba a litigantes brasileños y norteamericanos, en la cual el contrato celebrado entre las partes se regía por la ley brasileña y tenía como sede del arbitraje la ciudad de París, Francia.

En dicho arbitraje, en breve resumen, la parte brasileña alegaba que su adversario había violado la *US Racketeering Influence and Corrupt Organization Act* (RICO), lo que le daría derecho a reclamar que la empresa estadounidense fuera condenada al pago de daños y perjuicios. Sostuvo que la RICO sería una *loi de police*, es decir, una norma internacional imperativa aplicable al litigio, aunque la ley brasileña sería la adecuada. Entre otras cuestiones, la parte estadounidense planteó la inconstitucionalidad de la ley RICO.<sup>213</sup>

En uno de los laudos dictados en un arbitraje de este tipo, los árbitros dejaron claro que no considerarían la demanda de inconstitucionalidad del demandado por dos razones centrales. Y lo que es más importante, los árbitros consideraron que declarar inconstitucional una ley promulgada por un Estado soberano y negarse a aplicarla por ese motivo supondría rechazar la validez y los efectos de un elemento de la ley de ese Estado, que estaba en vigor en su territorio, y que, en este caso, no había sido declarado inconstitucional por los tribunales judiciales competentes de los Estados Unidos de América.<sup>214</sup>

De lo resuelto en el caso citado se infiere que la declaración de inconstitucionalidad quedaría reservada exclusivamente a la jurisdicción del Estado que promulgó la ley que se pretende declarar inconstitucional, con lo que supuestamente se preserva el principio de separación de poderes al mantener alejado de los árbitros el ejercicio del control de constitucionalidad. Teniendo en cuenta que la ley atacada fue promulgada por los Estados Unidos de América, no los árbitros podrían declararla inconstitucional sin previo pronunciamiento del *Supreme Court* al respecto. Existiría, en este sentido y según entendemos, una relación de sumisión de los árbitros al Poder Judicial respecto de las cuestiones constitucionales.

Horacio Grigera Naón observa, sin embargo, que no todos los países adoptarían esta misma orientación. Cita el ejemplo de Argentina, que, como ya se ha indicado en este trabajo, tiende a adoptar el enfoque que admite el control de constitucionalidad por los árbitros en casos concretos, al menos cuando se aplica la ley argentina en un arbitraje con sede en Argentina. Las reflexiones de Horacio Grigera Naón denotan el carácter polifacético del control de constitucionalidad en el arbitraje, especialmente en los arbitrajes internacionales, en los que a menudo no coinciden las nacionalidades de las partes, de los árbitros y de la legislación aplicable.

En Polonia, donde la Constitución de la República de 1997 se considera la ley suprema del ordenamiento jurídico, de aplicación directa y obligatoria, hay quienes apoyan el control de constitucionalidad en el arbitraje.

<sup>212</sup> PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 254.

<sup>213</sup> GRIGERA NAÓN, Horacio A. «Can arbitrators deal with hierarchical conflicts of laws (e.g., between a law and the Constitution?)». En: BORTOLOTTI, Fabio y Pierre MAYER (orgs.). *The application of substantive law by international arbitrators*. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2014, vol. 11, p. 97.

<sup>214</sup> En el original: «As an initial matter, the Tribunal will not decide on Defendant's contention of the alleged unconstitutionality of the RICO statute and the amendments intended to be made to it. As to the unconstitutionality of a national statute, an international arbitral tribunal might first doubt whether it is empowered to decide upon it, notwithstanding the jurisdiction it has to decide upon the application of the statute. Indeed, to decide that a statute enacted in a sovereign state is unconstitutional, and to refuse to apply it for that reason, would mean that a Tribunal rejects the validity and effects of an element of the law of such state, which is in force inside the territory of such state, and has not been declared unconstitutional by its competent courts». (GRIGERA NAÓN, Horacio A. «Can arbitrators deal with hierarchical conflicts of laws (e.g., between a law and the Constitution?)». En: BORTOLOTTI, Fabio y Pierre MAYER (orgs.). *The application of substantive law by international arbitrators*. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2014, vol. 11, p. 97).

Con la salvedad de que solo el Tribunal Constitucional polaco es competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, aunque en ocasiones el control difuso lo ejercen jueces de tribunales ordinarios, Andrzej Olas concluye su estudio sobre el tema afirmando que no existen argumentos satisfactoriamente convincentes que puedan justificar que se impida a los árbitros internacionales aplicar el derecho polaco en su integridad, incluida la negativa a aplicar disposiciones legales contrarias a la Constitución.<sup>215</sup>

El citado autor ve el control de constitucionalidad como un deber de los árbitros y no como una facultad discrecional, aclarando que ello no prejuzga la potestad del Tribunal Constitucional de dar la última palabra en materia constitucional con eficacia general.<sup>216</sup>

### 3.2. *Posición adoptada: el control difuso como deber de los árbitros*

Predomina la vertiente doctrinal que propugna la posibilidad (para algunos, como aquí se argumenta, un *deber* jurisdiccional efectivo) de que los árbitros realicen el control de constitucionalidad, dejando de aplicar una ley considerada inconstitucional en un caso concreto —control difuso e incidental—. Por tanto, hablando del arbitraje interno regido por la ley brasileña, la doctrina parece no dudar en reconocer la autoridad de los árbitros para ejercer el control de constitucionalidad. Cabe señalar, por cierto, que la revisión constitucional en los procedimientos de arbitraje suele aceptarse o no en función de la ley aplicable.<sup>217</sup>

No cabe duda de que los árbitros *deben* realizar el control difuso de constitucionalidad en el arbitraje comercial, ya que la actividad de los árbitros tiene naturaleza jurisdiccional y el arbitraje es un proceso, que inequívocamente está sometido a los dictados constitucionales.<sup>218</sup> Debe tenerse en cuenta que a los árbitros solo les compete el control difuso e incidental de constitucionalidad, quedando terminantemente vedado el ejercicio del control abstracto, que, según el ordenamiento jurídico brasileño, es competencia exclusiva y soberana del Supremo Tribunal Federal, en las circunstancias establecidas por la Constitución.

La equiparación de los árbitros a los jueces de hecho y de derecho confirma esta afirmación, ya que, al igual que los jueces, los árbitros deben declarar la inconstitucionalidad de una ley cuando lo estimen oportuno y pertinente. Los poderes y deberes que tienen los árbitros para resolver una determinada controversia aplicando la ley están inexorablemente ligados a parámetros constitucionales, de modo que no hay lugar para que los árbitros se excusen de superponer normas constitucionales sobre cualquier otra a la hora de juzgar una controversia.

La fuerza normativa y la supremacía de la Constitución Federal son imperativos inseparables del proceso de arbitraje y no están a disposición de las partes, ni de los árbitros, aunque el arbitraje sea un mecanismo privado de resolución de conflictos. El deber de los árbitros de armonizar la ley aplicable con la Constitución proviene de una lógica sistemática del derecho brasileño, que es ineludible para *los actores* del arbitraje, aunque el proceso arbitral tenga sus peculiaridades y tenga un cierre operativo diferente del proceso estatal.

Reconocer y aceptar la autoridad de los árbitros para controlar, incidentalmente, la constitucionalidad de las leyes aplicables al arbitraje es la interpretación más coherente —y se corre el riesgo de

<sup>215</sup> OLAS, Andrzej. «May international arbitral tribunals declare laws unconstitutional? An international and Polish perspective of the issue of dealing with unlawful laws». *Journal of International Arbitration*, 2017, vol. 34, n.º 2, p. 206.

<sup>216</sup> OLAS, Andrzej. «May international arbitral tribunals declare laws unconstitutional? An international and Polish perspective of the issue of dealing with unlawful laws». *Journal of International Arbitration*, 2017, vol. 34, n.º 2, p. 207.

<sup>217</sup> A los efectos de este trabajo, se repite que el foco está en el derecho brasileño, aunque haya referencias al derecho extranjero como forma de enriquecer la investigación y permitir una reflexión crítica más amplia sobre el objeto de estudio. Los arbitrajes internacionales regidos por leyes diferentes presentan complicaciones delicadas en cuanto al tema, especialmente porque implican un conflicto jerárquico entre normas de distintos ordenamientos jurídicos. Pero este problema no se incluye en el corte metodológico de este estudio, que se centra en los arbitrajes nacionales regidos por la legislación brasileña.

<sup>218</sup> Corroborando el deber de realizar control difuso de constitucionalidad ver: CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 76.

decir que es el único, so pena de aplastar el arbitraje— con el orden constitucional que prevalece en el derecho brasileño. No hay justificación creíble para mantener el control difuso de constitucionalidad lejos de los árbitros, si la Constitución Federal es la ley suprema del país, y todas las demás leyes deben obedecerla incondicionalmente, bajo pena de ser consideradas nulas, incluso los tres poderes constituidos de Brasil están sujetos a la Constitución.

Los árbitros deben aplicar la ley elegida por las partes; y, por tratarse de la ley brasileña, la Constitución Federal se revela como parámetro último de validez, directriz mayor de los intérpretes, siendo inevitable la interpretación de las leyes a la luz de la Constitución. Es innegable, por tanto, que los árbitros tienen la obligación de excluir las leyes que sean incompatibles con las normas constitucionales.

Por esta lógica, y para mantener la coherencia del argumento, también es deber de los árbitros rechazar una solicitud de declaración de inconstitucionalidad cuando consideren que la ley acusada de inconstitucional no lo es. Del mismo modo que los árbitros deben desestimar la ley inconstitucional, también deben aplicar la ley que consideren constitucional. El control difuso de constitucionalidad funciona para las dos caras de la moneda, pero hay un mayor peso para la declaración de inconstitucionalidad, sobre todo porque las leyes tienen presunción de constitucionalidad.<sup>219</sup>

Estar de acuerdo en que los árbitros tienen la obligación de controlar la constitucionalidad por vía incidental —ya sea para rechazar la ley inconstitucional o para aplicar la ley constitucional, desestimando la demanda de inconstitucionalidad—, como se hace aquí, es parte del concepto de «multiplicidad de intérpretes de la Constitución», que es necesario en la etapa actual del constitucionalismo brasileño.

Esta concepción fue idealizada por Peter Häberle, para quien el juez constitucional ya no interpreta aisladamente en el proceso constitucional, puesto que hay muchos participantes en el proceso. El citado autor observa que «todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição» por delante de «interpretação constitucional “jurídica” dos juízes».<sup>220</sup>

En este contexto, el árbitro es un intérprete más de la Constitución, siendo responsable de asegurar y dar concreción a la fuerza normativa y a la supremacía constitucional. De lo contrario, invocando de nuevo la lección de Peter Häberle, «significaría um empobrecimento ou um autoengodo» restringir la hermenéutica constitucional «aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado», excluyendo a los árbitros de tal tarea.<sup>221</sup>

La decisión arbitral que declare la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley —especialmente en este último caso, teniendo en cuenta la presunción de constitucionalidad de las normas— debe estar debidamente motivada, explicando qué llevó a los árbitros a concluir en uno u otro sentido.<sup>222</sup>

<sup>219</sup> «Os atos normativos editados pelo Poder Público são detentores de uma presunção de constitucionalidade. Trata-se de uma forma de fortalecimento primordialmente do Poder Legislativo, fazendo com que seus atos normativos, bem como os dos demais poderes, presumam-se válidos até decisão em contrário. Trata-se de uma presunção que gera, de acordo com a doutrina, duas regras tradicionais da hermenéutica: i) na dúvida, deve se decidir pela constitucionalidade, ou seja, apenas deve ser decretada a inconstitucionalidade quando esta seja manifesta e ii) deve-se adotar a interpretação que torne a lei compatível com a Constituição. [...] A principal função dessa presunção de constitucionalidade parece ser de cunho pragmático, permitindo que as leis não tenham a sua eficácia dependente de prévia apreciação do Poder Judiciário, garantindo-lhes a possibilidade da sua aplicabilidade, salvo decisão que reconheça sua inconstitucionalidade». (PEIXOTO, Ravi. «O incidente de arguição de constitucionalidade e o CPC/2015». *Revista de Processo*, 2019, vol. 287, pp. 23-44. Versión electrónica, p. 2).

<sup>220</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenéutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 41.

<sup>221</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenéutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 34.

<sup>222</sup> «Como existe a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, impõe-se aos juízes e tribunais um ônus argumentativo em demonstrar que a sua respectiva aplicação ao caso concreto viola a Constituição. Se não o faz, a decisão é passível de nulidade por violar a obrigatoriedade de fundamentação. Mais que isso, é necessário que o órgão jurisdicional explicitie qual é a técnica de

La motivación constituye una solemnidad sustancial de los «pronunciamentos que encerram a prestação jurisdiccional»;<sup>223</sup> y, al ser el arbitraje un mecanismo jurisdiccional de solución de controversias, los árbitros no pueden eludir la motivación sobre la cuestión constitucional. De lo contrario, como bien expone José Rogério Cruz e Tucci, «a atuação jurisdiccional sentencial perderia a expressiva conotação definidora da relação jurídica tornada litigiosa, para transformar-se em inaceitável e insólito pronunciamento autoritário» de los árbitros».<sup>224</sup>

El deber de motivar los laudos arbitrales está previsto en el artículo 93, inciso IX, de la Constitución Federal, modificado por la Enmienda Constitucional 45/2004, y en el artículo 26, inciso II, de la Ley de Arbitraje.<sup>225</sup> Aunque la citada disposición constitucional referencia a las decisiones de los «órganos del Poder Judicial», lo cierto es que tal deber se extiende también a los árbitros, por estar dotados de jurisdicción y sujetos a los mandamientos de la carta política.<sup>226-227</sup> Tal es su relevancia, que la obligación de motivación somete al árbitro a un posible control posterior por parte del Poder Judicial.<sup>228</sup>

El control difuso de constitucionalidad será ejercido por los árbitros en cualquier momento del arbitraje, como no podía ser de otra manera, ya que en este trabajo se sostiene que la inconstitucionalidad puede ser alegada en cualquier momento del arbitraje. La interpretación de la conformidad de las leyes con la Constitución Federal, precisamente porque su principal finalidad es asegurar la primacía y la fuerza normativa de las normas constitucionales, es una actividad imperativa, obligatoria, de los árbitros, que no se limita a una fase específica del proceso arbitral, no sujeta a preclusión, y cognoscible de oficio, como se ha dicho.

En aras de la eficacia y eficiencia del proceso arbitral, se recomienda que el control de constitucionalidad se realice, en su caso, cuando se dicte el laudo (parcial o definitivo), en el que se resolverá la cuestión prejudicial en la motivación del acto decisorio junto con las demás cuestiones sometidas al escrutinio de los árbitros. Se evitaría, en este sentido, la decisión de inconstitucionalidad en sede de autos procesales, por ejemplo. No obstante, también es admisible que se declare la inconstitucionalidad en los arbitrajes de urgencia y en el juicio de tutelas provisionales, cautelares o de urgencia por el tribunal arbitral o árbitro único, según lo que las partes elijan.

---

*jurisdição constitucional* aplicada ao caso concreto, permitindo, assim, o controle das partes e das instâncias superiores (endoprocessual), bem como de toda a sociedade civil (extraprocessual), da incompatibilidade verificada entre a lei e a Constituição». (BASTOS PEREIRA, Carlos Frederico. *Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 159-160, cursiva en el original).

<sup>223</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 107.

<sup>224</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 108. Cabe señalar que el pasaje transcrito se refiere al Poder Judicial; sin embargo, consideramos que también es aplicable al arbitraje, por lo que la frase se completó al hablar de árbitros.

<sup>225</sup> Constituição Federal: «Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX.- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estas, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação».

Lei de Arbitragem: «Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: [...] II.- os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade».

<sup>226</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Processo civil e ideologia: subsídios estratégicos ao advogado do contencioso*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 277.

<sup>227</sup> Sobre la relevancia de la motivación de los laudos arbitrales, véanse las siguientes esclarecedoras palabras: «As partes contratam a arbitragem porque esperam uma decisão de *qualidade*, bem fundamentada. Claro que, com uma fundamentação mínima, ainda que concisa, o requisito do artigo 26 está cumprido. Mas as partes não esperam ‘esse mínimo’, esperam ser *efetivamente convencidas* da decisão do árbitro, sobretudo a parte que teve seus pedidos rejeitados. As partes contratam a arbitragem para ter o *máximo*, não o mínimo, em termos de *qualidade* do julgamento de mérito. Para tanto, é fundamental que o árbitro tenha, acima de tudo, *tempo e disponibilidade* para se dedicar com afinco à arbitragem, ler as manifestações e documentos apresentados pelas partes, ponderar seus argumentos, debater suas teses e, enfim, *fundamentar* sua sentença de modo a efetivamente *convencer* as partes sobre o julgamento do mérito. Esse é o *comprometimento* que se espera do árbitro. É por essa razão que a própria Lei de Arbitragem indica a *competência* e a *diligência* como atributos do árbitro no § 6º de seu artigo 13, ainda que a falta de competência e a falta de diligência no julgamento do mérito não sejam sancionadas, *por si só*s, com a anulação, por se tratar de *error in iudicando* não contemplado no rol do artigo 32, anteriormente referido». (ALVES, Rafael Francisco. «Sentença arbitral». En: LEVY, Daniel y Guillermo SETOGUTI J. PEREIRA (co-ords.) *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 265, cursiva en el original).

<sup>228</sup> GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 222.

#### 4. ESPECIES Y TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADES EN EL ARBITRAJE

Otras cuatro observaciones son aptas cuando se trata de la potestad de los árbitros para ejercer el control difuso de constitucionalidad.

El primero de ellos se refiere al parámetro normativo que deben tener en cuenta los árbitros a la hora de valorar la pretensión de inconstitucionalidad. Se refiere aquí al «bloque de constitucionalidad» ya mencionado, por el que el control de constitucionalidad en el arbitraje debe considerar no solo el texto constitucional en sí, sino también un bloque de actos que marcan la interpretación constitucional. Más relevante para este trabajo es que, al decidir sobre una cuestión constitucional, los árbitros no pueden dejar de examinar los principios constitucionales explícitos e implícitos, estos últimos porque, ciertamente, la Constitución no se reduce a lo que está expresamente escrito en ella.

La segunda se refiere a las normas que pueden ser objeto de control incidental por parte de los árbitros. Si la ley brasileña se aplica al arbitraje, los árbitros pueden ejercer el control incidental de constitucionalidad en relación con «a normas emanadas dos três níveis de poder, de qualquer hierarquia, inclusive as anteriores à Constituição», de modo que deverão deixar de aplicar, se aventarem incompatibilidade com a Constituição Federal, «lei federal, estadual ou municipal, bem como quaisquer atos normativos, ainda que secundários, como o regulamento, a resolução ou a portaria».<sup>229</sup>

La tercera parte trata de los tipos de inconstitucionalidad que pueden reconocerse en los procedimientos de arbitraje. No hay mayor dificultad en afirmar que los árbitros pueden declarar la inconstitucionalidad por vicio *formal*, que deriva de un defecto de formación del acto normativo, o por *vicio material*, cuando el contenido de la ley, su sustancia, no se ajusta a las normas constitucionales.

Sin embargo, los árbitros no son competentes para declarar la inconstitucionalidad por *omisión*, sino únicamente por *acción* estatal. La inconstitucionalidad por inercia gubernamental es combatida por sus propios instrumentos procesales, que son el interdicto y la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, ambos de competencia exclusiva del Supremo Tribunal Federal, en control abstracto.

En el cuarto apartado se aborda la tipología de las decisiones de inconstitucionalidad, que presupone una distinción entre el texto y la norma, de modo que puedan comprenderse mejor,<sup>230</sup> dado que «diversas modalidades de decisões não incidem sobre o texto da lei em si, mas sim acerca de uma ou mais de uma variante interpretativa».<sup>231</sup> Además, «o árbitro pode praticar as mesmas decisões de inconstitucionalidade que podem ser realizadas pelo juiz estatal, por meio do controle difuso de constitucionalidade».<sup>232</sup>

Las decisiones de control, conocidas como *decisiones manipulativas en sentido amplio*, pueden dividirse en dos subclases: *decisiones interpretativas* y *decisiones manipulativas en sentido estricto*.<sup>233</sup>

La subclase de sentencias interpretativas se basa en la idea de que existen varias alternativas exegéticas —conformes o no con la Constitución— para alcanzar el significado de un determinado

<sup>229</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019, 8.ª ed. p. 134.

<sup>230</sup> En pocas palabras, el texto es lo que está literalmente escrito en la ley, mientras que la norma es el producto de la interpretación que se hace del texto normativo; «a norma jurídica é sempre mais que seu próprio texto». (Cf. ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 65). Comprender la tipología de las decisiones de inconstitucionalidad en la jurisdicción constitucional es importante para abordar más adelante en el libro el posible carácter vinculante de las decisiones arbitrales en materia constitucional dictadas tanto por el Tribunal Supremo Federal como por cualquier otro juez de pleno derecho —en el caso de los magistrados ordinarios de primer o segundo grado—, existen algunas excepciones que se explicarán en su momento.

<sup>231</sup> NERY, Nelson Jr. y Georges ABBOUD. *Constitucional brasileiro: curso completo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 680. La expresión «tipología das decisões de inconstitucionalidade» se ha tomado de la misma obra aquí citada.

<sup>232</sup> ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, 2.ª ed., p. 1.038.

<sup>233</sup> DA SILVA RAMOS, Elival. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2015, 2.ª ed., p. 215. Esta clasificación, según Elival da Silva Ramos, sería la establecida por la doctrina italiana. Por «sentença» debemos entender las decisiones dictadas en sede de control de constitucionalidad. No es exactamente la sentencia que extingue un pleito con o sin resolución de fondo.

enunciado normativo. Lo que se busca en tal situación es la armonía entre el texto legal a examinar y los dictados constitucionales o, en el mejor de los casos, la exclusión de un significado contrario a la Constitución Federal.<sup>234</sup> En otras palabras, se trata de preservar el texto de la ley cuya constitucionalidad se pone en duda; y, en consecuencia, de descartar la interpretación desprendido.

Hay sentencias interpretativas que rechazan o defienden la cuestión constitucional planteada. Las primeras —sentencias interpretativas de falta de fundamento—, que también se conocen como «interpretaciones conforme a la Constitución»,<sup>235</sup> implican el rechazo de la excepción de inconstitucionalidad basada en una interpretación de la disposición legal dada por el juez o árbitro, siempre, claro está, que la interpretación elegida haga compatibles la ley y la Constitución. El segundo tipo —las sentencias interpretativas de rectitud— son aquellas que «sancionam com inconstitucionalidade parcial qualitativa o ato legislativo controlado, restringindo a sanção de invalidade não a alguns de seus dispositivos», lo que podemos denominar «inconstitucionalidad parcial cuantitativa», «mas a determinadas variantes interpretativas associadas a um ou a mais de um de seus enunciados normativos».<sup>236</sup>

Los juicios manipulativos en sentido estricto pueden adoptar la forma de «juicios aditivos y sustitutivos». Las sentencias aditivas son decisiones que acogen la declaración de inconstitucionalidad de una norma, sin reducir el texto del enunciado normativo;<sup>237</sup> se añade un significado constitucionalmente adecuado, que no estaba contemplado en el texto legal. En las sentencias sustitutivas, como su nombre indica, la norma inconstitucional es sustituida por lo decidido; las sentencias sustitutivas son aquellas en las que «uma substituição da determinação contida no texto da lei, pela decisão formada pelo tribunal, a partir do texto constitucional».<sup>238</sup>

## 5. INCOMPATIBILIDAD DE LA DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE LA RESERVA PLENARIA

Al establecer las premisas fundamentales de este estudio, se dijo que la declaración incidental de inconstitucionalidad en segunda instancia por parte del Poder Judicial debe observar la cláusula de reserva plenaria. Solo por el voto de la mayoría absoluta de los miembros del tribunal o de los miembros de su comisión especial, el Poder Judicial, en la segunda instancia de la jurisdicción, declarará la inconstitucionalidad de una ley del poder público, conforme previsto en el artículo 97 de la Constitución Federal.

La regla constitucional de reserva plenaria se aplica exclusivamente a los jueces de segunda instancia, ya que no existe ninguna formalidad procesal para que los jueces de primera instancia declaren una inconstitucionalidad. Se trata de una lógica adoptada por el principio constitucional brasileño, a la luz de la naturaleza orgánica del Poder Judicial, del que se deduce que la declaración de inconstitucionalidad ante los órganos judiciales colegiados debe observar un quórum calificado. La finalidad de la reserva del pleno; y, sobre todo, del enunciado número 10 del precedente vinculante, como ya se ha dicho, es impedir que un tribunal fraccional conozca de inmediato de un recurso de apelación o de

<sup>234</sup> DA SILVA RAMOS, Elival. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2015, 2.ª ed., p. 215.

<sup>235</sup> «A ideia que está por detrás da interpretação conforme, nessa perspectiva, é a de que só há razão para declarar a inconstitucionalidade da lei quando esta não abre oportunidade para interpretação constitucional». Mesmo reconhecendo que a interpretação conforme pode ser levada a cabo por qualquer juiz, explica Luiz Guilherme Marinoni que a popularização dessa ideia “se deve à sua utilização no controle concentrado, por Tribunais Constitucionais conscientes de que só devem excluir o dispositivo da ordem jurídica quando impossível dele extrair uma interpretação nos termos da Constituição. Claramente, a técnica de ‘interpretação conforme’ surgiu e se desenvolveu no direito constitucional dos países de Tribunal Constitucional para dogmaticamente, com base na separação entre texto e norma, responder aos reclamos contra a inconstitucionalidade das leis”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *A zona de penumbra entre o STJ e o STF: a função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 23, 25 y 26).

<sup>236</sup> DA SILVA RAMOS, Elival. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2015, 2.ª ed. p. 218.

<sup>237</sup> DA SILVA RAMOS, Elival. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 221.

<sup>238</sup> NERY, Nelson Jr. y Georges ABBOUD. *Direito constitucional brasileiro: curso completo: curso completo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 680.

una acción inicial sin antes suspender el procedimiento y remitir la cuestión constitucional a la decisión del pleno del tribunal especial, según lo que resulte aplicable al caso.<sup>239</sup>

Cuando se trata de arbitraje, la regla constitucional de reserva plenaria es inaplicable, incluso si el procedimiento arbitral es juzgado por un panel de árbitros, como suele ocurrir. No se requiere ninguna formalidad «relativa al número de jueces en el procedimiento arbitral para que la inconstitucionalidad de una ley sea declarada incidentalmente en el procedimiento».<sup>240</sup> Poco importa si el arbitraje será decidido por un árbitro único o por un panel de árbitros.<sup>241</sup>

En el arbitraje, el colegio de árbitros no se organiza en forma de sesión plenaria. Esto imposibilita, en la práctica, la formación de la mayoría absoluta exigida por el artículo 97 de la Constitución Federal, como nos recuerda Georges Abboud al tratar de la inaplicabilidad, por la misma razón, de tal disposición a los tribunales especiales pertenecientes al Poder Judicial brasileño.<sup>242</sup>

No cabe plantearse la aplicación de la regla constitucional de reserva plenaria a la declaración de inconstitucionalidad que deben realizar los árbitros o un único árbitro, ya que en el arbitraje no existe doble grado de jurisdicción, ni competencias funcionales específicas entre distintos órganos colegiados, existiendo un único tribunal arbitral —cuando no se opta por un único árbitro— con plena jurisdicción para aplicar la ley al caso concreto.<sup>243</sup> En este sentido, guardando las debidas proporciones entre ambos sistemas, el arbitraje equivale a la jurisdicción estatal de primera instancia, en la que, como ya se ha mencionado, el juez no sigue formalidades específicas en cuanto al *quórum* para declarar la inconstitucionalidad.

En cuanto a las deliberaciones colegiadas de los árbitros, la Ley de Arbitraje solo menciona, en el apartado 1 del artículo 24, que la decisión se adoptará por mayoría de votos; y, a falta de acuerdo mayoritario, prevalecerá siempre el voto del presidente del tribunal arbitral, el llamado «voto de calidad».

El voto discrepante de los árbitros carece, al menos en teoría, de efectos prácticos a los efectos concretos de la resolución de la controversia sometida a arbitraje (puede tener alguna relevancia para una de las partes), a diferencia de lo que puede observarse en los procedimientos judiciales estatales, en los que la divergencia puede modificar la técnica de enjuiciamiento, dando lugar a la ampliación del órgano colegiado, conforme al artículo 942 de la Ley Procesal Civil.

Imaginemos, pues, que un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros discrepa sobre la declaración de inconstitucionalidad de una ley aplicable al litigio. Si hay una opinión mayoritaria, prevalecerá lo que decida la mayoría, ya sea inconstitucionalidad o constitucionalidad. Por otro lado, si cada árbitro tiene una posición, la última palabra siempre estará en manos del presidente del tribunal arbitral, independientemente de cuál sea esta posición.

Se trata de demostrar que la propia Ley de Arbitraje brasileña también es reacia a la aplicación de la cláusula plenaria de reserva a los arbitrajes resueltos por una composición múltiple (impar) de árbitros. Después de todo, ¿qué sentido tiene exigir una deliberación numéricamente cualificada si siempre prevalecerá el voto de la mayoría sobre cualquier cuestión controvertida o, en última instancia,

<sup>239</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; Luiz Guilherme MARINONI y Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019, 8.ª ed., p. 1.065.

<sup>240</sup> Nótese que se tuvo el cuidado de decir que no se exigirá «qualquer formalidade referente ao número de julgadores», ya que la decisión sobre una cuestión constitucional debe estar debidamente fundamentada, bajo pena de constituir una afrenta a la propia Constitución Federal.

<sup>241</sup> Sobre los arbitrajes con árbitro único, vea cómo la doctrina ya se posicionó: «Nesse sentido, existem arbitragens com árbitro único, situação em que não há qualquer dificuldade em concluir pela inaplicabilidade do artigo 97 da Constituição Federal, já que não é órgão colegiado». (VIANNA ALVES FERREIRA, Olavo Augusto, Carlos Eduardo MONTES NETTO y Luiz Guilherme CASTRO. «Aplicación del artículo 97 de la Constitución Federal en el arbitraje». En: VIANNA ALVES FERREIRA, Olavo Augusto y Paulo Henrique DOS SANTOS LUCON (coords.) *Arbitragem*. 5 años da Lei 13.129 de 26 de mayo de 2015. Ribeirão Preto: Migalhas, 2020, ePUB).

<sup>242</sup> ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4.ª ed., p. 980.

<sup>243</sup> ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4.ª ed., p. 980.

la orientación del presidente del panel arbitral? Definitivamente, esta interpretación<sup>244</sup> no parece lógica.

## 6. ALCANCE DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EJERCIDO POR LOS ÁRBITROS

En el procedimiento arbitral, la decisión de inconstitucionalidad solo produce efectos respecto de las partes litigantes (*inter partes*), entendiendo aquí por tales las personas físicas o jurídicas comprendidas en el convenio arbitral y sus sucesores, por aplicación analógica del artículo 31 de la Ley de Arbitraje.<sup>245</sup> Los efectos de la decisión de inconstitucionalidad de los árbitros alcanzan únicamente a quienes participaron en el arbitraje como parte y a sus respectivos sucesores, por expresa previsión legal, aunque el procedimiento arbitral se haya celebrado en rebeldía, pues este fenómeno procesal no impide a los árbitros dictar sus laudos, tanto es así que el artículo 22, párrafo 3 de la Ley de Arbitraje dispone que la «rebeldía de la parte no impedirá que se dicte el laudo arbitral».

Por tanto, los árbitros no son competentes para decidir sobre la constitucionalidad de una ley en abstracto porque, en tal caso, la decisión tendría efectos *erga omnes*, excediendo indebidamente los límites subjetivos del convenio arbitral.<sup>246</sup> En Brasil, como se ha mencionado, el ejercicio del control abstracto, cuya eficacia es vinculante y *erga omnes*, pertenece solo al Supremo Tribunal Federal, estando vedado a los árbitros atribuir a la decisión de inconstitucionalidad eficacia que trascienda los aspectos subjetivos del proceso arbitral.

En esta línea, bajo el sistema de control difuso, que se realiza de forma incidental, la finalidad de la declaración de inconstitucionalidad «tem por finalidade subtrair alguém dos efeitos de uma lei inconstitucional, tornando-se, portanto, um instrumento de garantia dos direitos subjetivos do indivíduo».<sup>247</sup> En otras palabras, la declaración de inconstitucionalidad *incidenter tantum* en el arbitraje no provoca, ni puede provocar, la eliminación de la ley inconstitucional del ordenamiento jurídico, «mas tão-somente à sua não-aplicação ao caso particular, objeto da demanda».<sup>248</sup>

Según la corriente mayoritaria en el derecho brasileño, que se adopta en este trabajo, la inconstitucionalidad de una ley se sitúa en el ámbito de la nulidad, y no de la anulabilidad. Consecuencia natural y necesaria de esta premisa es «que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é de natureza declaratória, limitando-se a reconhecer um vício preexistente», por lo que su eficacia es retroactiva (*ex tunc*), impidiendo que una norma inconstitucional actúe en el tiempo creando derechos y obligaciones que no serían legítimamente exigibles.<sup>249</sup>

Una ley inconstitucional es nula desde su origen. Por lo tanto, si un laudo arbitral que declara la inconstitucionalidad de una disposición legal es dictado por los árbitros el 9 de julio de 2020, por

<sup>244</sup> Al contrario: «Portanto, considerando a inafastabilidade do controle de constitucionalidade pelos árbitros nas arbitragens colegiadas e que a sentença arbitral será sempre proferida pela maioria absoluta e, em caso de empate, a decisão caberá ao Presidente, alcançando a maioria absoluta, já que o número de árbitros é sempre ímpar (artigo 13, parágrafo 1º da Lei de Arbitragem), aplica-se a cláusula de reserva de plenário, sob pena de nulidade da decisão colegiada e possibilidade de controle judicial (via ação declaratória de nulidade ou impugnação ao cumprimento de sentença)». (VIANNA ALVES FERREIRA, Olavo Augusto, Carlos Eduardo MONTES NETTO y Luiz Guilherme CASTRO. «Aplicação do artigo 97 da Constituição Federal na arbitragem». En: VIANNA ALVES FERREIRA, Olavo Augusto y Paulo Henrique DOS SANTOS LUCON. *Arbitragem: 5 anos da Lei 13.129*, de 26 de maio de 2015. Ribeirão Preto: Migalhas, 2020, ePUB).

<sup>245</sup> Cite, entre otros innumerables defensores del efecto *inter partes* derivado del control difuso: PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 102.

<sup>246</sup> NERY, Nelson Jr. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 12.ª ed., p. 195. En el mismo sentido, aunque tratándose del juez togado: «Em fiscalização difusa, nenhum tribunal pode declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral, ao contrário do que acontece em fiscalização concentrada. Em fiscalização difusa a não aplicação do acto (ou da norma) pressupõe a não conformação pelo acto (ou pela norma) da relação material *sub judice*, ao passo que em fiscalização concentrada mostra-se possível tanto a declaração com eficácia *ex tunc* (retroactiva) quanto a declaração com eficácia *ex nunc*.» (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 517-518, cursiva en el original).

<sup>247</sup> MACEDO NERY FERRARI, Regina Maria. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 34.

<sup>248</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, 26.ª ed., p. 302.

<sup>249</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019, 8.ª ed., p. 177.

ejemplo, no es a partir de esa fecha cuando la inconstitucionalidad se aplicará al caso en cuestión, sino a partir de la fecha en que entró en vigor el artículo legal inconstitucional.

La excepción a la regla de la retroactividad de la eficacia temporal de la decisión de inconstitucionalidad radica en la posibilidad de que el juez module los efectos de esta decisión judicial para preservar la seguridad jurídica y el interés social. Sin embargo, no creemos que la técnica de modulación sea *apropiada* para los procedimientos de arbitraje.<sup>250</sup>

Cito, sin pretender agotar el tema, dos ejemplos que apoyen esta tesis. En primer lugar, porque no hay ninguna ley que prevea específicamente la modulación de los efectos en el control difuso, el único posible de ser realizado por los árbitros; solo existe la Ley 9.868/1999, que, en su artículo 27, prevé la modulación para los juicios de acciones directas de inconstitucionalidad y acción declarativa de constitucionalidad ante el Tribunal Supremo, por lo tanto, el control objetivo.<sup>251</sup> En segundo lugar —suponiendo que se supere el primer obstáculo y se entienda que el citado artículo 27 es de aplicación análoga al control difuso— porque existe cierta dificultad para contemplar, en términos prácticos, una situación tan excepcional hasta el punto de que los árbitros, en control difuso e incidental, entienden ser hipótesis de modulación, incluso porque la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad no puede banalizarse hasta el punto de ser utilizada como regla, y no como excepción.

Parece más acorde con el orden constitucional reservar únicamente al Tribunal Supremo la modulación de los efectos en el control difuso. De hecho, el Tribunal Supremo ha admitido esta posibilidad en situaciones excepcionales, especialmente en casos en los que la decisión sobre una cuestión constitucional ha supuesto un cambio en la jurisprudencia dominante.<sup>252-253</sup>

## 7. LA COSA JUZGADA Y LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL

En el subtema anterior vimos que la eficacia de la decisión de inconstitucionalidad de los árbitros se limita a las partes del procedimiento arbitral y a sus sucesores, siendo imposible modular los efectos de una decisión de inconstitucionalidad en el contexto del arbitraje. Analizaremos a continuación si tal decisión, al versar sobre una cuestión prejudicial, está amparada por el manto de la cosa juzgada.

Los árbitros ejercen un control difuso de constitucionalidad en el desempeño regular de su función jurisdiccional, aunque se sitúen en el ámbito privado. El proceso de arbitraje suele ser de

<sup>250</sup> Es cierto que, si la resolución de conflictos tributarios mediante arbitraje se afianza en el país, entonces, habrá más espacio para que los árbitros, atentos a la seguridad jurídica y al interés social, al realizar una ponderación de principios, modulen los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad. Esto, sin embargo, requeriría una reflexión más profunda. Se trata de una mera suposición futurista, teniendo en cuenta que las modulaciones de efecto por parte del Tribunal Supremo suelen hacerse en casos que implican discusiones fiscales. Como ya se mencionó en el capítulo introductorio, actualmente se discuten en el Senado Federal dos proyectos de ley sobre arbitraje fiscal: el Proyecto de Ley 4.257/2019, de autoría del Senador Antonio Anastasia, y el Proyecto de Ley 4.468/2020, de autoría de la Senadora Daniella Ribeiro.

<sup>251</sup> Hay quienes admiten la posibilidad de modulación de efectos en el control difuso por parte del Tribunal Supremo, por dos razones fundamentales: (i) el Código de Procedimiento Civil vigente casi equipararía el control concentrado al control difuso, y este último, al ser ejercido por el Tribunal Supremo, generaría «precedente vinculante»; y (ii) las decisiones judiciales tendrían carga normativa, que sería especialmente acusada cuando se tratase de decisiones de tribunales superiores, especialmente del Tribunal Supremo. (ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 30).

<sup>252</sup> Citado por todos: «RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. [...] 7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 9 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido». (RE 197.917, rel. min. Maurício Corrêa, Tribunal Plenario, juzgado el 6/6/2002, DJ 7/5/2004).

<sup>253</sup> En este sentido, el párrafo 3 del artículo 927 del Código de Procedimiento Civil dispone: «Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica».

conocimiento, dando lugar al dictado de una sentencia sobre el fondo en la que los árbitros aceptarán o rechazarán, total o parcialmente, la pretensión formulada por el demandante o también por el demandado, si existe reconvencción.

Según el artículo 31 de la Ley de Arbitraje, el «laudo arbitral produce, entre las partes y sus sucesores, los mismos efectos de la sentencia dictada por el Poder Judicial y, si es condenatorio, constituye título ejecutivo». El citado precepto, pese a aludir a *los efectos*, está tratando de la formación de la cosa juzgada, cuya peculiaridad, si se compara con la cosa juzgada,<sup>254</sup> «está no fato de que não cabe reapreciação do mérito da decisão por outro órgão, arbitral ou estatal, e que estará exposta a um prazo mais exiguo do que a sentença estatal para conquistar a imutabilidade, a depender da eventual demanda anulatória».<sup>255</sup>

La decisión de los árbitros sobre el fondo es cosa juzgada, aunque con propiedades diferentes de la cosa juzgada que se forma en los procedimientos que son competencia del Poder Judicial.<sup>256</sup> En cuanto a la eficacia subjetiva, la cosa juzgada, al igual que el ámbito del control difuso, solo es oponible a las partes y a sus sucesores, no pudiendo perjudicar a terceros.<sup>257</sup> La eficacia objetiva de la cosa juzgada se restringe a lo que fue solicitado y decidido; la decisión de los árbitros, como en el proceso estatal, como resultado del artículo 503, *caput* del Código de Procedimiento Civil, tiene fuerza de ley dentro de los límites de la cuestión principal expresamente decidida.

Pero ¿qué ocurre con la resolución de la cuestión constitucional por los árbitros: ¿está o no, como cuestión previa, rodeada de cosa juzgada? A continuación, se utiliza un ejemplo hipotético para concluir negativamente.

Imaginemos que una ley federal que entra en vigor después de una relación de arrendamiento altera los criterios de cálculo de los alquileres, incrementándolos sustancialmente, con aplicación inmediata, incluso sobre los contratos que ya están en curso.<sup>258</sup> El inquilino, perjudicado por la inesperada alteración legislativa, se niega a pagar el aumento. El arrendador, que es el propietario del inmueble, no está interesado en negociar y solicita inmediatamente un arbitraje, teniendo en cuenta que el contrato de arrendamiento tiene una cláusula de arbitraje, alegando que el arrendatario debe ser condenado a pagar el importe total del alquiler, basándose en la legislación vigente. En su defensa, entre otras cuestiones, la demandada, arrendataria, alega la inconstitucionalidad de la ley que impuso el aumento en los criterios de cálculo de los alquileres, argumentando que sería contraria al acto jurídico perfecto, protegido por el artículo 5, inciso XXXVI, de la Constitución Federal.

<sup>254</sup> «Lido com olhos obcecadamente técnicos, tal dispositivo poderia ser interpretado como mera alusão aos *efeitos substanciais* da sentença arbitral, como o declaratório, o constitutivo e o condenatório, sem nada dispor sobre a *ancoritas* que os resguarda — e tal é a notória e maciçamente aceita distinção proposta por Liebman mediante a formulação do binômio “eficácia e autoridade da sentença”, título e tema de formosa monografia. Renunciemos porém a essa visão puramente técnica ou exegética do art. 31. Em uma *interpretação teleológica* veremos que a *mens* do legislador, conquanto expressa em palavras menos adequadas, consiste na afirmação de que a sentença arbitral é apta a produzir no mundo exterior ao processo os mesmos *resultados* que a estatal. Produz os mesmos efeitos declaratórios, constitutivos ou condenatórios que esta, e esses efeitos, tanto quanto se dá em relação aos da sentença dos juízes togados, são aptos a adquirir a definitividade e a intangibilidade caracterizadoras da coisa julgada material. Em outras palavras, o laudo arbitral tem a plena capacidade de proporcionar de modo integral a pacificação dos litigantes mediante a eliminação de conflitos». (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 203, cursiva en el original).

<sup>255</sup> DE ALBUQUERQUE PARENTE, Eduardo. *O processo arbitral como sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 305.

<sup>256</sup> Al estar amparado por la cosa juzgada, el mérito del laudo arbitral es inmutable e indiscutible. La consecuencia de la inmutabilidad «consiste exatamente na proibição de propor uma ação idêntica a outra já decidida por sentença revestida da autoridade da coisa julgada». En cambio, la indisputabilidad opera de forma distinta: «Ao contrário da imutabilidade, a indiscutibilidade pressupõe que sejam distintas as ações que são objeto de cada um dos processos. O juiz do segundo processo fica obrigado a tomar como *premissa* de sua decisão a *conclusão* a que se chegou no processo anterior». (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *A coisa julgada*. Río de Janeiro: Forense, 2004, pp. 11-12).

<sup>257</sup> «El tercero “O terceiro que tenha sucedido a parte *após* a prolação de sentença arbitral (em processo de que essa última participou) está sujeito aos efeitos do provimento e vinculado pela coisa julgada”». (RECENA COSTA, Guilherme y Marcel Carvalho ENGHOLM CARDOSO. «Límites subjetivos da sentença arbitral e legitimidade do terceiro para ajuizar ação anulatória». En: DE CAMPOS MELO, Leonardo y Renato RESENDE BENEDEUZI (coords.). *A reforma da arbitragem*. Río de Janeiro: Forense, 2016, p. 606, cursiva en el original).

<sup>258</sup> Ejemplo tomado, con modificaciones, de BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019, 8.ª ed., p. 136.

En el ejemplo anterior, los árbitros no pueden resolver la disputa entre propietario e inquilino, aceptando o rechazando la reclamación de daños y perjuicios, sin antes tomar una decisión incidental sobre la constitucionalidad de la ley impugnada por el inquilino. La inconstitucionalidad, en este caso, sería una cuestión preliminar; solo después de resolverla podrán los árbitros decidir sobre el objeto del proceso.

A continuación, los árbitros declararon inconstitucional dicha ley que aumentaba los criterios para calcular los alquileres, aceptando el argumento del demandado; y, en cuanto al fondo, rechazaron la demanda del demandante, el arrendador, por falta de base contractual para condenar al arrendatario. La declaración de inconstitucionalidad, en este caso, sería accesoria al procedimiento arbitral, y su resolución sería una premisa lógica para el enjuiciamiento del litigio. Por lo tanto, no habría necesidad de hablar de cosa juzgada sobre la cuestión constitucional (prejudicial) decidida por los árbitros.<sup>259</sup>

La declaración de inconstitucionalidad en este ejemplo no era el objeto de la demanda en sí, sino solo el motivo por el que se decidió llegar al análisis del objeto del arbitraje. Entre las condiciones del actual sistema procesal civil brasileño, para que una cuestión prejudicial se vea afectada por la cosa juzgada, se encuentra la exigencia de que el juez, en este caso, los árbitros, sea competente, por razón de la «materia» (*ratione materiae*) y de la «persona» (*ratione personae*), para decidir el asunto como cuestión principal.<sup>260</sup> Esto no parece posible en este ejemplo, ya que en el control difuso solo el Tribunal Supremo Federal decide sobre la constitucionalidad como cuestión *principaliter*.<sup>261</sup>

El arrendatario no podría, porque los árbitros no son competentes para juzgar tal solicitud, demandar al arrendador ante un tribunal de arbitraje exclusivamente para que se declare la inconstitucionalidad de la ley que le perjudicó económicamente, haciendo de esta cuestión el núcleo del litigio.<sup>262</sup> No cabe duda «de que a questão subordinante só tem sentido no âmbito de determinado processo, não se admitindo que possa constituir objeto de apreciação judicial autônoma, em outro processo».<sup>263</sup>

El razonamiento puede resumirse del siguiente modo: la alegación de inconstitucionalidad, como cuestión previa lógica, es apreciada por los árbitros a lo largo de la motivación del laudo arbitral; una vez que han formado su convicción sobre la inconstitucionalidad, los árbitros podrán concluir el juicio arbitral aplicando el derecho a la especie, y es esta conclusión la que formará el dispositivo a cubrir por la autoridad de la cosa juzgada arbitral; no es la convicción, manifestada y justificada en la motivación de la decisión de los árbitros, la que se convertirá en inmutable por la *res iudicata*.<sup>264</sup>

Así, no figuraría en la parte dispositiva del laudo arbitral que se aceptó la petición de una determinada parte de declarar la inconstitucionalidad de una ley, ya que ésta no habría sido realmente una

<sup>259</sup> «Não temos dúvida em afirmar que os limites objetivos da coisa julgada arbitral são exatamente os mesmos da coisa julgada formada com a sentença judicial de mérito, ao menos quando se tratar de arbitragem doméstica, sujeita ao direito processual brasileiro. Em outras palavras, a coisa julgada arbitral alcança apenas e tão somente o dispositivo da sentença arbitral de mérito, não se estendendo às questões prejudiciais enfrentadas na fundamentação da decisão». (FICHTNER, José Antonio, Sergio Nelson MANNHEIMER y André Luís MONTEIRO. «Notas sobre a coisa julgada na arbitragem doméstica». En: AURELLI, Arlete Inês et al. (coord.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Theresza Alvim*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 798).

<sup>260</sup> Código de Procedimento Civil: «Art. 503: A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: I.- dessa resolução depender o julgamento do mérito; II.- a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III.- o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal».

<sup>261</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019, 8.ª ed., p. 176.

<sup>262</sup> «Ainda que a questão constitucional possa ser incluída dentro do conceito de objeto do processo, no sentido que engloba todas as questões que o juiz é chamado a decidir para a resolução da lide, ela não é o objeto do processo». (ROSSONI BIMKOWSKI, Igor. *Coisa julgada e controle de constitucionalidade*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). São Paulo, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2013, p. 137).

<sup>263</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Processo civil e ideologia: subsídios estratégicos ao advogado do litigioso*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 238.

<sup>264</sup> «Vê-se que o julgador resolve questões tanto na motivação quanto no dispositivo; mas obviamente não as mesmas. A distinção é de capital importância, v.g., para a delimitação do âmbito objetivo da coisa julgada: nele só se compreenderá a solução das questões finais, não a das questões instrumentais. A afirmação, mutatis mutandis, não é menos válida para a arbitragem do que para o processo judicial». (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. «Estrutura da sentença arbitral». *Revista de Processo*, 2002. vol. 107, pp. 9-17. Versión electrónica, p. 4).

petición, en sentido técnico, que debiera ser aceptada o denegada por los árbitros, cuya competencia está ligada al control difuso.

En la medida en que la cuestión constitucional se resolverá en la motivación de la decisión de los árbitros, y no en el dispositivo,<sup>265</sup> «a anulabilidade e/ou nulidade da avença poderá ser, posteriormente, rediscutida em outro processo judicial ou mesmo em outra arbitragem, já que não recai sobre ela a autoridade da coisa julgada».<sup>266</sup> Al fin y al cabo, una decisión que declara una inconstitucionalidad en un caso concreto «faz coisa julgada só em relação ao caso julgado, não em relação à lei (ou outro ato) declarada inconstitucional».<sup>267</sup>

## 8. ACUERDO DE LAS PARTES PARA RENUNCIAR AL CONTROL DIFUSO EN EL ÁRBITRAJE

Siendo el consentimiento *the foundation of arbitration*,<sup>268</sup> sería permisible, en principio, que las partes acordaran que los árbitros no tienen jurisdicción para ejercer un control difuso.

Sin embargo, esta afirmación es incorrecta. El ejercicio de la jurisdicción constitucional por los árbitros no está al alcance de las partes para acordarlo, aunque la autonomía de la voluntad tenga una importancia innegable para el instituto del arbitraje, como de hecho la tiene. La voluntad de las partes encuentra obstáculos insalvables en la fuerza normativa y supremacía de la Constitución, y es impracticable, por inconstitucional, que las partes establezcan en la cláusula arbitral, por ejemplo, que los árbitros no podrán controlar la constitucionalidad de las leyes, como si limitaran este deber, en un ejercicio de futurología, para evitar un probable movimiento del tribunal arbitral en esta dirección.

La jurisdicción constitucional, de la que deriva la facultad de los árbitros de interpretar y aplicar la Constitución Federal, actúa como fuente legítima de limitación de la voluntad de las partes. En este aspecto, la autonomía de la voluntad de las partes cede naturalmente el paso a la importancia de la armonía entre las leyes y la Constitución, evitando conflictos indeseables entre normas de distinta jerarquía.

Bien ha observado Ricardo Gamero Luque que se impide a las propias partes establecer en el convenio arbitral «la imposibilidad o prohibición de que los árbitros puedan conocer de los planteamientos de inconstitucionalidad de las normas, ya que ello implicaría contradecir el deber de cumplir y defender la Constitución que la norma constitucional les impone».<sup>269-270</sup>

Supongamos, sin embargo, que las partes, ignorando estos obstáculos, acordaron en la cláusula arbitral que los árbitros no estaban autorizados a ejercer el control difuso de constitucionalidad. ¿Qué

<sup>265</sup> Sobre la dificultad de distinguir la motivación del mecanismo dispositivo: «A propósito da dificuldade em se distinguir a *motivação do dispositivo*: “O juiz desenvolve, assim, uma atividade *lógica* ou *teórica*, enquanto decide sobre as razões das partes, e uma atividade *prática*, enquanto acolhe ou rejeita a pretensão do autor. A decisão que o juiz pronuncia, enquanto aprecia as razões das partes, designa-se comumente por *motivação* da sentença. A esta motivação segue-se a decisão da lide, que, por dever atuar fora do processo, é designada por *dispositivo*”». (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. Jurisdição Jurisdição e competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competência originária dos tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, vol. 2, p. 127, cursiva en el original). Las siguientes referencias a la palabra «juez» bien pueden sustituirse, sin cambio de significado, por la palabra «árbitro».

<sup>266</sup> FICHTNER, José Antonio, Sergio Nelson MANNHEIMER y André Luís MONTEIRO. «Notas sobre a coisa julgada na arbitragem doméstica». En: AURELLI, Arlete Inês et al. (coords.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Thereza Alvim*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 799.

<sup>267</sup> DA SILVA, José Afonso. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 137.

<sup>268</sup> HANOITAU, Bernard. *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*. International Arbitration Law Library, 2006, vol. 14, p. 32.

<sup>269</sup> LUQUE GAMERO, Ricardo. «El arbitraje y el control de la constitucionalidad». *Revista Peruana de Arbitraje*, 2007, n.º 5, p. 133.

<sup>270</sup> En una línea similar, aunque sin mencionar exactamente la inconstitucionalidad, Gary Born reconoce que el tribunal arbitral puede negarse a aplicar normas procesales elegidas por las partes cuando tales normas contravengan normas cognoscitivas, por ejemplo: «Only where such procedures would violate applicable mandatory law, by requiring fundamentally unfair or unequal procedures, or because they are otherwise unlawful, may a tribunal properly refuse to give them effect». (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2014, 2.ª ed., p. 2101). Si una ilegalidad podía descartar la aplicación del acuerdo de las partes por los árbitros, con mucha más razón podría hacerlo una inconstitucionalidad, como aquí se argumenta.

podían hacer los árbitros ante este *acuerdo de arbitraje* evidentemente *inconstitucional*? Al menos tres respuestas son posibles.

En primer lugar, en el momento de la ejecución del término del arbitraje, el tribunal arbitral podría alertar a las partes sobre la inviabilidad, bajo el prisma de la Constitución Federal, de acordar un convenio con tal contenido. El plazo de arbitraje modificaría, entonces, la cláusula de arbitraje, eliminando expresamente esta disposición inconstitucional.

En segundo lugar, si las partes rechazaran la exclusión de la disposición inconstitucional, como se ha sugerido anteriormente, los árbitros podrían simplemente declinar la investidura para actuar en el arbitraje, haciendo constar en las actuaciones, por escrito, que su retirada había sido motivada en virtud de un intento indebido e ilegítimo de las partes, por *contra constitutionem*, de restringir la facultad de los árbitros de controlar la constitucionalidad de las leyes.

En tercer lugar, teniendo en cuenta que cuando se firma el convenio arbitral, el arbitraje ya se considera instituido, los árbitros podrían advertir a las partes sobre la inconstitucionalidad de la limitación de sus poderes y deberes en relación con la jurisdicción constitucional. Si hay resistencia a ello, podrían continuar con el procedimiento, aunque para desconocer, en el futuro; y, si fuera necesario, tal acuerdo, declarando la inconstitucionalidad, si lo consideraran necesario. En este punto, cabe señalar que la responsabilidad de los árbitros frente a las partes no está amparada por la inconstitucionalidad.

Esta situación en la que los árbitros ignoran el pacto restrictivo de las partes podría generar impugnaciones legales —incluso, por ambas partes del caso— sobre la validez de cualquier laudo arbitral que declare la inconstitucionalidad. Sin embargo, el interrogatorio no tendría mayores posibilidades de éxito en el Poder Judicial, dado que la jurisdicción constitucional persigue un objetivo mayor, inherente al Estado constitucional de derecho, que es la armonía entre las leyes y la Constitución, por lo que no queda al arbitrio de las partes su limitación.

## 9. CONTROL DIFUSO Y JUICIO POR EQUIDAD EN EL ARBITRAJE

Con excepción de los arbitrajes con entidades de la administración pública, las partes pueden elegir que el arbitraje sea de derecho o de equidad (*ex aequo et bono*).<sup>271-272</sup> La equidad solo se utilizará como forma de enjuiciamiento en el arbitraje si las partes lo consienten explícitamente, pues de lo contrario el laudo estará viciado de nulidad, al haber decidido los árbitros más allá de los límites establecidos en el convenio arbitral.<sup>273</sup>

<sup>271</sup> Ley de Arbitraje: «Art. 2: A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. [...] § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade». El Código de Procedimiento Civil también prevé el juicio por equidad en el párrafo único del artículo 140, que autoriza al juez a decidir de esta manera únicamente en los casos previstos por la ley. Por lo tanto, a diferencia del arbitraje, donde reina la autonomía de las partes, en el procedimiento civil el juicio de equidad se produce cuando la ley lo permite. La Constitución Federal no prevé el juicio por equidad.

<sup>272</sup> Sobre la cuestión del juicio por equidad, se está de acuerdo con la observación de Gilbert Guillaume, en el sentido de que los tribunales judiciales y arbitrales raramente deciden sobre esta cuestión: «The primary function of the national judge or arbitrator, like the international judge or arbitrator, is to adjudicate disputes. He rarely rules *ex aequo et bono*, and most often decides on the basis of the applicable law. In so doing, he interprets the legal rule he selects. However, the judge and the arbitrator are not machines that distribute judgments and awards. They enjoy a certain freedom in the exercise of their duties». (GUILLAUME, Gilbert. «The use of precedent by international judges and arbitrators». *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, vol. 2, n.º 1, p. 5).

<sup>273</sup> En este caso, se aplicará el artículo 32, punto IV de la Ley de Arbitraje.

Al juzgar *por equidad*,<sup>274</sup> los árbitros pueden decidir la controversia «reduzindo, ampliando, aplicando ou criando a regra que melhor assegure o equilíbrio entre os contendentes».<sup>275</sup> Al juzgar por equidad, los árbitros son libres de resolver un determinado litigio según su *sentido de la justicia* para el caso concreto,<sup>276</sup> aunque la decisión a tomar no esté amparada por el ordenamiento jurídico y aunque el resultado más justo, desde la perspectiva subjetiva de los árbitros, sea el contrario al derecho infraconstitucional.<sup>277-278</sup>

Contrariamente a lo que pueda parecer en principio, decidir por equidad no implica necesariamente adoptar una solución *contra legem*. Es aceptable que las partes opten por un juicio por equidad y que los árbitros entiendan, en una situación dada, que la decisión más justa sería aplicar la ley elegida por los litigantes.<sup>279</sup> Esto es así porque el juicio de equidad no se enfrenta al juicio legal; ambos pertenecen al mismo sistema de protección jurisdiccional, de ahí que se concluya que el juicio de equidad «é uma técnica que faculta ao julgador que se afaste do direito positivo quando, no caso particular, este for injusto».<sup>280</sup>

A pesar de estas consideraciones, el juicio de equidad tiene límites.<sup>281</sup> No se puede tolerar que esta misma sentencia ofenda la Constitución (*contra constitutionem*,<sup>282</sup> especialmente su *núcleo duro*, que trata de los derechos fundamentales, las libertades públicas y los principios, aunque se acepte el juicio de equidad *contra legem*.

<sup>274</sup> La sentencia *por equidad* se distingue de la sentencia *por equidad*: «No julgamento *com* equidade, o julgador não está autorizado a se afastar do direito positivo, porém dele mesmo extrai o poder de julgar equitativamente (*vide*, por exemplo, art. 928, parágrafo único, do Código Civil). No julgamento *por* equidade, o julgador está autorizado a se afastar do direito positivo para decidir com base no *sensu de justiça*». (AMARAL RIZZO, Guilherme. Arbitragem e precedentes. En: LEVY, Daniel y Guilherme SETOGUTI J. PEREIRA, (coords.) *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 286, nota 29, cursiva en el original).

<sup>275</sup> CARMONA, Carlos Alberto. «Julgamento por equidade em arbitragem». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2011, vol. 30, p. 237. Para un análisis más profundo de la sentencia por equidad, incluido el examen de las legislaciones extranjeras, véase: DELLA VALLE, Martim. *Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional*. Tese (Doutorado em Direito Internacional). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2009.

<sup>276</sup> OLIVENCIA RUIZ, Manuel. «El laudo: naturaleza, clases y contenido». *Revista de Arbitraje Comercial e Inversiones*, 2009, vol. 2, p. 666; RIVAS CASO, Gino. «La motivación de laudos en España. Análisis crítico de la regulación». *Revista de Arbitraje Comercial e Inversiones*, 2016, vol. 9, p. 735.

<sup>277</sup> RIZZO AMARAL, Guilherme. «Arbitragem e precedentes». En: LEVY, Daniel y Guilherme SETOGUTI J. PEREIRA, (coords.) *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 286.

<sup>278</sup> Aunque es posible, en el juicio por equidad, una decisión *contra legem*, la doctrina autorizada registra que hoy en día las partes en un arbitraje esperan que los árbitros decidan de acuerdo con la ley, y las hipótesis concretas de opción por la equidad son raras. Por regla general, se ha visto que las partes optan por la aplicación del derecho vigente y descartan expresamente la posibilidad de un juicio por equidad. (MOSES, Margaret L. *The principles and practice of international commercial arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 78-79).

<sup>279</sup> «Pelo que se viu, pode o árbitro, autorizado a julgar por equidade, decidir em sentido contrário àquele indicado pela lei posta, o que não quer dizer que deva ele necessariamente julgar afastando o direito positivo. Em outros termos, se a aplicação da norma levar a uma solução justa do conflito, o árbitro a aplicará, sem que isto possa ensejar qualquer vício no julgamento. Ao conceder poderes para julgar por equidade, não podem as partes que obrigatoriamente o árbitro afaste o direito positivo, o que configura uma mera faculdade, como se percebe claramente: nesse caso, porém, será sempre interessante que o árbitro explique que, apesar da autorização para julgar por equidade, está aplicando o direito posto por considerar adequada a solução dada pela lei ao caso concreto». (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2007, 2.ª ed., p. 77).

<sup>280</sup> CARMONA, Carlos Alberto. «Julgamento por equidade em arbitragem». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2011, vol. 30, p. 237. En el mismo sentido véase: FICHTNER, José Antonio, Sergio Nelson MANNHEIMER y André Luís MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 80.

<sup>281</sup> Se dice que el juicio por equidad no es un salvoconducto para que el árbitro decida arbitrariamente, siendo necesaria, por ejemplo, la motivación de la decisión, so pena de anulación del laudo arbitral (DE ALBUQUERQUE PARENTE, Eduardo. *O processo arbitral como sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 288). Además, la propia Ley de Arbitraje parece establecer límites al juicio por equidad cuando dispone que las partes pueden «escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública» (artículo 2, § 1).

<sup>282</sup> NERY, Nelson Jr. «Sentença Julgamento arbitral por equidade e prescrição». *Revista de Direito Privado*, 2011, vol. 45, pp. 323-373. Versión electrónica, p. 10; ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, 2.ª ed., p. 1.045; DE VASCONCELOS, Carlos Eduardo. «Problemas de arbitraje por equidad». *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2006, vol. III, n.º 9, p. 54. Por el contrario, Rodrigo Garcia da Fonseca parece admitir las decisiones arbitrales *contra constitutionem* en las sentencias por equidad: «Vale anotar, no entanto, que se a arbitragem for por equidade, conforme a escolha das partes, como já se observou acima, nenhuma destas questões sobre o controle de constitucionalidade das leis, sobre súmula vinculante ou outras decisões judiciais de efeitos *erga omnes* se colocará, simplesmente por não ser preciso que os árbitros julguem a matéria que lhes foi submetida de acordo com o direito e a lei, podendo se socorrer de considerações outras extra-jurídicas, dentro do critério de equidade livremente eleito pelas partes». (GARCIA DA FONSECA, Rodrigo. «Reflexões sobre a sentença arbitral». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2005, vol. 6, pp. 40-74; versión electrónica, p. 10).

Las normas constitucionales no pueden ser relegadas a un segundo plano por los árbitros en la decisión, no importa, en este caso concreto, si la voluntad de las partes va en ese sentido, so pena de nulidad del laudo arbitral. El deber jurisdiccional de interpretar y aplicar la Constitución Federal no está sujeto a la discrecionalidad de las partes, que deben atenerse estrictamente a lo dispuesto en las normas constitucionales. Es innegable que existe, por tanto, una barrera a la jurisdicción arbitral por equidad cuando los árbitros se enfrentan a una cuestión constitucional.

La elección por las partes de la equidad como criterio de decisión en el arbitraje no dará carta blanca a los árbitros para dictar una resolución que viole la Constitución Federal. La situación es diametralmente distinta: a pesar de la elección del juicio por la equidad, los árbitros no pueden desatender su deber jurisdiccional de ejercer el control difuso de constitucionalidad en las circunstancias en que sea necesario.



### CAPÍTULO 3

## ÁRBITROS Y LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL DECIDIDA Y RESUMIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL

Este capítulo trata de la repercusión, en el proceso de arbitraje, de las decisiones y precedentes del Tribunal Supremo Federal sobre cuestiones constitucionales. Inicialmente muestra el estado de la controversia académica en torno a la vinculación de los árbitros a las decisiones judiciales vinculantes, con la debida atención a las decisiones procedentes del Tribunal Supremo Federal con sede constitucional. En la última parte del capítulo se destacan las razones por las que se considera que los árbitros están efectivamente vinculados a determinadas decisiones del Tribunal Supremo, que deben considerarse fuentes de derecho interno.

### 1. OBSERVACIÓN PRELIMINAR

Uno de los objetivos conocidos del Código de Procedimiento Civil de 2015 fue potenciar el valor de las resoluciones judiciales, en un intento de garantizar una mayor previsibilidad de la jurisprudencia, la igualdad de trato a las partes y la seguridad jurídica, evitando la perniciosa lotería jurisprudencial, entendida como las resoluciones judiciales contradictorias o enfrentadas para casos iguales o muy similares.<sup>283</sup> Es sintomático, en este aspecto, el *caput* del artículo 926 del Código de Procedimiento Civil, según el cual los «tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente».

Entre otras disposiciones destinadas a alcanzar este objetivo, el artículo 927 del Código de Procedimiento Civil dispone que «juízes e tribunais observarão»: (I) las decisiones del Supremo Tribunal Federal en los casos de control concentrado de constitucionalidad; (II) las sentencias de los precedentes vinculantes; (III) las sentencias de los Incidentes de Asunción de Jurisdicción, Incidentes de Resolución de Reclamos Repetitivos o sentencias sobre recursos extraordinarios y especiales repetitivos; (IV) las sentencias de los precedentes del Supremo Tribunal Federal en materia infraconstitucional; (V) la orientación del órgano plenario o especial al que están vinculados los jueces y tribunales.

El artículo 927 ha creado tal vez una de las mayores controversias nacionales en el proceso civil, ya que dio lugar a discusiones muy ricas y acaloradas sobre si Brasil tiene un sistema de *precedentes judiciales vinculantes*.<sup>284</sup> Esto invariablemente trajo al centro de atención las referencias al sistema *stare decisis* típico del *common law*.<sup>285</sup>

Esta obra, sin embargo, adopta una denominación diferente.<sup>286</sup> Parece más adecuado sostener que la lista del artículo 927 enumera una serie de resoluciones judiciales —y no auténticos preceden-

---

<sup>283</sup> Como se afirma en la Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil de 2015: «Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência. O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta».

<sup>284</sup> Algunos dicen que «[a]tingimos o ápice do dilema da existência de precedentes judiciais no direito brasileiro». (VIANA, Aurélio y Dierle NUNES. *Precedentes: a mutação no ónus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 224).

<sup>285</sup> Para una crítica consistente a la comunitarización del derecho brasileño, véase: STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, 2.ª ed.

<sup>286</sup> No se niega la posibilidad de juzgar, en Brasil, según el sistema de precedentes. Esto ya ocurre en la práctica hasta cierto punto. Cuando un juez, por ejemplo, decide un litigio de acuerdo con una decisión anterior dictada por el tribunal al que pertenece en un

tes— a las que el legislador, por política judicial, ha considerado oportuno atribuir efectos vinculantes.<sup>287</sup> Esta expresión engloba todo lo contenido en el artículo 927, y evita la confusión conceptual hecha por el legislador en dicha disposición, que mezclaba precedente, jurisprudencia, precedentes, etc. *Las sentencias* son «as declarações de pensamento do juiz, expressas no exercício do poder jurisdiccional [potestã] e pela forma determinada em lei: é justamente com a emissão dos provimentos que o juiz exerce o poder de que é investido».<sup>288</sup>

La opción legislativa mencionada tenía el claro propósito de luchar contra *los litigios repetitivos* para reducir la acumulación de casos. Las disposiciones vinculantes de la legislación brasileña son factores que reducen la complejidad de los litigios repetitivo.<sup>289</sup> El carácter específico de estas sentencias, destinadas a litigios masivos, dio lugar al apodo de «precedentes brasileños».<sup>290</sup>

Sobre esta preferencia terminológica, cabe hacer dos breves comentarios a modo de justificación. En primer lugar, no se acepta que una ley diga *a priori* lo que es o no un precedente, ya que la formación de un precedente, con su carácter coercitivo, solo se materializará en la medida en que se aplique en casos similares y futuros<sup>291</sup> —un precedente no nace precedente; se convierte en precedente con el paso del tiempo—.<sup>292</sup> En segundo lugar, aunque sea posible imponer legislativamente lo que es o no un precedente judicial, es cierto que no todas las disposiciones enumeradas en la lista del artículo 927 pueden considerarse auténticos precedentes, como la enunciación de un precedente del Tribunal Supremo Federal.

El examen de la influencia, en el arbitraje, de las decisiones vinculantes del Supremo Tribunal Federal sobre cuestiones constitucionales es autónomo en relación con el estudio del artículo 927 del Código de Procedimiento Civil, ya que hay decisiones de esta naturaleza que se enumeran en la disposición mencionada, como las decisiones sobre el control abstracto, los precedentes vinculantes y

---

caso similar, existe una decisión de acuerdo con el precedente —en el sentido de una decisión anterior utilizada en un caso presente. (Cf. THEODORO, Humberto Jr., Dierle NUNES, Alexandre MELO FRANCO DE MORAES BAHIA y Flávio QUINAUD PEDRON. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, 3.ª ed., pp. 404-405). Del mismo modo, «[H]á tempos, no Brasil, os profissionais do direito invocam decisões judiciais anteriores, proferidas por tribunais de menor, igual ou maior hierarquia, quer para convencer o juiz ou o tribunal acerca do acerto ou equívoco de determinada tese, quer como fundamento das decisões judiciais». (Cf. BARIONI, Rodrigo. «Precedentes no direito brasileiro: desafios e perspectivas». *Revista de Processo*, 2020, vol. 310, pp. 265-291. Versión electrónica, p. 11). No se está de acuerdo, sin embargo, con el intento de importar terminologías y conceptos jurídicos que no se aplican en Brasil tal como se aplican en el extranjero. La obediencia al precedente es cultural y exige tiempo, y no puede ser impuesta por enmienda legislativa, menos aún por la doctrina, con el debido respeto.

<sup>287</sup> STRECK, Lenio Luiz y Georges ABBOUD. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, 3.ª ed., p. 107.

<sup>288</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, 3.ª ed., vol. 1, pp. 305-306, cursiva en el original. En el mismo sentido, ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 172.

<sup>289</sup> Georges Abboud, con quien coincidimos plenamente en este punto, explica que una buena comprensión de la función de las decisiones judiciales vinculantes en el derecho brasileño no es una mera filigrana académica, sino un precedente lógico para definir las correctamente. Afirma que, «do ponto de vista acadêmico, se não soubermos o que efetivamente são os mecanismos vinculantes repetitivos brasileiros, continuaremos associando-os de forma ingênua aos precedentes do *common law*, perdendo, assim, a riqueza do que seria argumentar por precedentes no Brasil, e, ao mesmo tempo, atribuiríamos qualidades e funcionalidades aos nossos provimentos vinculantes que sequer existem. Nunca é demais lembrar que nenhum dos provimentos elencados no CPC 927 existem, de forma isomórfica, no sistema do *common law*, só isso já deveria ser suficiente para não realizarmos essa importação teórica açodada. Já no que diz respeito ao âmbito prático, não compreender que nossos provimentos vinculantes são mecanismos judiciais de contingenciamento de processos repetitivos, impossibilitará sua aplicação em conformidade com a Constituição Federal, assegurando ao jurisdicionado o respeito ao contraditório e o direito à decisão judicial não discricionária e fundada na legalidade vigente, respeitando sempre a ordem hierárquica, Constituição, leis, provimentos vinculantes». (ABBOD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4.ª ed., p. 1.147, cursiva en el original).

<sup>290</sup> «O precedente judicial à brasileira, instituído por meio de lei e com atribuição vinculante, nos termos estabelecidos pelo vigente CPC (543-B e 543-C), mantidos no Novo CPC, notadamente pelo conteúdo disposto no art. 927, não pode ser compreendido como os genuínos precedentes do *common law*». (ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 154). Véase también: STRECK, Lenio Luiz e Igor RAATZ. «A teoria dos precedentes à brasileira: entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”». *Revista de Processo*, 2016, vol. 262, pp. 379-411.

<sup>291</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. «Precedente judicial como fonte do direito». São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2004, pp. 12-13; TARUFFO, Michele. «Precedente e jurisprudência». *Revista de Processo*, 2011, vol. 199, pp. 139-155. Versión electrónica, p. 4; DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 1.

<sup>292</sup> STRECK, Lenio Luiz y Georges ABBOUD. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, 3.ª ed., p. 106.

los precedentes persuasivos sobre cuestiones constitucionales, los dos primeros de los cuales son vinculantes por determinación de la propia Constitución Federal.<sup>293</sup>

Si el control de constitucionalidad es una actividad que, sencillamente, implica verificar la compatibilidad de las leyes y actos normativos con la Constitución, y, si el Tribunal Supremo es quien dice, en última instancia, a veces con eficacia *erga omnes* y vinculante para todo el país, qué interpretación debe darse a las normas constitucionales, es de suma importancia definir si los árbitros, en la justicia privada, deben o no obedecer el entendimiento del Tribunal Supremo sobre una cuestión constitucional, como ocurre con los magistrados de la jurisdicción estatal.<sup>294</sup>

## 2. CONTROVERSIA SOBRE SI LOS ÁRBITROS ESTÁN VINCULADOS POR DECISIONES JUDICIALES CONSTITUCIONALMENTE VINCULANTES

Existen diferentes posiciones doctrinales, en el derecho brasileño, sobre el arbitraje y los laudos judiciales vinculantes. Esta discusión cobró impulso con la entrada en vigor del Código de Procedimiento Civil de 2015 en virtud del citado artículo 927, pues ya existía un debate sobre la importancia del precedente vinculante para el proceso arbitral, por ejemplo, desde la llegada de la Enmienda Constitucional 45/2004.

De todo el material examinado sobre esta cuestión, es posible constatar que, aparentemente, no existe controversia sobre un punto neurálgico: el necesario diálogo de los árbitros, en la fundamentación de sus decisiones, con las pretensiones de las partes, lo que incluye las decisiones judiciales vinculantes, especialmente las provenientes de tribunales superiores.

Otra observación pertinente desde el principio se refiere a la problemática cuestión de si los árbitros deben o no estar vinculados por laudos judiciales vinculantes. Al principio de este trabajo se decía que el problema sería más aparente que real, teniendo en cuenta las especificidades de los conflictos de derecho sustantivo sometidos a resolución por arbitraje. Tal afirmación sigue siendo válida, señalando que «esse problema, embora desafiador sob o ponto de vista teórico, é, no Brasil, ao menos nesse estágio, de ocorrência menor, haja vista que a formação de precedentes está ligada muito a questões seriais, ao passo que a arbitragem lida mais com casos que possuem maiores especificidades fáticas e/ou probatórias».<sup>295</sup>

En breve resumen, y para organizar mejor la metodología del estudio, en este trabajo las teorías en torno a la vinculación de los árbitros a las órdenes judiciales se dividieron y resumieron en tres grandes bloques: la teoría de la no vinculación, por la que no se reconoce la vinculación de los árbitros a ninguna decisión del Poder Judicial; la teoría de la vinculación a disposiciones judiciales con y sin sede constitucional, con variables no solo en cuanto a las especies de disposiciones que vincularían a los árbitros, sino también en cuanto a los respectivos mecanismos de control; y la teoría de la vinculación de los árbitros solo a disposiciones judiciales que tengan sede constitucional.

<sup>293</sup> Constituição Federal: «Art. 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal»; «Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei».

<sup>294</sup> En este punto, cabe señalar lo siguiente: «De certas normas todos reconhecem com facilidade que devem ser aplicadas do mesmo modo em todo o território nacional; entre elas, sem dúvida, em linha de princípio, as normas constitucionais». (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 311).

<sup>295</sup> RODOVALHO, Thiago. «Os precedentes judiciais vinculantes do NCPC e o procedimento arbitral: estão os árbitros vinculados aos precedentes?». En: *Contraponto jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 119.

Es inevitable analizar todas estas vertientes doctrinales, aunque solo la última teoría es relevante para este estudio. Como hemos dicho, existen resoluciones judiciales vinculantes de carácter constitucional previstas en el artículo 927 del Código de Procedimiento Civil, por lo que el estudio de la materia pasa, en la mayoría de las ocasiones, por examinar las resoluciones de control de constitucionalidad y los enunciados de sumandos vinculantes.

## 2.1. *Teoría no vinculante*

Los partidarios de la primera teoría, en el orden expuesto, sostienen la no vinculación de los árbitros a las decisiones judiciales vinculantes; y, por tanto, rechazan obviamente esta vinculación también respecto de los pronunciamientos de sede constitucional.

Carlos Alberto Carmona y José Augusto Machado Filho figuran entre los partidarios de la teoría no vinculante. Tal y como ven la cuestión, entienden que se reduce a saber si el precedente es una fuente general del derecho o si se trata de una herramienta organizativa del Poder Judicial, que sería una fuente restringida al proceso estatal.<sup>296</sup> Desde ambos puntos de vista, el precedente se insertaría en esta segunda definición, es decir, sería una herramienta estructura organizativa del Estado-juez, ya que la función de crear leyes pertenecería al Poder Legislativo (a veces con la participación del Poder Ejecutivo), y no al Poder Judicial.<sup>297</sup>

A partir de esta premisa, destacan que la misión del árbitro sería autónoma y diferente de la de los jueces, y que no existe un deber de coherencia por parte del árbitro con respecto al ordenamiento jurídico, ni con la orientación jurisprudencial de los Tribunales del Estado.<sup>298</sup> Sobre este punto, afirman que «missão do árbitro é resolver um litígio em específico e para tanto seus deveres e função são especiais», para então concluírem que, mesmo que «o precedente seja tomado como norma de direito, sua não observância caracterizará, no limite, a má-aplicação do direito pelo árbitro, o que não comporta correção judicial nem expõe a sentença arbitral à demanda anulatória».<sup>299</sup>

Ricardo Dalmaso Marques es contundente al destacar la inexistencia de árbitros vinculantes a laudos judiciales vinculantes. La razón principal de ello, según él, consistiría en que un árbitro designado para juzgar un determinado litigio no encajaría visiblemente en un sistema jerárquico, es decir, sus decisiones no estarían sujetas a revisión por instancias superiores. Señala que «as sentenças arbitrais são autônomas, razão pela qual não haveria, por não estar enquadradas em nenhum sistema homogêneo, qualquer obrigatoriedade de que fossem uniformes».<sup>300</sup>

En cuanto a las normas constitucionales, discrepa de la opinión de que el Poder Judicial pueda invalidar los laudos arbitrales dictados en desacuerdo con dichas normas, lo que incluiría los efectos vinculantes y *erga omnes* producidos por las decisiones y precedentes vinculantes del Tribunal Supremo

<sup>296</sup> CARMONA, Carlos Alberto y José Augusto BITENCOURT MACHADO FILHO. «Arbitragem: jurisdição, missão e justiça». En: MOTA ARABI, Abhner Youssif, Fernando MALUF y Marcello Lavenère MACHADO NETO (coords.). *Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 224.

<sup>297</sup> CARMONA, Carlos Alberto y José Augusto BITENCOURT MACHADO FILHO. «Arbitragem: jurisdição, missão e justiça». En: MOTA ARABI, Abhner Youssif, Fernando MALUF y Marcello Lavenère MACHADO NETO (coords.). *Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 224.

<sup>298</sup> Sobre la coherencia del proceso arbitral, véase VISCONTI, Gabriel Caetano y José Victor PALAZZI ZAKIA. *Estudo sobre a coerência na prática arbitral*. São Paulo: Atelier Jurídico, 2018.

<sup>299</sup> CARMONA, Carlos Alberto; José Augusto BITENCOURT MACHADO FILHO. «Arbitragem: jurisdição, missão e justiça». En: MOTA ARABI, Abhner Youssif, Fernando MALUF y Marcello Lavenère MACHADO NETO (coords.). *Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 225. Merece la pena transcribir este extracto del citado texto: «Não existe remédio no sistema arbitral para cassar decisões que apliquem o direito de forma supostamente incorreta ou contrária ao precedente. É isso tem uma razão de ser: não cabe ao Judiciário rever o mérito de sentenças arbitrais, pois o sistema arbitral protege a missão do árbitro de julgar e pacificar o caso que lhe for submetido pela vontade dos litigantes. Sua função é autônoma, independente e corre ao lado da jurisdição estatal, o que nos leva a sustentar, sem medo de errar, que, no sistema arbitral, não há vinculação aos precedentes estatais, que são um método posto para atender a jurisdição exercida pelo Estado, conforme suas finalidades e escopos» (p. 225).

<sup>300</sup> DALMASO MARQUES, Ricardo. «Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas judiciais vinculantes do Supremo Tribunal Federal». *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2013, vol. 10, n.º 38, p. 119.

Federal.<sup>301</sup> Llega a afirmar que la anulación no sería aplicable ni siquiera «mesmo nas situações em que o Supremo Tribunal Federal houver julgado inconstitucional determinada norma e, portanto, tiver ela sido retirada do ordenamento jurídico brasileiro».<sup>302</sup> El citado autor solo admite que, en casos límite, el laudo arbitral podría ser invalidado si el razonamiento adoptado por el árbitro fuera deficiente; la anulación se produciría, por lo tanto, por defecto en el razonamiento y no por inobservancia del precedente judicial.<sup>303</sup>

Aunque considere que la decisión y el precedente vinculante son fuentes del derecho brasileño, lo que haría «índisputável o dever do árbitro considerá-las e aplicá-las, pois, assim, estará tão somente fazendo uso da lei aplicável ao mérito da disputa» —siendo este el derecho brasileño—, para Ricardo Dalmaso Marques esto no significaría que la decisión y el precedente vinculante vincularan efectivamente a los árbitros de la misma forma que vinculan al juez. Y esto sería así porque la decisión y el precedente vinculante «não produzem efeitos de vinculação além dos sistemas judicial e administrativo, ou seja, não alcançam o sistema arbitral, pois dizem respeito a regras e ritos específicos do sistema judicial», así como «o sistema arbitral brasileiro não comporta essa vinculação, uma vez que, hoje, inexistem remédios que importe a vinculação forçada aos precedentes criados pelo Supremo Tribunal Federal».<sup>304</sup>

Al discutir las acciones ante el Tribunal Supremo, Rômulo Mariani afirma, en primer lugar, que es legítimo que las partes esperen que el árbitro aplique la ley de acuerdo con lo que el Tribunal Supremo haya decidido en una acción declarativa de constitucionalidad o en una acción directa de inconstitucionalidad. Y es que, como regla general, cabría afirmar que el árbitro actuará correctamente, desde la perspectiva de la aplicación del derecho, si no aplica una norma declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo, si no declara la inconstitucionalidad, por control difuso, de una norma considerada constitucional por el Tribunal Supremo, y si respeta la interpretación conformidad con la Constitución establecida por el Tribunal Supremo Federal al declarar la constitucionalidad de una norma en control abstracto.<sup>305</sup>

Sin embargo, considera que la fuerza vinculante que acompaña a las decisiones en control abstracto y a los enunciados de precedentes vinculantes se restringe únicamente a los órganos del Poder Judicial y de la administración pública, tal y como establece el texto constitucional. Por lo tanto, sostiene que dicha fuerza vinculante no iría más allá de lo que denomina «as barreiras estabelecidas entre o sistema judicial e o sistema arbitral».<sup>306</sup> Para Rômulo Mariani, el deber del árbitro de justificar sus decisiones permanece intacto, buscando la coherencia, pero esto no significaría que el árbitro tendría que seguir necesariamente el entendimiento del Tribunal del Estado, incluso en el caso de control abstracto ante el Tribunal Supremo Federal.<sup>307</sup>

<sup>301</sup> «Salientamos, ainda nessa linha, que a hipótese de invalidação da sentença por ausência ou deficiência na fundamentação da sentença arbitral não pode ser invocada e admitida meramente por estar em descompasso com decisão ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. Sentença arbitral equivocada em seu mérito não é sentença arbitral inválida; e sentença arbitral em descompasso com o entendimento do Supremo Tribunal Federal não é sentença sem fundamentação e muito menos proferida fora dos termos da convenção de arbitragem, nos termos do art. 32, incisos III e IV, da Lei 9.307/1996». (DALMASO MARQUES, Ricardo. «Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas judiciais vinculantes do Supremo Tribunal Federal». *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2013, vol. 10, n.º 38, pp. 133-134).

<sup>302</sup> DALMASO MARQUES, Ricardo. «Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas judiciais vinculantes do Supremo Tribunal Federal». *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2013, vol. 10, n.º 38, p. 121.

<sup>303</sup> En una línea similar: «Em conclusão, parece-nos que os árbitros devem indicar e explicar porque resolveram não aplicar aquele precedente invocado pelas partes sem que esse precedente os vincule. Há um dever dos árbitros de explicar a discordância com as alegações das partes em relação aos precedentes, mas não há um dever de aplicá-los. Cumpre ressaltar, portanto, que a súmula vinculante não impõe a sua observância ao árbitro, a não ser que se trate de uma súmula sobre um princípio de ordem pública, pois isso levaria a anulação da sentença arbitral». (BONATO, Giovanni. «Arbitragem e precedentes». En: DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto; YARSHIEL, Flávio Luiz y Heitor Vitor MENDONÇA SICA, (coords.). *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 325).

<sup>304</sup> MARQUES, Ricardo Dalmaso. «Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas judiciais vinculantes do Supremo Tribunal Federal». *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2013, vol. 10, n.º 38, 2013, p. 126.

<sup>305</sup> MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 142.

<sup>306</sup> MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 145.

<sup>307</sup> MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 145.

Rômulo Mariani cree que se puede hablar de *eficacia normativa* de la decisión de inconstitucionalidad en un caso objetivo ante el Tribunal Supremo «quando o próprio órgão legislativo (Senado) retira a regra do mundo jurídico na forma do dispositivo constitucional em comento», porque, entonces, el árbitro será alcanzado por el mandato legislativo de la decisión judicial vinculante del mismo modo que cualquier otra actividad legislativa, aunque no reconoce el alcance a los árbitros del texto constitucional que establece el carácter vinculante de las decisiones en control abstracto y de los precedentes vinculantes.<sup>308</sup>

Su posición es que «a decisão que contrariar entendimento do Supremo Tribunal Federal, mesmo aquele fixado em sede de controle de constitucionalidade concentrado, não poderá ser considerada maculada, sem que se possa verificar uma vinculação do árbitro a essa espécie de decisão, a exemplo do que ocorre com o juiz estatal».<sup>309</sup> A lo sumo, continúa el autor, una decisión de este calibre podría ser vista como equivocada; sin embargo, ni siquiera sería dado reconocer el carácter vinculante del árbitro a las decisiones del Supremo Tribunal Federal en control de constitucionalidad (cualquiera que sea la modalidad), «podendo o árbitro lançar sua visão a propósito do tema de natureza constitucional como parte da aplicação do Direito ao caso, e, ao fim, concordar ou não com a visão já externada pelo Supremo Tribunal Federal».<sup>310</sup> Si la cuestión constitucional no es analizada o es incorrectamente interpretada por el árbitro, se produciría una aplicación errónea del derecho, que no legitimaría el control judicial posterior del laudo arbitral, ni siquiera bajo la alegación de afrenta al orden público.<sup>311</sup>

Todavía entre los que se oponen a la vinculación de los árbitros a las decisiones judiciales, Joel Figueira Jr., tomando como punto de partida lo que entiende como las «diferenças existentes entre as jurisdições estatal e a particular»,<sup>312</sup> afirma que los árbitros no estarían vinculados por los precedentes estatales —según él, los previstos en el artículo 927 del Código de Procedimiento Civil— en la medida en que (I) la Constitución Federal ya no hace referencia a dicha fuerza vinculante al tratar la cuestión alusiva al cumplimiento de los precedentes vinculantes y de las sentencias del Supremo Tribunal Federal en las acciones directas de inconstitucionalidad y en las acciones declarativas de constitucionalidad; y (II) no habría la misma referencia a la vinculación del árbitro en la ley procesal civil ni en la Ley 13.129/2015, responsable de la reforma puntual de la Ley de Arbitraje.<sup>313</sup>

Estas serían pruebas contundentes para Joel Figueira Jr. de que el árbitro no estaría vinculado a las decisiones judiciales vinculantes del Código de Procedimiento Civil, porque el arbitraje habría sido bien recordado por la legislatura de 2015, que lo habría elevado al nivel de *norma fundamental del proceso*

<sup>308</sup> MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 146: «Ou seja, há de existir a comunicação e o ato do Senado para que o ato normativo efetivamente deixe de existir, o que não deixa de no âmbito estatal preservar a vinculação imediata dos juizes à decisão com base na Lei nº 9.868/1999 e Constituição Federal (artigo 102, §2º). Mas essa vinculação existe por uma regra processual própria do sistema estatal, e não pelo fato de que a declaração do Supremo Tribunal Federal fez o ato inconstitucional desaparecer, até porque, admite-se, mesmo em sede de controle concentrado o entendimento pode ser revisto no futuro, ao menos quando se trata de reavaliar ato normativo cuja constitucionalidade foi decretada no passado. [...]» (pp. 147-148).

<sup>309</sup> MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 149.

<sup>310</sup> MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 150.

<sup>311</sup> MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 154.

<sup>312</sup> En este pasaje, Joel Figueira Jr. transcribe un interesante trabajo de Owen Fiss (Profesor de la Universidad de Yale), que presenta una distinción radical, por así decirlo, entre las figuras del árbitro y del juez, como se dice en el original: «Arbitration is like adjudication in that it too seeks the right, the just, the true judgment. There is, however, an important difference in the two processes arising from the nature of the decisional agency—one private, the other public. Arbitrators are paid for by the parties; chosen by the parties; and enjoined by a set of practices (such as a reluctance to write opinions or generate precedents) that localizes or privatizes the decision. The function of the arbitrator is to resolve a dispute. The function of the judge, on the other hand, must be understood in wholly different terms: he is a public officer; paid for by public funds; chosen not by the parties but by the public or its representatives; and empowered by the political agencies to enforce and create society-wide norms, and perhaps even to restructure institutions, as a way, I suggest, of giving meaning to our public values». (FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, 1979, vol. 93, n.º 1, pp. 30-31).

<sup>313</sup> DIAS FIGUEIRA, Joel Jr. «Arbitragem e precedentes judiciais». En: VIANNA ALVES FERREIRA, Olavo Augusto y Paulo Henrique DOS SANTOS LUCON (coords.). *Arbitragem: atualidades e tendências*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019, p. 152.

*civil brasileiro*, y reconocido como jurisdicción. Advierte que «se desejasse o legislador estender à jurisdicção arbitral a observância dos precedentes judiciais assim teria dito e assentado».<sup>314</sup> Al no haber mención expresa a los árbitros en el texto constitucional, ni en el *caput* del artículo 927 (ni en ningún otro pasaje del Código), concluye que sería imposible sostener el carácter vinculante del árbitro a las decisiones judiciales, a pesar de reconocerlas como fuentes de derecho.

Sin embargo, este autor considera que el árbitro debe seguir los laudos judiciales vinculantes solo en dos situaciones: (I) cuando las partes así lo dispongan en el convenio arbitral; o (II) cuando una entidad pública sea parte en el arbitraje, en cuyo caso existiría el deber de acatar los precedentes y decisiones vinculantes en acciones directas de inconstitucionalidad y declarativas de constitucionalidad del Supremo Tribunal Federal.<sup>315</sup>

## 2.2. Teorías del vínculo y sus variables

Las teorías que apoyan el carácter vinculante del árbitro abordan la cuestión desde diversas perspectivas, aunque existen puntos de convergencia más allá del propio acuerdo, por supuesto, con la posibilidad de vinculación. Son muchas las variables consideradas por los defensores de esta corriente doctrinal, que van desde los tipos concretos de laudos que vincularían la actividad arbitral hasta los grados de vinculación y los respectivos mecanismos de control judicial para cada situación práctica diferente, cuando este control se admite *a posteriori*.

Al considerar las decisiones judiciales vinculantes como fuentes de derecho, Sofia Temer afirma que es «inexorável a conclusão pelo dever dos árbitros de ponderá-los e aplicá-los quando do exercício de sua função jurisdicional», basándose tal entendimiento también en otros fundamentos, «como a exigência de isonomia e segurança jurídica na atividade jurisdicional (estatal ou arbitral), a concepção dworkiana de direito como integridade, e o ‘dever moral’ de seguir precedentes, entre outros».<sup>316</sup>

Sofia Temer entiende que, al ser las decisiones judiciales vinculantes fuentes de derecho, «a sua não aplicação pode significar julgamento fora dos limites da convenção de arbitragem, no que tange à escolha do direito para dirimir a controvérsia».<sup>317</sup> Si las partes optaran por aplicar la ley brasileña, sería correcto concluir que su aplicación incluiría tanto el texto legal como la interpretación vinculante que le atribuya el Poder Judicial.

Pese a ver el carácter vinculante de los árbitros a las resoluciones judiciales, sin extraer de ello un deber de razonamiento más riguroso que el exigible cuando se está ante la aplicación de la ley, el referido autor atestigua que este entendimiento no daría lugar a nuevas hipótesis de acción de anulación de laudo arbitral, ni serviría de sustrato para ampliar el elenco del artículo 32 de la Ley de Arbitraje para permitir el control judicial por incumplimiento del precedente.<sup>318-319</sup>

<sup>314</sup> DIAS FIGUEIRA, Joel Jr. «Arbitragem e precedentes judiciais». En: VIANNA ALVES FERREIRA, Olavo Augusto y Paulo Henrique DOS SANTOS LUCON (coords.). *Arbitragem: atualidades e tendências*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019, p. 154.

<sup>315</sup> DIAS FIGUEIRA, Joel Jr. «Arbitragem e precedentes judiciais». En: VIANNA ALVES FERREIRA, Olavo Augusto y Paulo Henrique DOS SANTOS LUCON (coords.). *Arbitragem: atualidades e tendências*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019, p. 154.

<sup>316</sup> TEMER, Sofia. «Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória». *Revista de Processo*, 2018, vol. 278, pp. 523-543. Versión electrónica, p. 2.

<sup>317</sup> TEMER, Sofia. «Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória». *Revista de Processo*, vol. 278, 2018, pp. 523-543. Versión electrónica, p. 6.

<sup>318</sup> TEMER, Sofia. «Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória». *Revista de Processo*, 2018, vol. 278, pp. 523-543. Versión electrónica, p. 8.

<sup>319</sup> En un sentido similar: «Isso porque, em sendo os precedentes judiciais fonte normativa de Direito é consectário lógico que os árbitros deverão observá-los, assim como devem observar a lei, sempre quando a arbitragem tiver que ser julgada segundo o Direito brasileiro. A questão afeta à existência ou não de mecanismos de controle dos laudos arbitrais fica relegada a um segundo plano, não se mostrando legítimo, a nosso ver, definir o dever ou não de observância dos precedentes judiciais com base na presença ou na ausência de consequências legais em caso de violação a esse suposto impositivo legal». (GONZAGA DRUMOND CENACHI, Luiza. «Uma questão polêmica: o árbitro é obrigado a observar os precedentes judiciais?». En: DOS SANTOS LUCON, Paulo Henrique, Juliana CORDEIRO DE FARIA, Edgar Audomar MARK NETO y Ester Camila GOMES NORATO REZENDE (orgs.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Jr.* Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 891). Véase también: FREIRE DE PAULA REIS, Christiane. «Is the arbitrator obliged to follow a judicial precedent in international arbitration?». *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 2018, vol. 110, pp. 265-278. Versión electrónica, p. 2.

Luis Felipe Salomão y Rodrigo Fux, fijados en la idea de que los precedentes son fuentes del derecho, avalan la tesis de que los árbitros están vinculados por las decisiones judiciales vinculantes, especialmente porque entienden que el Código de Procedimiento Civil de 2015 «foi cristalino ao reconhecer eficácia normativa de determinadas decisões, fato que fez com que os precedentes enumerados como vinculantes evidenciassem o mesmo valor da norma legal: fonte imediata e obrigatória do direito».<sup>320</sup>

Al entender el proceso de realización del derecho de forma *unitaria*, escriben que negar la vinculación del árbitro a las decisiones judiciales «sería negar o caráter unitário do ordenamento jurídico, já que possibilitaria ao intérprete selecionar conforme sua conveniência as regras do ordenamento que são (ou não) aplicáveis».<sup>321-322</sup> Afirman que esta hipótesis podría crear “tenebroso cenário de manifestações jurisdicionais contraditórias apenas pela escolha do procedimento”, recordando al mismo tiempo que la elección por el arbitraje no sería más que la opción por un procedimiento distinto, y no exactamente un resultado diferente del que se obtendría en el Poder Judicial.<sup>323</sup>

Para Luis Felipe Salomão y Rodrigo Fux, por lo tanto, la no aplicación de órdenes judiciales vinculantes por parte del árbitro sería un «falha gravíssima no sistema», teniendo en cuenta que el tribunal de arbitraje y el tribunal estatal darían respuestas opuestas a casos iguales, a pesar de que ambos se basan en el mismo sistema jurídico.<sup>324</sup> Advierten de que ir en contra de lo que denominan «natural movimento de coesão entre arbitragem e jurisdição estatal» equivaldría a empañar todo el camino recorrido en esta dirección hasta hoy. Además de no obedecer a la lógica del sistema, «esse cabo de guerra só enfraquecerá o sistema jurisdicional, conduzindo inexoravelmente ao desprestígio paulatino do instituto da arbitragem perante o Poder Judiciário».<sup>325</sup>

No se llegaría a la misma conclusión con respecto a los laudos judiciales persuasivos. Para estos autores, no existiría ninguna obligación para el árbitro de seguir este tipo de laudos judiciales, aunque reconocen el «papel relevantíssimo no esforço pela uniformização e pela harmonização da jurisprudência».<sup>326</sup> El laudo arbitral no podría, por tanto, ignorarlos sin más; existiría el deber de, al menos, tomar en consideración los laudos persuasivos cuando el árbitro forme su convicción sobre la controversia, lo que resultaría del deber constitucional de motivar las decisiones.

<sup>320</sup> SALOMÃO, Luis Felipe y Rodrigo FUX. «Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2020, vol. 66, pp. 139-174. Versión electrónica, p. 11.

<sup>321</sup> SALOMÃO, Luis Felipe y Rodrigo FUX. «Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2020, vol. 66, pp. 139-174. Versión electrónica, p. 12.

<sup>322</sup> Ana Basilio, a propósito do assunto, posiciona-se de forma semelhante: «Mas, a despeito da diferença dos institutos, consistiria em manifesta patologia sistêmica admitir-se a possibilidade, de um lado, de o juiz em uma demanda judicial estar vinculado ao precedente e, de outro, o árbitro em processo arbitral não, com fundamento nos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Sustentar o contrário seria admitir uma verdadeira cisão no Direito brasileiro, discrepante sobre temas idênticos de mérito, a depender de quem vai julgar o caso (um árbitro ou um juiz), o que acabaria por gerar indesejável insegurança e tomar o instituto da arbitragem desacreditado. Com base, pois, na prevalência do princípio da segurança jurídica e na integridade do sistema, deve-se concluir pela vinculação dos árbitros a todas as espécies de precedentes judiciais sobre temas de direito material, aos quais o legislador atribuiu eficácia vinculativa, tal como previsto no art. 927 do novo Código de Processo Civil, inclusive nos acordãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV.- enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V.- orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados». Afinal, uma vez proferida decisão vinculante sobre tema de direito substantivo, esse comando passa a ter *status* normativo e gera para os jurisdicionados a expectativa de que o seu comando vai nortear a solução de litígios sobre o mesmo tema». (BASILIO, Ana Tereza. «A arbitragem e a sua controversa vinculação aos precedentes do novo Código de Processo Civil». *Justiça & Cidadania*, edição 217, set. 2018, pp. 32-34).

<sup>323</sup> SALOMÃO, Luis Felipe y Rodrigo FUX. «Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2020, vol. 66, pp. 139-174. Versión electrónica, p. 12.

<sup>324</sup> SALOMÃO, Luis Felipe y Rodrigo FUX. «Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2020, vol. 66, pp. 139-174. Versión electrónica, p. 12.

<sup>325</sup> SALOMÃO, Luis Felipe y Rodrigo FUX. «Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2020, vol. 66, pp. 139-174. Versión electrónica, p. 13.

<sup>326</sup> SALOMÃO, Luis Felipe y Rodrigo FUX. «Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2020, vol. 66, pp. 139-174. Versión electrónica, p. 13.

La posición secundada por José Rogério Cruz e Tucci prestigia la tesis de vincular al árbitro a las decisiones judiciales. Una vez que las partes eligen la ley brasileña para regir el arbitraje, «tal ordenamiento jurídico, em todas as suas dimensões, deverá então servir de norte para fundamentar a futura sentença que colocará termo ao respectivo processo arbitral».<sup>327</sup> En otras palabras, el renombrado jurista señala que el árbitro, para dirimir la controversia sometida a su escrutinio, «tem o dever inafastável de julgar em consonância com o arcabouço de normas, regras e outras formas de expressão do direito que integram o direito positivo brasileiro».<sup>328</sup>

De ello se desprendería que el árbitro, al igual que el magistrado, no podría apartarse de la aplicación de la decisión judicial que consagrara una determinada interpretación de una disposición legal, ya que la orientación del Poder Judicial constituiría «valioso subsídio para que o árbitro, no processo hermenêutico de subsunção, possa aplicar a lei ao caso concreto, cumprindo adequadamente a missão que lhe foi outorgado pelas partes».<sup>329</sup> Tal obligatoriedad del árbitro no se justificaría propiamente en razón de la autoridad jerárquica de la que emana la decisión judicial, sino, más bien, en razón de su eficacia persuasiva y de la exigencia de seguridad jurídica, especialmente, cuando se está frente a una orientación jurisprudencial consolidada o resumida del Poder Judicial; si la hipótesis es un precedente vinculante, el árbitro deberá observarla con mayor razón.

La lógica del citado profesor de Arcadas sigue, en cierto modo, la ideología del derecho como unidad. Desde el punto de vista del principio de isonomía, José Rogério Cruz e Tucci sostiene que no tendría sentido admitir, por un lado, que el juez esté vinculado por las resoluciones judiciales y, por otro, que esas mismas resoluciones judiciales puedan ser ignoradas en el arbitraje.<sup>330</sup>

Aunque el árbitro está vinculado a la decisión judicial, no sería, al igual que el juez estatal, «esclavo del precedente». José Rogério Cruz e Tucci significó que, tanto el árbitro como el juez pueden, «em igualdade de condições, nas respectivas sentenças, justificar a inobservância de determinada exegese pretoriana».<sup>331</sup> Continúa afirmando que el incumplimiento, por parte del árbitro, de la decisión judicial vinculante sería un supuesto de *error in iudicando*, que haría inviable la interposición de un recurso de anulación, como es de todos conocido; en cambio, sería un supuesto de *error in procedendo*, que autorizaría la interposición de un recurso de anulación, si el árbitro, al ser recusado por las partes, no explicara la razón por la que determinada disposición judicial, incluido el precedente vinculante, no se aplicaría a la resolución de dicho litigio, ya sea por impertinencia absoluta o por superación del entendimiento debido a su obsolescencia.<sup>332</sup>

Guilherme Rizzo Amaral enseña que la vinculación de los árbitros a laudos judiciales vinculantes provendría del hecho de que las partes eligieron *el arbitraje en derecho*, ya que tales laudos integrarían el ordenamiento jurídico brasileño. Al partir firmemente de esta premisa, aclara que «o árbitro vinculado aos precedentes por conta da (inexistente) aplicação direta de dispositivos do CPC à arbitragem, mas pela vontade das partes que deram ao árbitro a missão de julgar *conforme o direito*».<sup>333</sup> Precisamente por eso sería obligatorio que los árbitros siguieran las decisiones judiciales vinculantes, sin que existiera el correspondiente mecanismo de control, so pena de juzgar por equidad.<sup>334</sup>

Al ver el árbitro como la única y última instancia del conflicto para el que recibió la investidura para actuar como juez privado, Guilherme Rizzo Amaral defiende que solo estaría obligado por la decisión judicial que vincularía a la última instancia del Poder Judicial sea el procedimiento judicial.<sup>335</sup>

<sup>327</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Questões polêmicas do processo arbitral*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 43.

<sup>328</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Questões polêmicas do processo arbitral*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 43.

<sup>329</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Questões polêmicas do processo arbitral*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 43.

<sup>330</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Questões polêmicas do processo arbitral*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 44.

<sup>331</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Questões polêmicas do processo arbitral*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 44.

<sup>332</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Questões polêmicas do processo arbitral*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 44.

<sup>333</sup> RIZZO AMARAL, Guilherme. «Arbitraje y precedentes». En: LEVY, Daniel y Guilherme SETOGUTI J. PEREIRA (coords.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 288, cursiva en el original.

<sup>334</sup> RIZZO AMARAL, Guilherme. «Arbitraje y precedentes». En: LEVY, Daniel y Guilherme SETOGUTI J. PEREIRA (coords.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 289.

<sup>335</sup> RIZZO AMARAL, Guilherme. «Arbitraje y precedentes». En: LEVY, Daniel y Guilherme SETOGUTI J. PEREIRA. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 290.

Entiende que, en ningún caso, el árbitro estaría obligado a seguir, por ejemplo, una decisión judicial dictada por un tribunal local, excepto si la cuestión debatida versa sobre derecho municipal que no pueda ser revisado por el Tribunal Superior de Justicia o por el Tribunal Supremo Federal.<sup>336</sup> Aunque no está obligado a hacerlo, el árbitro, en esta situación, no debe simplemente ignorar la sentencia del tribunal estatal, que tendrá efecto persuasivo en el caso concreto.

Por otro lado, el árbitro estaría, efectivamente, vinculado a las decisiones judiciales de los llamados tribunales de precedentes, «cuja função nomofilática —preponderância da uniformização do direito e não da resolução do conflito individual— impõe o reconhecimento do precedente como *fonte de direito* no ordenamento jurídico brasileiro».<sup>337</sup> La vinculación, en este sentido, equivaldría a la vinculación de los árbitros a la ley promulgada por el Poder Legislativo, aunque no debe confundirse con los efectos del control concentrado de constitucionalidad, que eliminaría la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico, prohibiendo su aplicación futura por el juez y el árbitro.

En cuanto al control judicial de los laudos arbitrales que versan sobre la aplicación de decisiones judiciales vinculantes, Guilherme Rizzo Amaral defiende que dicho control está «restrito às hipóteses de *desconsideração consciente* do precedente vinculante, sendo vedada a anulação da sentença arbitral por mera *aplicação errônea* do precedente».<sup>338-339</sup>

Lucas Buril de Macêdo y Maria Eduarda Almeida, en un intento de rechazar la posición de quienes discrepan del carácter vinculante del árbitro a las decisiones judiciales, consideradas por ellos como *precedentes* vinculantes, presentan tres argumentos. En primer lugar, los laudos judiciales vinculantes tienen carácter normativo y son fuentes de derecho, por lo que el deber del árbitro de acatar dichos laudos no es una cuestión de derecho procesal, sino de derecho imperativo. En segundo lugar, los laudos judiciales vinculantes serían instrumentos destinados a proteger la seguridad jurídica, principio aplicable a los procedimientos arbitrales, no forjándose únicamente en el marco judicial. En tercer lugar, por lo que se refiere a las órdenes judiciales vinculantes previstas en los artículos 103-A de la Constitución Federal y 927 del Código de Procedimiento Civil, aunque tales disposiciones indiquen su cumplimiento únicamente por los jueces y tribunales, no cabría duda de su aplicación también a las partes privadas, y una interpretación meramente literal de los textos sería insuficiente, ya que «não se pode ignorar a forma como o Estado-juíz define a solução de questões jurídicas, diante do fato de que o próprio direito estatal estabelece a solução definitiva pelo próprio judiciário».<sup>340</sup>

<sup>336</sup> RIZZO AMARAL, Guilherme. «Arbitraje y precedentes». En: LEVY, Daniel y Guilherme SETOGUTI J. PEREIRA. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 290.

<sup>337</sup> RIZZO AMARAL, Guilherme. «Arbitraje y precedentes». En: LEVY, Daniel y Guilherme SETOGUTI J. PEREIRA. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 290, cursiva en el original.

<sup>338</sup> RIZZO AMARAL, Guilherme. «Arbitraje y precedentes». En: LEVY, Daniel y Guilherme SETOGUTI J. PEREIRA. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 301, cursiva en el original.

<sup>339</sup> Merece la pena comprobar el *critério* de revisión de los laudos arbitrales que habrían prescindido de los laudos judiciales vinculantes: «1.- O juiz deve verificar se a questão de direito objeto do precedente foi devidamente arguida perante o árbitro de acordo com as regras aplicáveis ao procedimento arbitral. Não tendo sido, descabêrã a revisão da sentença arbitral com base no fundamento de desconsideração do precedente; 2.- Tendo havido arguição da questão, o juiz deve verificar se o precedente é, de fato, vinculante para o árbitro, na medida em que pode haver precedentes ou pronunciamentos judiciais de natureza distinta (precedentes persuasivos, *obiter dicta* etc.). Se o precedente não for vinculante, descabêrã a revisão da sentença arbitral com base no fundamento de desconsideração do precedente; 3.- Se o precedente for vinculante, o juiz deve então prosseguir com a análise sobre o modo com que o árbitro lidou com o precedente na sentença arbitral; 3.1. Se o árbitro reconheceu o precedente como vinculante, contudo deixou de aplicá-lo ao caso concreto por ter realizado o *distinguishing* por meio de argumentação minimamente razoável, descabêrã a revisão da sentença arbitral. Mesmo que o árbitro cometa erro ao distinguir o precedente ou, ainda, que o juiz discorde do resultado da sentença arbitral, não está autorizada a revisão da sentença arbitral, por se tratar de mero erro na aplicação do direito; 3.2. Se o árbitro reconhecer a existência do precedente, contudo negar seu efeito vinculante (expressa ou implicitamente), a impugnação à sentença arbitral deverá ser acolhida (veremos, a seguir, os mecanismos para se veicular tal impugnação) tendo em vista a desconsideração consciente do precedente vinculante; 3.3. Se o árbitro, apesar de provocado, deixar de se manifestar sobre o precedente vinculante, a impugnação à sentença arbitral deverá ser acolhida tendo em vista a ausência de fundamentação, além da própria desconsideração consciente do precedente vinculante». (RIZZO AMARAL, Guilherme. *Arbitragem e precedentes*. En: LEVY, Daniel y Guilherme SETOGUTI J. PEREIRA (coords.) *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 293, cursiva en el original).

<sup>340</sup> BURIL DE MACÊDO, Lucas y Maria Eduarda. ALMEIDA. «Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral?». En: VIANNA ALVES FERREIRA, Olavo Augusto y Paulo Henrique DOS SANTOS LUCON (coords.). *Arbitragem. atualidades e tendências*. Migalhas, 2019, p. 827.

En este sentido, una vez elegida la aplicación de la ley brasileña para resolver el conflicto sometido a arbitraje, «automaticamente os precedentes obrigatórios são chamados à solução da questão, pois não são nada mais do que parte da experiência jurídica que constitui e define a aplicação das normas brasileiras».<sup>341</sup> Lucas Buriel de Macêdo y Maria Eduarda Almeida dicen, entonces, que el carácter vinculante del árbitro a las sentencias judiciales resultaría del hecho de que las partes han elegido la ley brasileña como ley aplicable, y del hecho de que dichas sentencias forman parte del ordenamiento jurídico nacional, lo que sería esencial para interpretar correctamente un texto normativo.<sup>342</sup>

Aunque defienden la teoría vinculante, entienden que no todos los laudos judiciales enumerados en el artículo 927 del Código de Procedimiento Civil son vinculantes para la actividad jurisdiccional del árbitro. Solo las sentencias vinculantes dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia serían vinculantes para el árbitro, ya que son estos Tribunales los que tienen la función primordial de uniformar y desarrollar el derecho en el territorio nacional. Además, admiten excepcionalmente la vinculación del árbitro a las decisiones de los Tribunales del Estado en los asuntos en los que actúen como última instancia.<sup>343</sup>

Quien defiende la vinculación del árbitro a determinadas decisiones judiciales vinculantes, los llamados precedentes fuertes, es Márcio Bellocchi. En su opinión, el precedente tendría poder normativo y fuerza de ley entre las partes del procedimiento arbitral, así como para futuros casos idénticos (o similares), siempre que contengan la misma *ratio*.<sup>344</sup> Pero esto solo ocurriría en circunstancias específicas, a saber, en el caso de resoluciones judiciales «(i) do art. 927, inciso III,<sup>345</sup> (ii) do art. 988, incisos II e IV e §5º,<sup>346</sup> (iii) do art. 1.030, inciso I, alíneas *a* e *b*,<sup>347</sup> e (iv) do art. 1.039,<sup>348</sup> todos do NCPC».<sup>349</sup> En tales casos, las directrices del Poder Judicial serían de *aplicación obligatoria* a los arbitrajes cuya materia fuera igual, o sustancialmente igual, a la de la decisión judicial vinculante que serviría de fundamento al árbitro.

La tesis dirigida por Márcio Bellocchi se basa en la *previsibilidad* de la resolución del conflicto. Si las partes establecen la ley brasileña como la ley aplicable, sin ninguna excepción con respecto a las decisiones judiciales vinculantes, entonces «terá sido a sua intenção que os árbitros analisem e julguem o seu caso sob a ótica, inclusive, dos precedentes aplicáveis», motivo pelo qual todos os elementos do

<sup>341</sup> BURIEL DE MACÊDO, Lucas y Maria Eduarda ALMEIDA. «Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral?». En: VIANNA ALVES FERREIRA, Olavo Augusto y Paulo Henrique DOS SANTOS LUCON (coords.). *Arbitragem: atualidades e tendências*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019, p. 829.

<sup>342</sup> BURIEL DE MACÊDO, Lucas y Maria Eduarda ALMEIDA. «Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral?». En: VIANNA ALVES FERREIRA, Olavo Augusto y Paulo Henrique DOS SANTOS LUCON (coords.). *Arbitragem: atualidades e tendências*. Migalhas, 2019, p. 829.

<sup>343</sup> BURIEL DE MACÊDO, Lucas y Maria Eduarda ALMEIDA. «Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral?». En: VIANNA ALVES FERREIRA, Olavo Augusto y Paulo Henrique DOS SANTOS LUCON (coords.). *Arbitragem: atualidades e tendências*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019, p. 833.

<sup>344</sup> BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 135.

<sup>345</sup> Código de Processo Civil: «Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] III.- os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos».

<sup>346</sup> Código de Processo Civil: «Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...] II.- garantir a autoridade das decisões do tribunal; [...] IV.- garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; [...] § 5º É inadmissível a reclamação: I.- proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; II.- proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias».

<sup>347</sup> Código de Processo Civil: «Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I.- negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos».

<sup>348</sup> Código de Processo Civil: «Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada».

<sup>349</sup> BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 164, cursiva en el original.

ordenamento jurídico brasileiro «devem servir de base para o julgamento a ser proferido no processo arbitral».<sup>350</sup>

Márcio Bellocchi también comenta que el «respeito ao precedente não significa submissão ou falta de autonomia ou de independência» do árbitro, mas «a realização do *direito* e, no caso da arbitragem, o cumprimento do quanto contratado entre as partes, no espectro da jurisdição privada adotada como forma de resolução de controvérsia».<sup>351</sup>

Matizando igualmente las decisiones judiciales que serían vinculantes para el tribunal arbitral, Paulo Nasser defiende que los siguientes pronunciamientos judiciales previstos en el artículo 927 del Código de Procedimiento Civil obligarían a la interpretación normativa del árbitro: (I) las decisiones del Supremo Tribunal Federal en control concentrado de constitucionalidad; (II) los enunciados de precedentes vinculantes; (III) los enunciados de los precedentes del Supremo Tribunal en materia constitucional y del Superior Tribunal de Justicia en materia infraconstitucional; (IV) las sentencias dictadas en juicio de repetición de recursos; y (V) las sentencias de incidente de asunción de competencia por el Superior Tribunal de Justicia.<sup>352</sup>

Estos serían los pronunciamientos clasificados por el autor como *jurisprudencia calificada*, cuyo criterio de selección fue la unidad de la ley, por lo que solo «as hipóteses que uniformizam a interpretação normativa em âmbito nacional é que devem ser seguidas pelos árbitros, porque apenas nestas hipóteses há integração da significação do texto da lei ao direito brasileiro».<sup>353</sup> También según el autor, «a vinculação dos árbitros à jurisprudência qualificada deve partir da premissa da abrangência nacional e do caráter pacífico do entendimento», y «a jurisprudência qualificada ter sido concretizada por tribunais cuja função constitucional seja (i) a tutela da Constituição Federal, no caso do STF, e (ii) a interpretação e significação do conteúdo da lei federal, no caso do STJ».<sup>354</sup>

### 2.3. Teoría de la vinculación constitucional

Afiliado a la teoría que ampara el necesario respeto del árbitro a las decisiones judiciales vinculantes provenientes del Supremo Tribunal Federal, Cândido Rangel Dinamarco señala que la autonomía del arbitraje estaría limitada, por *imposição constitucional*, «pela adstrição dos árbitros a decidir com observância das *simulas vinculantes* do Supremo Tribunal Federal (Const., art. 103-A) e dos julgamentos definitivos de mérito tomados em ação declaratória de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade (art. 102, § 2º)».<sup>355</sup>

Para este reputado jurista, el no sometimiento del árbitro a la jurisprudencia constitucional asenada por el Tribunal Supremo «implicaria uma substancial diversidade de tratamento *aos litigantes*, conforme seus interesses venham a ser objeto de decisão por aquele ou pelo juiz togado».<sup>356</sup> De ahí que se pueda afirmar que la cuestión central no gira en torno a la libertad de decisión del árbitro y la autonomía del arbitraje, ni siquiera a una supuesta colisión entre las jurisdicciones estatal y arbitral, «mas a do resguardo dos direitos e interesses dos sujeitos que se põem sob a jurisdição deste».<sup>357</sup>

<sup>350</sup> BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 164. Al fin y al cabo, siempre según dicho autor, «[n]ão há como se franquear às partes a possibilidade de optar por uma jurisdição (estatal ou contratada) baseada na probabilidade, maior ou menor, de sucesso, pois em uma o direito seria um e em outra o direito seria diferente», haja vista que esse «quadro afrontaria, de modo inadmissível, a ideia de *unidade* ou de *universalidade do direito*, transformando a jurisdição em um verdadeiro jogo de loteria, o que, definitivamente, não é o intuito da jurisdição, qualquer que seja a sua natureza». (p. 165, cursiva en el original).

<sup>351</sup> BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 166, cursiva en el original.

<sup>352</sup> MAGALHÃES NASSER, Paulo. *Vinculações arbitrais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 141.

<sup>353</sup> MAGALHÃES NASSER, Paulo. *Vinculações arbitrais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 141.

<sup>354</sup> NASSER, Paulo Magalhães. *Vinculações arbitrais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 142.

<sup>355</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 212, cursiva en el original.

<sup>356</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 214, cursiva en el original.

<sup>357</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 214.

En efecto, Cândido Rangel Dinamarco afirma que la eventual aplicación, por el árbitro, de una norma declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo en control abstracto —por lo tanto, sustraída del ordenamiento jurídico nacional— debe ser censurada por el Poder Judicial a través de la vía adecuada, a saber, la acción de anulación.<sup>358</sup>

Thiago Rodovalho elucida que el árbitro «não está vinculado (*rectius*: obrigado) aos precedentes do art. 927 NCPC, estando vinculado apenas e tão somente aos precedentes com “assento constitucional”», aunque reconoce la importancia, desde el punto de vista pragmático, de que el árbitro dialogue siempre con las alegaciones de las partes, incluso con las decisiones judiciales vinculantes, si las hubiere. Esta tarea se realizaría en el razonamiento de la adjudicación.<sup>359</sup>

El referido autor refuta la vinculación del árbitro a los laudos judiciales del artículo 927 del Código de Procedimiento Civil —excepto los de sede constitucional, por lo dicho anteriormente— por no considerar tales laudos como *fuerza primaria del derecho brasileño*, ya que tal disposición no podría surgir de legislación infraconstitucional. Además, señala que el arbitraje y el Poder Judicial, aunque relacionados, constituirían sistemas separados, pues basta observar las siguientes dificultades prácticas: «os árbitros não formam precedentes, não podem fazer o *overruling*, não cabe reclamação se descumprirem um precedente judicial e não cabe recurso para rever o precedente».<sup>360</sup>

Esta tesis también la sostiene Marcos Fioravanti en una obra monográfica. En su entendimiento, el árbitro estaría vinculado por los enunciados de precedentes vinculantes, pero debe analizarse la aceptación del entendimiento expuesto en dichos enunciados arbitraje caso por caso.<sup>361</sup> Que el árbitro esté obligado a observar el precedente no equivaldría a decir que debe aceptar su contenido indiscriminadamente, sin el necesario examen de la pertinencia para el litigio en cuestión. El autor acepta la posibilidad de que el árbitro «dançar mão de técnicas de diferenciação ou superação desse enunciado normativo, podendo mesmo concluir pela sua inaplicação ao caso concreto».<sup>362</sup>

Al tener en cuenta el papel destacado que tendría en el derecho brasileño —dar unicidad al sistema jurídico—, Marcos Fioravanti afirma que el precedente vinculante, como fuente de derecho con alcance constitucional, no podría ser ignorado o contradicho por el árbitro sin distinción alguna, menos aún si las partes han elegido la ley brasileña como la regulación específica para la resolución de la controversia.<sup>363</sup>

Dado que el árbitro y el juez de oficio tienen funciones jurisdiccionales equiparables, no puede dejarse de lado «cidadãos têm a legítima expectativa de receber, seja do Poder Judiciário ou da arbitragem, decisão que analise o arcabouço normativo vigente como um todo, de maneira que não sejam surpreendidos por decisões que contrariem injustificadamente as fontes do direito em que estão inseridos».<sup>364</sup>

Para Marcos Fioravanti, «o árbitro deve observar os enunciados das súmulas vinculantes, verificando sua adequação ao caso que julga», con la salvedad de que observar, aquí, tendría el «sentido

<sup>358</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 215.

<sup>359</sup> RODOVALHO, Thiago. «Os precedentes judiciais vinculantes do NCPC e o procedimento arbitral: estão os árbitros vinculados aos precedentes?». En: *Contraponto jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 121, cursiva en el original.

<sup>360</sup> RODOVALHO, Thiago. «Os precedentes judiciais vinculantes do NCPC e o procedimento arbitral: estão os árbitros vinculados aos precedentes?». En: *Contraponto jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 121, cursiva en el original.

<sup>361</sup> SERRA NETTO FIORAVANTI, Marcos. *A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação?* Dissertação (Mestrado em Direito Civil). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017, p. 82.

<sup>362</sup> SERRA NETTO FIORAVANTI, Marcos. *A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação?* Dissertação (Mestrado em Direito Civil). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017, p. 82.

<sup>363</sup> SERRA NETTO FIORAVANTI, Marcos. *A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação?* Dissertação (Mestrado em Direito Civil). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017, p. 84.

<sup>364</sup> SERRA NETTO FIORAVANTI, Marcos. *A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação?* Dissertação (Mestrado em Direito Civil). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017, p. 84.

de analisar/considerar o comando sumulado no momento em que decide a controvérsia a ele submetida, assim como todas as demais fontes do direito eleito pelas partes». <sup>365</sup> Dicho de otro modo, el árbitro no estaría subordinado al mandato del precedente vinculante, sino que estaría obligado a observarlo, analizarlo, confrontarlo y justificar su incidencia o no al caso concreto, con independencia de la conclusión a la que llegue al respecto. <sup>366</sup>

Quando se trata, sin embargo, de una decisión del Tribunal Supremo que declara la inconstitucionalidad de una disposición legal, habría que hacer una consideración especial, según el citado autor. La ley declarada inconstitucional en control abstracto, como se ha visto, tendría el efecto de sacarla del ordenamiento jurídico, lo que imposibilitaría al árbitro decidir con base en ella. <sup>367</sup>

En este contexto, Marcos Fioravanti escribe que «a decisão do Supremo Tribunal Federal que extirpa do ordenamento jurídico ato normativo inconstitucional vincula o árbitro quando da fundamentação da sentença, vinculação essa que não decorre propriamente da decisão em si, mas da retirada daquele ato normativo do arcabouço jurídico eleito pelas partes para a decisão da arbitragem». <sup>368</sup> Por esta razón, un laudo arbitral que pueda ignorar la declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Supremo, basada en una disposición inexistente, no representaría una decisión que aplique equívocamente la ley brasileña, sino que sería comparable a una sentencia por equidad, ya que el árbitro ciertamente habría aplicado una ley distinta de la brasileña. <sup>369</sup>

El mismo razonamiento es seguido por Leonardo Greco, para quien la ley declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal en control abstracto sería retirada del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no podría ser aplicada por tribunales judiciales o arbitrales, a menos que haya una modulación de la eficacia temporal de la inconstitucionalidad. <sup>370</sup> Si la ley viada de inconstitucionalidad fuera, no obstante, invocada por el árbitro para fundamentar su decisión, el autor entiende que correspondería al Poder Judicial corregir ese «error de derecho», «se se caracterizar algum dos fundamentos do art. 32 ou implicar violação de garantias fundamentais do processo (art. 21, § 2º)». <sup>371</sup>

Leonardo Greco señala a continuación que el control judicial del arbitraje sería amplio para verificar la ocurrencia de errores de derecho en materia procesal, acentuándose aquí la influencia de la jurisprudencia. Por otra parte, señala que los errores sobre el derecho sustantivo solo podría ser objeto de un recurso de anulación por razones de orden público, «embora a invocação da jurisprudência e dos precedentes possa ter relevância para a caracterização desse fundamento». <sup>372</sup>

Probablemente, consciente de la vaguedad del concepto de orden público, señala que no toda declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Supremo, ni los enunciados de precedentes vinculantes, se elevarían, por sí solos, al nivel de cuestión de orden público. <sup>373</sup> No obstante, señala que el árbitro, al igual que el juez, «tem o dever de seguir o precedente no caso de precedente obrigatório (ADI, ADC e súmula vinculante), embora nem sempre suscetível de controle judicial», además de

<sup>365</sup> SERRA NETTO FIORAVANTI, Marcos. *A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação?* Dissertação (Mestrado em Direito Civil). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017, p. 86.

<sup>366</sup> SERRA NETTO FIORAVANTI, Marcos. *A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação?* Dissertação (Mestrado em Direito Civil). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017, p. 86.

<sup>367</sup> SERRA NETTO FIORAVANTI, Marcos. *A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação?* Dissertação (Mestrado em Direito Civil). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017, p. 92.

<sup>368</sup> SERRA NETTO FIORAVANTI, Marcos. *A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação?* Dissertação (Mestrado em Direito Civil). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017, p. 92.

<sup>369</sup> SERRA NETTO FIORAVANTI, Marcos. *A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação?* Dissertação (Mestrado em Direito Civil). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017, p. 92.

<sup>370</sup> GRECO, Leonardo. «Controlé jurisdiccional da arbitragem». *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2018, vol. XV, n.º 57, p. 20.

<sup>371</sup> GRECO, Leonardo. «Controlé jurisdiccional da arbitragem». *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2018, vol. XV, n.º 57, p. 20.

<sup>372</sup> GRECO, Leonardo. «Controlé jurisdiccional da arbitragem». *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2018, vol. XV, n.º 57, p. 20.

<sup>373</sup> El autor también señala a este respecto: «Não há automaticamente violação da ordem pública pela violação de precedentes, porque, mesmo entre os considerados vinculantes, pode haver muitos que tratem de matéria plenamente disponível». (GRECO, Leonardo. «Controlé jurisdiccional da arbitragem». *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. XV, n.º 57, 2018, p. 22).

tener el deber de justificar sus decisiones «em todos os casos de inobservância de jurisprudência constante e de precedentes de maior valor (NCPC, art. 489, § 1º, incisos V e VI), sendo possível ao árbitro *tout court* ignorar os demais provimentos judiciais vinculantes». <sup>374</sup>

Otro defensor de la tesis del árbitro vinculante a las decisiones judiciales vinculantes de sede constitucional es el exministro Ruy Rosado, que también tocó el tema del orden público al abordar esta cuestión. Dejó claro que no sería razonable concebir dos órdenes jurídicos en Brasil, uno derivado de la decisión del Tribunal Supremo, que obligaría a todos, jueces y administración pública, y otro que establecería libremente el tribunal arbitral, que podría, en esta hipotética situación, resolver el caso sin examinar el enunciado vinculante. <sup>375</sup>

A la luz de estas nociones preliminares, Ruy Rosado afirmó que la ley declarada inconstitucional en control abstracto por el Supremo Tribunal Federal no podía ser aplicada por el árbitro sin contravenir lo que denominó el orden público constitucional, <sup>376</sup> siendo Ciertamente, el árbitro también tendría prohibido descartar la aplicación de un precedente vinculante. <sup>377</sup> Dicho esto, hizo hincapié en que «o descumprimento de outros precedentes, que não aqueles dois do STF, não é causa de ação de anulação, salvo se expressar princípio de ordem pública». <sup>378</sup>

Ruy Rosado, apartándose parcialmente de las tesis detalladas hasta ahora, entiende que se daría el supuesto de anulación del laudo arbitral cuando contraviniera una ley cuyo contenido fuera de orden público, o cuando la resolución judicial vinculante consistiera en una declaración de tal magnitud; Sin embargo, y aquí radica la novedad, la anulación no se basaría en el artículo 32 de la Ley de Arbitraje, que enumera la lista de hipótesis que sirven de base para la invalidación de la decisión del árbitro, sino en el artículo 2, párrafo 1 de dicha ley, <sup>379</sup> dado que la anulación se produciría por violación del orden público, y no exactamente porque no se observaran las disposiciones vinculantes. <sup>380</sup>

Ante ello, registró su posición al respecto, consignando que «excluídos os precedentes vinculantes do STF, que são imperativos a todos por disposição constitucional, os demais precedentes em princípio não vinculam o árbitro», salvo cuando «a sentença desconhecer ou contrariar o preceito de ordem pública que o precedente eventualmente expressar». <sup>381</sup> La anulación por violación del orden público, sin embargo, solo se produciría en situaciones excepcionales, si se cogitara una violación manifiesta y grave de «princípios da ordem pública e dos valores que ela que preservar», cuya apreciación correspondería al juez. <sup>382-383</sup>

<sup>374</sup> GRECO, Leonardo. Controle jurisdicional da arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2018, vol. XV, n.º 57, p. 21.

<sup>375</sup> ROSADO DE AGUIAR, Ruy. «Arbitragem, os precedentes e a ordem pública». *Doutrina: edição comemorativa, 30 anos*. Brasília: Tribunal Superior de Justiça, 2019, p. 199.

<sup>376</sup> Ruy Rosado define el orden público y expone la forma que entiende adecuada para apreciarlo: «Em resumo, posso dizer que é de ordem pública a questão que versa sobre matéria inderrogável e inafastável pelas partes, em razão do interesse público prevalente que nela se expressa, reconhecível do ofício pelo juiz. [...] E, para reconhecer a ofensa à ordem pública, deve o juiz verificar se a situação significa não só atentado sério e concreto contra a disposição imperativa, mas, sobretudo, contra os fins que ela persegue». (ROSADO DE AGUIAR, Ruy. «Arbitragem, os precedentes e a ordem pública». *Doutrina: edição comemorativa, 30 anos*. Tribunal Superior de Justiça. Brasília, 2019, pp. 204, 205 y 208).

<sup>377</sup> ROSADO DE AGUIAR, Ruy. «Arbitragem, os precedentes e a ordem pública». *Doutrina: edição comemorativa, 30 anos*. Brasília: Tribunal Superior de Justiça, 2019, p. 199.

<sup>378</sup> ROSADO DE AGUIAR, Ruy Jr. «Arbitragem, os precedentes e a ordem pública». *Doutrina: edição comemorativa, 30 anos*. Brasília: Tribunal Superior de Justiça, 2019, p. 201.

<sup>379</sup> Lei de Arbitragem: «Art. 2. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública».

<sup>380</sup> ROSADO DE AGUIAR, Ruy Jr. «Arbitragem, os precedentes e a ordem pública». *Doutrina: edição comemorativa, 30 anos*. Brasília: Tribunal Superior de Justiça, 2019, p. 210.

<sup>381</sup> ROSADO DE AGUIAR, Ruy Jr. «Arbitragem, os precedentes e a ordem pública». *Doutrina: edição comemorativa, 30 anos*. Brasília: Tribunal Superior de Justiça, 2019, p. 210.

<sup>382</sup> ROSADO DE AGUIAR, Ruy Jr. «Arbitragem, os precedentes e a ordem pública». *Doutrina: edição comemorativa, 30 anos*. Brasília: Tribunal Superior de Justiça, 2019, p. 211.

<sup>383</sup> A modo de conclusión, Ruy Rosado resumió la tesis del árbitro vinculante a las disposiciones vinculantes de sede constitucional, desde su punto de vista: «o árbitro deve aplicar a Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e o julgamento concentrado de controle de constitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal, o que não fará, se demonstrar sua não incidência; a sentença

En la medida en que la declaración de inconstitucionalidad, en abstracto, promueve la retirada de la ley del mundo jurídico, tratándose de una decisión judicial que tiene claramente la facultad de *alcanzar el nivel legislativo*, Georges Abboud afirma que los particulares están sometidos a ella, con destino. El hecho de que los particulares estén sometidos a la declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Supremo se basa en que se les «impossibilitados de celebrarem contratos, ou ainda, de utilizarem a lei declarada inconstitucional como fundamento normativo de suas pretensões jurídicas».<sup>384</sup> Del mismo modo, dado que el árbitro está vinculado por la declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Supremo en control abstracto, se vería impedido de basar su laudo arbitral en la ley inconstitucional, puesto que ya no formaría parte del ordenamiento jurídico brasileño.<sup>385</sup>

Según Georges Abboud, el árbitro no estaría vinculado por todas y cada una de las decisiones del Tribunal Supremo en abstracto. La capacidad de vincular el laudo arbitral sería propia de las decisiones de rechazo frontal, es decir, de las decisiones del Tribunal Supremo que declaran la inconstitucionalidad de normas (o de una forma de interpretar el texto, como en el caso de la inconstitucionalidad sin reducción del texto), mientras que esta fuerza vinculante no podría reproducirse en las decisiones declarativas de constitucionalidad o interpretativas, «uma vez que é temporal e hermenêuticamente impossível fixar a interpretação correta, em abstrato, para todos os casos futuros».<sup>386</sup>

Además de las decisiones de rechazo total dictadas por el Tribunal Supremo en acciones directas de inconstitucionalidad, Georges Abboud considera que, en el derecho brasileño, por regla general «os provimentos judiciais que possuem previsão constitucional são vinculantes, a exemplo do caso da súmula vinculante, decisões com repercussão geral e julgados que tenham sido integralizados pelo inc. X da CF 52».<sup>387</sup> Destaca que no habría una vinculación inexorable, ya que el árbitro podría presentar argumentos de distinción y superación para no aceptar la orientación contenida en la disposición vinculante de sede constitucional. En consecuencia, el desconocimiento por parte del árbitro de dicha decisión no desencadenaría automáticamente una acción de anulación, ya que la anulación del laudo dictado por el tribunal arbitral sería «medida excepcional e não possibilita o Judiciário agir como mecanismo geral de revisão do mérito das decisões arbitrais».<sup>388</sup>

Georges Abboud también examinó la cuestión de la vinculación del árbitro a las disposiciones constitucionales desde la concepción *dworckiana* del derecho como *integridad*, concretamente para abordar aquellas disposiciones distintas de la decisión de rechazo total. Para el referido autor, no sería correcto afirmar que el árbitro tiene plena libertad para ignorar las decisiones interpretativas del Tribunal Supremo Federal y sus precedentes vinculantes, principalmente porque tales decisiones judiciales transmitirían cuestiones de derecho constitucional, por lo que existe, al menos, una *vinculación indirecta del árbitro*.<sup>389</sup>

Fue con la citada concepción *dworckiana* con la que Georges Abboud afirmó que existe una «obrigação moral de o árbitro orientar-se por precedentes e pelos princípios constitucionais», y ello debido a que «a fundamentação suficiente e adequada da solução da lide apenas estará assegurada se o juiz e o árbitro formularem uma resposta que esteja em coerência com o conjunto de princípios constitucionais e com a cadeia de decisões proferidas pelos tribunais superiores, em especial àquelas oriundas da jurisdição constitucional».<sup>390</sup>

---

não pode decidir contra a ordem pública nacional; nos casos acima referidos, caberá ação de anulação da sentença, com base no art. 2º, §1º, da Lei de Arbitragem; o sistema de arbitragem é peculiar e autônomo, mas não está no espaço, e sim inserido no ordenamento jurídico nacional, que deve respeitar naquilo que este tem de indispensável ao interesse público e inderrogável pelas partes; esse regime é o adotado pelas legislações estrangeiras e normas de direito internacional». (ROSADO DE AGUIAR, Ruy Jr. «Arbitragem, os precedentes e a ordem pública». *Doutrina: edição comemorativa, 30 anos*. Brasília: Tribunal Superior de Justiça, 2019, p. 216).

<sup>384</sup> ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4.ª ed., p. 1.235.

<sup>385</sup> ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4.ª ed., p. 1.236.

<sup>386</sup> ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4.ª ed., p. 1.236.

<sup>387</sup> ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4.ª ed., p. 1.245.

<sup>388</sup> ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4.ª ed., p. 1.245.

<sup>389</sup> ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4.ª ed., p. 1.248.

<sup>390</sup> ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4.ª ed., pp. 1.251-1.252.

### 3. VINCULACIÓN DE LOS ÁRBITROS A RESOLUCIONES JUDICIALES CON BASE CONSTITUCIONAL

En este documento se argumenta que los árbitros están vinculados a las decisiones judiciales con sede constitucional, que emanan del Tribunal Supremo Federal y son fuentes de derecho. Esto es lo que se tratará con más detalle en los siguientes subapartados, abordando el carácter vinculante de: la sentencia de acciones directas de inconstitucionalidad y sentencia declarativa de constitucionalidad (control abstracto); las cuestiones de precedentes vinculantes y persuasivos; la sentencia de recursos extraordinarios (control difuso); y la sentencia de amparo en acciones directas y declarativas.

#### 3.1. *Las sentencias constitucionalmente vinculantes son fuentes del derecho*

El sistema jurídico brasileño es de origen romano-germánico, vinculado al régimen de derecho civil, en el que impera el derecho estatutario, el derecho positivizado como fuente primaria del derecho. Las disposiciones del derecho escrito, en los países que pertenecen a esta misma familia, se presentan como una jerarquía, con la Constitución o las leyes constitucionales en la cúspide de la relación jerárquica. Por otro lado, la tradición *del common law* consiste en seguir lo que la jurisprudencia, los tribunales judiciales dicen sobre la ley (precedentes), quedando la legislación relegada a un segundo plano, aunque conserva su importancia. Existe, por tanto, una distinción en cuanto al análisis del Estado de derecho entre el derecho civil y el derecho anglosajón.

A este respecto, es oportuna la consideración de René David, para quien, en relación con la unidad del derecho occidental, se observa la misma actitud «quer nos países da família romano-germânica, quer nos países de *common law*, porquanto, aqui como lá, se perfilha a mesma concepção do direito ligada à descoberta e realização da justiça». <sup>391</sup> La diferencia entre ambas tradiciones residiría «unicamente no fato de, no âmbito da família romano-germânica, se procurarem descobrir as soluções de justiça do direito pelo recurso a uma técnica que tem como ponto de partida a lei, enquanto na família da *common law* se pretende o mesmo resultado, utilizando uma técnica que toma prioritariamente em consideração as decisões judiciárias». <sup>392</sup> No se podría inferir, como consecuencia necesaria de ello, una diferencia en cuanto a la naturaleza misma del derecho.

Al fin y al cabo, aunque no hemos entrado en los detalles de ambas familias del derecho occidental, ya que no es el núcleo del trabajo, es lícito admitir que las decisiones de los tribunales desempeñan un papel significativo en el derecho brasileño. <sup>393</sup> No se puede decir que una determinada persona conoce el derecho brasileño (o cualquier otro derecho, podría aventurarse a decir) sin saber cómo se pronuncian los tribunales estatales sobre las leyes vigentes en el país. <sup>394</sup> Y esto ocurre por una serie

<sup>391</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, 3.ª ed., p. 91.

<sup>392</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, 3.ª ed., p. 91.

<sup>393</sup> Cabe señalar que la interpretación de las leyes por parte de sus ejecutores ya era importante en el derecho romano. Thomas Marky, con alegría, demuestra la importancia del *prudential interpretatio* en aquella época, al mostrar cómo la interpretación de las normas por quienes las aplican es de necesario conocimiento: «Os pareceres dos juriconsultos exerceram papel importante na evolução do direito romano, desde os tempos antigos. As regras consuetudinárias do direito primitivo, bem como as das XII Tábuas e outras, todas bastante simples e rígidas, tinham que ser interpretadas para que pudessem servir às exigências de uma vida social e económica cada vez mais evoluída. Essa interpretação, nas origens remotas do direito romano, estava afeta aos pontífices, que eram chefes religiosos. Mais tarde, porém, passou a ser obra de juristas leigos (*prudentes*), conhecedores do direito. Eles inovavam, criavam novas normas, partindo das existentes: as XII Tábuas conheceram uma regra que punia, com a perda do pátrio poder, o pai de família que vendesse três vezes o filho. Desta regra, a interpretação jurisprudencial criou o instituto da emancipação. Para isso, o pai deveria vender, formal e ficticiamente, três vezes seu filho a um amigo de confiança. Este o libertava imediatamente após cada venda, com o que o filho voltava automaticamente para o poder do pai. Após a terceira venda, porém, o filho libertado já não retornava à sujeição do pai, cujo poder sobre ele assim se extinguiu». (MARKY, Thomas. *Curso elemental de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1995, 8.ª ed., p. 20, cursiva en el original).

<sup>394</sup> Es interesante destacar, en este punto, las palabras de José Rogério Cruz e Tucci sobre la función y relevancia de los pronunciamientos decisorios de los tribunales: «Nos horizontes do direito brasileiro, não há dúvida de que, ao longo da história, a atividade judicial sempre desempenhou importantíssimo papel, tanto no exercício da prática forense, quanto no próprio aperfeiçoamento dogmático de inúmeros institutos jurídicos. Nenhum operador do direito, de época contemporânea, pode negar a utilidade e eficiência dos pronunciamentos judiciais acerca das várias teses que deve sustentar na defesa de um caso ou para fundamentar uma decisão; qualquer acadêmica sabe a importância do conhecimento da jurisprudência como um dos mais poderosos instrumentos

de factores, y no porque el Poder Judicial sea el encargado de determinar qué es y qué no es ley —esta función corresponde al Poder Legislativo—.

Limitémonos a dos factores. En primer lugar, ya no prevalece la visión del juez como «boca de la ley», es decir, el juez ya no se limita a aplicar lo que está escrito en la literalidad del texto legal; en los tiempos actuales, el juez tiene una cierta apertura para la creación del derecho,<sup>395</sup> pudiendo extraer de cada enunciado normativo una interpretación distinta, siempre respetando la Constitución Federal. En segundo lugar, como la jurisprudencia produce entendimientos sobre el derecho vigente,<sup>396</sup> es natural que el significado de un término jurídico previsto por la ley hoy no sea el mismo mañana; por lo tanto, lo que es el «derecho vigente» puede variar con el tiempo, lo que hace necesario actualizar el entendimiento de los Tribunales del Estado.<sup>397</sup>

Lo que se quiere decir, de forma más objetiva, es que las decisiones judiciales deben ser consideradas fuentes del derecho brasileño.<sup>398</sup> La orientación proporcionada por el Poder Judicial es una fuente de referencia obligatoria para la correcta aplicación e interpretación del marco normativo vigente. Las decisiones judiciales son una fuente no solo cuando existe una orientación reiterada de algún órgano del Poder Judicial (jurisprudencia), sino también cuando existen decisiones aisladas e incluso entendimientos resumidos.<sup>399</sup>

La ley y la orientación de los tribunales deben considerarse fuentes complementarias de derecho, y no procede un análisis estanco de una en relación con la otra. En esta línea de razonamiento, en lo que concierne a este trabajo, es posible afirmar que las decisiones del Supremo Tribunal Federal sobre cuestiones constitucionales, que aquí llamamos decisiones judiciales vinculantes con sede constitucional, son fuentes del derecho brasileño, y es cierto que «o controle de constitucionalidade e a interpretação das leis em conformidade com o texto constitucional, constituem a função essencial a ser realizada pela jurisprudência e pela atividade dos juízos singulares».<sup>400</sup>

Clasificadas como fuentes del derecho brasileño, las sentencias vinculantes emitidas por el Supremo Tribunal Federal deben ser naturalmente observadas por el árbitro al resolver un conflicto sometido a arbitraje. Si las partes en el procedimiento de arbitraje eligen la legislación brasileña para resolver la controversia, lo que se hará mediante un acuerdo, el árbitro deberá guiarse por todo el marco jurídico vigente en Brasil, que incluye, por supuesto, la legislación vigente y la orientación jurisprudencial (incluidos los precedentes), especialmente, las decisiones de los Tribunales Superiores —Superior Tribunal de Justicia y Supremo Tribunal Federal—, ya que son ellos los que, en última

---

de persuasão. É simplesmente indispensável, para o exercício profissional, a consulta em repertórios de julgados e em coletâneas de jurisprudência, selecionados por matérias tópicas e/ou anotadas; estas, aliás, com sucessivas edições atualizadas». (CRUZE TUGCI, José Rogério. *Processo civil e ideologia: subsídios estratégicos ao advogado do contencioso*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 174). Igualmente interesante es traer a colación la lección de Mário Guimarães: «A jurisprudência é, nos tribunais, a sabedoria dos experientes. É o conselho precavido dos mais velhos. Quem conhece a lei e ignora a jurisprudência, diz, com exagero embora, Duplant, não conhece quase nada. Manter quanto possível a jurisprudência, será obra de boa política judiciária, porque inspira confiança na Justiça. Não concebem os leigos que o certo na decisão de hoje se repute errado na sentença de amanhã». (GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 327).

<sup>395</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 20.

<sup>396</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 3.ª ed., p. 326.

<sup>397</sup> «Os juizes são chamados a aplicar o Direito aos casos concretos, a dirimir conflitos que surgem entre indivíduos e grupos; para aplicar o Direito, o juiz deve, evidentemente, realizar um trabalho prévio de interpretação das normas jurídicas, que nem sempre são suscetíveis de uma única apreensão intelectual. Enquanto que as leis físico-matemáticas têm um rigor e uma estrutura que não dão lugar a interpretações conflitantes, as leis jurídicas, ao contrário, são momentos de vida que se integra, na experiência humana e que, a todo instante, exigem um esforço de superamento de entendimentos contrastantes, para que possam ser aplicadas em consonância com as exigências da sociedade em determinado momento e lugar». (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1983, 10.ª ed., p. 167).

<sup>398</sup> Al admitir también la jurisprudencia —sentencias de los tribunales judiciales en general— como fuente del derecho brasileño véase: ASFOR ROCHA LIMA, Tiago. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 117-131.

<sup>399</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 7.ª ed., pp. 181-184.

<sup>400</sup> ABBOUD, Georges; HENRIQUE GARBELLINI CARNIO y RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, 3.ª ed., p. 326.

instancia, uniformizan el derecho federal con repercusión en todo el territorio brasileño, sea a nivel infraconstitucional, sea a nivel constitucional, dependiendo de su respectiva competencia.<sup>401</sup>

Pero no basta, para sostener que el árbitro está, efectivamente, vinculado por las disposiciones con sede constitucional, con afirmar que tales disposiciones son fuentes de derecho. Esta observación, que por sí sola sería un tanto simplista, solo refuerza el hecho de que el árbitro, como se ha dicho anteriormente, debe observar las sentencias del tribunal constitucional, y se deduce que en todas y cada una de las decisiones —y, por lo tanto, también en la conducción de los procedimientos de arbitraje— la orientación del Tribunal Supremo de Brasil sobre cuestiones constitucionales debe ser tenida en cuenta por el árbitro como razones para decidir.<sup>402-403</sup>

El mero hecho de que las decisiones judiciales vinculantes con sede constitucional sean fuentes de derecho no autoriza a concluir que el árbitro esté vinculado por lo decidido o resumido por el Tribunal Supremo. Para llegar a este punto, relativo a la vinculación efectiva del árbitro, es necesario ir más allá, entrando en el análisis de las razones que, según el ordenamiento constitucional, legitiman la conclusión de la segunda gran parte de este trabajo, esto es, que las resoluciones judiciales con sede constitucional *vinculan* realmente la actividad jurisdiccional del árbitro.

### 3.2. Decisiones sobre (in)constitucionalidad en el control abstracto

El artículo 102, III, párrafo 2, de la Constitución Federal, reformado por la Enmienda Constitucional 45/2004, dispone que «decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante».<sup>404</sup> El texto constitucional se refiere a «aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal» como destinatarios del efecto vinculante y *erga omnes*, pero guarda silencio sobre los árbitros.

¿Debe decirse que los árbitros están vinculados por las decisiones del Tribunal Supremo que declaran la inconstitucionalidad o constitucionalidad de una ley en control abstracto, cuando es incontrovertible que la Constitución Federal no se refería textualmente al arbitraje en la disposición mencionada?

Ya se ha dicho que, por regla general, la declaración de inconstitucionalidad tiene como consecuencia la retirada de la ley inconstitucional del ordenamiento jurídico. Técnicamente, una «declaração

<sup>401</sup> «Embora assista razão àqueles que dizem que a arbitragem consiste em outro sistema, diferente do processo civil, aplicam-se à arbitragem princípios processuais constitucionais, assim como ao processo administrativo. No entanto, quando, na convenção arbitral, as partes elegem o direito de tal país como sendo o aplicável para dirimir a controvérsia, inserem este elemento no mundo da arbitragem. E o direito de um país não necessariamente é a literalidade do direito positivo lá em vigor. Não se trata, como pode parecer à primeira vista, de considerar o árbitro vinculado (ou não) a precedentes, às súmulas vinculantes ou à jurisprudência pacificada sobre certa regra legislativa. Não é este o ponto. O ponto é saber o que é o direito de cada país: o direito de cada país é a lei, interpretada pelos tribunais, à luz da doutrina. Assim, se certa regra é entendida e aplicada pelos Tribunais de um país, de forma unânime, em um sentido x, o árbitro, que deve decidir de acordo com o direito daquele país, não pode interpretar a lei no sentido Y, pois não estará aplicando o direito daquele país». (ARRUDA ALVIM, Teresa. «A discussão sobre a disponibilidade do controle judicial da sentença arbitral e seus limites». *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2016, vol. XIII, n.º 50, pp. 15-16, cursiva en el original).

<sup>402</sup> José Rogério Cruz e Tucci señala que no cabe duda de que la fuerza vinculante «acentua o caráter de fonte de direito dos precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal». (*Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 275, cursiva en el original).

<sup>403</sup> Para evitar dudas: los verbos «observar» y «obligar» no deben entenderse como sinónimos. «Observar», a efectos de las resoluciones judiciales, significa tomar en consideración, no ignorar; desde otro punto de vista, «vincular» significa obligar, es decir, es más que «observar». «Vincular» engloba «observar», pero la lógica inversa no es cierta.

<sup>404</sup> A Lei 9.868/1999, que regulamenta os procedimentos do controle de constitucionalidade por via de ação direta, dispõe o seguinte no seu artigo 28, parágrafo único: «A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal». Sem embargo, é correto anotar que, «ainda que não houvesse previsão legal, outorgando efeitos vinculantes às decisões do STF no exercício do controle direto de constitucionalidade, tal medida não deixaria de ser decorrência lógica e natural do sistema, visto se tratar de pronunciamento do Órgão do Judiciário brasileiro responsável por dar a última palavra em matéria de constitucionalidade de atos normativos». (ASFOR ROCHA LIMA, Tiago. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 230-231).

de inconstitucionalidade corresponde a uma declaração de nulidade da lei», sendo atribuível a tal decisão a eficácia retroativa (*ex tunc*).<sup>405</sup> Se adopta, por tanto, la teoría de la nulidad del acto inconstitucional (de naturaleza declarativa)<sup>406</sup> y no la teoría de la nulidad, por la que la decisión inconstitucional no mancharía la ley desde el momento en que entró en el mundo jurídico (de naturaleza constitutiva).<sup>407</sup> La excepción a la regla sería la modulación de efectos, que podría aplicarse por razones de seguridad jurídica o interés social excepcional, tal como se establece en el artículo 27 de la Ley 9.868/1999.

Si la solicitud formulada en una acción directa de inconstitucionalidad es estimada o la solicitud en una acción declarativa de constitucionalidad es desestimada,<sup>408</sup> «ter-se-á uma declaração de nulidade da lei inconstitucional»,<sup>409</sup> y ya no formará parte del derecho nacional por ser contraria a la Constitución Federal. Como consecuencia de este efecto de inconstitucionalidad, nadie podrá aplicar la ley inconstitucional, que se considerará inexistente una vez que sea declarada contraria a las normas constitucionales por el órgano constitucionalmente competente para pronunciamientos de este tipo, que es el Tribunal Supremo Federal.<sup>410</sup>

Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad alcanzan a la jurisdicción arbitral, aunque la Constitución no hace referencia alguna a los árbitros.<sup>411-412</sup> Una vez que las partes han elegido la ley brasileña, los árbitros no pueden aplicar una ley inconstitucional, precisamente porque esta ley ha sido eliminada del conjunto de normas del ordenamiento jurídico brasileño debido a su inconstitucionalidad. Invocar una ley inconstitucional, ignorando la decisión del Tribunal Supremo en control abstracto, es como aplicar una ley inexistente. Algo que no existe, porque viola la Constitución, una ley jerárquicamente superior a todas las demás, obviamente no puede invocarse como fundamento de una decisión judicial, ni siquiera en el ámbito de la jurisdicción privada.

En este contexto, si los árbitros aplican una ley inconstitucional como base de su laudo porque entienden que no están vinculados por lo que el Tribunal Supremo ha decidido en el control principal, por ejemplo, esta sentencia será equivalente a una sentencia por equidad; y, como las partes no han autorizado la decisión basada en la equidad, el laudo arbitral basado en una ley inconstitucional se apartará de los contornos del acuerdo de arbitraje y podrá ser invalidado por el Poder Judicial, de conformidad con el artículo 32, IV de la Ley de Arbitraje. Aunque las partes admitieran la sentencia por equidad, los árbitros no podrían ignorar la inconstitucionalidad de una ley, porque la decisión *contra constitutionem* es intolerable en cualquier caso en un entorno democrático y sometido a los dictados de una Constitución Federal.

<sup>405</sup> FERREIRA MENDES, Gilmar y Paulo Gustavo GONET BRANCO. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2020, 15.ª ed., p. 1.366.

<sup>406</sup> «Toda medida, legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionaes, é, dê sua essencia, nulla». (BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a justiça federal*. Rio de Janeiro: Imprenta, 1893, p. 47).

<sup>407</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019, 8.ª ed., p. 281.

<sup>408</sup> Se acepta que la acción declarativa funciona como una acción directa con señal mixta, teniendo ambas un carácter dual.

<sup>409</sup> MENDES, Gilmar Ferreira y Paulo Gustavo GONET BRANCO. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2020, 15.ª ed., p. 1.492.

<sup>410</sup> La repercusión de una decisión de inconstitucionalidad en control abstracto sobre situaciones ya constituidas debe contemplarse con reservas: «Pode haver casos, no entanto, em que o desfazimento de situações constituídas com base no ato considerado inválido exija um devido processo legal, administrativo ou judicial. Um contrato que vigore de longa data entre particulares ou uma relação entre administrado e Administração na qual o primeiro já tenha cumprido sua parte na obrigação podem conter elementos que imponham temperamento a sua desconstituição sumária. À parte afetada tocará o direito subjetivo de procurar demonstrar que, na hipótese, deverá ser resguardada sua boa-fé, ou prevalecer o princípio da segurança jurídica, ou ser impedido o enriquecimento ilícito, dentre outros argumentos». (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019, 8.ª ed., p. 294).

<sup>411</sup> En el sentido de vincular a los árbitros a la decisión de inconstitucionalidad en control abstracto, entre otros ya citados en el punto 4.2.3: ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4.ª ed., pp. 1.235-1.236; DE FARIA BERALDO, Leonardo. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei n.º 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 644; BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 164.

<sup>412</sup> En relación con el conflicto jerárquico de normas en el arbitraje internacional, Pierre Mayer afirma que los árbitros deben atenerse a lo decidido por el Tribunal Constitucional en caso de declaración de inconstitucionalidad de una norma: «*Le cas le plus simple est celui où la norme a été annulée: une loi par la cour constitutionnelle, un règlement par la juridiction administrative, par exemple. La norme est censée ne jamais avoir appartenu à l'ordre juridique, et l'arbitre ne devrait donc pas l'appliquer*». (MAYER, Pierre. «L'arbitre international et la hiérarchie des normes». *Revue de l'Arbitrage*, 2011, n.º 2, p. 377).

La falta de alusión al arbitraje en el texto constitucional no altera en absoluto esta conclusión. La inconstitucionalidad, al sacar la ley del ordenamiento jurídico, sin siquiera requerir la intervención del Senado Federal, limitado como está al control difuso, impide que cualquier persona, incluso los particulares, practiquen actos o adopten comportamientos basados en la ley inconstitucional. Un particular no puede, por ejemplo, celebrar un contrato basado en norma inconstitucional, del mismo modo que el Poder Judicial, la administración pública y los árbitros no pueden —y mucho menos deben— basar sus decisiones en una norma inconstitucional. La eficacia vinculante y *erga omnes* es, en este caso, de amplio alcance.

La vinculación de los árbitros a la decisión de inconstitucionalidad en el control abstracto deriva, por tanto, de la lógica del sistema constitucional, que no entraña mayores complicaciones al respecto: una ley inconstitucional es una ley nula de pleno derecho desde su nacimiento, y como tal no puede servir de fundamento, en el sentido de otorgar legitimidad, a actos decisorios o justificadores de comportamientos sociales, con independencia de que nos encontremos ante un ámbito público o privado. Incluso, se puede argumentar que los árbitros no están vinculados por los motivos determinantes de la decisión del Tribunal Supremo que declaró la inconstitucionalidad, por una cuestión de libertad e independencia de decisión, pero no hay forma de escapar al carácter vinculante de la disposición que, en definitiva, concreta el resultado de la acción directa que se juzgó válida, es decir, la inconstitucionalidad de la ley contraria a la Constitución.<sup>413</sup>

La declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Supremo es el tipo de decisión judicial con sede constitucional que vincula de forma más incisiva a la jurisdicción arbitral.<sup>414</sup> No hay forma de que un árbitro aplique la ley inconstitucional alegando que, en ese caso, la ley sería constitucional. Tal postura rozaría, como mínimo, con la arbitrariedad.

Lo más que podría hacer un árbitro, ante una ley declarada inconstitucional en control abstracto, sería justificar que esta disposición no se aplicaría al caso en cuestión, aunque la decisión del Tribunal Supremo fuera diferente, en el sentido de que la acción directa debería desestimarse. Pero el árbitro nunca podría basar su decisión en una ley inconstitucional, ni siquiera si las partes así lo quisieran, porque, una vez más, la autonomía de la voluntad tiene sus límites ante el tribunal constitucional, con el fin de preservar la integridad de la fuerza normativa y la supremacía de la Constitución.<sup>415</sup>

Además, la decisión del Tribunal Supremo Federal por la que se reconoce la constitucionalidad de una ley ya sea aceptando la pretensión formulada en la acción declarativa o desestimando la acción directa, vincula a la jurisdicción arbitral. El reconocimiento de la constitucionalidad de una ley no es más que reafirmar su plena validez. La declaración de constitucionalidad, en control abstracto, hace cierto y real lo que antes era mera presunción.

Se entiende, por tanto, que los árbitros no deben realizar un control difuso cuando existe una decisión del Tribunal Supremo, en control abstracto, avalando la constitucionalidad de una determinada ley.<sup>416</sup> Solo corresponde al Tribunal Supremo, en otras circunstancias y si hay motivos para ello, declarar la inconstitucionalidad de la ley previamente considerada constitucional. El Tribunal Supremo

<sup>413</sup> «Entre outros casos, a vinculação também aos fundamentos determinantes foi permitida por maioria na sentença de Rel. 1.987-DF, no Supremo Tribunal Federal, sob o relatório do Magistrado Maurício Corrêa». La idea es vincular a los jueces no solo a la conclusión de la sentencia, sino también a la motivación de la decisión. Esta posición, sin embargo, sigue sin ser pacífica, según: ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4.ª ed., pp. 606-613. Cabe señalar que este autor se opone a la teoría de la vinculación a los motivos determinantes.

<sup>414</sup> Este carácter vinculante podría atenuarse mediante la modulación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

<sup>415</sup> Recuérdese, sobre este punto, la siguiente lección extraída de la doctrina internacional: «Arbitration may depend upon the agreement of the parties, but it is also a system built on law, which relies upon that law to make it effective both nationally and internationally». (NIGEL, Blackaby y Constantine PARTASIDES, *et. al. Redfern and Hunter on international arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015, 6.ª ed., p. 416).

<sup>416</sup> Existe una diferencia significativa entre la vinculación del árbitro a una decisión de inconstitucionalidad y a una decisión de constitucionalidad: por un lado, en el caso de una decisión de inconstitucionalidad, se prohíbe al árbitro aplicar en el arbitraje una ley que haya sido declarada nula, extirpada del derecho brasileño; por otro lado, en el caso de una decisión de constitucionalidad, el árbitro solo sigue aplicando la ley que ya aplicaría, debido a la presunción de constitucionalidad, y solo se le prohíbe realizar un control incidental sobre la misma ley.

no está vinculado por sus decisiones de constitucionalidad en la medida en que «a inconstitucionalidade não se convalida, ela pode, a qualquer momento, ser arguida» y «admitir a vinculação do STF à sua decisão de constitucionalidade obrigaria à aplicação de leis que, em razão de alterações fáticas e históricas, tornaram-se inconstitucionais».<sup>417</sup>

El efecto vinculante de las decisiones del Tribunal Supremo en control abstracto de constitucionalidad no puede ser desconocido por el tribunal arbitral, que está vinculado a las sentencias del Tribunal Supremo en control por acción, según la interpretación que aquí se considere más adecuada de la Constitución.<sup>418</sup> Cabe destacar que el efecto vinculante está «íntimamente vinculado à própria natureza da jurisdição constitucional» y deriva «do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais».<sup>419</sup>

La vinculación de los árbitros a las decisiones dictadas por el Supremo Tribunal Federal en sentencias sobre acciones de control constitucional abstracto (acciones directas de inconstitucionalidad y juicios declarativos de constitucionalidad) no puede sostenerse únicamente porque habría un deber de obediencia a lo que el Poder Judicial diga sobre determinada cuestión constitucional; antes y más importante, la vinculación a tales disposiciones proviene de la voluntad constitucional, de lo que la Constitución Federal dispone a partir de una lectura conforme y no limitada a su texto.

### 3.3. *Precedente vinculante*

¿Están vinculados los árbitros por los precedentes vinculantes del Tribunal Supremo Federal? El tema es objeto de acalorados debates y opiniones.

Fue la Enmienda Constitucional 45/2004 la que estableció el precedente vinculante en el ordenamiento jurídico brasileño, introduciendo el artículo 103-A en la Constitución Federal.<sup>420</sup> Uno de los propósitos de la institución del precedente vinculante fue tratar de «amenizar os problemas interpretativos de ordem constitucional por meio de um rígido esquema vertical, que compele órgãos jurisdicionais e Administração Pública à estrita observância da interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal».<sup>421</sup>

En los términos del artículo 103-A, el Supremo Tribunal Federal tiene competencia, de oficio o cuando sea provocado, para aprobar un precedente que tenga por objeto la validez, interpretación y

<sup>417</sup> ABBoud, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4.ª ed., p. 643.

<sup>418</sup> Cabe señalar que estas conclusiones también son aplicables a la sentencia del Tribunal Supremo Federal sobre el motivo relativo a la infracción de un precepto fundamental. Previsto en el artículo 102, párrafo 1, de la Constitución Federal y regulado por la Ley 9882/1999, este tipo de acción constitucional se considera la «fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade» y la «fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade» y la «via adequada à impugnação de norma pré-constitucional» (ADPF n.º 130, rel. min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/4/2009, DJe 5/11/2009). No hemos profundizado en este tipo de acciones constitucionales porque, como he dicho, se dirigen contra normas preconstitucionales. No parece interesante, por esta razón, tratar aquí de esta acción, aunque sea de gran relevancia para el sistema constitucional brasileño. La advertencia que cabe hacer en este punto es únicamente que el control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Supremo en esta acción vincula a los árbitros del mismo modo que el control de constitucionalidad realizado en las acciones directas de inconstitucionalidad y en las acciones declarativas de constitucionalidad.

<sup>419</sup> Extractos del voto del Ministro Gilmar Mendes en el juicio de Rel. Maurício Corrêa, Tribunal Plenario, juzgado el 1/10/2003, DJ 21/5/2004.

<sup>420</sup> Desde una perspectiva histórica, es interesante traer a colación la lección de José Rogério Cruz e Tucci quien, al citar a Michele Taruffo (*Las funciones de las Cortes Supremas*) escribió: «A construção de súmulas remonta a prática tradicional e consolidada do sistema judiciário luso-brasileiro. Não deriva da decisão de um caso concreto, mas de um enunciado interpretativo, extraído de reiterados julgamentos, formulado em termos gerais e abstratos. Por consequência, o *dictum* sumulado não faz referência aos fatos que estão na base da questão jurídica julgada e assim não pode ser considerado um precedente em sentido próprio, “mas apenas um pronunciamento judicial que traduz a eleição entre opções interpretativas referentes a normas gerais e abstratas. Sua evidente finalidade consiste na eliminação de incertezas e divergências no âmbito da jurisprudência, procurando assegurar uniformidade na interpretação e aplicação do direito”». (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Processo civil e ideologia: subsídios estratégicos ao advogado do contencioso*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 180, cursiva en el original).

<sup>421</sup> DANTAS, Bruno. «Súmula vinculante: o STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática». *Revista de Informação Legislativa*, julho/setembro 2008, año 45, n.º 179, p. 180.

eficacia de determinadas normas «acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica», según el § 1 de dicho artículo.<sup>422</sup> Esta facultad solo puede ponerse en práctica por decisión de dos tercios de los miembros del Consejo de Ministros, miembros del Tribunal Supremo y siempre que, con anterioridad, se hayan producido reiteradas decisiones sobre la cuestión constitucional en la inatención.<sup>423</sup>

Dada la importancia de la institución, que fue regulada por la Ley 11.417/2006, la Constitución dispone que el precedente vinculante, a partir de su publicación en la prensa oficial, tendrá efecto obligatorio para los demás órganos del Poder Judicial y para la administración pública directa e indirecta, en todas sus esferas. Sin embargo, la emisión de un precedente vinculante puede ser revisada o incluso anulada por el Tribunal Supremo, en la forma establecida por la ley.

La parte de la doctrina que rechaza el carácter vinculante de los árbitros a las convocatorias vinculantes suele situarse entre los defensores del carácter absolutamente no vinculante de los árbitros a las decisiones judiciales. Por otro lado, quienes sostienen la tesis de que los árbitros están vinculados a determinadas decisiones judiciales, especialmente las de carácter constitucional, como es el caso, entienden invariablemente que el precedente vinculante obliga a la actividad jurisdiccional del tribunal arbitral.

Para ilustrar el entendimiento específicamente contrario al carácter vinculante del precedente, Eduardo Parente afirma que es «de todo conveniente e esperado que o árbitro aplique, como o faz com a lei, a súmula vinculante», aunque reconoce que los árbitros no están vinculados por tal entendimiento sumativo; solo un juez lo estaría.<sup>424</sup> Afirma que no hay escapatoria en caso de que los árbitros no apliquen el precedente vinculante, dado que tal situación equivaldría a una aplicación errónea del derecho (*error in iudicando*), que no puede ser atacada mediante una acción de anulación de un laudo arbitral.<sup>425</sup>

Al invocar la soberanía de los árbitros en cuanto a la decisión sobre el fondo del litigio, Eduardo Parente advierte de que las partes que opten por el proceso arbitral deben ser conscientes de que están sujetas «a eventualmente não ter um julgamento conforme uma súmula vinculante que poderia lhe[s] favorecer», lo que también ocurriría con la propia ley. Escribe el referido abogado que la «parte escolhe com liberdade, com suas vantagens, mas também com riscos quanto à liberdade de julgar o mérito pelos árbitros».<sup>426</sup>

En una línea similar, Julia Dinamarco es perentoria cuando afirma que «respeito à Súmula Vinculante somente é obrigação, na acepção jurídica do termo, para os destinatários indicados no art. 103-A da Constituição, entre os quais não se incluem particulares e tampouco árbitros».<sup>427</sup> Reconoce,

<sup>422</sup> Un precedente vinculante, sin embargo, solo adquiere eficacia tras su publicación en la prensa oficial: «Considerado o que dispõe o art. 103-A, “caput”, da Constituição, somente a partir da data em que o enunciado sumular é publicado em órgão da imprensa oficial é que passa a ter eficácia vinculante, impondo-se, em consequência, à observância dos demais juízes e Tribunais, excluídos do seu alcance todos os atos decisórios, como o de que ora se cuida, anteriores à sua publicação. [...]». (Rel 7.001 AgR, rel. min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, juzgado el 10/4/2014, DJe 29/10/2014).

<sup>423</sup> Sobre el precedente vinculante, citemos las palabras de Roberto Rosas, quien ha tratado en profundidad lo que denomina «derecho sumario»: «O processo de elaboração de uma súmula é exaustivo, depende da existência de pronunciamento único (mas expressivo) ou, então, da reiteração. O debate sempre foi longo, até a edição. Para a vinculação dessa súmula a julgados futuros há necessidade de processo especial, de maior debate, porque aquele verbete será aplicado automaticamente. Então, a chamada *súmula vinculante* não pode ser fruto de decisão aligeirada, rápida; e muito menos é a vinculação de qualquer decisão do Tribunal. Não basta o STF reunir-se, decidir, para que automaticamente todas essas decisões sejam vinculantes. Se as súmulas atuais decorrem de lento e burocrático procedimento, mais ainda o é para a súmula vinculante». (ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal (incluindo as súmulas vinculantes) e do Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2012, 14.ª ed., pp. 11-12, cursiva en el original).

<sup>424</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 286.

<sup>425</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 287.

<sup>426</sup> DE ALBUQUERQUE PARENTE, Eduardo. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 287.

<sup>427</sup> DINAMARCO, Julia. «Árbitros y normas de creación judicial: notas sobre la sujeción del árbitro al precedente vinculante y al precedente». En: FERREIRA LEMES, Selma, Pedro BATISTA MARTINS y Carlos Alberto CARMONA (coords.) *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 69-70.

sin embargo, que el precedente vinculante, cuando se aplica al arbitraje en derecho brasileño, «será certamente valorizada pelos árbitros, e, não surpreendentemente, esses reconheceriam nela uma forte autoridade, para efeito de formação de convicção sobre a causa», lo que no debe confundirse con la «hipotética sujeição dos árbitros ao teor da Súmula e com o dever de respeitá-la, acatando-a ao profereirem a sentença arbitral».<sup>428</sup> Existiría una *limitación subjetiva de la fuerza vinculante* de un precedente vinculante, que solo obligaría a las partes expresamente mencionadas en el texto del artículo 103-A de la Constitución Federal.

Por otra parte, Julia Dinamarco afirma que, desde una perspectiva histórica, no podría decirse que el precedente vinculante vinculara indistintamente a todos los ciudadanos y entidades, pues ello implicaría una intromisión no deseada del Poder Judicial en el ámbito de actuación del Poder Legislativo, lo que claramente no fue la «intenção do constituinte».<sup>429</sup> Eduardo Talamini adopta un enfoque diferente de la relación entre el arbitraje y los precedentes vinculantes. Para él, la cuestión clave es si el Poder Judicial, al controlar el laudo arbitral, tiene que aplicar o no el precedente vinculante. Así, el examen de la cuestión ya adoptaría, como punto de partida, la premisa de que el árbitro no estaría vinculado por el precedente vinculante, ya que no forma parte del Poder Judicial ni de la administración pública.

Al analizar la cuestión desde el ángulo del control judicial, Eduardo Talamini no deja dudas de que, en su entendimiento, el árbitro no estaría vinculado al precedente sobre el fondo del proceso arbitral, ya que es soberano en el juzgamiento del *meritum causae* de la controversia sometida a arbitraje. No habría control judicial sobre la actuación del árbitro a este respecto.<sup>430</sup>

Otra solución serían las «questões processuais relacionadas com os limites do cabimento da arbitragem e a incidência das garantias do devido processo legal», para lo cual existiría un sistema de control judicial de la actuación del árbitro, sistema previsto en los artículos 32 y 33 de la Ley de Arbitraje, que tratan de la posibilidad de la acción de anulación contra el laudo arbitral.<sup>431</sup> Eduardo Talamini considera que, «de modo indireto, súmulas que versem especificamente sobre matérias que estejam no rol dos fundamentos para impugnação judiciária do processo e da sentença arbitrais são relevantes para o árbitro», por lo que su incumplimiento podría conllevar la nulidad de la decisión ante el tribunal estatal.<sup>432</sup>

Respetando las posturas contrarias, basadas en buenos argumentos, en este trabajo la respuesta a la primera cuestión planteada en el epígrafe de este tema es en sentido positivo, es decir, el árbitro está vinculado por el precedente vinculante.

<sup>428</sup> DINAMARCO, Julia. «Árbitros y normas de creación judicial: notas sobre la sujeción del árbitro al precedente vinculante y al precedente». En: FERREIRA LEMES, Selma, Pedro BATISTA MARTINS y Carlos Alberto CARMONA (coords.) *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 69-70.

<sup>429</sup> Más adelante, el citado autor afirma: «Tenho que o advento da Súmula Vinculante em nosso direito não transformou a atividade jurisdicional do STF em atividade de criação jurídica. A atividade desse continua sendo a de revelação da norma jurídica, e como tal, a despeito da obrigatoriedade de sua observância por entes da Administração Pública e pelos órgãos jurisdicionais estatais, continua se qualificando como jurisprudência, sendo facultativa sua observância pelos árbitros, do ponto de vista legal. O caráter jurisdicional da atividade dos árbitros e a equiparação dos efeitos da sentença arbitral àqueles atribuídos à sentença judicial não são elementos aptos a equiparar órgãos judiciais estatais e órgãos constituídos privadamente ao amparo da lei». (DINAMARCO, Julia. «Os árbitros e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente». En: FERREIRA LEMES, Selma y Pedro BATISTA MARTINS y Carlos Alberto CARMONA (coords.) *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 70).

<sup>430</sup> TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto*. Tese (Livre Docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 169.

<sup>431</sup> TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto*. Tese (Livre Docência). Universidade de São Paulo, 2008, p. 169.

<sup>432</sup> Eduardo Talamini ilustra este punto: «Imagine-se, então, que há uma súmula vinculante acerca da legitimidade ou ilegitimidade de um dado meio de prova ou de determinado procedimento probatório. Ainda outro exemplo: suponha-se uma súmula vinculante definindo o não-cabimento de arbitragem para a solução de determinada espécie de litígio. Se o árbitro desrespeitar uma dessas súmulas e, depois, a questão for levada ao Judiciário, esse terá de aplicar a súmula vinculante». (TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto*. Tese (Livre Docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 169).

El principal argumento al que hay que hacer frente es la interpretación literal del artículo 103-A de la Constitución Federal, que ya se ha analizado en el tema 4.3.2, sobre el arbitraje vinculante de las decisiones de (in)constitucionalidad. Decir que el árbitro no está vinculado por el precedente vinculante porque no figura explícitamente como receptor de la norma constitucional parece simplista; es una salida fácil para justificar algo complejo, que es la no subordinación del laudo arbitral al precedente vinculante. La interpretación gramatical tiene su importancia en la hermenéutica jurídica, pero debe contemplarse con reservas, y esta —la vinculación del árbitro al precedente— es una buena oportunidad para verla así.<sup>433</sup>

Es cierto que el artículo 103-A de la Constitución solo hace referencia textual a los «órgãos do Poder Judiciário» y a «a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal», sin ninguna referencia a árbitros, justicia privada, arbitraje o expresión equivalente. También es cierto que, en 2004, cuando se promulgó la Enmienda Constitucional 45, que introdujo el precedente vinculante en el ordenamiento jurídico brasileño, el arbitraje ya era una realidad en Brasil, aunque todavía se encontraba en una etapa embrionaria, poco después de la decisión del Tribunal Supremo que decretó la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley 9307/1996, allá por 2001.

Sin embargo, ninguno de estos factores contribuye decisivamente a que el arbitraje no se ajuste al precedente vinculante emitido por el Tribunal Supremo Federal.

De entrada, la referencia constitucional a los órganos judiciales puede leerse como «órgãos jurisdicionais», definición en la que encajan los árbitros, al estar dotados de jurisdicción, como ya se ha explicado. Si el árbitro es un juez de hecho y de derecho, que ejerce potestad jurisdiccional, y si el laudo arbitral equivale al laudo de un magistrado, siendo ambos instrumentos de ejecución judicial, no hay explicación plausible de por qué solo el juez estatal debe estar vinculado por el precedente vinculante, y no el árbitro.<sup>434</sup>

La ley brasileña es una sola tanto en el Poder Judicial como en el arbitraje. No existe en Brasil un ordenamiento jurídico vigente para la resolución de litigios utilizando el aparato estatal y otro reservado a la justicia privada, ámbito en el que se admitiría casi todo en función de la autonomía de la voluntad y la flexibilidad. Por lo tanto, la *interpretación del artículo 103-A conforme a la Constitución* es que los árbitros están vinculados por el precedente vinculante del Tribunal Supremo Federal.

La vinculación de los árbitros, a diferencia de la vinculación del poder judicial y de la administración pública, que es directa, es *indirecta, dado que*, como se argumenta en este trabajo, el incumplimiento del precedente vinculante por parte del tribunal arbitral no abre la vía a la interposición de una demanda. El carácter *vinculante indirecto* configura otro elemento que debilita la interpretación puramente gramatical del artículo 103-A, ya que solo están directamente vinculados por este mandato constitucional los órganos judiciales y la Administración Pública, que están sujetos a la presentación de una denuncia.

<sup>433</sup> LAMMÉGO BULOS, Uadi. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 22.

<sup>434</sup> Aluisio Berezowski coincide con tal afirmación: «Poder-se-á objetar que o árbitro não integra o Poder Judiciário, tampouco a Administração Pública, tanto direta quanto indireta. A objeção, contudo, não prospera, pois, ao exercer jurisdição, o árbitro é equiparado ao juiz togado e, portanto, tem de se curvar aos ditames do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle concentrado de constitucionalidade. Seria no mínimo contraditório que o árbitro, cuja sentença deve respeitar a ordem pública, pudesse considerar-se como descompromissado de se pautar consoante o enunciado de súmula vinculante. A mesma contradição exsurgiria diante do entendimento —correto— de que, por um lado, a sentença arbitral deva respeitar as normas constitucionais, mas por outro, possa abstrair dos comandos inseridos em súmulas vinculantes». (BEREZOWSKI, Aluisio. *Ação anulatória de sentença arbitral: pressupostos e limites*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2020, p. 193). Esta afirmación también es corroborada por Júlia Schledorn de Camargo: «O fundamento para a posição adotada no sentido de reconhecer a sujeição do árbitro à súmula vinculante, em primeiro, tem como base a análise sistemática. A súmula vinculante, devido à sua natureza de norma geral e abstrata, integra o sistema jurídico brasileiro e, por conseguinte, equipara-se à lei, havendo inclusive expressa previsão constitucional de que sua correta aplicação é mandatória. Desta feita, apesar de não constar no texto constitucional expressamente que o árbitro está sujeito à súmula vinculante, a sua função é jurisdiccional, daí decorrendo a capacidade de impor suas decisões, que são definitivas, exatamente a mesma função jurisdiccional exercida pelo juiz, que também possui o poder de império». (SCHLEDORN DE CAMARGO, Júlia. *A influência da súmula persuasiva e vinculante dos tribunais superiores brasileiros na arbitragem*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2013, p. 166).

Tal orientación está en consonancia con la útil lección de Cândido Rangel Dinamarco. En su razonamiento, como el artículo 103-A de la Constitución Federal impone un «vinculação muito ampla, indo além do Poder Judiciário para atingir os órgãos de outro Poder (Administração Pública)», sería legítimo inferir, como de hecho ocurre, «que *a fortiori* também os árbitros se reputam sujeitos a esse efeito vinculante, sendo obrigados a acatar tais decisões superiores em seus laudos». <sup>435</sup> El citado jurista subraya, con precisión, que los árbitros ni siquiera son órganos judiciales, no forman parte del Poder Judicial ni del Estado, «mas lidam com interesses alheios e exercem *poder-jurisdiccional* sobre as partes, donde resulta que devem submeter-se às normas superiores do País, a bem da segurança jurídica e da uniformidade da interpretação da ordem constitucional». <sup>436</sup>

Además, Cândido Rangel Dinamarco afirma, también con innegable acierto, que sería «assistemático e arbitrário fazer uma distinção para vincular alguns órgãos encarregados do exercício da jurisdição, os juízes, e não vincular outros, que são os árbitros», distinción que, además de indebida, por asistemática y arbitraria, «seria fator de abalo à própria tese do *caráter jurisdiccional da arbitragem*, ficando-se a meio caminho entre seu reconhecimento e sua recusa». <sup>437</sup> Habría, en el límite, una ofensa al principio constitucional de isonomía, discriminando la plenitud del ordenamiento jurídico en función de la elección del mecanismo de resolución de conflictos.

La sujeción de los particulares al precedente vinculante, también de forma indirecta, <sup>438</sup> es otro factor que corrobora la vinculación de los árbitros al precedente, a pesar, una vez más, de que no hay En el artículo 103-A se hace alusión a los «particulares». Los particulares están indirectamente vinculados porque, «[u]ma vez que todos os órgãos estatais aplicadores do direito estão submetidos à força vinculante, toda disputa, conflito, dúvida, que envolva a questão sumulada e que os particulares submetam àqueles órgãos terá de ser decidida em conformidade com a súmula». <sup>439</sup>

Se señaló que un precedente vinculante puede tener por objeto la validez, interpretación o eficacia de determinadas normas de la Constitución o de la legislación ordinaria. En este sentido, puede «conferir eficácia geral ao entendimento do STF sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais (ou mesmo de emenda à Constituição)» <sup>440</sup> o «fixar a interpretação e o alcance que devem ser conferidos a determinado enunciado normativo, incluindo os artigos da própria Carta». <sup>441-442</sup>

Resumiendo esta idea: el propósito de los precedentes es transmitir la orientación del Tribunal Supremo sobre *cualquier cuestión constitucional*. Ello se debe a que «establecida una interpretación vinculante para determinado enunciado normativo, a consecuencia será a invalidez de qualquer ato ou comportamento que lhe seja contrário, oriundo do Poder Público ou mesmo de particulares». <sup>443</sup>

<sup>435</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 213, cursiva en el original.

<sup>436</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 213, cursiva en el original.

<sup>437</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 213, cursiva en el original.

<sup>438</sup> «Em relação à súmula, o efeito vinculante desdobra-se em vinculações diretas e indiretas. A vinculação direta é aquela que submete o Poder Judiciário e a Administração Pública, tendo a nota característica do cabimento de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal (art. 103-A, §3º, Constituição). A vinculação indireta é genérica, abrangendo tanto o Poder Legislativo, como os próprios particulares. Esta vinculação indireta não dá lugar à reclamação (que, na redação do art. 103-A, §3º, só é interponível contra atos administrativos e jurisdicionais). No entanto, por ser uma expressão da interpretação máxima da Constituição e por dever ser aplicada (sob pena de reclamação) pelos tribunais, gera uma vinculação típica de norma jurídica geral e abstrata [...]». (JANSEN, Rodrigo. «A súmula vinculante como norma jurídica». *Revista de Direito Administrativo*, 2005, vol. 240, p. 232).

<sup>439</sup> TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto*. Tese (Livre Docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 168. En esta cita, es importante aclarar que el autor no se refiere al proceso de arbitraje.

<sup>440</sup> Por ejemplo, el enunciado n.º 2 del precedente vinculante del Tribunal Supremo: «É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterías».

<sup>441</sup> Por ejemplo, el enunciado n.º 17 del precedente vinculante del Tribunal Supremo: «Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos».

<sup>442</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019, 8.ª ed., p. 116.

<sup>443</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019, 8.ª ed., p. 116.

Dado que, incluso, los particulares están vinculados al contenido del precedente vinculante, como aquí se argumenta, no está claro, desde un punto de vista jurídico-constitucional, cómo el tribunal arbitral podría estar libre de seguir el precedente vinculante. No tiene sentido admitir, por un lado, que los actos de particulares contrarios al precedente vinculante deban ser reprimidos por el Poder Judicial, pero, por otro lado, permitir que los mismos actos de particulares contrarios al precedente vinculante, que no es más que la interpretación del Tribunal Supremo sobre una cuestión constitucional, sean aceptados por los árbitros como no contrarios al derecho brasileño, solo porque se trataría de un ámbito privado de resolución de conflictos. Aunque entendemos que contra un laudo arbitral no cabe reclamación alguna, lo cierto es que cualquier falta de El mecanismo de control de la aplicación del precedente vinculante al arbitraje no hace innecesario su estricto cumplimiento por el tribunal arbitral.

Los arbitrajes entre partes privadas y entidades de la administración pública son buenos ejemplos para demostrar la coherencia del argumento. Supongamos que el precedente vinculante no se aplica a los árbitros ni a los particulares, por no estar incluidos en el texto del artículo 103-A de la Constitución, pero sí a las entidades de la administración pública, por estar mencionadas en la citada disposición constitucional. En el supuesto de que el Gobierno Federal, como demandado en el arbitraje iniciado en su contra por un particular, alegue que una determinada norma aplicable al procedimiento arbitral es inconstitucional por existir un precedente vinculante, ¿podrían los árbitros no aplicar el precedente vinculante por no estar sujetos a él el tribunal arbitral y los particulares? La respuesta solo puede ser no. El alcance de un precedente vinculante no debe dividirse en virtud del método elegido para resolver un litigio.

Es importante recordar que un precedente vinculante, «ao contrário do que ocorre no processo objetivo», «decorre de decisões tomadas, em princípio, em casos concretos, no modelo incidental», y que no puede dictarse un precedente vinculante sobre la base de una decisión judicial aislada.<sup>444</sup> En otras palabras: el precedente vinculante condensa en un enunciado general y abstracto, con la eficacia de una norma constitucional, la interpretación que el Tribunal Supremo Federal atribuye a una norma determinada, a la luz de la Constitución Federal.

Por tanto, el necesario respeto de los árbitros al precedente vinculante deriva también y principalmente de que el precedente vinculante es la expresión de lo que el Tribunal Supremo ha decidido reiteradamente en control incidental de constitucionalidad.<sup>445-446</sup> La obligación de los árbitros de obedecer el precedente vinculante, desde esta perspectiva, es una consecuencia lógica del sistema constitucional brasileño, en el que la Constitución Federal, ley suprema, está dotada de eficacia normativa. El carácter vinculante del laudo arbitral al precedente «constitui uma imposição da supremacia da Constituição Federal sobre toda a ordem jurídica nacional».<sup>447</sup>

La reflexión sobre el tema no se detiene ahí. Además de lo ya dicho sobre sus contornos, debe añadirse que el precedente vinculante, como declaración general y abstracta, en lo que tiene de ley, consiste en un resumen de las sentencias del Tribunal Supremo que dieron lugar a su emisión. La aplicación de un precedente vinculante, por tanto, no escapa a un análisis detallado de las decisiones previas que llevaron al Tribunal Supremo Federal a resumir el entendimiento sobre una determinada

<sup>444</sup> FERREIRA MENDES, Gilmar y Paulo Gustavo GONET BRANCO. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2020, 15.ª ed., p. 1.116.

<sup>445</sup> El precedente vinculante sería una forma de que el Tribunal Supremo confiriera efecto *erga omnes* y vinculante a las decisiones en materia de control incidental sin necesidad de suspensión por parte del Senado Federal. Aquí, sin embargo, no se trata de una mutación constitucional, sino de una norma constitucional expresa que prevé una alternativa, por así decirlo, a la suspensión del Senado, en una situación concreta.

<sup>446</sup> Hay quienes discrepan de esta conclusión, por considerar que «a súmula vinculante é, apenas, a interpretação do STF, com quórum qualificado, sobre um dispositivo constitucional, logo, não nos afigura razoável e correto que o árbitro tenha que se submeter ao entendimento adotado por essa corte». (DE FARIA BERALDO, Leonardo. *Curso de arbitragem*: nos termos da Lei n.º 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014, p. 646).

<sup>447</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 213.

norma constitucional.<sup>448</sup> Evidentemente, un enunciado de una o dos líneas no contiene todo el razonamiento jurídico que condujo a la promulgación de un precedente vinculante.

Las resoluciones judiciales vinculantes son, ante todo, textos normativos.<sup>449</sup> El precedente vinculante consiste en el contenido literal del enunciado normativo; y, como tal, debe ser objeto de interpretación por la persona que lo aplicará al caso. Solo mediante un ejercicio interpretativo puede extraerse el texto del precedente vinculante (resolución judicial vinculante) como la norma efectiva que se aplicará al caso concreto.<sup>450</sup> Los árbitros, aunque efectivamente vinculados, deben interpretar el precedente vinculante para verificar si, en el caso concreto, en ese arbitraje específico, la regla que se extraiga del precedente vinculante tiene o no aplicación práctica.

El árbitro puede, entonces, descartar la utilidad del precedente vinculante para un caso, siempre que exponga las razones de hecho y de derecho que le han llevado a tal conclusión. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando el precedente vinculante invocado por una parte tiene características distintivas en relación con el caso en cuestión que justificarían su no aplicación. Dado que un precedente vinculante es una decisión judicial con rango constitucional, que tiene efecto *erga omnes* y vinculante, la carga argumentativa del árbitro es tan importante como si estuviera justificando por qué una ley no debe aplicarse a la resolución de la disputa arbitral.

Esta observación es de la máxima relevancia para el proceso arbitral, porque la vinculación de los árbitros al precedente no significa que deban limitarse a aplicar la declaración sumaria (texto normativo) al caso enjuiciado, como si estuvieran privados de su derecho a la libre apreciación. El carácter vinculante de los árbitros no implica una actividad cognitiva mecánica de mera subsunción de la citación a los hechos del caso en cuestión.

Estar amparado por la eficacia *erga omnes* y vinculante del precedente no compromete, en modo alguno, la actividad intelectual y decisoria de los árbitros, que son libres e independientes para decidir los litigios para los que han sido designados como jueces privados. Ocurre que la libertad cognitiva del árbitro, como la del juez, está limitada por el orden constitucional brasileño.

En resumen: los árbitros están vinculados por el precedente vinculante, principalmente, porque el arbitraje está sujeto al modelo constitucional del proceso, que tiene como viga maestra la Constitución Federal, cuyo artículo 103-A habla de la eficacia para todos y vinculante del precedente aprobado

<sup>448</sup> «A súmula —como enunciado abstrato— nunca é vinculante. O que vincula é o precedente subjacente: tanto é assim que sem os seus fatos a súmula não é passível de aplicação. Mesmo na súmula vinculante o que efetivamente obriga é o precedente». (MITIDIERO, Daniel. *Reclamação nas cortes supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 48).

<sup>449</sup> ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4.ª ed., p. 1.151; DE ALMEIDA ÁVILA, Henrique. *A repercussão das decisões repetitivas em relação aos serviços públicos delegados: a contextualização do efeito vinculante à luz da Separação de Poderes*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2019, p. 25.

<sup>450</sup> «As decisões com provimento vinculante são documentos escritos —fixados pela escrita— ou seja, são textos escritos cuja condição de acessibilidade está estabelecida. Por constituírem-se em textos, nenhum provimento vinculante, seja decisão ou súmula, para ser aplicado pode dispensar a interpretação. Conforme ensina Figal, a expectativa textual é constitutiva da postura do interpretar: a interpretação só pode ser realizada à medida que a expectativa textual se realiza. Isto é, o texto e a interpretação são feitos um para o outro. Assim sendo, a atribuição de efeito vinculante a determinados pronunciamentos (decisões/súmulas) não retira a obrigatoriedade de se interpretar esses textos na ocasião da incidência do efeito vinculante que eles possuem. A interpretação nunca é um fenômeno secundário, como se fosse algo que se juntasse provisoriamente aos escritos e às obras difíceis de serem compreendidas. Vale dizer, a interpretação sempre coexiste em relação ao texto, a dificuldade inerente ao texto não altera a existência da interpretação, mas tão somente sua complexidade. Destarte, os pronunciamentos judiciais, independentemente de sua complexidade, sempre necessitam de interpretação para poderem dizer algo. Há algo no texto que competence ao pensamento, apesar de lhe ser exterior. Os textos jurídicos, sejam decisões dotadas ou não de efeito vinculante, apenas podem dizer algo ao caso concreto quando são interpretados». (ABBOD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4.ª ed., pp. 1.171-1.172). Ya he tenido ocasión de escribir, en coautoría con el citado autor, en este preciso sentido: «A norma extraída do provimento vinculante, que é texto, não pode ser aplicada em abstrato, por subsunção. Deve vir sempre acompanhada do ato interpretativo, pelo que a atribuição de efeitos vinculantes a determinados pronunciamentos “não retira a obrigatoriedade de se interpretar esses textos na ocasião da incidência do efeito vinculante que eles possuem”, pois os “pronunciamentos (textos) jurídicos com ou sem o efeito vinculante invariavelmente fornecem algo a ser compreendido, ou seja, sempre carecem de interpretação para que possam solucionar a lide (dar a entender algo)”». (ABBOD, Georges y Gustavo FAVERO VAUGHN. «Notas críticas sobre a reclamação e os provimentos judiciais vinculantes do CPC». *Revista de Processo*, 2019, vol. 287, p. 423).

en circunstancias muy específicas por el Tribunal Supremo. Sin embargo, el carácter vinculante del precedente no restringe la libertad interpretativa de los árbitros, que deben comprender el enunciado sumativo antes de aplicarlo o rechazarlo, exponiendo siempre las razones para adoptar una u otra solución.

No hay que perder de vista que, en términos pragmáticos, los precedentes vinculantes serán de poca utilidad en los arbitrajes comerciales. Los cincuenta y ocho precedentes vinculantes en vigor muestran que las materias resumidas, con eficacia *erga omnes* y fuerza vinculante, se refieren en gran parte a asuntos fiscales, penales, de seguridad social y administrativos. De estas materias, actualmente, solo las administrativas son, con cierta frecuencia, objeto de discusión en los procedimientos de arbitraje. Estas son las cuestiones que suelen generar mayor controversia en el ámbito del derecho constitucional.

Las cuestiones empresariales, civiles, comerciales y de infraestructuras, por citar algunas, que se suelen litigar en arbitraje, es poco probable que sean objeto de un precedente vinculante (pueden ser objeto de otra disposición judicial prevista en el artículo 927 del Código de Procedimiento), ya que no plantearán dudas desde una perspectiva constitucional, sino solo infraconstitucional. Así pues, no hay razón para que el precedente vinculante preocupe tanto a los árbitros. Además de la necesidad de interpretar el enunciado que se propone como vinculante, es muy poco probable que, en el contexto actual del derecho brasileño, se emita un precedente vinculante que pueda enlucir la actividad jurisdiccional del árbitro.

### 3.4. *Un precedente convincente*

Los precedentes son «enunciados sintéticos da jurisprudência de um tribunal, nos quais se refletem linhas de decisões reiteradamente tomadas sobre determinados pontos de direito», por lo que pueden ser acogidos como verdaderas «*máximas da jurisprudência*, úteis para orientar as partes, advogados e tribunais subordinados, dada a disposição, que o tribunal anuncia ao emití-las, de prosseguir decidindo conforme o enunciado nelas contido».<sup>451</sup>

Además del precedente vinculante, es legítimo hablar de «em súmulas persuasivas ou não vinculantes, porque se destinam a influir na convicção do julgador, convidando-o ou induzindo-o a perfilar o entendimento assentado».<sup>452</sup> La locución «persuasiva» puede traducirse como «una regla de relevância jurídica, mas caracterizada por uma potencial mobilidade».<sup>453</sup>

El precedente persuasivo del Tribunal Supremo Federal, que, en número, supera los setecientos, no vincula a los árbitros; solo y únicamente les vincula el precedente vinculante.

No existe ninguna disposición constitucional que autorice a los árbitros a estar vinculados por precedentes persuasivos. Es necesario separar el grano de la paja y distinguir la función y relevancia de cada tipo de precedente. En el momento de la creación del precedente vinculante por la enmienda Es evidente que la Constitución, al prever una norma específica para dar a un precedente un efecto general y vinculante, no quiso equiparar un precedente vinculante a un precedente persuasivo. La lógica es inversa: la intención era claramente separar una cosa de la otra.

El artículo sumular sobre cuestiones constitucionales dictado por el Tribunal Supremo Federal, en la medida en que es aplicable al procedimiento arbitral, constituye un «valioso subsídio que auxilia

<sup>451</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2014, 2.ª ed., p. 276, cursiva en el original. En el mismo sentido, véase: CIMARDI, Cláudia Aparecia. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 300.

<sup>452</sup> DE CAMARGO MANCUSO, Rodolfo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 430.

<sup>453</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 153.

a hermenêutica de casos concretos», aunque no existe una vinculación efectiva de los árbitros al precedente persuasivo.<sup>454</sup> El árbitro tiene «livre escolha para aplicar a súmula persuasiva nos casos a ele submetidos, por meio da arbitragem, desde que forme o seu convencimento de forma livre e fundamentada», pero es un hecho que «a súmula persuasiva é argumento importante para a persuasão racional» de los árbitros, ya que, en el límite, integra la fuente del derecho brasileño, aunque de manera secundaria.<sup>455</sup>

### 3.5. *Decisiones de inconstitucionalidad en materia de control incidental y papel del Senado Federal*

Desde la Constitución de 1934 es habitual en el derecho brasileño atribuir al Senado Federal la facultad exclusiva de suspender la ejecución, total o parcial, de una ley declarada inconstitucional por decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal, después de que haya pasado a ser cosa juzgada.<sup>456</sup> Esta determinación está contenida en el artículo 52, inciso x de la Constitución de 1988 y se aplica al control de constitucionalidad que debe ejercer *incidenter tantum* el Tribunal Supremo en el enjuiciamiento de un recurso inicial, ordinario o extraordinario.<sup>457</sup>

Como en estos casos, los efectos de la decisión sobre la cuestión constitucional alcanzan solo a las partes del pleito, una vez concluido el proceso subjetivo, el Supremo Tribunal remite al Senado Federal el contenido de la decisión que declaró incidentalmente la inconstitucionalidad para que la Cámara Alta del Congreso realice un control político de la decisión y luego le otorgue eficacia *erga omnes*. Esta es, precisamente, la finalidad del instituto de la suspensión: conferir eficacia general, es decir, garantizar que todos los sujetos del ordenamiento constitucional brasileño se vean afectados por los efectos de la decisión del Tribunal Supremo en control incidental, como si la inconstitucionalidad hubiera sido proclamada en una acción directa en el ámbito de un proceso objetivo.<sup>458</sup>

Una vez suspendida la ejecución de la ley inconstitucional, con la emisión de la respectiva resolución «extendiendo *erga omnes* los efectos de la decisión y dándoles estabilidad», es coherente sostener,

<sup>454</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 277. En el mismo sentido: DE FARIA BERHALDO, Leonardo. *Curso de arbitragem*. nos termos da Lei n.º 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014, p. 646.

<sup>455</sup> SCHLEDORN DE CAMARGO, Júlia. *A influência da súmula persuasiva e vinculante dos tribunais superiores brasileiros na arbitragem*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2013, p. 162.

<sup>456</sup> Es necesario distinguir entre la suspensión y la derogación de una norma, sobre todo porque la Constitución se refiere a la suspensión de la ejecución de una ley declarada inconstitucional, y no a su derogación: «A norma revogada deixa de incidir a partir de sua revogação, mas incidiu validamente sobre os suportes fáticos ocorridos durante sua vigência. [...] A norma inconstitucional é nula desde a origem e, como tal, nunca teve aptidão para operar o fenômeno da incidência. É norma que nunca incidiu de modo juridicamente eficaz. Assim, a declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo, na via do controle difuso, importa o reconhecimento judicial, vinculante para as partes, de que, no caso examinado, não ocorreu a incidência. A Resolução do Senado que 'suspende a execução' opera a universalização dessa consequência: importa reconhecimento estatal de que a norma em questão jamais teve aptidão para incidir, e, portanto, jamais incidiu eficazmente em qualquer situação. É como se houvesse uma "revogação" *ex tunc*. Em decorrência disso, aos aplicadores do direito não será dado invocar a norma suspensa, nem em relação a suportes fáticos que venham a ocorrer a partir da suspensão, nem em relação a fatos ocorridos no passado. Em suma: havendo revogação, a norma deixa de incidir *ex nunc*; havendo inconstitucionalidade, a não incidência é *ex tunc*. Pode-se afirmar, portanto, que, relativamente ao futuro, tanto a norma revogada quanto a suspensa não incidem; porém, relativamente ao passado, a norma revogada incidiu, enquanto a norma suspensa, porque inconstitucional, não incidiu legitimamente». (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficiência das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, 4.ª ed., pp. 37-38, cursiva en el original).

<sup>457</sup> La doctrina advierte de que la «suspensión solamente ocurre no controle difuso, não no abstrato, já que as decisões nestas ações têm efeitos *erga omnes*». (VIANNA ALVES FERREIRA, Olavo Augusto. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. Salvador: JusPodivm, 2018, 4.ª ed., p. 116, cursiva en el original). Al reforzar la aplicación del instituto de la suspensión por el Senado solo en el control incidental, véase el artículo 178 del Reglamento Interno del Supremo Tribunal: «Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição». A efectos de aclaración, el artículo 42, punto VII al que se hace referencia en el pasaje transcrito es el actual artículo 52, punto x de la Constitución Federal.

<sup>458</sup> El Senado Federal, «ao suspender a execução da norma questionada, faz valer para todos o que era circunscrito às partes litigantes, confere efeito geral ao que era particular, em uma palavra, generaliza os efeitos de uma decisão singular». (BROSSARD, Paulo. «O Senado e as leis inconstitucionais». *Revista de Informação Legislativa*, abr./jun., 1976, p. 61).

como consecuencia de ello, que ni el Supremo Tribunal Federal ni ningún otro órgano podría volver a aplicar la norma «suspendida», ya que ha sido retirada del ordenamiento jurídico por su invalidez.<sup>459</sup>

Al recibir la decisión del Tribunal Supremo, el Senado Federal, después de considerar solo las formalidades de la decisión, debe emitir una resolución suspendiendo la ejecución de toda o parte de la ley declarada inconstitucional en todo el territorio nacional. La suspensión de un acto normativo inconstitucional «não é posta ao critério do Senado, mas lhe é imposta como obrigatória», lo que significa que «o Senado, à vista da decisão do Supremo Tribunal Federal, tem de efetuar a suspensão da execução do ato inconstitucional», pues, de lo contrario, el orden constitucional tolerar que el Poder Legislativo pueda convalidar un acto considerado inconstitucional por el Poder Judicial,<sup>460</sup> afrontando gravemente la separación de poderes.<sup>461-462</sup>

El Senado no podía simplemente ignorar su deber de emitir una resolución tan pronto como recibiera la decisión de inconstitucionalidad del Tribunal Supremo. Esta omisión, deliberada o accidental, causa perjuicios al sistema constitucional, en particular porque hace que los efectos de la decisión sobre el control incidental queden limitados a las partes litigantes, en contra de la lógica de la institución de la suspensión.<sup>463</sup>

Con excepción de esta posición, que parece ser la más acorde con la Constitución, últimamente se ha cuestionado la aplicabilidad efectiva del artículo 52, inciso x, de la Constitución Federal en la etapa actual del constitucionalismo brasileño. Algunos argumentan que no tendría sentido que el Senado emitiera la resolución suspensiva sobre la ley declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo en sentencia de un recurso extraordinario, dado que el cumplimiento de los requisitos para caracterizar la repercusión general ya sería suficiente para revelar la importancia de la decisión que se forma en las decisiones apoyadas por este instituto.<sup>464</sup>

<sup>459</sup> DIAS MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. «Consideraciones sobre la función del Senado Federal de suspender la ejecución de una ley declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo». *Revista de Informação Legislativa*, 2007, año 44, n.º 174, p. 18.

<sup>460</sup> GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, 41.ª ed., p. 35.

<sup>461</sup> Zeno Veloso refuta con razón la postura que considera discrecional la competencia del Senado para suspender una ley declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo: «Se o ato do Senado estiver inserido no universo da competência discricionária, portanto, com a liberdade de suspender, ou não, a execução de lei declarada inconstitucional, por decisão definitiva do Supremo Tribunal, fazendo um novo juízo sobre a inconstitucionalidade, estaremos admitindo que uma consideração exclusivamente política sobre-põe-se a uma verificação jurídica (e também política), comprometendo e diminuindo o papel do Pretório Excelso, perdendo sentido o art. 102, *caput*, da Constituição, que o designa como guarda da Lei Fundamental». En otro pasaje relevante, señala lo siguiente: «O Senado não tem uma opção de suspender a execução de parte da lei, se toda ela foi julgada inconstitucional; nem pode suspender a execução de toda a lei, cuja inconstitucionalidade somente em parte foi declarada. Ele suspenderá a execução em parte ou na totalidade, conforme tenha sido a decisão do Supremo Tribunal Federal. A atuação do Senado, portanto, é balizada pela extensão da sentença proferida pelo Pretório Excelso. Não pode ampliar, nem restringir». (VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999, pp. 62 y 65).

<sup>462</sup> El magistrado Victor Nunes, en un voto paradigmático, citó reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia para abordar la cuestión de la suspensión por parte del Senado, sosteniendo incluso el carácter discrecional de la decisión de la Cámara Alta, que podría suspender o no la ley juzgada inconstitucional por conveniencia política, aunque el Senado no tenga la facultad de vetar o voluntad las decisiones del Supremo. Discrepamos de esta postura, como se explica en el subtema, pero vale la pena transcribir la lección del citado ministro: «A Constituição não deu ao Senado, no art. 64, o poder de vetar parcialmente as decisões do Supremo Tribunal. Por isso, ele suspenderá no todo ou em parte a lei, consoante o Tribunal houver declarado a lei inconstitucional no todo ou em parte. Mas o Senado terá o seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi decidida por maioria escassa e novos Ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é de todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar». (MS n.º 16.512, rel. min. Oswaldo Trigueiro, Tribunal Pleno, julgado em 25/5/1966, DJ 31/8/1966). Na doutrina, defendendo a não obrigatoriedade da suspensão pelo Senado, ver: MARINHO, Josaphat. «O art. 64 da Constituição e o papel do Senado». *Revista de Informação Legislativa*, 1964, vol. 1, n.º 2, p. 12.

<sup>463</sup> «O ato omissivo do Senado Federal pode retratar repulsa a norma constitucional e desconsideração para com o Poder Judiciário, ao qual a Constituição outorgou a competência para, em momento pós-justificação de texto legal, declarar constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo. Desse modo, enquanto não editada a resolução senatorial para suspender a aplicabilidade e a invocabilidade da norma declarada inconstitucional, o Poder Judiciário ver-se-á compelido a repetir a decisão nos casos em que a identidade do tema esteja presente. A omissão do Senado Federal contribuiu para a sobrecarga das atividades do Poder Judiciário, tornando morosa a prestação jurisdicional, dificultoso e ineficiente o exercício da competência constitucional atribuída a esse Poder. A condutiva omissiva do Senado Federal significaria, de modo oblíquo, prática impeditiva ou eficaz e legítimo exercício da competência outorgada ao Poder Judiciário». (MARCIAL DE CASTRO, João Bosco. *O controle de constitucionalidade das leis e a intervenção do Senado Federal*. Porto Alegre: Nubria Fabris, 2008, p. 76).

<sup>464</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficiência das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, 4.ª ed., pp. 48-49.

Desde este punto de vista, sería razonable admitir que la facultad del Senado de suspender la ejecución de una ley declarada inconstitucional ya no tiene la relevancia de antaño, «sendo, hoje, inexpressivas, ressalvado seu efeito de publicidade, as consequências práticas que dele podem decorrer».<sup>465</sup> Esto se deriva en cierta medida del entendimiento de algunos juristas que defienden la objetivación de las decisiones del Tribunal en el control difuso.<sup>466</sup>

Como ya se ha dicho, no estamos de acuerdo con esta opinión. La Constitución Federal brasileña «não equipara controle abstrato ao controle concreto e, por consequência, é defeso ao intérprete fazê-lo, mesmo —e principalmente— que esse intérprete seja o STF», sendo certo que o texto constitucional «não deu poderes para o STF, em sede de controle concreto, de aniquilar a lei que entende inconstitucional, mas apenas o poder de, em assim reconhecendo, deixar de aplicá-la na solução da lide».<sup>467</sup>

El artículo 52, inciso x, de la Constitución establece que es competencia exclusiva del Senado Federal suspender, total o parcialmente, una ley declarada inconstitucional por la Suprema Corte. La interpretación gramatical debe prestigiarse aquí, en refuerzo de la supremacía de la Constitución, aunque tal interpretación no sea a veces la mejor salida, sobre todo porque el derecho evoluciona constantemente. Esta disposición no ha sufrido mutación constitucional (al menos por el momento), por lo que su texto no puede ignorarse.<sup>468</sup>

<sup>465</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficiência das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, 4.ª ed., p. 53. En el mismo sentido, al afirmar el carácter obsoleto del instituto de la suspensión por el Senado, véase: FERREIRA MENDES, Gilmar. «O controle incidental de normas no direito brasileiro». *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 1998, vol. 23, pp. 30-58. Versión electrónica, p. 16; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019, 8.ª ed., p. 184.

<sup>466</sup> La idea de objetivación del control difuso de constitucionalidad fue presentada en un voto del Ministro Gilmar Mendes en la Rcl. 4.335-AC, que proponía una relectura del artículo 52, inciso x, de la Constitución Federal. Vale la pena transcribir algunos extractos del voto en cuestión, con disculpas por la extensión: «Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII). Portanto, é outro o contexto normativo que se coloca para a suspensão da execução pelo Senado Federal no âmbito da Constituição de 1988. Ao se entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional, e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADI, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema. [...] De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental. Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso. [...] É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto. Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretación a partir da Constituição de 1988. [...] Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a facultade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação [...]. Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica». (Rcl 4.335, rel. min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 20/3/2014, DJe 22/10/2014).

<sup>467</sup> NERY, Nelson Jr. y Georges ABBOUD. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 642.

<sup>468</sup> Eduardo Talamini sostiene que la intervención del Senado, prevista en el artículo 52, inciso x, de la Constitución Federal, sigue siendo reconocida como necesaria para la eficacia *erga omnes*. El argumento definitivo en este sentido vendría dado por la institución del precedente vinculante. La reflexión es del todo pertinente: «Que sentido faria a criação de um instituto, sujeito a rigorosos pressupostos (inclusive quórum qualificado), destinado a dar força vinculante ao entendimento externado sobre questão constitucional em reiteradas decisões do Supremo Tribunal, se toda e qualquer decisão do Plenário da Corte já tivesse essa eficácia? Nos debates do julgamento da Rcl. 4.335, opondo-se à tese do Min. Gilmar Mendes, os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa destacaram que a súmula vinculante presta-se precisamente a viabilizar a atribuição de eficácia vinculante a entendimento sobre matéria constitucional assente na Corte em sede de controle incidental. Até por isso, não é possível cogitar de uma mutação

La actuación del Senado Federal ante una declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Supremo no se limita actualmente, según el punto de vista que aquí adoptamos, a dar publicidad a la decisión.<sup>469-470</sup> Por el contrario, el papel del Senado sigue siendo el de dar eficacia *erga omnes* y decisiones vinculantes de inconstitucionalidad del Tribunal Supremo en control incidental. Una vez que el Tribunal Supremo ha dictaminado que una determinada ley es inconstitucional, es deber —y no facultad discrecional del Senado— suspender la aplicación de la ley inconstitucional en la medida en que haya sido declarada inconstitucional y retirarla del ordenamiento jurídico.

El análisis del instituto de la suspensión por el Senado Federal es importante para verificar si el árbitro estaría o no vinculado por la decisión de inconstitucionalidad dictada por la Corte Suprema en control difuso, incidentalmente en un proceso subjetivo. Para una aproximación completa al tema, no se pueden dejar de lado los efectos de la decisión del Tribunal Supremo en el control difuso, aunque los estudios sobre arbitraje y decisiones judiciales vinculantes, desde una perspectiva constitucional, concentran sus esfuerzos en el examen del control abstracto y los precedentes vinculantes. Y la solución aquí depende del peso que se le dé a la resolución del Senado, es decir, está intrínsecamente ligada a la interpretación que se le dé al artículo 52, inciso x, de la Constitución Federal.

Esta cuestión podría carecer de sentido para quienes interpretan que el citado precepto constitucional revela un mero deber de publicidad por parte del Senado ante la remisión por el Tribunal Supremo de una decisión de inconstitucionalidad. En este caso, parece indiscutible que una decisión de inconstitucionalidad en control difuso —en la sentencia de un recurso extraordinario con repercusión general, por ejemplo— bastaría por sí misma para vincular al tribunal arbitral, dada la relevancia de la cuestión constitucional reconocida por el Tribunal Supremo.

La interpretación contraria a esta, que se respalda en este documento, lleva el razonamiento en otra dirección. Sencillamente, no puede hablarse de que el árbitro esté vinculado por la decisión de inconstitucionalidad del Tribunal Supremo dictada en el marco del control difuso, aunque esta decisión se haya adoptado en el marco de un recurso extraordinario, cuyo principal requisito de admisibilidad es la demostración de la repercusión general. Sin perjuicio de decisiones de esta naturaleza son

---

constitucional». (TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira*: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto. Tese (Livre Docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 243). En un interesante artículo, Cândido Rangel Dinamarco destaca precisamente la suspensión de leyes inconstitucionales por parte del Senado como una diferencia entre el control abstracto y el control incidental ejercido por el Supremo Tribunal: «Seja por essa via, seja mediante o controle difuso que realiza no julgamento de casos concretos, o Supremo Tribunal Federal interfere na ordem jurídica positiva ao retirar ou provocar a ineficácia dos dispositivos contrários à Constituição —no segundo caso, mediante ofício ao Senado e atribuição a ele de uma medida supressora que se considera vinculada—. O que difere os efeitos do controle concentrado e do difuso é a participação do Senado —sendo constante, no entanto, a influência dos pronunciamentos do Supremo sobre a eficácia das normas produzidas pelo Poder Legislativo—». (DINAMARCO, Cândido Rangel. «Decisões vinculantes». *Revista de Processo*, 2000, vol. 100, pp. 166-185. Versión electrónica, p. 10).

<sup>469</sup> La mera publicidad de la decisión de inconstitucionalidad o constitucionalidad está prevista en el artículo 28, *caput* de la Ley 9868/1999, que prevé la tramitación y juzgamiento de las acciones directas de inconstitucionalidad y declarativas de constitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal; control abstracto, por lo tanto («Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão»).

<sup>470</sup> Para ver cómo el instituto de la suspensión no estaría tan en desuso, consulte el texto de José Levi Mello do Amaral Jr., publicado en la revista electrónica Consultor Jurídico, de donde se extrae la siguiente información: entre los años 2007 y 2014, «foram promulgadas 29 Resoluções com fundamento de validade no artigo 52, inciso x, da Constituição: uma em 2013, cinco em 2012, três em 2010, uma em 2009, quatro em 2008 e 15 em 2007». En las conclusiones de José Levi son muy claras: «Primeira, foi bastante comum o exercício, pelo Senado Federal, nos anos mais recentes, da sua competência privativa prevista pelo artigo 52, inciso x, da Constituição. Segunda, revela-se bastante abrangente a prática do controle difuso, fulminando leis e atos normativos de quaisquer dos Poderes federais, estaduais e municipais, inclusive aqueles anteriores à Constituição vigente. Terceira, nota-se sintonia entre o Supremo Tribunal Federal e o Senado Federal, porque, em regra, a declaração incidental de inconstitucionalidade pela Corte e efetivamente enseja resolução senatorial na forma do artigo 52, inciso x, da Constituição. Aliás, vale destacar que a maioria das resoluções examinadas foi promulgada após breve lapso de tempo entre o recebimento do Ofício do Supremo informando uma declaração de inconstitucionalidade e a promulgação da Resolução de suspensão: duas foram promulgadas no mesmo ano de recebimento do Ofício, sete no ano seguinte e outras sete no segundo ano seguinte. As demais Resoluções examinadas cumpriram tramitação mais lenta». (MELLO DO AMARAL, José Levi Jr. *Suspensão de norma inconstitucional está em pleno uso pelo Senado Federal*. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-31/suspensao-norma-inconstitucional-pleno-uso-senado-federal>. Consultado el 26/11/2020).

de enorme valor para el orden constitucional, y corresponde al árbitro observarlas (eficacia persuasiva), ya que la jurisprudencia es fuente del derecho, no estaría, en esta hipotética situación, ante una efectiva vinculación del tribunal arbitral.

El efecto vinculante existiría si, y solo si, el Senado Federal, debidamente notificado por el Tribunal Supremo, suspendiera la ejecución de la ley declarada inconstitucional por una decisión dictada por el Tribunal Supremo en el contexto del control difuso.

La obligación del árbitro en relación a una decisión de inconstitucionalidad en control difuso proviene de una razón simple: una vez que la ley inconstitucional es suspendida por resolución de la Corte Suprema, como exige el artículo 52, inciso x, de la Constitución, la referida ley dejaría de formar parte del conjunto de normas jurídicas del derecho brasileño y, siendo éste el derecho aplicable al arbitraje, al árbitro le estaría vedado decidir con base en una ley que ya no subsiste, que no está en vigor en la fecha del laudo arbitral, por ejemplo.

Como se dijo en relación a la decisión de inconstitucionalidad en control abstracto, aunque no sea de la misma *ratio*, la justificación de la vinculación del árbitro reside en la imposibilidad, en el derecho brasileño, de decidir con base en el derecho no operativo, lo que fue removido, en este caso, por decisión de inconstitucionalidad del Supremo Tribunal y por resolución del Senado Federal resultante de ella, conforme mandato de la Constitución Federal. En este punto, la legitimidad del árbitro vinculante se ve reforzada por la participación directa del Poder Legislativo en la retirada de la ley inconstitucional del ordenamiento jurídico, lo que no se observa en los otros casos ya mencionados, en los que solo entra en juego el Poder Judicial, representado por el guardián de la Constitución, el Tribunal Supremo.

Por lo tanto, el árbitro está vinculado por la decisión del Tribunal Supremo que declara la inconstitucionalidad de una ley en control difuso, independientemente de si en el contexto de una acción original o una apelación, pero esta fuerza vinculante solo se produce si el Senado Federal, debidamente instigado, suspende la ejecución de la ley inconstitucional por medio de una resolución, en la forma del artículo 52, inciso x, de la Constitución, vinculando así a todos los sujetos del orden constitucional brasileño, incluso a la jurisdicción privada, que no escapa a la incidencia de las reglas constitucionales, incluso porque el arbitraje, repetimos, compone el modelo constitucional de proceso.

El árbitro queda vinculado por la decisión de inconstitucionalidad en control difuso a partir del momento de la emisión de la resolución del Senado Federal removiendo la ejecución de la ley viciada. Si, por ejemplo, el árbitro tiene conocimiento, a petición de las partes, de la decisión que reconoce la inconstitucionalidad de una ley aplicable al arbitraje, pero el Senado nunca suspende la aplicación de esta ley, incurriendo así en una omisión flagrante, entonces el árbitro no está vinculado por ella. Visto el problema, esta ley seguiría vigente en Brasil, autorizando a los árbitros a decidir basándose en ella. Aunque no sea efectivamente vinculante, es esencial que el tribunal arbitral considere una decisión judicial de tal importancia al dictar su laudo.

En caso de inconstitucionalidad vinculante, el árbitro no puede ignorar que la ley inconstitucional es ajena al ordenamiento jurídico. Si de hecho ignora esta circunstancia, dictará inevitablemente una resolución en equidad que, si no ha sido prevista por las partes, puede dar lugar a la interposición de una acción de anulación del laudo arbitral por desconocimiento de la ley aplicable al arbitraje, como mínimo. En cualquier caso, cabe destacar una vez más que los juicios de equidad no admiten decisiones *contra constitutionem*, por lo que, incluso si se considerara la equidad, sería necesario que el árbitro no basara su decisión en una ley inconstitucional que ha sido retirada del ordenamiento jurídico por una resolución del Senado Federal.

Las mismas conclusiones de este tema se repiten en el caso de los recursos extraordinarios repetitivos. Creado por el Código de Procedimiento Civil de 2015, el sistema repetitivo de recursos extraordinarios permite al Supremo Tribunal Federal, ante una multiplicidad de recursos basados en una cuestión de derecho idéntica, asignar para el juicio un recurso extraordinario determinado, que

representará la controversia constitucional. El fundamento del recurso extremo sigue estando previsto en la Constitución, aunque la ley procesal civil solo establece normas específicas para los recursos de repetición (artículos 1.036 a 1.041). El Tribunal Supremo también puede declarar la inconstitucionalidad de una ley en caso de recursos reiterados y el Senado puede suspender la ejecución de dicha ley.

### 3.6. Suspensión cautelar de constitucionalidad y arbitraje

La citada Ley 9.868/1999 prevé el procedimiento y juzgamiento de las acciones directas de inconstitucionalidad y declarativas de constitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal. Contempla los aspectos procesales de las medidas cautelares en las acciones directas de inconstitucionalidad y las acciones declarativas de constitucionalidad.<sup>471</sup> Después de la línea de razonamiento desarrollada hasta ahora, es importante determinar si la suspensión cautelar, ya sea en una acción directa o en una acción declarativa, tiene repercusiones, en términos prácticos, en el proceso de toma de decisiones de los árbitros.

Quando se trate de acciones directas de inconstitucionalidad, el amparo se concederá por decisión de la mayoría absoluta de los miembros del Supremo Tribunal Federal,<sup>472</sup> previa audiencia de los órganos o autoridades de los que emane la ley impugnada, salvo que exista urgencia excepcional, en cuyo caso podrá prescindirse de la audiencia de dichos órganos o autoridades.<sup>473</sup>

La medida cautelar en un recurso directo de inconstitucionalidad será, por regla general, eficaz contra todos y se concederá con efecto *ex nunc*, de modo que no tendrá efecto retroactivo en el tiempo, salvo que el Tribunal Supremo decida concederle efecto retroactivo.<sup>474</sup> No solo eso, sino que la concesión de una medida cautelar hace aplicable la ley anterior si existe, situación que no se produciría si el Tribunal Supremo decidiera expresamente lo contrario.<sup>475</sup>

Al seguir con el tema de las acciones directas, la consecuencia de la concesión de una medida cautelar es la suspensión de la aplicación de la ley impugnada en el procedimiento objetivo ante el Tribunal Supremo. La suspensión cautelar de la ley, por tanto, afecta a su vigencia provisional, impidiendo que los tribunales, incluidos los árbitros, y las entidades de la administración pública en su conjunto apliquen la disposición que ha sido suspendida.

Aunque la resolución por la que se acuerda la prejudicialidad en la acción directa, al ser dictada en cognición sumaria, impide la formación de cosa juzgada, tiene «todos os elementos para que se pense em eficácia vinculante».<sup>476</sup> Por esta razón, mientras la medida cautelar esté pendiente de juicio

<sup>471</sup> También existe un tratamiento del requerimiento en una acción directa de inconstitucionalidad por omisión; sin embargo, esta acción carece de interés para el estudio que nos ocupa. También hay que señalar que la propia Constitución Federal prevé la providencia cautelar en las acciones de inconstitucionalidad (artículo 102, I, «p»), lo que no ocurre con la solicitud de providencia cautelar en las acciones declarativas. Esto último, sin embargo, fue admitido por el Tribunal Supremo Federal en el MC del ADC n.º 4: «4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F. 5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. É assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imaneante ao de julgar». (MC en ADC n.º 4, rel. min. Sydney Sanches, Tribunal Plenario, juzgado el 11/2/1998, DJ 21/5/1999).

<sup>472</sup> Se admite la concesión de una medida cautelar por decisión monocrática del ponente, pero tal hipótesis es y debe considerarse una medida excepcional. Al respecto, véase la posición de la respetada doctrina: «Podem naturalmente ocorrer casos em que a espera pelo julgamento da Sessão Plenária seguinte ao pedido de medida cautelar leve à completa perda de sua utilidade. Assim, parece legítima admitir a concessão da liminar por decisão monocrática do Relator, no exercício do poder geral de cautelar. Aqui, poder-se-ia considerar, igualmente, a possibilidade de aplicação analógica do § 1º do art. 5º da Lei 9.882/99, referente à arguição de descumprimento de preceito fundamental, que permite a decisão cautelar monocrática “em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave”. Nessa hipótese, é imprescindível a submissão imediata, na Sessão Plenária seguinte, da decisão cautelar ao referendo do Tribunal (art. 21, V, do RISTF)». (FERREIRA MENDES, Gilmar y Paulo Gustavo GONET BRANCO. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2020, 15.ª ed., p. 1.363).

<sup>473</sup> Cf. artículo 10, *caput* y § 3, de la Ley 9.868/1999.

<sup>474</sup> Cf. artículo 11, § 1 de la Ley 9.868/1999.

<sup>475</sup> Véase el artículo 11, apartado 2, de la Ley 9.868/1999.

<sup>476</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo, Luiz Guilherme MARINONI y Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019, 8.ª ed., p. 1.182.

inconstitucionalidad, la resolución que acuerde la medida cautelar tendrá efectos vinculantes, prohibiendo que se dicten resoluciones (jurisdiccionales o administrativas) que se basen en la ley suspendida por la decisión del Tribunal Supremo. Así, «[e]stando assente que a liminar deferida opera no plano da vigência da lei, podendo ter o condão até mesmo de restaurar provisoriamente a vigência de norma eventualmente revogada, não há como deixar de reconhecer que a aplicação da norma suspensa pelos órgãos ordinários da jurisdição implica afronta à decisão do STF».<sup>477</sup>

Por todo ello, se entiende que los árbitros deben respetar la decisión del Tribunal Supremo de suspender la eficacia de una ley hasta que la actuación sea juzgada en un control objetivo que defina en última instancia si la ley es realmente inconstitucional. La suspensión cautelar en la acción directa sustrae a la ley del ordenamiento jurídico, siquiera momentáneamente, de modo que nadie, ni siquiera los árbitros de los tribunales privados, puede decidir con base en una norma cuya eficacia está suspendida, so pena de juzgar en sentido contrario al orden constitucional, lo que eventualmente dará lugar, como se verá en otro tema, a la nulidad de la adjudicación.

La suspensión cautelar de la eficacia de una ley, cabe repetir, la retira del plano de la validez de la ley brasileña, lo que hace imposible decidir con base en ella. En suspenso, podría decirse que la presunción de constitucionalidad de la ley queda invertida, relegada a un segundo plano, incluso porque la concesión de una medida cautelar en una acción directa presupone la verosimilitud de las alegaciones del autor, es decir, requiere indicios sólidos de que la ley impugnada es efectivamente inconstitucional.

Si se aplica la ley brasileña al arbitraje y se suspende la eficacia de una ley brasileña debido a una medida cautelar concedida por el Supremo Tribunal Federal, los árbitros no podrán aplicarla para decidir el procedimiento arbitral, so pena de tener un juicio por equidad y, además, contrario a la Constitución. Si la ley fue retirada del ordenamiento jurídico, no hay forma de utilizarla para nada, y mucho menos para apoyar una decisión judicial. Además, como ya se ha dicho, la suspensión cautelar en la acción directa opera con efectos *erga omnes* y vinculantes, y los árbitros no están exentos de ello.

Es imprescindible repetir una observación para resaltar el alcance de esta materia al arbitraje: aunque es eficaz contra todos y vinculante, el requerimiento en la acción directa se concederá generalmente con eficacia *ex nunc*, y no puede retrotraerse en el tiempo y suspender la eficacia de la ley desde el principio; la suspensión de la eficacia normativa suele ser, por tanto, para el futuro.

El carácter vinculante de los árbitros a la suspensión cautelar en la acción directa dependerá de si la eficacia de la ley suspendida es retroactiva o no: si se trata, como suele ser, de eficacia *ex nunc*, eventuales actos jurídicos consolidados en el pasado no podrán ser alcanzados por la suspensión cautelar de la ley, abriendo espacio para que los árbitros decidan con base en ella, pero quedando vedados los fundamentos de decisiones futuras; por otro lado, si el Supremo Tribunal entiende debida la atribución de eficacia retroactiva, entonces, no habrá cuestión de acto jurídico perfecto, quedando los árbitros impedidos de juzgar con base en esa ley, que fue sustraída del marco normativo brasileño.

En cuanto a las medidas cautelares en las acciones declarativas de constitucionalidad, su concesión puede provocar la suspensión del enjuiciamiento de las causas que impliquen la aplicación de la ley *sub iudice* en la acción declarativa hasta que ésta sea definitivamente juzgada.<sup>478</sup> La Ley 9.868/1999 no menciona, para las acciones declarativas, la posibilidad de suspender la legislación en sí, sino solo los procedimientos que versan sobre ella.

Por cierto, ¿sería posible que el sobreseimiento cautelar de una acción declarativa diera lugar a la suspensión de la sentencia en un procedimiento de arbitraje en el que se impugna la ley cuya constitucionalidad se cuestiona? No parece creíble defender que una decisión del Tribunal Supremo

<sup>477</sup> FERREIRA MENDES, Gilmar y Paulo Gustavo GONET BRANCO. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2020, 15.<sup>a</sup> ed., p. 1.533.

<sup>478</sup> Cf. artigo 21, *caput*, da Lei 9.868/1999.

—más aún en cognición sumaria— pueda suspender el desarrollo de un arbitraje, porque, como ya se ha dicho, no existe relación jerárquica entre el tribunal encargado de velar por la Constitución y el tribunal arbitral. Existe, y esto es saludable, una relación de complementariedad, de apoyo entre las jurisdicciones estatal y arbitral, pero no una relación de sumisión de los árbitros al Poder Judicial, ni siquiera al Tribunal Supremo.



## CAPÍTULO 4

### CONTROL JUDICIAL DE SENTENCIA ARBITRAL. DECIDIR UNA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL

En este tema, se discuten los posibles medios procesales para permitir que el Poder Judicial ejerza el control sobre el laudo arbitral que aborda la cuestión constitucional (p.g. el laudo arbitral que declara la inconstitucionalidad de una ley, que niega la aplicación de un precedente vinculante). Se analizarán: la acción de anulación del artículo 33 de la Ley de Arbitraje; la acción rescisoria; la acción declarativa de inexistencia legal; la impugnación de cumplimiento de sentencia; el recurso extraordinario; y la queja.

#### 1. ACCIÓN EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 33 DE LA LEY DE ARBITRAJE

*A arbitragem eficiente implica uma tensão entre os objetivos rivais da finalidade e da lealdade. Libertar as sentenças arbitrais da possibilidade de contestação em juízo promove a finalidade, ao passo que o aprimoramento da lealdade requer algumas medidas de supervisão judicial. A parte vencedora em uma arbitragem almeja alcançar finalidade, enquanto a perdedora deseja o cuidadoso exame judicial de decisões duvidosas. (PARK, William W. «Por que os tribunais revisam decisões arbitrais». Revista de Arbitragem e Mediação, 2014, vol. 3, pp. 161-176. Versión electrónica, p. 2).*

La acción prevista en el artículo 33 de la Ley de Arbitraje es la forma más común de atacar un laudo arbitral.<sup>479</sup> Los supuestos para tal acción se enumeran en el artículo 32 de la referida legislación, que establece que un laudo arbitral es «nulo de pleno derecho» si:<sup>480</sup> (I) el acuerdo de arbitraje es nulo de pleno derecho (II) no contiene los requisitos del artículo 26 de dicha ley, que enumera los requisitos obligatorios del laudo arbitral (informe, fundamentos, dispositivo, fecha y lugar en que se dictó); (III) se dicta fuera de los límites del convenio arbitral (IV) se compruebe que fue rendido por prevaricación, concusión o corrupción pasiva; (V) sea rendido fuera de plazo, respetando lo dispuesto en el artículo 12, III, de la ley;<sup>481</sup> y (VI) se desconozcan los principios de que trata el artículo 21, párrafo 2, de la ley.

De acuerdo con el citado listado de motivos, la acción de anulación, que tiene un plazo de prescripción de noventa (90) días a contar desde la recepción de la notificación del respectivo laudo o

---

<sup>479</sup> Ley de Arbitraje: «Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei».

<sup>480</sup> La doctrina diverge sobre la precisión de la terminología mencionada en el encabezamiento del artículo 32: «nulo». Por un lado, se entiende que no todas las hipótesis son de nulidad efectiva, al abarcar también circunstancias de anulabilidad (Cfr. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual (sexta série)*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 285). Carlos Alberto Carmona, basándose en la lección de este ilustre jurista carioca, afirma que la dicción legal es inexacta, ya que la mayoría de los casos indicados en la ley rectora se referirían a la anulación del laudo arbitral, y no exactamente a nulidades: «De fato, enquanto não manejada, com sucesso, a demanda de que trata o art. 33, permanece íntegra a decisão arbitral, sendo certo que, decorrido o estreito prazo decadencial de 90 dias para o ataque ao laudo defeituoso, não há mais como impugná-lo (exceção feita aos laudos condenatórios, eis que reservada ao executado a possibilidade de oposição de embargos, limitados, porém, às matérias do art. 741 do Código de Processo Civil)». (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2007, 2.ª ed., p. 317). En una posición opuesta, Cândido Rangel Dinamarco, al diferenciar la teoría de los vicios de los actos jurídicos entre el derecho público y el derecho privado, afirma: «Daí por que a sentença arbitral portadora de um daqueles vícios arrolados no art. 32 da Lei de Arbitragem é realmente *nula*, apesar de eficaz, enquanto não vier a ser desconstituída por decisão do Poder Judiciário. Um ato assim, em direito privado, seria qualificado como meramente *anulável*, sendo nulos somente aqueles incapazes de produzir efeitos desde o início (*vícios radicais*, nulidades de pleno direito). Como em direito público não há espaço para nulidades assim, ou nulidades *pleno jure*, aquilo que os civilistas capitulam como meramente anulável reputa-se *nulo* em direito público. *Não existem atos anuláveis em direito processual*». (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 246, cursiva en el original).

<sup>481</sup> Ley de Arbitraje: «Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: [...] III.- o prazo para apresentação da sentença arbitral»; Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral: [...] III.- tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral».

de la decisión sobre la solicitud de aclaración,<sup>482</sup> no tiene por objeto impugnar el fondo de los laudos arbitrales, es decir, cualquier error cometido por los árbitros en la aplicación del derecho elegido por las partes (*error in iudicando*);<sup>483</sup> La acción de anulación se dirige, en cambio, contra los defectos formales presentes en la decisión emitida por el tribunal arbitral (*error in procedendo*). El control judicial del laudo arbitral, mediante la acción de anulación, se limita al análisis de tales defectos formales, ya que el Poder Judicial no es la instancia revisora del laudo arbitral.<sup>484</sup>

Se debate si la lista del artículo 32 es exhaustiva o no. Aunque la enumeración de las hipótesis de nulidad del laudo arbitral es exhaustiva —para ser fieles a la terminología de la ley rectora— lo cierto es que la doctrina especializada reconoce acertadamente la existencia de situaciones excepcionales no previstas expresamente por la ley que permiten la declaración de nulidad del laudo arbitral.<sup>485</sup> De hecho, la lista de casos en los que se puede interponer una acción de nulidad es exhaustiva, tal y como se establece en la Ley 9307/1996, pero algunos apartados del artículo 32 pueden interpretarse de forma amplia, sin estar vinculados al tenor literal del texto legal, especialmente cuando dicha interpretación se realiza a la luz de la Constitución Federal.<sup>486</sup>

El apoyo a esta tesis tiene especial aplicabilidad con respecto al objeto de estudio. Es incontrovertible que las resoluciones judiciales vinculantes con sede constitucional no están enumeradas en el artículo 32 de la Ley de Arbitraje. No obstante, existen situaciones de desacato de dichos laudos por

<sup>482</sup> Cf. artículo 33, párrafo 1 de la Ley de Arbitraje. Además, cabe señalar que la acción de anulación seguirá las normas del procedimiento ordinario, previstas en el Código de Procedimiento Civil.

<sup>483</sup> YARSHALL, Flávio Luiz. «Caráter subsidiário da ação anulatória de sentença arbitral». *Revista de Processo*, 2012, vol. 207, pp. 13-23. Versión electrónica, p. 2.

<sup>484</sup> Así lo entiende el Tribunal Superior de Justicia, según todos: «2. O controle judicial sobre a validade das sentenças arbitrais está relacionado a aspectos estritamente formais, não sendo lícito ao magistrado togado examinar o mérito do que foi decidido pelo árbitro. Incidência da Súmula 83/STJ. [...]». (AgInt en AREsp 1.566.306-SP, rel. min. Marco Buzzi, Cuarto Panel, juzgado el 30/3/2020, DJe 1/4/2020); «1. O excepcional controle judicial promovido por meio de ação anulatória, prevista no art. 33 da Lei n. 9.307/1996, não pode ser utilizado como subterfúgio para se engendrar o natural inconformismo da parte sucumbente com o desfecho conferido à causa pelo Juízo arbitral, como se de recurso tratasse, com o simples propósito de revisar o mérito arbitral. 1.1 A ação anulatória de sentença arbitral há de estar fundada, necessariamente, em uma das específicas hipóteses contidas no art. 32 da Lei 9.307/1996, ainda que a elas seja possível conferir uma interpretação razoavelmente aberta, com o propósito de preservar, em todos os casos, a ordem pública e o devido processo legal e substancial, inafastáveis do controle judicial [...]». (REsp 1.660.963-SP, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Tercera Turma, julgado em 26/3/2019, DJe 29/3/2019); «2. Na linha dos precedentes desta Corte, o controle judicial sobre a validade das sentenças arbitrais está relacionado a aspectos estritamente formais, não sendo lícito ao magistrado togado examinar o mérito do que foi decidido pelo árbitro [...]». (Recurso especial 1.660.963-SP, min. rel. Marco Aurélio Bellizze, Tercera Sala, juzgado el 26/3/2019, DJe 29/3/2019); «Na linha dos precedentes desta Corte, o controle judicial sobre a validade das sentenças arbitrais está relacionado a aspectos estritamente formais, não sendo lícito ao magistrado togado examinar o mérito do que foi decidido pelo árbitro [...]». (AgInt no AgInt no AREsp 1.143.608-GO, rel. min. Moura Ribeiro, Tercera Turma, julgado em 18/3/2019, DJe 20/3/2019); «2. Na ação de invalidação de sentença arbitral, o controle judicial, exercido somente após a sua prolação, está circunscrito a aspectos de ordem formal, a exemplo dos vícios previamente elencados pelo legislador (art. 32 da Lei 9.307/1996), em especial aqueles que dizem respeito às garantias constitucionais aplicáveis a todos os processos, que não podem ser afastados pela vontade das partes [...]». (Recurso especial 1.636.102-SP, rel. min. Ricardo Villas Boas Cueva, Terceiro Panel, juzgado el 13/6/2017, DJe 1/8/2017).

<sup>485</sup> Carlos Alberto Carmona, citado aquí por todos, entiende que «não podem as partes ampliar os motivos de impugnação nem estabelecer na convenção de arbitragem novas formas de revisão judicial do laudo». No obstante, reconoce que existen «casos verdaderamente excepcionales, em que será necessário reconhecer a sobrevivência da ação declaratória ou desconstitutiva para atacar tal laudo». Menciona, como ejemplo más evidente de tal situación, la hipótesis de que un determinado litigio no sea susceptible de arbitraje. El tratamiento excepcional, según él, «é justificado, sem dúvida, para manter a validade do sistema imaginado pela Lei de Arbitragem, não para quebrá-lo». (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2007, 2.<sup>a</sup> ed., p. 318).

<sup>486</sup> Un ejemplo de ello es la posibilidad de interponer un recurso de anulación contra un laudo arbitral que haga caso omiso del principio constitucional de prohibición de pruebas ilícitas. Aunque este principio no esté expresamente incluido en el artículo 21, párrafo 2, de la Ley de Arbitraje, la lectura más adecuada de esta disposición a la luz de la Constitución Federal lleva a esa conclusión en el derecho brasileño, como ya se ha escrito: «L'enumerazione non va considerata tassativa: obbligatoria è pure l'osservanza di altri principi, tra cui alcuni di rango costituzionale, quale il divieto dell'utilizzazione di prove illecitamente ottenute (Costituzione della Repubblica, art. 5°, LV1)». (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual (sexta série)*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 282).

parte de los árbitros que son aptas para autorizar la interposición de la acción de anulación,<sup>487</sup> aunque se trata de una vía excepcional de control judicial.<sup>488</sup>

Analizaremos en primer lugar la posibilidad de invalidar, en sede judicial, el laudo arbitral que declara la inconstitucionalidad de una ley incidentalmente en el arbitraje, o el laudo que no lo hace, desestimando la pretensión de inconstitucionalidad.

Si los árbitros, haciendo uso de su deber de control de constitucionalidad, declaran la inconstitucionalidad de una ley en el caso concreto, justificando las razones para decidir en este sentido, cualquier intento de impugnar esta decisión ante el Estado no prevalecerá. En esta circunstancia, el recurso de anulación atacará las razones por las que los árbitros han aplicado la ley brasileña de una determinada manera, es decir, declarando la inconstitucionalidad de una ley, bien de oficio, ocasión en la que deben respetar el procedimiento contradictorio para evitar una decisión sorpresiva, bien a provocación de una de las partes. Sin embargo, no se permite al juez revisar las razones por las que los árbitros declararon la inconstitucionalidad de una ley, que es una hipótesis prohibida para el examen del supuesto error *in indicando* en el arbitraje.

Tampoco es admisible llevar al Poder Judicial la discusión sobre la declaración no incidental de inconstitucionalidad en el proceso arbitral. La parte que reclama el reconocimiento de la inconstitucionalidad y los árbitros deciden negativamente, rechazando esta pretensión, no puede hacer nada ante los tribunales. La pretensión de anulación del laudo arbitral por no haberse declarado la inconstitucionalidad en el procedimiento arbitral también chocará con la prohibición de revisar la posible aplicación indebida de la ley por los árbitros.

La acción de anulación procede, sin embargo, si los árbitros no motivan el laudo arbitral declarando o dejando de declarar la inconstitucionalidad, con fundamento en los artículos 32, III, y 26, II, de la Ley de Arbitraje y 93, IX, de la Constitución. El deber de motivación, como se ha visto anteriormente, también es esencial para el arbitraje. Los árbitros deben explicar, clara y adecuadamente, las razones por las que una ley sería o no inconstitucional a la luz de las peculiaridades del litigio.

Esta indispensable carga argumentativa de los árbitros en el control difuso es aún más importante cuando se enfrentan a una decisión que reconoce que una ley es inconstitucional. Dado que se trata de un vicio muy grave que hace que la ley sea nula en un caso determinado, la motivación de una decisión de inconstitucionalidad debe ser más sólida que la que la niega, sobre todo porque en Brasil las leyes se presumen constitucionales.

En segundo lugar, procede examinar la aplicabilidad del recurso de anulación de un laudo arbitral desde la perspectiva de la falta de respeto a las resoluciones judiciales constitucionalmente vinculantes.

<sup>487</sup> Teniendo en cuenta las normas constitucionales, Edoardo Ricci afirma lo siguiente: «Prescindindo-se dos casos de inexistência jurídica, o motivo para argüir o vício pode ser acrescentado, no âmbito do art. 32 da Lei de Arbitragem, mediante interpretação integrativa com aplicação da Constituição». (RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de Arbitragem brasileira: oito anos de reflexão, questões polémicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 82). Con base en este método —interpretación integradora a la luz de la Constitución—, Cândido Rangel Dinamarco admite la acción de anulación por violación de precedente vinculante, por ejemplo: «Nessa linha, por via interpretativa chega-se ao ponto de reputarem-se incluídas entre as nulidades arroladas no art. 32 da Lei de Arbitragem todas as infrações cometidas pela sentença arbitral a qualquer das garantias constitucionais do processo, ainda quando indiretas ou reflexas e mesmo que não estejam indicadas em tal dispositivo. Pela aplicação do método da interpretação integrativa chega-se também à nulidade da sentença arbitral fundada em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado (Const., art. 102, § 2º) ou proferida em contraste com súmula vinculante (art. 103-B-supra, n.º 85)». (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 243, cursiva en el original).

<sup>488</sup> Solo por curiosidad, señalamos la observación de Menezes Cordeiro sobre el abuso en la impugnación de laudos arbitrales, que pone de relieve la excepcionalidad de la medida también en el derecho portugués: «O direito de impugnar uma decisão arbitral é, como qualquer outro, suscetível de abuso. De resto, a jurisprudência permite constatar que a grande maioria das ações de impugnação não tem êxito. Perante ações abusivas, os tribunais devem perder a inibição de usar os poderes que a lei lhes confere, com relevo para a condenação como litigância de má-fé. Também as partes prejudicadas com o sobressalto que qualquer ação de anulação sempre suscita devem ter a coragem de pedir indemnizações». (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado da arbitragem: em comentário à Lei 63/2011*, de 14 de diciembre. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 437-438).

Imaginemos que el Supremo Tribunal Federal, en control abstracto, acoge una solicitud formulada en una acción directa para que se declare la inconstitucionalidad del artículo 476 del Código El Código Civil, al tratar de la excepción de contrato no cumplido, dispone «Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro».

Como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal Supremo reconoce, mediante sentencia inapelable, con efectos *erga omnes* y vinculantes, que el artículo 476 era nulo de pleno derecho desde su origen legislativo. En la práctica, la hipotética decisión referida eliminará del ordenamiento jurídico brasileño la disposición legal declarada inválida, en la medida en que la inconstitucionalidad ataque al plano normativo. En este contexto, los árbitros no pueden aplicar el artículo 476 del Código Civil al decidir una disputa basada en la ley brasileña, precisamente porque una decisión basada en esta disposición no se basará en la ley brasileña.<sup>489</sup>

Sin embargo, si un laudo arbitral se dicta con base en el artículo 476 del Código Civil, en absoluto desacato a lo resuelto por el Tribunal Supremo, la parte perdedora en el arbitraje podrá acudir al Poder Judicial para solicitar la anulación de dicho laudo, justificando la demanda en el artículo 32, IV de la Ley de Arbitraje.

La lógica es la siguiente: utilizar una norma inconstitucional, entendida como tal, aquella cuya inconstitucionalidad fue reconocida por el Tribunal Supremo en control abstracto, con efectos vinculantes en todo el territorio nacional, es lo mismo que decidir con base en una norma inexistente, una *no norma*. Si las partes eligieron la ley brasileña como ley para juzgar el arbitraje, entonces, el laudo arbitral basado en una norma inexistente en la ley brasileña no respeta lo que las partes acordaron.<sup>490</sup> Se trataría de una clara hipótesis de decisión «proferida fora dos limites da convenção de arbitragem».<sup>491</sup>

Una sentencia que se basa en una disposición legal cuya existencia ha sido anulada por una decisión de inconstitucionalidad en control abstracto podría equivaler a una sentencia de equidad. Y es que, como ya hemos dicho, ni siquiera una sentencia de equidad permite vilipendiar la Constitución Federal. El juicio de equidad no puede ser *contra constitutionem*, razón por la cual es indiferente que las partes hayan autorizado o no tal juicio en el convenio arbitral cuando se trata de la aplicación, por los árbitros, de una norma declarada inconstitucional en control abstracto.

Un laudo arbitral que aplique una disposición inconstitucional también podría ser atacado por la acción del artículo 33 de la Ley de Arbitraje, con base en el punto VIII del artículo 32 de dicha ley, que se refiere a los principios enumerados en el artículo 21, párrafo 2.

<sup>489</sup> Recuérdese que el art. 525, § 12, del Código de Procedimiento Civil, dispone que es inejecutable «obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso». Es decir: la propia ley federal que regula la ejecución del laudo arbitral define apriorísticamente que el laudo arbitral basado en una ley declarada inconstitucional no representará una obligación exigible.

<sup>490</sup> En este sentido, para la posibilidad de anulación cuando los árbitros no aplican la ley brasileña, al juzgar como por equidad, véase: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Questões polêmicas do processo arbitral*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 49; SALOMÃO, Luis Felipe y Rodrigo FUX. «Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2020, vol. 66, pp. 139-174; BURIL DE MACÊDO, Lucas y Maria Eduarda ALMEIDA. «Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral?». En: VIANNA ALVES FERREIRA, Olavo Augusto y Paulo Henrique DOS SANTOS LUCON (coords.). *Arbitragem: atualidades e tendências*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019, p. 834; RIZZO AMARAL, Guilherme. «Arbitragem e precedentes». En: LEVY, Daniel y Guilherme SETOGUTI J. PEREIRA (coords.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 297.

<sup>491</sup> «Dentre outras situações, a violação da convenção de arbitragem pode ser verificada quando, escolhida a lei de um país, a sentença arbitral descumpra essa determinação e profere julgamento sem aplicar a lei, desconsiderando-a. Nessa linha de raciocínio, desconsiderar a lei vigente no país que foi eleita *sponte propria* pelas partes para dirimir o conflito significa violar a própria convenção de arbitragem. Isso significa que, se os árbitros cometerem *erro na aplicação da lei* ao decidir o litúgio acabam por extrapolar os limites impostos pela própria convenção espontaneamente fixada pelas partes e que é vinculante para os árbitros». (DOS SANTOS LUCON, Paulo Henrique, Rodrigo BARIONI y Elias MARQUES DE MEDEIROS NETO. «A causa de pedir das ações anulatórias de sentença arbitral». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2015, vol. 46, pp. 265-276. Versión electrónica, p. 3, cursiva en el original).

Aplicar una norma inconstitucional es una afrenta inequívoca a la Constitución Federal, constituyendo una ofensa a los principios de fuerza normativa y supremacía constitucional. Una lectura constitucionalmente adecuada del elenco de principios de la Ley de Arbitraje, que sostenemos no es exhaustiva, permite concluir que el laudo arbitral basado en una norma inconstitucional puede ser anulado por el Poder Judicial por vulneración de los principios constitucionales de fuerza normativa y supremacía de la Constitución.

Como el arbitraje se inserta en el contexto del modelo constitucional de procedimiento, no es creíble cogitar que los únicos principios aplicables al procedimiento arbitral sean los explícitamente enumerados en el apartado 2 del artículo 21 de la Ley de Arbitraje, a saber, los principios de contradicción, igualdad de las partes, imparcialidad del árbitro y su libre albedrío. A estos principios se añaden los de fuerza normativa y supremacía constitucional, que impiden a los árbitros decidir basándose en una norma nula por inconstitucional, por tanto, manifiestamente contraria a la Constitución. La tesis de la interpretación integradora a la luz de la Constitución liderada por Edoardo Ricci y seguida por Cândido Rangel Dinamarco encaja bien en este punto.

Además, el laudo arbitral que aplique una disposición legal declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo, en control abstracto, podría ser anulado por el Poder Judicial por violación del orden público constitucional interno. Aunque el concepto de orden público es complejo y a veces impreciso, se entiende que la aplicación de norma inconstitucional, por haber sido así reconocida ante la violación de la Constitución Federal, ley suprema y soberana del país, viola el derecho público constitucional brasileño, «que expressa os valores consagrados no ordenamento jurídico nacional, ordinariamente manifestada nos princípios constitucionais, a qual deve ser atendida pelo árbitro nas arbitragens regidas pelo direito nacional».<sup>492</sup>

La inconstitucionalidad debe considerarse como la forma más evidente de violar el orden público interno de un país, porque, desde el punto de vista jurídico, no hay mayor gravedad que esta. Sería legítimo invocar el delito de orden público en este contexto porque estaríamos ante una violación «flagrante, efetiva e concreta» no solo de principios fundamentales, como la fuerza normativa y la supremacía de la Constitución, sino también de la norma imperativa de la Constitución, que prohíbe la aplicación de una ley inconstitucional.<sup>493</sup>

Así, la desconsideración de los árbitros en cuanto a la inconstitucionalidad reconocida en control abstracto autoriza la anulación del laudo arbitral por afrenta al orden público constitucional brasileño, con base en el artículo 2, párrafo 1, de la Ley de Arbitraje.<sup>494-495</sup>

<sup>492</sup> ROSADO DE AGUIAR, Ruy Jr. «Arbitraje, precedentes y orden público». *Doutrina: edição comemorativa, 30 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019, p. 205.

<sup>493</sup> RAMALHO ALMEIDA, Ricardo. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Río de Janeiro: Renovar, 2015, p. 263.

<sup>494</sup> Ley de Arbitraje: «Art. 2. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública». Vale registrar, además, que o legislador pátrio previu a violação à ordem pública interna como hipótese de recusa da homologação ou da não execução de sentença arbitral estrangeira no território brasileiro, conforme o artigo 39, inciso II, da Lei 9.307/1996. Quanto à diferença que se tem feito sobre o fundamento da ordem pública para fins de homologação de sentença estrangeira e para fins de análise de ação anulatória de sentença arbitral, importa chamar a atenção para o que disse Ruy Rosado: «A extensão da hipótese de anulação de sentença arbitral por grave ofensa à ordem pública não pode ser desconhecida, sob pena de gerar julgamentos contraditórios: não pode o juiz do STJ, em um dia, deixar de homologar sentença estrangeira porque ofensiva à ordem pública nacional; em outro, ao julgar recurso de ação de anulação de sentença local impugnada pelo mesmo motivo, afirmar que a ordem pública interna nesse caso pode ser descumprida, como se para as relações exteriores houvesse um ordenamento jurídico, a afastar a sentença estrangeira, enquanto proferida no Brasil, com o mesmo defeito, é inatingível [...]» (ROSADO DE AGUIAR, Ruy Jr. «Arbitragem, os precedentes e a ordem pública». *Doutrina: edição comemorativa, 30 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019, p. 212).

<sup>495</sup> Fabiane Verçosa, en una monografía, discute la posibilidad, que considera muy excepcional, de anulación de un laudo arbitral debido a la aplicación errónea de la ley por los árbitros cuando hay una afrenta al orden público brasileño: «Destarte, sustentamos que a aplicação errônea, pelo árbitro, do Direito Brasileiro ao fundo do litígio poderia conduzir, no Brasil, à anulação ou ao não reconhecimento da sentença arbitral (se doméstica no primeiro caso ou se estrangeira, no segundo), desde que o efetivo resultado de tal aplicação errônea contrarie a ordem pública brasileira. Desta forma, somente caso se verifique que o resultado concreto de tal aplicação errônea venha a ofender, de forma flagrante, a ordem pública brasileira, teremos como resultado a anulação da sentença arbitral doméstica ou a denegação ao reconhecimento do laudo arbitral estrangeiro, conforme o caso». (VERÇOSA, Fabiane. *A aplicação errônea do direito pelo árbitro: uma análise à luz do direito brasileiro e estrangeiro*. Curitiba: CRV, 2015, p. 193).

Las hipótesis anteriores sobre la procedencia de la acción de anulación en relación con un laudo arbitral basado en una norma declarada inconstitucional en control abstracto son aplicables en otras dos situaciones similares, ya estudiadas a lo largo de este trabajo: (I) cuando el Senado Federal suspende la ejecución de una norma declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo en control difuso; y (II) cuando existe una decisión del Tribunal Supremo que concede una medida cautelar en una acción directa de inconstitucionalidad para suspender la eficacia de una determinada ley en territorio brasileño. Decimos que estas situaciones son similares porque en todas ellas la norma tachada de inconstitucionalidad dejará de formar parte del derecho brasileño —aunque sea temporalmente, en el caso de una medida cautelar en una acción directa—.

En efecto, si los árbitros dictan un laudo arbitral con base en una norma cuya aplicación haya sido suspendida por orden del Senado Federal, a la luz del artículo 52, X de la Constitución, o si dictan un laudo con base en una ley cuya eficacia haya sido anulada cautelarmente en el ámbito de una acción directa de inconstitucionalidad, el laudo arbitral podrá ser impugnado ante el Poder Judicial, pues el tribunal arbitral habrá decidido: (I) contra el acuerdo de las partes, con base en una norma que no forma parte del ordenamiento jurídico brasileño; (II) contra los principios constitucionales de fuerza y supremacía normativa; y, en el límite, (III) contra el orden público constitucional brasileño.

El Poder Judicial, en estos casos, accederá a la solicitud formulada en el recurso de anulación para desconstituir el laudo arbitral basándose, por ejemplo, en la disposición legal cuya inconstitucionalidad fue confirmada por el Tribunal Supremo.<sup>496</sup> Al decidir de esta manera, el tribunal estatal no puede reabrir el arbitraje, reexaminando el laudo que se basó en una norma que no forma parte de la legislación brasileña. El reexamen debe ser realizado por el tribunal arbitral en un nuevo arbitraje que se inicie entre las mismas partes, debido a la existencia de un convenio arbitral.<sup>497</sup>

Sin embargo, la decisión de los árbitros sobre el control incidental de constitucionalidad de una ley declarada constitucional por el Tribunal Supremo en control abstracto no autorizará la desconstitución del laudo. Los árbitros están vinculados por la sentencia del Tribunal Supremo que confirma la constitucionalidad de una ley, ya sea aceptando la petición formulada en una acción declarativa o rechazando la petición en una acción directa, pero esta fuerza vinculante no es suficiente para decir que el Poder Judicial puede desconstituir un laudo en el que los árbitros han decidido que una ley previamente juzgada constitucional es inconstitucional.

Los árbitros tienen el poder y el deber de declarar la inconstitucionalidad en el caso concreto, si ven elementos que puedan justificar una decisión de tal importancia para el derecho brasileño, que debe ser minuciosamente fundamentada. La decisión del Tribunal Supremo sobre la constitucionalidad, si bien debe ser respetada y seguida por los árbitros, no les quita la prerrogativa de reconocer incidentalmente una inconstitucionalidad en el proceso de arbitraje.

Si los árbitros declaran la inconstitucionalidad de una ley que el Tribunal Supremo ya ha juzgado, en control abstracto, constitucional, el intento de invalidar el laudo ante el Poder Judicial chocará con la prohibición de revisar la aplicación de la ley por el tribunal arbitral. Esto se debe a que, en este caso, será necesario interpretar las razones de los árbitros, lo que no se da a los jueces en el momento de la sentencia de anulación.

<sup>496</sup> En el recurso de anulación, se pretende efectivamente la desconstitución del laudo: «É certo que a lei fala em causa de nulidade da decisão (L.Arb, art. 32), como também é certo que a natureza do vício pode ser relevante em termos processuais, por ditar a natureza do provimento – se meramente declaratório ou se constitutivo negativo. Mas, apesar da dicção legal, do que se trata é excluir do mundo a eficácia decorrente da decisão arbitral. Portanto, afigura-se mais correto falar em típica *desconstituição* – o que, aliás, parece ser coerente com a teoria das invalidades processuais e que pode, ainda que com alguma ressalva, ser adequado mesmo nos casos em que eventualmente se reconheça a inexistência de dada decisão (judicial ou arbitral)». (YARSELLI, Flávio Luiz. «Ação anulatória». En: LEVY, Daniel y Guilherme SETOGUTI J. PEREIRA (coords.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 438, cursiva en el original).

<sup>497</sup> Para entender la necesidad de un nuevo arbitraje con un tribunal arbitral distinto, véase: MAGALHÃES NASSER, Paulo. *Vinculações arbitrais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 162. La Ley de Arbitraje, sin embargo, admite hipótesis de anulación con determinación, por el Poder Judicial, de un nuevo enjuiciamiento del arbitraje, por los árbitros. Es el caso del apartado 2 del artículo 33 de la referida ley, que dispone lo siguiente: «A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral».

Esta cuestión, conviene subrayarlo, es distinta de la que se observa cuando los árbitros se enfrentan a una decisión de inconstitucionalidad con efectos vinculantes y *erga omnes*: la inconstitucionalidad elimina la ley inconstitucional del ordenamiento jurídico, imposibilitando que se basen en ella las decisiones (e, incluso, que se celebren contratos entre particulares), mientras que la decisión de constitucionalidad solo refuerza la presunción de constitucionalidad de la que gozan todas las leyes vigentes. La ley inconstitucional no puede ser declarada posteriormente constitucional —a menos que el legislador promulgue una nueva ley con el mismo contenido—, pero la ley constitucional puede ser declarada posteriormente inconstitucional.

Con respecto a los precedentes que tratan de cuestiones constitucionales, la interposición de un recurso de anulación no es admisible cuando el tribunal arbitral no aplica un precedente persuasivo del Tribunal Supremo Federal, ya que no vincula la actividad jurisdiccional de los árbitros. Por lo que respecta al precedente vinculante, tampoco es necesario hablar de la posibilidad de un recurso de anulación en caso de inaplicación por parte de los árbitros, siempre que la decisión que concluya en este sentido esté debidamente motivada.

La relación de los árbitros con el sumario vinculante no es una mera subsunción del enunciado normativo a los hechos del caso; los árbitros deben interpretar los juicios que llevaron a la creación del sumario para verificar, exhaustivamente, si lo que se resumió con carácter vinculante tiene aplicación en el arbitraje. Si la citación vinculante no es aplicable por falta de similitud (distinción o *distinquishing*, en la expresión inglesa), por ejemplo, bastará con que los árbitros justifiquen tal inaplicabilidad en el laudo, imposibilitando así que el Poder Judicial pueda revisar su conclusión.

Los laudos arbitrales carentes de motivación abrirán la vía a recursos de anulación basados en la inaplicación de precedentes vinculantes. La motivación de la decisión arbitral sobre una cuestión constitucional no puede dejarse de lado, ya que es esencial para que la actividad jurisdiccional de los árbitros sea completa y estanca. La falta de motivación de la inaplicabilidad de un precedente vinculante, o incluso de su aplicabilidad, autorizará la desconstitución del laudo con base en el artículo 32, III, de la Ley de Arbitraje, pues faltará el requisito de motivación exigido por el artículo 26, II, de dicho ordenamiento, así como por el artículo 93, IX, de la Constitución Federal.

La ausencia de motivación permitirá anular el laudo siempre que los árbitros no presenten las razones por las que una determinada resolución judicial vinculante con base constitucional es o no aplicable al caso. Se tratará de una situación de *error in procedendo*, de nulidad del pronunciamiento de la decisión del tribunal arbitral por defecto de motivación.<sup>498</sup>

Distinta es la visión de las decisiones de inconstitucionalidad (control abstracto, control difuso con suspensión de la norma por el Senado y suspensión cautelar en la acción directa): como estas decisiones sustraen del ordenamiento jurídico la ejecución de la ley, no hay excusa para que los árbitros apliquen la ley inconstitucional, que viola la Constitución.

## 2. ACCIÓN RESCISORIA

Además de la acción de anulación prevista en el artículo 33 de la Ley de Arbitraje, que fue tratada en el subtema anterior, se podría decir que la decisión de los árbitros sobre la cuestión constitucional

<sup>498</sup> Parte de la doctrina también reconoce la plausibilidad de interponer un recurso de anulación por defecto de motivación, según, por todos: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Questões polémicas do processo arbitral*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 44-45; DALLA BERNARDINA DE PINHO, Humberto y Marcelo MAZZOLA. *Manual de mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 387; BURIL DE MACÊDO, Lucas y Maria Eduarda ALMEIDA. «Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral?». En: VIANNA ALVES FERREIRA, Olavo Augusto y Paulo Henrique DOS SANTOS LUCON (coords.). *Arbitragem: atualidades e tendências*. Ribeirão Preto: Mígalhas, 2019, pp. 835-846; GUIMARÃES GALLO, Ronaldo. «Precedentes judiciais na arbitragem e o precedente arbitral». En: VIANNA ALVES FERREIRA, Olavo Augusto y Paulo Henrique DOS SANTOS LUCON (coords.). *Arbitragem: atualidades e tendências*. Ribeirão Preto: Mígalhas, 2019, p. 741; MAGALHÃES NASSER, Paulo. *Vinculações arbitrais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 177.

también podría ser atacada mediante una acción rescisoria, argumentando que el artículo 966 del Código de Procedimiento Civil, al referirse a la «decisão de mérito, transitada em julgado», abarcaría el laudo arbitral, que ya se ha dicho que se alcanza por la autoridad de la *res iudicata*.

Esta tesis es inaceptable: el laudo arbitral no es susceptible de censura mediante la acción rescisoria, que es un mecanismo de impugnación aplicable única y exclusivamente al ámbito judicial.<sup>499-500</sup> No obstante, como mero ejercicio de argumentación, e incluso a efectos de diálogo con quienes opinan lo contrario,<sup>501</sup> expondremos a continuación las razones por las que no podemos tolerar la la interposición de una acción rescisoria contra el laudo arbitral (o cualquier otra decisión en el curso de un arbitraje).

Es evidente que la acción rescisoria es claramente inaplicable como medio de desconstitución de un laudo arbitral que declara la inconstitucionalidad de una ley. Ya se ha dicho que, al ser la inconstitucionalidad una cuestión prejudicial, cuya resolución tiene lugar durante la motivación de la sentencia, no está contemplada por la cosa juzgada.

El rechazo de la norma inconstitucional no integra la parte dispositiva del laudo que, resolviendo el fondo, el objeto arbitral litigioso, hace cosa juzgada y, por tanto, podría hipotéticamente ser impugnado mediante una acción rescisoria, en la forma del *caput* del artículo 966 del Código de Procedimiento Civil. En el límite, es decir, considerando idónea la demanda de juicio rescisorio contra el laudo arbitral, el interesado podría dirigirse exclusivamente contra los capítulos de la decisión

<sup>499</sup> Al defender la imposibilidad de interponer una acción rescisoria contra el laudo arbitral, como aquí hacemos, se debe destacar la posición de Flávio Luiz Yarshell, que sustento esta tesis em, al menos, tres ocasiones diferentes, según las siguientes obras: *Ação rescisória-juízos rescisorio*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 204-207; *Ação anulatória de julgamento de arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 5, abr./jun. 2005, pp. 95-99; *Ação anulatória*. En: LEVY, Daniel y Guilherme SETOGUTI J. PEREIRA, (coords.) *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 435. En el mismo sentido ver: ALVES, Rafael Francisco. *Arbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 233; ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil*. Tese (Doutorado em Processo Civil). São Paulo, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2012, pp. 262-263; ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, 9.ª ed., p. 108; DE FARIA BERALDO, Leonardo. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 546; BRITTO MEJIAS, Lucas. *Controle da atividade do árbitro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 205-208; SCRIPES WLADECK, Felipe. *Meios de controle judicial da sentença arbitral nacional*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2013, pp. 352- 356; RANZOLIN, Ricardo. *Controle judicial da arbitragem*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, pp. 189-191. Cabe mencionar también el Enunciado n.º 203, del Foro Permanente de Procesalistas Civiles: «(art. 966) Não se admite ação rescisória de sentença arbitral. (Grupo: Arbitragem); y el Enunciado n.º 1, de las I Jornadas de Prevenção y Solución Extrajudicial de Controversias, del Centro de Estudios Judiciales del Consejo Federal de Justicia: «A sentença arbitral não está sujeita à ação rescisória».

<sup>500</sup> Como curiosidad, cabe destacar que Pontes de Miranda, en su momento, llegó a sugerir, de *lege ferenda*, lo que para él sería la «melhor solução», «submeter-se a sentença arbitral, segundo os princípios, à ação de rescisão». (CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado da ação rescisória: das sentenças e de outras decisões*. Actualizado por Nelson Nery Jr. e Georges Abboud. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 425).

<sup>501</sup> «Desse modo, apenas não se admite o cabimento da Ação Rescisória da sentença arbitral àqueles casos enumerados no art. 485 do CPC que já foram contemplados pelo art. 32 da Lei 9.307/1996. Portanto, para aquelas hipóteses não previstas no art. 32 da Lei 9.307/1996, tratando-se de casos omissos, deve se buscar a solução no art. 485 do CPC, restando possível aí a aplicabilidade do instituto processual da Ação Rescisória. Como já dito, tratando-se o Juízo Arbitral de uma verdadeira jurisdição, contendo sentença equiparada à decisão judicial, com a natureza de título executivo judicial, com trânsito em julgado, já que não há disposição sobre o aviamiento de qualquer recurso, dúvida não resta sobre a admissibilidade da propositura da Ação Rescisória contra julgamento arbitral». (VERSIANI, Nelmo. «Ação rescisória de sentença arbitral». *Revista de Processo*, 2016, vol. 135, pp. 90- 96. Versión electrónica, p. 6). En una especie de posición intermedia, aunque al dejar constancia de la inadmisibilidad de la acción rescisoria contra el laudo arbitral, hay quienes sostienen que se permitiría, «na melhor das hipóteses, o transporte daquelas situações contempladas para a ação rescisória (artigo 485 do CPC), quando cabíveis, e não explicitadas no ajuizamento das demandas previstas no artigo 33 e parágrafos do mesmo diploma legal, tirantes os casos excepcionais que comportem a declaração de inexistência e de eventual ineficácia, que não se vinculam ao limite temporal [...]». (NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 295). Al corroborar la tesis de que algunas hipótesis de adecuación de la acción rescisoria podrían ser llevadas, por así decirlo, a la acción de anulación de laudo arbitral, como sería el caso del inciso V del artículo 966 del Código de Procedimiento Civil, que habla en manifiesta violación de norma legal para la interposición de la acción rescisoria: «A redação do inc. V do art. 966 do CPC/2015, ao prever o cabimento da ação rescisória quando a decisão “violar manifestamente norma jurídica”, serve de parâmetro para o cabimento da ação anulatória da sentença arbitral: a não aplicação da lei no caso em que aplicável, a aplicação em caso inaplicável ou a aplicação com interpretação evidentemente equivocada pode representar julgamento fora dos limites da convenção arbitral, desde que seja manifesto. Por isso que não se pode deixar de considerar a própria violação à disposição de lei como autorizadora da anulação da sentença arbitral, quando as partes convencionaram a aplicação da lei brasileira para solucionar seus conflitos». (DOS SANTOS LUCON, Paulo Henrique, Rodrigo BARIONI y Elias MARQUES DE MEDEIROS NETO. «A causa de pedir das ações anulatórias de sentença arbitral». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2015, vol. 46, pp. 265-276; versión electrónica, p. 5, cursiva en el original).

amparados por el manto de la cosa juzgada, los de mérito, pero no contra la inconstitucionalidad reconocida en el contexto del arbitraje.

Imaginemos, sin embargo, la siguiente situación: los árbitros dictan un laudo arbitral y, a pesar de la petición expresa de la parte demandada, no observan, sin la necesaria distinción o superación del entendimiento, una sentencia del Tribunal Supremo Federal que, en control abstracto, declaró la inconstitucionalidad de la disposición legal que sirvió de base para condenar a la parte demandada al pago de intereses de demora, por ejemplo.

En esta situación ficticia, el demandado podría interponer una acción rescisoria, con base en el artículo 966, V, alegando que el laudo arbitral violó manifiestamente la regla legal establecida en el artículo 489, párrafo 1, VI, del Código de Procedimiento Civil, que establece que una decisión (judicial) es infundada cuando «deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento».

Una situación diferente, pero con el mismo resultado práctico, se puede dibujar de la siguiente manera: los árbitros emiten un laudo arbitral en contra de los intereses del demandante, que se basa, entre otros, en un precedente vinculante, pero no explican cómo el precedente se ajustaría a las especificidades del caso.

En este segundo escenario, el demandante de arbitraje podría imaginar estar legitimado para solicitar la rescisión del laudo arbitral, también sobre la base del artículo 966, V, argumentando que el laudo arbitral violó manifiestamente la regla legal establecida en el artículo 489, párrafo 1, V del Código de Procedimiento Civil, que considera la decisión (judicial) que «deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento».

En una situación diferente, pero con el mismo resultado práctico, se la puede describir así: los árbitros emiten un laudo en contra de los intereses del solicitante, cuya base es, entre otros, la declaración de un precedente vinculante; sin embargo, no explican cómo la entrada se ajustaría a las especificidades del caso concreto.

En la segunda hipótesis, el solicitante del arbitraje podría imaginarse autointitulado para postular la rescisión del laudo arbitral, como el fundamento en el artículo 966, fracción V, al sostener que el laudo arbitral contravino manifiestamente la norma legal prevista en el artículo 489, § 1º, inciso V, del *Código de Processo Civil*, que considera que la decisión (judicial, cabe destacar nuevamente) que «se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos».

¿Sería posible, entonces, aceptar la acción rescisoria como medio de desconstitución de un laudo arbitral que no siguió, por ejemplo, las orientaciones de la Suprema Corte extraídas de la sentencia de una acción directa de inconstitucionalidad o de un precedente vinculante, ambos obligatorios en los términos de los artículos 102, párrafo 2, y 103-A, *caput*, de la Constitución Federal? Una vez más, esto sería obviamente inconcebible.

No existe en el ordenamiento jurídico brasileño ninguna disposición legal que prevea la acción rescisoria como medio de impugnación de un laudo arbitral ni argumentos plausibles, en nuestra opinión, que apoyen esta tesis. La Ley 9307/1996, que regula el arbitraje en Brasil, no hace referencia a la acción rescisoria. El artículo 33, en su *parte principal*, otorga a las partes la posibilidad de solicitar al Poder Judicial únicamente la «declaração de nulidade da sentença arbitral», de acuerdo con la enumeración del artículo 32, y más adelante, en el numeral 3, presenta la otra vía para impugnar el laudo arbitral, que es la impugnación del cumplimiento del laudo.

Está fuera de duda que el legislador brasileño hubiera hecho referencia expresa, en la ley rectora, a la aplicabilidad de la rescisoria como medio de impugnación de un laudo arbitral, si hubiera querido que se utilizara como medio legítimo para ello, «até mesmo porque a desconstituição de um ato jurisdicional não é algo simples de ser feito, sendo aceto em situações deveras excepcionais».<sup>502</sup>

Un elemento de diferenciación muy importante es que la acción de anulación de un laudo arbitral no contempla el juicio típico de la acción rescisoria, sino únicamente el juicio de rescisión.<sup>503</sup> Esta observación, que por sí sola pondría coto a la discusión, es «corolário lógico, resultante do fato de a ação anulatória arbitral somente permitir que o magistrado conheça dos *erros in procedendo* a contaminar a sentença, mas jamais de eventuais *erros in iudicando*».<sup>504</sup>

La prescripción es otro elemento que excluye completamente la rescisoria del sistema de arbitraje. Ya hemos tenido ocasión de decir, a este respecto, que «[c]omo o prazo de decadência para propositura da ação rescisória —dois anos— é significativamente maior do que o prazo decadencial para ajuizamento da ação anulatória de sentença arbitral —noventa dias—, afigura-se contrário à própria essência do sistema arbitral encampar a tese do cabimento de ação rescisória contra sentenças exaradas por árbitros».<sup>505</sup> Estar de acuerdo con una idea contraria a esta es cerrar los ojos a la seguridad jurídica, ya que el plazo de prescripción de dos años es «longo demais para manter sob risco de modificação a sentença arbitral».<sup>506</sup>

La mera idea de una acción rescisoria contra el laudo arbitral es incongruente, pues no se entiende cómo puede coexistir en un ordenamiento jurídico dos normas distintas para desconstituir decisiones de jurisdicciones diferentes (estatal y arbitral), que tienen sus propias peculiaridades.<sup>507</sup> El juicio rescisorio en el ámbito arbitral permitiría al Poder Judicial reexaminar el mérito del arbitraje, ya que una de las hipótesis para su aplicación, mencionada en los ejemplos anteriores, es la violación manifiesta de una norma jurídica, lo que no tiene ningún sentido y ciertamente haría inviable el arbitraje como mecanismo adecuado de solución de controversias, sancionando el control judicial del error *in iudicando* de los árbitros, inviable en los procesos de anulación.

Además, la acción rescisoria es un instituto cuyas reglas específicas y detalladas se establecen en el Código de Procedimiento Civil, que no se aplica automáticamente al arbitraje, incluso si las partes optan por la resolución de la controversia en virtud de la legislación brasileña. Por lo tanto, la rescisoria solo se aplica a los *actos judiciales*, en las circunstancias permitidas por el derecho procesal.

Precisamente, por ser aplicable en el ámbito del Poder Judicial, es admisible la acción rescisoria «contra a sentença ou acórdão com trânsito em julgado que haja decidido o *mérito da ação anulatória* (CPC, art. 485, *caput*), desde que presente algum dos fundamentos postos na lei processual (art. 485,

<sup>502</sup> FAVERO VAUGHN, Gustavo y Henrique ÁVILA. Aspectos polémicos da ação rescisória. En: AURELLI, Arlete Inês *et. al.* (coords.). *Estudos em homenagem à professora Thereza Alvim: controvérsias do direito processual civil 5 anos do CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 527.

<sup>503</sup> «Não há juízo rescisorio —entendido como novo julgamento da controvérsia de direito material— que possa, nesse caso, ser submetido ao Judiciário que, quando muito, poderá reconhecer a suposta omissão e, nessa medida, determinar o retorno do tema aos árbitros, para que supram sua omissão, proferindo nova decisão». (YARSHILL, Flávio Luiz. «Ainda sobre o caráter subsidiário do controle jurisdicional estatal da sentença arbitral». *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2016, vol. 50, pp. 155-163).

<sup>504</sup> «Aspecto bastante relevante e que distingue a ação anulatória arbitral da ação rescisória, e mesmo da grande maioria das ações processuais, prende-se ao fato de, nessa ação, o *meritum causae* ser unicamente processual, ao passo que, tradicionalmente, ao julgar o mérito da lide, o juiz aplicará normas de direito material, valendo-se das normas de direito processual apenas no que tange exclusivamente ao processo». (CABIANCA BEREZOWSKI, Aluisio. *Ação anulatória de sentença arbitral: pressupostos e limites*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2020, p. 149, cursiva en el original).

<sup>505</sup> FAVERO VAUGHN, Gustavo y Henrique ÁVILA. «Aspectos polémicos da ação rescisória». En: AURELLI, Arlete Inês *et. al.* (coords.). *Estudos em homenagem à professora Thereza Alvim: controvérsias do direito processual civil 5 anos do CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 527-528.

<sup>506</sup> ARMELIN, Donaldo. «Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral». *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 1, jan./2004, p. 15.

<sup>507</sup> FAVERO VAUGHN, Gustavo y Henrique ÁVILA. «Aspectos polémicos da ação rescisória». En: AURELLI, Arlete Inês *et. al.* (coords.). *Estudos em homenagem à professora Thereza Alvim: controvérsias do direito processual civil 5 anos do CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 528.

incs. I-IX)», siendo de suma importancia destacar que tales «fundamentos devem referir-se diretamente à sentença ou acórdão proferido pelo Poder Judiciário, e não à sentença arbitral».<sup>508</sup>

### 3. ACCIÓN DE INEXISTENCIA

Además de las acciones de anulación y rescisoria, es conveniente abordar la posible relación entre la acción declarativa de inexistencia legal, también conocida en Brasil como *querela nullitatis*,<sup>509</sup> y el proceso arbitral que trae en su núcleo la cuestión constitucional.<sup>510</sup> El interés en estudiar el tema surge, en un primer momento, a partir de la promulgación de la Ley 13.867/2019, que modificó el Decreto-Ley 3.365/1941, para prever la utilización de la mediación y del arbitraje como forma de definir los montos indemnizatorios en las acciones de expropiación por causa de utilidad pública, en lo que siguió la tendencia legislativa brasileña de ampliación de la arbitrabilidad objetiva.

Según la redacción del artículo 10-A, la autoridad pública debe notificar al propietario para hacerle una oferta de indemnización por la expropiación de su propiedad para uso público. Si se acepta la oferta, el gobierno pagará la cantidad acordada y se redactará un acuerdo para poner fin al caso. El artículo 10-B, a su vez, permite que la cuantificación del valor indemnizatorio relacionado con la expropiación se realice a través de mediación o arbitraje, aunque no queda claro si esta opción quedará a discreción de la autoridad pública, de la parte privada o de ambas.

La conexión de esta reciente disposición legal con la cuestión constitucional resuelta en el arbitraje puede ejemplificarse del siguiente modo: el Estado de São Paulo tiene interés en expropiar el área de un particular localizada en São Paulo, capital, alegando razones de utilidad pública; fracasado el intento de negociación, la Abogacía del Estado solicita arbitraje contra el propietario del inmueble, con el objetivo principal de encontrar el valor del *quantum debeatur*; los árbitros, atendiendo a la solicitud conjunta de las partes, determinan la realización de la prueba pericial, nombrando un perito de confianza del tribunal para evaluar la propiedad; entregado el informe pericial y ejerciendo el contradictorio por las partes en relación con el resultado del informe pericial, los árbitros emiten un laudo arbitral a favor de la parte privada; y, basándose en elementos de prueba técnica, fijan el importe de la indemnización en R\$ 50 000 000,00 (cincuenta millones de reales), por considerar que este importe se ajusta al *principio de justa indemnización*, previsto en los artículos 182, párrafo 3, y 184, *caput*, de la Constitución Federal.<sup>511</sup>

<sup>508</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 258, cursiva en el original.

<sup>509</sup> Rodrigo Ramina de Lucca critica el uso actual de la expresión *querela nullitatis*: «Desde sua origem, a natureza da *querela nullitatis* é incerta. Sequer se sabe, com precisão, quando e em que local ela nasceu. Mesmo na Itália, onde se desenvolveu, a *querela nullitatis* recebeu tratamentos dispares em cada um dos estatutos medievais. Foi confundida com ação declaratória de inexistência, depois tratada como ação desconstitutiva no prazo prescricional de 30 anos, dividida segundo a natureza do vício que acometia a sentença (*sanabilis e insanabilis*) etc. Exatamente o mesmo ocorreu com a *actio nullitatis*, *actio romana* voltada à declaração de inexistência de negócios jurídicos, mas confundida na Idade Média com ação desconstitutiva de sentenças judiciais. Essa notória confusão quanto aos significados da *querela* e da *actio nullitatis* reflete, como não poderia deixar de ser, nos escritos contemporâneos. Embora Pontes de Miranda utilizasse a expressão *actio nullitatis* para se referir a uma *desconstitutiva* ação de nulidade, quem o seguiu não foi fiel à terminologia utilizada. Tratou-se a *querela nullitatis* como ação *declaratória* de nulidade. Atualmente, o STJ utiliza largamente a expressão *querela nullitatis insanabilis* para se referir a vícios reputados transrescisórios, quando o significado original da expressão fazia alusão a defeitos de direito natural, considerados causas de inexistência da sentença (*nullitates iuris naturalis*). [...] Se a falta de citação leva à inexistência do processo e, conseqüentemente, da sentença, então poderá a parte valer-se de uma ação declaratória de inexistência. Não é *actio nullitatis* nem *querela nullitatis insanabilis*, mas *ação declaratória de inexistência*». (RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. «*Querela nullitatis* e réu revel não citado no processo civil brasileiro». *Revista de Processo*, 2011, vol. 202, pp. 93-138. Versión electrónica, pp. 17-18, cursiva en el original). A pesar de la importancia de estas consideraciones, realizadas en un denso artículo sobre el tema, se adopta en este trabajo la expresión *querela nullitatis* como sinónimo de acción declarativa de inexistencia, solo para facilitar la exposición y porque la jurisprudencia también utiliza esta terminología.

<sup>510</sup> El Tribunal Superior de Justicia ya resolvió que *la querela nullitatis* es «instrumento utilizado para impugnar sentença contaminada pelos vícios mais graves de erros de atividade (*erros in procedendo*), nominados de vícios transrescisórios, que tornam o ato judicial inexistente, não se sanando com o transcurso do tempo». (AgInt no AREsp 882.992-RJ, rel. min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 14/11/2016, cursiva en el original).

<sup>511</sup> Constitución Federal: «Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro»; «Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei».

Aunque en el ejemplo expuesto no hubo una declaración de inconstitucionalidad *per se*, es un hecho que los árbitros se pronunciaron explícitamente sobre una efectiva cuestión constitucional que, en este caso, era la compatibilidad de la cuantía de la indemnización solicitada por el particular con el precepto constitucional de justa indemnización. El laudo arbitral falló a favor de la parte privada basándose en una interpretación de la Constitución Federal realizada por los árbitros.

Consciente de su imprescriptibilidad<sup>512</sup> y sabiendo que el Poder Judicial, en especial, el Tribunal Superior de Justicia, ha aceptado la *querela nullitatis* como medio procesal idóneo para rediscutir los montos indemnizatorios establecidos en juicios de expropiación,<sup>513</sup> el Estado de São Paulo Paulo interpone una acción civil pública ante el Poder Judicial —imagina que cinco años después del dictado del laudo arbitral que le fue desfavorable— como *querela nullitatis*, solicitando la declaración de nulidad del dictamen pericial emitido en el procedimiento arbitral, para que se elabore un nuevo informe, por considerar que los árbitros, avalando el error del perito, habían adoptado un criterio de actualización ilegal, contrario a la base fáctica del pleito, o incluso irrazonable, para alcanzar la cuantía de la *justa indemnización constitucional*, en perjuicio del patrimonio público.

De forma similar a la conclusión alcanzada respecto a la acción rescisoria, una parte no puede acudir a una acción declarativa de inexistencia para atacar el laudo arbitral ante el pronunciamiento de los árbitros respecto al principio constitucional de justa indemnización. No podría aceptarse, por ejemplo, que los poderes públicos, disconformes con la cuantía de la indemnización fijada a favor de un particular al que se le expropió su propiedad contra su voluntad, pudieran interponer en cualquier momento, en ausencia de plazo de prescripción, una demanda ante el Poder Judicial que pudiera, posiblemente décadas después de finalizada la jurisdicción de los árbitros, impugnar el laudo arbitral basándose en alegaciones tales como la nulidad del informe pericial por la cuantía supuestamente irrazonable de la indemnización.

Esto traería consigo una inseguridad jurídica insostenible, que sin duda haría poco interesante la opción por el arbitraje como medio de resolución de conflictos, especialmente en aquellos casos —poco frecuentes por el momento, se cree— en los que se discute la cuantía de la indemnización debida por expropiación por causa de utilidad pública.

También en el ejemplo dado, si una de las partes no está de acuerdo con el *quantum debeatur* fijado por los árbitros, no tendrá más remedio que discutir este asunto en el arbitraje. Al determinar un importe basado en el principio constitucional de justa indemnización, los árbitros interpretaron el cálculo pericial de conformidad con la Constitución Federal, decidiendo de la manera que les pareció más juiciosa para el caso concreto. Cualquier intento de revisar judicialmente esta interpretación está condenado al fracaso, ya que el Poder Judicial no puede revisar laudos arbitrales por *error in iudicando*; y, menos aún, en sede de *querela nullitatis*, que no es un mecanismo idóneo para atacar laudos arbitrales.

Hay una excepción a esta regla que merece especial atención. Parece posible considerar la procedencia de una acción declarativa de inexistencia de ley cuando existe un defecto en la citación de la

<sup>512</sup> STJ, REsp 1.199.884-BA, rel. min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24/8/2010, DJe 8/9/2010.

<sup>513</sup> Existen precedentes del Tribunal Superior que reconocen que la decisión que contradice el principio constitucional de indemnización previa y justa no es cosa juzgada. A la luz de estas sentencias, se trataría de un caso de cosa *juzgada inconstitucional*, según, para todos: «7. Da ausência de coisa julgada quando a sentença ofende abertamente o princípio constitucional da “justa indenização” - A Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional. 7.1. O princípio da ‘justa indenização’ serve de garantia não apenas ao particular —que somente será desapossado de seus bens mediante prévia e justa indenização, capaz de recompor adequadamente o acervo patrimonial expropriado—, mas também ao próprio Estado, que poderá invocá-lo sempre que necessário para evitar indenizações excessivas e descompassadas com a realidade. 7.2. Esta Corte, em diversas oportunidades, assentou que não há coisa julgada quando a sentença contraria abertamente o princípio constitucional da “justa indenização” ou decide em evidente descompasso com dados fáticos da causa (“Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional”). 7.3. Se a orientação sedimentada nesta Corte é de afastar a coisa julgada quando a sentença fixa indenização em desconformidade com a base fáctica dos autos ou quando há desprestígio explícito ao princípio constitucional da “justa indenização”, com muito mais razão deve ser “flexibilizada” a regra, quando condenação milionária é imposta à União pela expropriação de terras já pertencentes ao seu domínio indisponível, como parece ser o caso dos autos». (Resp 1.015.133-MT, rel. min. Eliana Calmon, rel. p/ acórdão min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 2/3/2010, DJe 23/4/2010).

parte al arbitraje (o codemandada necesaria),<sup>514</sup> ya sea por ausencia de citación, o por un defecto en su materialización,<sup>515</sup> aunque no se conciba, «a priori, nenhuma hipótese de relativização da coisa julgada material na arbitragem».<sup>516</sup>

Aquí entra en juego la función originaria de la *querela*, cuya creación jurisprudencial surgió de la necesidad de cuestionar resoluciones judiciales dictadas en procedimientos que llegaron a su fin sin la necesaria citación de la parte demandada,<sup>517</sup> situación que en nada difiere de la desafortunada utilización de la *kerela* para rediscutir, de forma velada —o incluso abierta—, la cuantía de las indemnizaciones fijadas frente a la Administración Pública en los pleitos de expropiación.

Se abre un paréntesis para registrar que el abordaje de tal tema tiene pertinencia temática con este trabajo, una vez que la ausencia (o irregularidad) de citación bien podría encuadrarse como una afrenta al artículo 5, inciso LIV, de la Constitución Federal, que prevé la *cláusula del debido proceso constitucional*, al establecer que «ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal».

Si una determinada empresa, por ejemplo, nunca tuvo conocimiento del procedimiento arbitral incoado contra ella, ya que nunca fue notificada por la institución arbitral, fue declarada en rebeldía y condenada a pagar una determinada cantidad al demandante, parece bastante razonable suponer, en este contexto, que se habría violado el principio constitucional del debido proceso, especialmente porque la parte en rebeldía no habría tenido la oportunidad de presentar sus argumentos en el arbitraje (o, al menos, no habría tenido la oportunidad de optar por no pronunciarse), para que fuera creíble, en detrimento del proceso contradictorio, «a mais óbvia condição do processo justo».<sup>518</sup>

En un escenario normal, el laudo arbitral pasa a ser cosa juzgada desde el momento en que es dictado por los árbitros, excepto cuando existe una solicitud de aclaración, en cuya ocasión la cosa juzgada se formará naturalmente después de la decisión que resuelve dicha reclamación. Una vez transcurrido el plazo de prescripción para interponer una acción de anulación del laudo arbitral (y cualquier oposición al cumplimiento del laudo arbitral), por regla general, la parte perdedora no tiene ninguna otra acción para impugnar la decisión que le fue desfavorable, ya sea en su totalidad o en parte.

La excepción residiría en los defectos del proceso arbitral que llevarían a la inexistencia, defectos tan graves que impedirían que la decisión de los árbitros adquiriera, en sentido jurídico, la calidad de

<sup>514</sup> Nótese que se dijo que habría *una* excepción que merecería ser tratada en la obra, por lo que no puede extraerse de esta afirmación que el defecto en la citación sería la *única* excepción a la no ubicación de la *querela nullitatis* contra el laudo arbitral, como aquí se sostiene que es la regla general. Otras hipótesis, aunque se cree que tampoco exhaustivas, se identifican por parte de la doctrina: «Outrossim, a inexistência da sentença não se circunscreve apenas ao fenômeno da ausência ou defeito de citação, uma vez que aquela se pode caracterizar em outras situações que afetem irremediavelmente o pronunciamento judicial ou arbitral, seja no aspecto meramente formal (a sentença que não foi publicada, ou reduzida a escrito), ou, ainda, no âmbito substancial, que vulnerar a própria essência do ato decisório, como a falta de dispositivo e assinatura e a ausência de algum pressuposto processual de existência, a exemplo de pseudo-sentença proferida por alguém que não se encontrava investido do poder jurisdicional». (NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 316, cursiva en el original).

<sup>515</sup> En este sentido véase: BEREZOWSKI, Aluísio Cabianca. *Ação anulatória de sentença arbitral*: pressupostos e limites. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2020, p. 245. José Roberto Bedaque, al discutir la fungibilidad entre la acción rescisoria y la *querela nullitatis*, aún se centra en el ataque de la decisión dictada contra el demandado no convocado, afirma que, «[e]m princípio, adequada é a declaratória, visto que inexistente coisa julgada contra quem não participou do processo». (DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007, 2.ª ed., p. 479, nota 131).

<sup>516</sup> ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 303, cursiva en el original. Admitiendo la relativización de la cosa juzgada arbitral «em casos concretos nos quais ocorreram infrações de extrema excepcionalidade que autorizem essa medida» ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do process*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 207.

<sup>517</sup> La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia cita lo siguiente: Resp 1.625.033-SP, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, Tercera Turma, julgado em 23/5/2017, DJe 31/5/2017; REsp n.º 1.333.887-MG, rel. min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 12/12/2014; AgRg no REsp n.º 1.233.641-MG, rel. min. João Otávio de Noronha, Tercera Turma, julgado em 23/9/2014, DJe 30/9/2014. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no se puede dejar de mencionar el voto paradigmático del Juez Moreira Alves (magistrado ponente) en el RE n.º 97.589, Pleno, julgado el 17/11/1982.

<sup>518</sup> MARINONI, Luiz Guilherme y Daniel MITIDIERO. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 38.

laudo arbitral.<sup>519</sup> La falta de citación sería uno de esos gravísimos defectos capaces de conducir a la inexistencia jurídica del laudo arbitral, por falta de presupuesto procesal para la existencia del arbitraje.<sup>520-521</sup>

En estos casos, cuando el defecto es de tal magnitud que impide el nacimiento del laudo,<sup>522</sup> «o transcurso do prazo decadencial para desconstituição da sentença arbitral não trará quaisquer consequências sobre o controle externo primário da atividade do árbitro, podendo o vício ser reconhecido a qualquer momento, inclusive de ofício pelo juiz estatal».<sup>523</sup> Para obtener tal reconocimiento, el interesado deberá interponer demanda solicitando la declaración de inexistencia legal del laudo arbitral dictado sin citación del demandado,<sup>524</sup> si bien es pertinente destacar que no existe «propriamente uma *citação* na arbitragem, com todos os requisitos e formalidades previstos no Código de Processo Civil».<sup>525</sup>

Para Ricardo Aprigliano, la inexistencia (o incluso la nulidad) de la citación sería la «hipótesis mais grave, entre todas as tuteladas pela ordem pública processual», ya que se trata de «circunstância do processo de conhecimento à qual o sistema atribui gravidade absoluta, verdadeira hipótese de inexistência jurídica da sentença».<sup>526</sup> Así, admite que esta sería «a única questão de ordem pública que

<sup>519</sup> Al negar la posibilidad de un laudo arbitral inexistente, pero reconociendo la posibilidad de un laudo arbitral nulo (nulidad absoluta o relativa), véase: VIEIRA ROCHA, Caio Cesar. *Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil*. Tese (Doutorado em Processo Civil). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2012, p. 261.

<sup>520</sup> «A categoria dos atos inexistentes é de extrema utilidade prática. Trata-se de fenómeno que diz respeito à ausência de tipicidade. Um ato é inexistente, para o direito, quando carrega em si um defeito de tal monta, que é capaz de desfigurá-lo e de impedir que se encaixe no tipo. É um defeito de *essência*. Há elementos tidos como essenciais para a existência de um processo e, por conseguinte, de uma sentença, sobre cujo conteúdo recaía a coisa julgada. Trata-se, como se disse, de um problema de tipicidade. Embora exista no plano dos fatos, o ato não pode ser considerado *como tal no mundo jurídico*, por ser desprovido de elementos imprescindíveis a sua constituição. [...] Para que a relação jurídica processual se *aperfeiçoe*, é imprescindível a participação do autor, juiz e réu. O réu passa a ter ciência, em regra, da existência da relação processual pela *citação*. Ressalte-se que antes da citação já existe processo (*reclus*: relação processual), tanto que pode ser extinto por improcedência liminar do pedido (art. 231 do CPC/15). Portanto, o pressuposto processual de existência é a citação; a citação válida é pressuposto processual de validade». (ARRUDA ALVIM, Teresa y Maria Lúcia LINS CONCEIÇÃO. *Ação rescisória e querrela nullitatis*: semelhanças e diferenças. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pp. 299 y 301, cursiva en el original). En el mismo sentido, pero centrándonos en el laudo arbitral: «Enquanto a nulidade da sentença arbitral resulta de rejeição do sistema jurídico referencial —o que pode decorrer da incompatibilidade entre a sentença e os interesses protegidos por normas de aplicabilidade imediata, quando da sua não-conformidade com a ordem pública protegida—, configura-se a inexistência jurídica de tal sentença, quando esta não apresenta os elementos essenciais para que se possa designá-la como tal». (DE MELO VALENÇA FILHO, Clávio. «Da sentença arbitral inexistente». En: DE MELO VALENÇA FILHO, Clávio y João BOSCO LEE (coords.). *Estados de arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 181).

<sup>521</sup> La doctrina no se pone de acuerdo sobre las hipótesis de inexistencia: «[...] A doutrina é consideravelmente incerta a propósito do tema e, de forma não pouco frequente, a referência à categoria peca pela falta de critérios objetivos e envereda para o casuismo. De fato, não há consenso na doutrina —com reflexos certos sobre a jurisprudência— acerca do que seja “ato inexistente”. De forma semelhante, não há consenso sobre quais seriam as invalidades cuja gravidade tão intensa autorizaria equiparação à inexistência, dispensando ação rescisória». (YARSHHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória-juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 241-242).

<sup>522</sup> GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 394.

<sup>523</sup> BRITTO MEJIAS, Lucas. *Controle da atividade do árbitro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 232. Aun así, es importante destacar que, «tratando-se de efetiva inexistência, não vigora o princípio da demanda e o tema poderá ser conhecido de ofício pelos julgadores (estatais ou arbitrais)». (YARSHHELL, Flávio Luiz. «Ação anulatória». En: LEVY, Daniel y Guilherme SETOGUTI J. PEREIRA (coords.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 438).

<sup>524</sup> «Existe um grupo ou uma classe de sentenças que, por defeitos de que padeçam, em si mesmas, ou por outros, que tenham sido *herdados* do proceso em que foram proferidas, podem ser atingidas *depois de findo o processo* e depois de passado o prazo para ação rescisória, por ação meramente *declaratória* (e não de nulidade, mas de *inexistência jurídica*). Assim pensamos porque há certos vícios que comprometem de tal modo o processo, como figura jurídica, que, pode-se dizer, o *desfiguram*. É o caso da *falta de citação do réu revel*. Em casos assim, a sentença é proferida num *simulacro* de processo, já que a relação processual não terá chegado a se triangular, sendo sentença e processo, rigorosamente, *inexistentes*, do ponto de vista jurídico, enquanto sentença e processo. Tratándose de sentença ou interlocutória de mérito jurídicamente inexistentes (por exemplo, proferida *sem* a citação do réu, ou que julga precedente pedido contra a parte ilegítima), o meio adequado para retirá-las definitivamente do mundo jurídico é o da ação declaratória, que, no caso, é imprescritível». (ARRUDA ALVIM, Teresa y Maria Lúcia LINS CONCEIÇÃO. *Ação rescisória e querrela nullitatis: semelhanças e diferenças*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pp. 297-298, cursiva en el original).

<sup>525</sup> En el arbitraje, de hecho, sería mejor llamar *notificación del inicio del arbitraje e incomparencia* (ausencia absoluta de participación de la parte) a lo que, en el proceso estatal, llamamos *emplazamiento e incomparencia*, respectivamente. (ALVES, Rafael Francisco. *Arbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem*. São Paulo: Almedina, 2018, pp. 236 y 238, cursiva en el original).

<sup>526</sup> DE CARVALHO APRIGLIANO, Ricardo. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 243.

efetivamente sobrevive ao trânsito em julgado do processo de conhecimento», ya que las demás estarían sujetas a convalidación.<sup>527</sup> Aquí tendríamos, en efecto, la idoneidad de la demanda para atacar una sentencia inexistente, pues fue dictada en un procedimiento en el que ni siquiera se perfeccionó la relación procesal triangular entre demandante, demandado y árbitros, en el caso del arbitraje.

Rafael Alves, por su parte, reconoce la posibilidad del uso de la *querela nullitatis* en caso de «ausência de qualquer conhecimento sobre a arbitragem (por vício grave na notificação inicial da parte quando há cláusula arbitral cheia)», en cuya ocasión —muy excepcional, como él mismo subraya— se estaría ante una nulidad incurable, que sería de orden público procesal.<sup>528</sup> Sin embargo, considera la cuestión de la falta de notificación de la parte en el arbitraje como una nulidad de pleno derecho, situada por tanto en el ámbito de la validez, y no en el de la existencia.

Para Rafael Alves, este sería uno de los dos supuestos de vulneración del orden público procesal en el arbitraje que nunca se convalidarían por el efecto del tiempo en el proceso,<sup>529</sup> a saber, «a nulidade decorrente da ausência ou irregularidade da notificação de qualquer das partes a respeito da instauração da arbitragem na hipótese de cláusula compromissória “cheia”». Es cierto que, en este sentido, el laudo arbitral no sería eficaz y ni siquiera estaría amparado por el manto de la cosa juzgada «em relação à parte que não foi notificada da arbitragem, não participou espontaneamente, nem tomou conhecimento dela de alguma outra forma».<sup>530</sup>

Nótese que, tanto para la parte que defiende la inexistencia del laudo arbitral dictado en arbitraje del que no fue notificada la parte vencida, como para la parte que defiende la ineficacia de este mismo vicio, sin posibilidad de subsanarlo con el transcurso del tiempo, cabría la posibilidad de atacar la decisión de los árbitros mediante una acción declarativa a interponer ante el Poder Judicial. La ineficacia por falta o defecto en la notificación de la demanda equivaldría, por así decirlo, a la inexistencia, dada la gravedad del defecto.

Por lo tanto, la intervención muy excepcional del Poder Judicial es admisible en el caso de un laudo dictado en un procedimiento arbitral en el que la parte afectada por la decisión no tenía conocimiento del hecho, aunque el mandato del laudo se dirige contra ella. Desde un punto de vista constitucional, el Estado actuaría para garantizar el principio del debido proceso, evitando que la parte perdedora se vea afectada por un laudo arbitral en el que nunca tuvo la oportunidad de participar.

También en esta situación, es necesario que el Estado-juez verifique, caso por caso y de manera juiciosa, si, efectivamente, existió un vicio tan grave como para justificar la declaración de inexistencia del laudo arbitral; o, incluso, su ineficacia absoluta para quienes no fueron notificados del arbitraje. Por otro lado, en ningún caso procedería interponer la misma acción declarativa para tratar de invalidar un laudo arbitral por *quantum debeatur* exorbitante fijado con motivo de la expropiación llevada a cabo por una entidad pública, aunque se invocara el principio constitucional de justa indemnización.

#### 4. OPOSICIÓN AL CUMPLIMIENTO DEL LAUDO ARBITRAL

Según el artículo 33, *caput* de la Ley de Arbitraje, la parte interesada podrá alegar, ante el Poder Judicial, «a declaração de nulidade da sentença arbitral», siempre que concurra alguno de los supuestos del artículo 32 de la referida legislación. Esta declaración de nulidad a la que se refiere la ley puede realizarse mediante la interposición de una acción de anulación del laudo arbitral, como se ha explicado anteriormente, o mediante la impugnación de la ejecución del laudo arbitral, ocasión en la que el

<sup>527</sup> DE CARVALHO APRIGLIANO, Ricardo. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 243.

<sup>528</sup> ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 239 y nota n.º 717.

<sup>529</sup> La segunda hipótesis sería efectivamente sobre la *inexistencia* del laudo arbitral, que estaría más vinculada a los elementos básicos del propio laudo arbitral (v.g., sujeto, objeto y forma). (ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem*. São Paulo: Almedina, 2018, pp. 240 y ss.).

<sup>530</sup> ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 240.

apartado 3 del artículo 33, modificado por la Ley 13105/2015, se refiere al «decretação de nulidade da sentença arbitral».<sup>531</sup>

A pesar de cierto preciosismo semántico en torno a las palabras «declaración» y «decreto», entendidas aquí como sinónimos, es un hecho incontrovertible que el sistema arbitral admite, como medios legítimos de ataque al laudo arbitral, parcial o definitivo, la interposición de un recurso de anulación y la defensa del demandado a través de una oposición a la ejecución del laudo arbitral, que seguirá el rito de los artículos 525 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.<sup>532</sup>

Es posible que el demandado acumule, en su oposición a la ejecución del laudo arbitral, las causas de anulación previstas en la lista del artículo 32, aunque la Ley de Arbitraje no dice nada al respecto. Habría, aquí, una *acumulación de demandas*, ya que el demandado podría, por ejemplo, atacar el laudo arbitral por haber sido dictado por quien no podía ser árbitro,<sup>533</sup> así como decir que habría exceso de ejecución y que se habría producido novación de la deuda ejecutada por el ganador del arbitraje.<sup>534</sup>

Si el deudor judicial hace uso de tal facultad, es decir, acumular la acción de anulación conforme a la Ley de Arbitraje con la oposición a la ejecución de sentencia conforme a la ley procesal civil, lo que podría hacer para mantener la economía procesal, deberá observar perentoriamente, en cuanto a los motivos de la acción de anulación, el plazo de prescripción de noventa días, so pena de, en este punto, reconocer la prescripción del derecho alegado en la oposición.<sup>535</sup> No tendría sentido admitir que los hechos de la acción de anulación de laudo arbitral fueran impugnados en una oposición al cumplimiento del laudo una vez transcurrido dicho plazo de prescripción, pues ello traería, cuando menos, inseguridad jurídica, beneficiando a la parte vencida en perjuicio de la vencedora.

Al volver a las cuestiones del artículo 525 del Código de Procedimiento Civil, resulta de mayor interés, de acuerdo con el objeto de este estudio, examinar la segunda parte del punto III, que enumera la inoponibilidad de la obligación ejecutoria como cuestión que puede ser alegada por el demandado en cumplimiento del laudo arbitral.

El apartado 12 del mismo artículo 525 prescribe que la obligación «reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal

<sup>531</sup> «(2) O cumprimento de sentença arbitral é sempre processado em caráter definitivo, circunstância que não se modifica em virtude do ajuizamento de ação anulatória. 3. São duas as formas de impugnação judicial da sentença proferida em procedimento arbitral quando dela resulta a condenação ao pagamento de quantia certa: a) o ajuizamento de ação visando a declaração de nulidade da sentença, nos moldes do art. 33 da Lei 9.307/1996, e b) o oferecimento de impugnação ao pedido de cumprimento de sentença, nos moldes do art. 475-J, § 1º, do CPC/1973, observada a regra do parágrafo 3 do art. 33 da Lei da Arbitragem». (STJ, REsp n.º 1.636.113-SP, rel. min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/6/2017, DJe 5/9/2017).

<sup>532</sup> Por «medios legítimos» entendemos aquellos medios admitidos unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia, como son el recurso de anulación y la impugnación del cumplimiento del laudo. Por ejemplo, la acción rescisoria, la querrela y la acción declarativa de inexistencia (todas contra laudo arbitral) no son «medios legítimos», en el sentido aquí utilizado, ya que son controvertidamente aceptados por la doctrina y la jurisprudencia. Por supuesto, en el caso de una ejecución de un instrumento extrajudicial con una cláusula de arbitraje, si hay una cuestión de fondo, la parte ejecutada puede llevar la discusión al tribunal arbitral como una moción para suspender la ejecución. Este sería otro «medio legítimo» de defensa, pero no al laudo arbitral, ya que se trataría de un título extrajudicial y no judicial.

<sup>533</sup> Cf. artículo 32, II, de la Ley de Arbitraje.

<sup>534</sup> Cf. artículo 525, puntos V y VII, respectivamente, del Código de Procedimiento Civil.

<sup>535</sup> «Conclui-se pois que na impugnação ao cumprimento de sentença arbitral a alegação das nulidades indicadas no art. 32 da Lei de Arbitragem só será admissível quando deduzida no prazo de noventa dias contado do recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento» – e isso constitui uma natural consequência da impugnação portadora dessas defesas ser um *sucedâneo da ação anulatória*, o que também concorre para que o prazo para opô-la seja regido de modo coincidente com o prazo para a proposição desta». (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 271, cursiva en el original). En el mismo sentido: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2007, 2.ª ed., p. 345; GARCIA DA FONSECA, Rodrigo. Impugnação da sentença arbitral. En: CARMONA, Carlos Alberto; SELMA FERREIRA LEMES y PEDRO BATISTA MARTINS (coords.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Patrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 656; DE CARVALHO APRIGLIANO, Ricardo. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 48; DE ALBUQUERQUE PARENTE, Eduardo. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 284; MENDONÇA SICA, Heitor Vitor. Coment. art. 525. En: DO PASSO CABRAL, Antonio y RONALDO CRAMER (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 831; BURIIL DE MACÊDO, Lucas y MARIA EDUARDA ALMEIDA. «Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral?». En: VIANNA ALVES FERREIRA, Olavo Augusto y PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON (coords.). *Arbitragem: atualidades e tendências*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019, p. 837.

Federal» o la obligación reconocida en un título «fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso».<sup>536</sup>

Esta es la importancia de esta disposición legal: el derecho procesal civil considera a *priori* inaplicable la obligación que esté respaldada por un título ejecutivo judicial basado en una ley declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo o en una ley que el Tribunal Supremo considere incompatible con la Constitución Federal, ya sea en control abstracto o en control incidental de constitucionalidad. Se trata de una «via efetiva de controle judicial sobre a sentença arbitral», cuya finalidad es depurar el cumplimiento e invalidar el laudo arbitral «disposta de forma contrária ao ordenamento constitucional brasileiro».<sup>537</sup>

Debe destacarse que la impugnación del título que plasma una obligación basada en la inconstitucionalidad tendrá lugar cuando la sentencia sea condenatoria (pago de una determinada cantidad) o impositiva (obligación de hacer, no hacer o entregar algo), dado que los capítulos de decisión de carácter declarativo y constitutivo producen efectos automáticos, por lo que carecen de acción ejecutiva.<sup>538</sup>

Al laudo arbitral sometido a ejecución forzosa ante los tribunales se le aplica la regla del artículo 525, párrafo 12 del Código de Procedimiento Civil, con las salvedades aplicables al sistema arbitral. La Ley 9307/1996 así lo dispone en el apartado 3 del artículo 33, al señalar que «decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial». Además, el artículo 515, VII, del Código de Procedimiento Civil establece que el laudo arbitral constituye título ejecutivo judicial, «cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título».<sup>539</sup> Al tratarse de un título ejecutivo judicial, el cumplimiento del laudo arbitral sigue el mismo rito procesal de cumplimiento de la sentencia estatal.

Sin embargo, el cumplimiento de los laudos arbitrales no se verá afectado por la inoponibilidad de la obligación inconstitucional en dos situaciones específicas, que surgen de la lectura conjunta de los §§ 13, 14 y 15 del artículo 525 del Código de Procedimiento Civil.

La primera se refiere a la modulación de los efectos de las normas inconstitucionales en el control abstracto. Si el Tribunal Supremo declara la inconstitucionalidad de la norma, pero con una reserva sobre los efectos ya producidos por la norma,<sup>540</sup> «a impugnação ao cumprimento não poderá ser utilizada em casos que estejam inseridos no período objeto da ressalva».<sup>541</sup>

La modulación de efectos sirve precisamente para que el Tribunal Supremo pueda, valorando principios caros al orden constitucional, como la seguridad jurídica, garantizar que la declaración de inconstitucionalidad sea lo menos lesiva posible para el ordenamiento jurídico nacional, dado su efecto *erga omnes* y vinculante. Si hay modulación de efectos y el laudo arbitral ejecutable se ha dictado dentro

<sup>536</sup> El antiguo Código de Procedimiento Civil contenía una disposición similar: «Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: [...] II.- inexistência do título; § 1 Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidos pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal».

<sup>537</sup> VIEIRA ROCHA, Caio Cesar. *Límites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil*. Tese (Doutorado em Processo Civil). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2012, p. 273.

<sup>538</sup> TALAMINI, Eduardo. «Impugnação ao cumprimento do título executivo inconstitucional». En: DANTAS, Bruno, Cassio SCARPINELLA BUENO, Cláudia Elisabete SCHWERZ CAHALI y Rita DIAS NOLASCO (coords.). *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 300.

<sup>539</sup> Título II.- Do Cumprimento de Sentença.

<sup>540</sup> Parece fácil afirmar que la modulación de efectos en este caso solo queda al arbitrio del Tribunal Supremo, que declaró la inconstitucionalidad de la ley en control abstracto. En consecuencia, no está permitido que un juez de primer grado o un juez de segundo grado modulen los efectos de la decisión del Tribunal Supremo sobre la inconstitucionalidad.

<sup>541</sup> TALAMINI, Eduardo. «Impugnação ao cumprimento do título executivo inconstitucional». En: DANTAS, Bruno, Cassio SCARPINELLA BUENO, Cláudia Elisabete SCHWERZ CAHALI y Rita DIAS NOLASCO (coords.). *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 298.

del plazo alcanzado por la modulación, no cabe hablar de inoponibilidad de la obligación por vicio de inconstitucionalidad.

La segunda hipótesis se refiere a la decisión de inconstitucionalidad del Tribunal Supremo dictada con posterioridad a la resolución firme e inapelable del laudo arbitral ejecutoriado. Imaginemos el siguiente escenario: después de la decisión final e inapelable de un laudo arbitral que condenó a la parte perdedora a pagar daños y perjuicios a la parte vencedora a la luz del instituto de la tercería de culpa, el Supremo Tribunal Federal, en control abstracto, declara la inconstitucionalidad del artículo 148 del Código Civil, que aprueba la tercería de culpa en Brasil.

En tales circunstancias, no se admitirá la impugnación de la ejecución del laudo arbitral por la parte que, pretendiendo ser liberada del pago de una cantidad determinada, alegue la inexistencia de la obligación por estar basada en una disposición del derecho sustantivo declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo en control abstracto. El párrafo 14 del artículo 525 del Código de Procedimiento Civil es inequívoco al establecer que la «decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda», énfasis en el adjetivo *anterior*.

Por lo que se refiere a una decisión de inconstitucionalidad posterior a la cosa juzgada de la sentencia ejecutada, el § 15 del artículo 525 prevé la posibilidad de una acción rescisoria, cuya fecha de *vencimiento* será la fecha definitiva e inapelable de la resolución dictada por el Tribunal Supremo. Esta disposición no se aplica a los laudos arbitrales porque, como ya hemos visto, no pueden ser impugnados mediante una acción rescisoria. Si la declaración de inconstitucionalidad sobreviene a la cosa juzgada del laudo arbitral, aunque sea en control abstracto, nada podrá hacer el tribunal de ejecución contra la parte vencedora en el arbitraje, debiendo prevalecer la cosa juzgada del arbitraje, que tiene la misma fuerza que la cosa juzgada formada en los procesos judiciales.<sup>542</sup>

Además, el § 15 del artículo 525 es de dudosa constitucionalidad, dado que reabre el plazo de prescripción para la interposición de la demanda rescisoria cada vez que se produce una decisión de inconstitucionalidad en control abstracto, lo que afrenta la seguridad jurídica y la propia *res indicata*.<sup>543</sup>

Una lectura fría del texto legal podría llevar a la errónea interpretación de que el plazo de prescripción de las acciones rescisorias sería *sine die*. Esto se debe a que en *cualquier momento*, independientemente de los años transcurridos desde la certificación de la cosa juzgada, una obligación contenida en un instrumento judicial podría extinguirse por la declaración abstracta de inconstitucionalidad de la norma que sirve de fundamento a dicha obligación.

Para estar en consonancia con los preceptos constitucionales, salvaguardando al mismo tiempo la seguridad jurídica y la cosa juzgada, tal disposición debe ser interpretada en el «sentido de apenas poder ser “iniciado o prazo da rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão do STF, se ainda não tiver sido extinta a pretensão rescisória cujo prazo tenha se iniciado do trânsito em julgado da decisão exequenda”».<sup>544</sup> A partir de esta interpretación conforme con la Constitución, se puede evitar

<sup>542</sup> Al hablar del proceso estatal, pero con aplicación, en nuestra opinión, también al proceso de arbitraje, véase: «Título judicial é sentença transitada em julgado, acobertada pela autoridade da coisa julgada. Esse título judicial goza de proteção constitucional, que emana diretamente do Estado Democrático de Direito (CF 1.º caput), além de possuir dimensão de garantia constitucional fundamental (CF 5.º XXXVI). Decisão posterior, ainda que do STF, não poderá atingir a coisa julgada que já havia sido formada e dado origem àquele título executivo judicial que aparelha o cumprimento de sentença. A decisão do STF que declara inconstitucional lei ou ato normativo tem eficácia retroativa *ex tunc*, para atingir situações que estejam se desenvolvendo com fundamento nessa lei. Essa retroatividade tem como limite a *coisa julgada*». (NERY, Nelson Jr. y ROSA MARIA DE ANDRADE NERY. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.307, cursiva en el original).

<sup>543</sup> «Uma parcela importante da doutrina entende, contudo, que o dispositivo é inconstitucional. De fato, em um contexto em que o entendimento dominante é de que as ações diretas são imprescritíveis (v. *supra*), a possibilidade de reabertura do prazo decadencial para a propositura de ação rescisória sempre que houver declaração de inconstitucionalidade faz com que um grande conjunto de decisões transitadas em julgado esteja sujeito a uma possível rediscussão. Trata-se de situação que não parece compatível com a proteção constitucional à segurança jurídica e à própria coisa julgada (art. 5, caput e XXXVI)». (BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 301, cursiva en el original).

<sup>544</sup> ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4ª ed., pp. 805-806.

el *doblo prazo para la acción rescisoria* establecido por el artículo 525, párrafo 15, del Código de Procedimiento Civil: la primera a partir de la fecha inapelable de la sentencia objeto de ejecución y la segunda a partir de la fecha inapelable de la sentencia del Tribunal Supremo que reconozca la inconstitucionalidad de la ley en la que se basa la obligación de ejecutar.

En efecto, la obligación contenida en el laudo arbitral basada en una ley declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal, en control abstracto, será considerada inaplicable por el Poder Judicial, como defensa al cumplimiento del laudo, cuando la decisión de inconstitucionalidad sea contemporánea (y hecha pública) al dictado del laudo arbitral. Es decir: la obligación derivada del laudo arbitral que se dicte en el momento de la decisión de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* y vinculantes se considerará inejecutable.

En rigor, una decisión de inconstitucionalidad en control abstracto deviene firme e inapelable al finalizar el plazo para interponer el recurso de aclaratoria, ya que dicha decisión no es recurrible, siendo éste el único medio de impugnación previsto en el artículo 26 de la Ley 9868/1999. Además, es bien sabido que, por regla general, las peticiones de aclaración no tienen efectos suspensivos. La suspensión de la eficacia de la decisión sobre la que se ha interpuesto un recurso es una medida excepcional, aceptada únicamente cuando «demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação», de conformidad con el artículo 1026, apartado 1, del Código de Procedimiento Civil.

La posibilidad de modular los efectos en el contexto de una medida integradora de este tipo es un riesgo suficiente para que se pueda elegir entre dos opciones, aunque sea improbable que el Tribunal Supremo acepte peticiones declarativas con efectos infractores para reformar el fondo de la sentencia que él mismo dictó en control abstracto: (I) considerar que la decisión de *inconstitucionalidad es cosa juzgada en el momento en que haya* transcurrido el plazo para presentar un recurso de aclaración;<sup>545</sup> o (II) considerar que la decisión de inconstitucionalidad es cosa juzgada en el momento en que la sentencia que resuelva sobre cualquier recurso de declaración.<sup>546</sup> La razón es que, si existe modulación de efectos, restringiendo la eficacia de la decisión de inconstitucionalidad al futuro, al momento posterior a la declaración, entonces la obligación contenida en el laudo arbitral no puede considerarse inaplicable.<sup>547</sup>

<sup>545</sup> El Tribunal Supremo ya ha decidido lo contrario: «AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CUMPRIMENTO DA DECISÃO. 1. Desnecessário o trânsito em julgado para que a decisão proferida no julgamento do mérito em ADI seja cumprida. Ao ser julgada improcedente a ação direta de inconstitucionalidade - ADI n.º 2.335 - a Corte, tacitamente, revogou a decisão contrária, proferida em sede de medida cautelar. Por outro lado, a lei goza da presunção de constitucionalidade. Além disso, é de ser aplicado o critério adotado por esta Corte, quando do julgamento da Questão de Ordem, na ADI 711 em que a decisão, em julgamento de liminar, é válida a partir da data da publicação no Diário da Justiça da ata da sessão de julgamento. 2. A interposição de embargos de declaração, cuja consequência fundamental é a interrupção do prazo para interposição de outros recursos (art. 538 do CPC), não impede a implementação da decisão. Nosso sistema processual permite o cumprimento de decisões judiciais, em razão do poder geral de cautela, antes do julgamento final da lide. 3. Reclamação procedente». (Rel n.º 2576, rel. min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 23/6/2004, DJ 20/8/2004).

<sup>546</sup> Una posición intermedia, hasta cierto punto verosímil, consistiría en sostener que la «cosa juzgada» de una decisión de inconstitucionalidad dictada por el Tribunal Supremo en control abstracto, a todos los efectos, se produciría desde el momento en que se reconociera la petición formulada en las eventuales peticiones declarativas. En otras palabras: si se interpone un recurso de aclarativo contra una decisión de inconstitucionalidad, pero no se solicita la modulación de sus efectos, se daría por finalizado el proceso objetivo en el Tribunal Supremo, ya que no habría posibilidad de modificación sustancial de la *decisum*.

<sup>547</sup> Existen decisiones del Tribunal Supremo que, al plantear la declaración, deliberan efectivamente sobre la eficacia temporal de las decisiones de inconstitucionalidad. Dos ejemplos recientes de decisiones en este sentido, por mayoría, son los siguientes: «EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OMISSÃO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 27 DA LEI 9.868/1999. ATUAÇÃO DE PROCURADOR DE ESTADO CHEFE E SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO POR SIGNIFICATIVO LAPSO TEMPORAL. CARGOS DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO POR PARTE DO GOVERNADOR DO ESTADO. INCONSTITUCIONALIDADE. TUTELA DA SEGURANÇA JURÍDICA DOS ATOS E DA CONFIANÇA LEGÍTIMA DOS JURISDICIONADOS. PRECEDENTES JUDICIAIS. 1. Verificadas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, nos termos do que prescreve o art. 27 da Lei 9.868/1999, cumpre ao Supremo Tribunal Federal harmonizar o princípio da nulidade da norma inconstitucional com a exigência de preservação, considerado o aspecto temporal, histórico e irreversível da realidade, de outros preceitos constitucionais, como a segurança jurídica, a confiança legítima e a boa-fé objetiva. A não tomada desse pronunciamento jurisdicional ao atribuir eficácia retroativa ou plena à decisão implicaria danos irreversíveis a tais valores constitucionais. 2. A confiança justificada e a segurança jurídica dos atos praticados pelos representantes do Estado, em sua defesa

En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad realizada por la Suprema Corte en control incidental, la obligación señalada en el laudo arbitral se considerará inaplicable si, al momento de su emisión por los árbitros, la norma inconstitucional ha tenido suspendida su ejecución por el Senado Federal, en cumplimiento del artículo 52, fracción x de la Constitución Federal, el cual argumentamos se encuentra en plena vigencia.<sup>548</sup> Esta es la interpretación conforme a la Constitución del artículo 525, § 12. Si la ejecución de la norma inconstitucional no es suspendida por el Senado, solo tendrá eficacia limitada a las partes litigantes, que no abarcará a los sujetos activos y pasivos del procedimiento arbitral del que emanó el laudo arbitral sujeto al cumplimiento de la sentencia.

La inoponibilidad es, por tanto, la consecuencia jurídica de la obligación inconstitucional provocada por el laudo arbitral. Conviene subrayar, en este sentido, que «o efeito da aplicação do dispositivo será apenas e tão somente o de tornar inexigível o título executivo, vedada qualquer ingerência quanto ao mérito da demanda arbitral».<sup>549</sup>

La inoponibilidad de la obligación inconstitucional no afecta exactamente al fondo del laudo arbitral, cuyo reexamen no queda al arbitrio del Poder Judicial por esta razón. La inoponibilidad solo impide que el acreedor utilice el aparato estatal, que tiene poder coercitivo, para satisfacer su crédito ante el Poder Judicial brasileño, que, por norma legal explícita que refuerza el orden constitucional,

---

jurídica judicial e extrajudicial, impõe a incidência do art. 27 da Lei 9.868/1999 para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de modo a assegurar a perfeitabilidade dos atos praticados pelo Procuradores de Estado, exercentes dos cargos de Procurador Chefe de Estado e Subprocurador-Geral do Estado, até a data da publicação do acórdão embargado, dia 19.6.2009. Precedentes judiciais formados pelo Plenário desse Supremo Tribunal Federal. 3. Embargos de declaração acolhidos para fins de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade». (ADI n.º 2.682 ED, rel. min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 20/9/2019, DJe 3/10/2019); «EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DO PARÁ 7.621/2012. PEDIDO DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Satisfeitos os requisitos para a modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de ato normativo, tem o Supremo Tribunal Federal o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei 9.868/99. Precedentes. 2. In casu, a norma julgada inconstitucional dispunha, sem que se observassem os requisitos formais estabelecidos pela Constituição Federal, que reserva à lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal a disciplina acerca da promoção e remoção de magistrados. 3. Hipótese em que a declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa apresenta inegável risco à segurança jurídica, em vista do tempo em que vigeu a norma e das inúmeras decisões proferidas pelos magistrados que foram promovidos ou removidos sob seu auspício. 4. Embargos declaratórios conhecidos e providos para esclarecer que a decisão de declaração de inconstitucionalidade da Lei do Estado do Pará 7.621/2012 tem eficácia a partir da data da publicação do acórdão embargado». (ADI n.º 4788 Agr-ED, rel. min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 7/2/2018, DJe 2/4/2018).

<sup>548</sup> «O reconhecimento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo STF em *controle concreto* (difuso), o que ocorre *v.g.* por meio do julgamento do recurso extraordinário (CF 102 III), só tem eficácia *inter partes*, não prejudicando nem beneficiando terceiros. O texto normativo, quando se refere à declaração de inconstitucionalidade pelo STF em controle concreto da constitucionalidade de lei ou de ato normativo (CPC 525 § 12 *in fine*), só faz sentido se interpretado conforme a Constituição, vale dizer, se considerar-se a incidência da CF 52 x: julgado o RE afirmando a inconstitucionalidade —controle difuso—, e, remetido o acórdão ao Senado Federal, a Câmara Alta expediu resolução suspendendo a execução da lei ou do ato normativo em todo o território nacional. Somente nesse caso é que o texto normativo poderá ser aplicado. Vale lembrar que o STF, quando julga RE não é tribunal de teses, mas tribunal que julga o caso concreto, subjetivo, corrigindo a decisão que aplicou incorretamente a CF ou lei que o STF considera inconstitucional. Sem autorização constitucional expressa não pode haver 'objetivação' do recurso extraordinário, entendimento que só pode ser considerado *de lege ferenda*. Não se pode opor esse julgamento concreto do STF ao credor-exequente. Sem a resolução do Senado, na forma da CF 52 x, a decisão do STF em controle difuso vale apenas como precedente jurisprudencial, isto é, como entendimento do tribunal. A ela não pode ser dada eficácia de *lei geral*, que atinge a todos, como é o caso da declaração da inconstitucionalidade em sede de controle abstrato». (NERY, Nelson Jr. y Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.306, cursiva en el original).

<sup>549</sup> DE ALBUQUERQUE PARENTE, Eduardo. *Proceso arbitral e sistema*. En un sentido similar, en un análisis realizado a la luz del antiguo Código de Procedimiento Civil: «Portanto, considerando-se a disciplina da Lei 9.307, conclui-se que, como regra geral, a formulação de embargos ou impugnação do executado com fundamento no parágrafo único do art. 741 ou no § 1º do art. 475-L do Código de Processo Civil não pode ser admitida se para a verificação da pretensa 'inconstitucionalidade da sentença arbitral' for necessário examinar o seu conteúdo/mérito». (SCRIPES WLADECK, Felipe. *Meios de controle judicial da sentença arbitral nacional*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2013, p. 330). Este pasaje merece una consideración adicional: aun cuando la ley declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo se refiera al fondo del arbitraje, lo que justificaría la inoponibilidad de la obligación contenida en el laudo arbitral basada en dicha ley inconstitucional, ni siquiera entonces la eventual aceptación de la impugnación del cumplimiento del laudo arbitral dará lugar a la modificación de la decisión de los árbitros. El Poder Judicial solo dirá que la obligación de pagar una suma determinada basada en una ley inconstitucional, por ejemplo, no puede ser ejecutada contra el deudor; no habrá, en este caso, ninguna interferencia del Poder Judicial, en el sentido de decir que el laudo arbitral es correcto o incorrecto, de acuerdo con la ley o con decisiones judiciales vinculantes. (Cf. RANZOLIN, Ricardo. *Controle judicial da arbitragem*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 187).

desautoriza la ejecución forzosa de un instrumento judicial que conlleve una obligación basada en una ley inconstitucional.<sup>550</sup>

## 5. RECURSO EXTRAORDINARIO

Originado en la Constitución Federal de 1891, «a primeira da República, como imperativo da federação adotada pelo novo regime», como recuerda Alcides de Mendonça Lima,<sup>551</sup> el recurso extraordinario es el mecanismo de recurso adecuado para proteger el derecho constitucional, presuponiendo, como requisito de admisibilidad, la necesaria ofensa directa y frontal a la Constitución.<sup>552</sup>

La protección de la Constitución, vía recurso extraordinario, exige la demostración de la repercusión general de la cuestión constitucional planteada en los motivos del recurso.<sup>553</sup> Este requisito intrínseco de admisibilidad fue introducido por la Enmienda Constitucional 45/2004 ante «a necessidade de acelerar a marcha dos recursos nos tribunais superiores».<sup>554</sup>

En un recurso extraordinario, el recurrente debe demostrar la repercusión general de las cuestiones constitucionales en juego en el caso para que el Tribunal Supremo examine la admisibilidad del recurso, que solo puede ser rechazada por una mayoría de dos tercios de sus miembros, según el artículo 102, párrafo 3, de la Constitución Federal. El artículo 1035, apartado 1, del Código de Procedimiento Civil, en una adición, explica lo que se espera a efectos de la repercusión general: «será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo».<sup>555</sup>

<sup>550</sup> «E esse efeito nada obstante barre a ação do juiz estatal no seu poder de constringer ao pagamento, pode, por outro lado, facilitar atos outros, como a sua homologação para execução em outros países, na medida em que não se reconhece o poder de anulação da sentença arbitral por meio desse dispositivo. Ela continua válida e nem poderia ser diferente, pois mácula não se reconhece à sentença arbitral nessa hipótese, como já sustentado. Trata-se apenas de submeter a decisão arbitral a uma particularidade do processo executório existente no Brasil, que por decisão política de nosso legislador entendeu por bem retirar a eficácia do título na hipótese em comento, mas sabidamente, para todos os efeitos, não cogitou de determinar a anulação da sentença arbitral». (GRIFF MARIANI, Rômulo. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 166-167).

<sup>551</sup> DE MENDONÇA LIMA, Alcides. «O recurso extraordinário na Constituição Federal de 1988». *Revista de Processo*, 1989, vol. 56, pp. 21-34. Versión electrónica, p. 2.

<sup>552</sup> Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema, entre otras sentencias, dispone lo siguiente: «I- Esta Corte firmou orientação no sentido de ser inadmissível, em regra, a interposição de recurso extraordinário para discutir matéria relacionada à ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da prestação jurisdicional, quando a verificação dessa alegação depender de exame prévio de legislação infraconstitucional, por configurar situação de ofensa reflexa ao texto constitucional. Precedentes. II.- Agravo regimental a que se nega provimento». (ARE n.º 797.122 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 8/4/2014, DJe 29/4/2014); «1. A afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o exame de ofensa reflexa à Constituição Federal e a análise de legislação infraconstitucional. Incidência da Súmula 636/STF. 3. Agravo regimental não provido». (AI n.º 857.030 AgR, rel. min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 7/5/2013, DJe 28/6/2013).

<sup>553</sup> Frederico Montedonio Rego define así el filtro de apelación de la repercusión general: «Trata-se de instrumento pelo qual o STF pode “recusar” recursos extraordinários, desde que o faça pelo *quorum* qualificado de dois terços de seus membros (oito de onze ministros). [...] Declaradamente inspirada nas experiências dos EUA e da Argentina, a repercussão geral foi celebrada como uma ‘novidade [que] servirá para restaurar o caráter paradigmático das decisões do STF, à medida que possibilitará que essa Corte examine apenas as grandes questões do país discutidas no Poder Judiciário. Com isso, em tese, o STF deixará de se pronunciar sobre questões sem qualquer relevância para a sociedade». (MONTEDONIO REGO, Frederico. *Repercussão geral: uma releitura do direito vigente*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 35).

<sup>554</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. «A “repercussão geral” como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário». *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 10, 2015, pp. 1.223-1.230.

<sup>555</sup> El «recurso extraordinario, portanto, sobressai como ferramenta, a serviço da jurisdição constitucional, para fazer efetivas as cláusulas constitucionais nas causas que ostentam certa gravidade institucional, repercussão sociológica, uniformidade de critérios jurídicos, reforçando, de conseguinte, as garantias das liberdades fundamentais; reconduzindo, pois, ao Supremo Tribunal Federal a sua missão precípua, isto é, de Tribunal de garantias constitucionais». (ARILDO VALADÃO, José. *A nova função do recurso extraordinário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 252). El recurso extraordinario «se destina aos casos excepcionais e não aos casos rotineiros do dia-a-dia forense e, muito menos, às questões de nonada ou de litigantes caprichosos, que querem ver suas causas decididas pela mais alta Corte do País». (LINS E SILVA, Evandro. «O recurso extraordinário e a relevância da questão federal». *Revista dos Tribunais*. Rio de Janeiro, 2014, vol. 4, pp. 353-359. Versión electrónica, p. 1).

Cabe destacar que es en el recurso extraordinario donde el Tribunal Supremo «desempenha, normalmente e em grande volume, a fiscalização concreta de constitucionalidade de leis e atos normativos».<sup>556</sup> Teniendo esto en cuenta, unido al hecho de que el Tribunal Supremo es el órgano judicial que, en última instancia de la jurisdicción, declara el sentido de las normas constitucionales, ¿habría lugar a rediscutir, en el juicio del recurso extraordinario, lo decidido por los árbitros en el laudo arbitral sobre la cuestión constitucional?

A pesar de su indiscutible relevancia para el derecho brasileño, no es cuestión de que el Supremo Tribunal Federal reexamine, en un recurso extraordinario, lo que los árbitros decidieron sobre la cuestión constitucional, ni siquiera si ha habido una declaración incidental de inconstitucionalidad.

En efecto, no se puede acudir directamente al Tribunal Supremo mediante un recurso extraordinario de la parte contra la que se dictó una resolución declarativa de inconstitucionalidad en arbitraje. El ordenamiento constitucional no permite esta situación de recurso *per saltum*, ya que la propia Constitución establece, en su artículo 102, III, que el Tribunal Supremo resolverá «causas decididas em única ou última instância», en los que no quepa el laudo arbitral.

«Causas decididas» significa que la «cabimento do recurso extraordinário depende do prévio exaurimento de todas as vias recursais nos órgãos inferiores», a falta de lo cual el recurso se considerará inadmisibile.<sup>557</sup> El Tribunal Supremo ha resumido esta posición en el Precedente 281, que reza así: «É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada».<sup>558</sup> Este requisito se deriva de también del necesario cuestionamiento previo, intrínseco a los recursos excepcionales, incluido el recurso extraordinario ante el Tribunal Supremo.<sup>559</sup>

Además del *per saltum*, prohibido por la legislación brasileña, sobre todo porque el «salto» se daría entre dos jurisdicciones distintas (arbitral y estatal) aunque complementarias, suponer que la parte disconforme con la declaración de inconstitucionalidad en arbitraje pudiera interponer recurso extraordinario directamente ante el Tribunal Supremo, con la finalidad de revertir la inconstitucionalidad incidentalmente reconocida por los árbitros, equivaldría a negar validez al artículo 18 de la Ley de Arbitraje, del que se desprende que el laudo arbitral no es susceptible de recurso ni de homologación por el Poder Judicial. Por tanto, la decisión de inconstitucionalidad de los árbitros no depende del aval del Tribunal Supremo y no puede ser reexaminada por éste en un recurso extraordinario, como si se tratara de un tribunal de apelación que revisa decisiones de tribunales privados sobre cuestiones constitucionales.

Evidentemente, decir que la decisión que declara la inconstitucionalidad de una ley (o decide alguna cuestión constitucional distinta de esta) en el curso de un procedimiento arbitral es independiente del sello de aprobación y no puede ser revisada por el Tribunal Supremo no desvirtúa en absoluto su papel destacado y capital en la consolidación de la jurisdicción constitucional brasileña.

Ocurre que el sistema constitucional brasileño, a la luz de lo que el propio Tribunal Supremo decide, impide el acceso a ese Tribunal por un mecanismo de *per saltum* cuando se está ante un caso estatal. Menos aún sería tolerable, desde esta lógica, pensar que el acceso *per saltum* al Tribunal Supremo pudiera darse a través de un recurso extraordinario interpuesto contra un laudo arbitral que declare la inconstitucionalidad en control difuso, que, como hemos visto, es una facultad-deber efectiva de los árbitros. Además, esta solución también se ve obstaculizada por la redacción de la actual Ley de Arbitraje.

<sup>556</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019, 8.ª ed., p. 146.

<sup>557</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa y BRUNO DANTAS. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova junção dos tribunais superiores no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 3.ª ed., p. 440.

<sup>558</sup> Aplicando dicha entrada sumaria, véase, para todos: «A competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, III, da CF/88) restringe-se às causas decididas em única ou última instância. O recorrente não esgotou as vias recursais ordinárias cabíveis, incidindo no óbice da Súmula 281 deste Tribunal. Agravo regimental a que se nega provimentos». (ARE n.º 732.820 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 16/5/2013, DJe 31/5/2013).

<sup>559</sup> «Súmula 282. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada».

A modo de comparación, cabe citar el interesante ejemplo del constitucionalismo peruano, en el que prevalece el *sistema dual* o *paralelo*, en el que coexisten los modelos americanos (control difuso) y europeo (control concentrado), «mas sem se mesclarem, nem se deformarem, nem se desnaturalizarem».<sup>560</sup> Para ser claros: en el Perú, el control difuso es responsabilidad de todos y cada uno de los magistrados, desde el primer grado jurisdiccional del sistema de justicia común hasta la Corte Suprema, máximo órgano de este sistema de justicia y donde termina el modelo difuso, mientras que el modelo peruano de control concentrado es responsabilidad exclusiva del Tribunal Constitucional, un órgano de control constitucional dotado de autonomía e independencia, que no debe confundirse con el Tribunal Supremo.

Dentro del modelo difuso peruano, existe una determinación en la Ley Orgánica del Poder Judicial que regula el procedimiento especial para el ejercicio del control difuso, «assinhalando que as sentenças que dispõem sobre a inaplicação de uma lei serão elevadas, em consulta, à Sala Constitucional e Social da Corte Suprema».<sup>561</sup>

Partiendo de esta premisa, Ricardo Luque Gamero se cuestiona si habría necesidad de consultar al Tribunal Supremo sobre laudos arbitrales en los que se haya realizado control de constitucionalidad. La respuesta, aunque desde el punto de vista del modelo constitucional peruano, adopta la misma conclusión negativa a la que se llegó anteriormente: «tal consulta no debiera darse en el arbitraje, ya que la misma afectaría la condición de justicia privada y vulneraría su esencia, por cuanto es la elección de las partes respecto de sus derechos disponibles que la solución de sus controversias no sea sometida a la justicia estatal sino a la justicia privada».<sup>562</sup>

Además, el citado autor señala que, si se acepta la tesis de remitir, a efectos de consulta, el laudo arbitral en el que se ejerce el control difuso, «el carácter de justicia privada ya que es claro que si se admitiese la consulta se tendría que admitir que el órgano judicial pudiese modificar el laudo, con lo cual se afectaría la autonomía privada presente en todo convenio arbitral».<sup>563</sup>

La única posibilidad que cabe prever en relación con el binomio arbitraje-recurso ordinario es la siguiente: en el contexto del control posterior del laudo arbitral (por ejemplo, acción de anulación, cumplimiento de sentencia, acción declarativa de inexistencia), es posible que el Poder Judicial, al juzgar un pleito relacionado con el arbitraje, decida una cuestión constitucional, incluso declarando la inconstitucionalidad, ya que es dado a los jueces decidir de tal modo en cualquier nivel de jurisdicción.

El recurso extraordinario será entonces aplicable solo para atacar el capítulo de la decisión colegiada que, en el ámbito de la jurisdicción estatal, haya (I) contradicho una disposición de la Constitución Federal; (II) declarado la inconstitucionalidad de un tratado o ley federal; (III) declarado la impugnación de una ley o acto de gobierno local válido contra la Constitución Federal; o (IV) declarado la impugnación de una ley local válida contra una ley federal, hipótesis esta última que, como se señaló, no discute el texto constitucional, sino a la ley federal. El recurso extraordinario solo serviría para impugnar las decisiones del Poder Judicial que estuvieran dentro del ámbito de las hipótesis de *numerus clausus* del artículo 102, III, de la Constitución, antes mencionadas, pero nunca el contenido sobre la cuestión constitucional del laudo arbitral.

Por tanto, el recurso extraordinario, siempre que se haya acreditado la repercusión general de la cuestión sometida al Tribunal Supremo, solo podría interponerse contra la posible infracción de la Constitución perpetrada por la sentencia recurrida, y no contra el posible error de los árbitros en la aplicación de las normas constitucionales.

<sup>560</sup> DA SILVA, José Afonso. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 155.

<sup>561</sup> DA SILVA, José Afonso. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 156.

<sup>562</sup> LUQUE GAMERO, Ricardo. «El arbitraje y el control de la constitucionalidad». *Revista Peruana de Arbitraje*, 2007, n.º 5, p. 138.

<sup>563</sup> LUQUE GAMERO, Ricardo. «El arbitraje y el control de la constitucionalidad». *Revista Peruana de Arbitraje*, 2007, n.º 5, p. 138.

## 6. QUEJA

El debate en torno al carácter vinculante de los árbitros a las resoluciones judiciales, incluidas las de carácter constitucional, quizás con mayor énfasis en el precedente vinculante del Tribunal Supremo, ha suscitado en la literatura jurídica, durante un tiempo razonable, la duda sobre la aplicabilidad de la demanda como mecanismo para hacer cumplir dichas resoluciones judiciales en el proceso arbitral. En otras palabras: ¿sería la demanda el instrumento procesal adecuado para obligar a los árbitros a seguir decisiones judiciales vinculantes, especialmente las que tratan de la resolución de cuestiones constitucionales (por ejemplo, una declaración de inconstitucionalidad y un precedente vinculante)?

Al dejar deliberadamente de lado las controversias sobre su naturaleza jurídica, la querrela es, según la posición dominante que aquí se adopta, «fundamentalmente, uma ação de conhecimento, pois a espécie de tutela que se busca nela é cognitiva, isto é, uma sentença» (en el sentido de decisión) colegiada, pues se trata de una acción de competencia originaria de los tribunales.<sup>564</sup> La naturaleza de la acción se justifica porque, mediante la demanda, es posible provocar la jurisdicción y formular solicitud de protección jurisdiccional.<sup>565</sup>

Fruto de una creación jurisprudencial,<sup>566</sup> la queja tiene una finalidad específica en materia constitucional, que es preservar la competencia del Tribunal Supremo, garantizar la autoridad de sus decisiones y salvaguardar el estricto cumplimiento de los precedentes vinculantes.<sup>567</sup> tal como establece la Constitución Federal.<sup>568</sup> Se trata de una medida excepcional, que no sirve como sustituto de los recursos y su uso como sustituto de las acciones judiciales en general no es factible.<sup>569</sup>

La queja ahora también está prevista en el Código de Procedimiento Civil de 2015, que amplió su ámbito de aplicación, incluso en situaciones que salvaguardan normas constitucionales. Actualmente, la denuncia puede ser presentada por el interesado y el Ministerio Fiscal ante: (I) preservar la competencia del tribunal; (II) garantizar la autoridad de las decisiones del tribunal; (III) garantizar el cumplimiento de un precedente vinculante y de una decisión del Supremo Tribunal Federal en control abstracto de constitucionalidad; (IV) garantizar el cumplimiento de una sentencia dictada en un incidente de resolución de pretensiones repetitivas o en un incidente de asunción de competencia; y (V) velar por el cumplimiento de la resolución dictada en un recurso extraordinario de reconocida repercusión general o en una resolución dictada en el juicio de repetición de recursos

<sup>564</sup> NAVARRO RIBEIRO DANTAS, Marcelo. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 463.

<sup>565</sup> FERREIRA MENDES, Gilmar y Paulo Gustavo GONET BRANCO. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2020, 15.ª ed., p. 1.537.

<sup>566</sup> Vale la pena destacar el siguiente extracto del famoso y repetidamente citado voto del juez Rocha Lagoa en Rcl. 141, 1952, en los siguientes términos: «A competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional. Vão ser o poder, outorgado ao Supremo Tribunal Federal de julgar em recurso extraordinário as causas decididas por outros tribunais, se lhe não fora possível fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos, acaso desatendidos pelas justiças locais. A criação dum remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel das suas sentenças, está na vocação do Supremo Tribunal Federal e na amplitude constitucional e natural de seus poderes. Necessária e legítima é assim a admissão do processo de Reclamação, como o Supremo Tribunal tem feito. É de ser julgada procedente a Reclamação quando a justiça local deixa de atender à decisão do Supremo Tribunal Federal».

<sup>567</sup> En el Tribunal Supremo Federal, véase Rcl. n.º 38.973, rel. min. Luiz Fux, Primer Panel, juzgado el 15/04/2020, DJe 12/05/2020; Rcl. 14.129 AgR, rel. Gilmar Mendes, rel. para decisión: min. Dias Toffoli, Segundo Panel, juzgado el 18/12/2017, DJe 18/4/2018. STJ: AgInt en Rcl. 40.218-PE, rel. min. Gurgel de Faria, Sección Primera, juzgado el 11/11/2020, DJe 24/11/2020; AgInt na Rcl. n.º 40.272-AC, rel. min. Regina Helena Costa, Primera Sección, juzgada el 20/10/2020, DJe 23/10/2020.

<sup>568</sup> La Constitución Federal dispone lo siguiente a este respecto: «Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I- processar e julgar, originariamente: [...] J) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões»; «Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. [...] § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso».

<sup>569</sup> STF, Rcl. n.º 26.288 AgR, rel. min. Dias Toffoli, Segundo Panel, juzgado el 27/6/2017, DJe 9/8/2017.

extraordinarios o especiales, siempre que se haya agotado la vía ordinaria, pues en este caso concreto también es inadmisibles la impugnación *per saltum*.<sup>570-571</sup>

Es innegable, por tanto, que la queja estará a disposición de quienes se sientan agraviados por una decisión contraria a la orientación marcada por el Supremo Tribunal Federal sobre una cuestión constitucional. Desde este punto de vista, el recurso de queja puede considerarse un verdadero mecanismo de control de las decisiones judiciales vinculantes con base constitucional.<sup>572</sup> Al fin y al cabo, el derecho procesal civil menciona expresamente los precedentes vinculantes, las resoluciones sobre control abstracto de constitucionalidad, las resoluciones sobre recursos extraordinarios de reconocida repercusión general y las resoluciones sobre recursos extraordinarios repetitivos.

Sin embargo, esta función de control de las disposiciones vinculantes solo se aplica en el ámbito del poder judicial. Y la lógica de esto reside en la jerarquía de los Tribunales que componen el sistema judicial brasileño. La queja se orienta, en esencia, a «fazer prevalecer, no plano da hierarquia judiciária, o efetivo respeito aos pronunciamentos jurisdicionais emanados do S.T.F., resguardando, desse modo, a integridade e a eficácia subordinante dos comandos que deles emergem».<sup>573</sup> La preservación de la jerarquía jurisdiccional es la «función principal» de la denuncia.<sup>574</sup>

La justificación de la queja es justamente preservar lo decidido por los jueces superiores, garantizando, de cierta forma, la obediencia de las instancias ordinarias a las decisiones emitidas por los tribunales superiores, lo que forma parte del sistema. Si, por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal determina, en la sentencia de un recurso extraordinario, que la empresa «A» puede retirar la cantidad depositada en el juzgado de primera instancia, será obligación del juez único hacer todo lo que esté en su mano para autorizar y llevar a cabo la retirada. Si el juez no lo hace, la parte que se considere afectada por la decisión presentará una queja ante el Tribunal Supremo para garantizar la autoridad del mandato positivo que determinó la retirada de la cantidad.

Otro ejemplo, expuesto aquí de forma simplista: el Tribunal Supremo emite una citación vinculante declarando que un artículo concreto de la Ley de Puertos es constitucional. Si algún tribunal se atreve a no aplicar el precedente vinculante por una convicción estrecha, la parte que alega ser la parte agraviada puede solicitar al Tribunal Supremo que haga cumplir el precedente vinculante, obligando así a la más alta instancia del Poder Judicial a obligar al juez a aplicar el precedente vinculante que no cumplió.

La insistencia en el punto de la jerarquía no carece de razón: la denuncia no es aplicable contra laudos arbitrales que puedan vulnerar decisiones judiciales vinculantes de sede (previsto en la Constitución o incluso en el Código de Procedimiento Civil) precisamente porque no existe jerarquía entre las jurisdicciones arbitral y estatal.<sup>575</sup>

Los árbitros no forman parte de la estructura orgánica del Poder Judicial y no califican como funcionarios públicos, pues si así estuvieran calificados podrían, como solo ocurre con los jueces, gozar de las garantías de vitalidad, inamovilidad e irreductibilidad de salarios, en la forma del artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Nación. Lejos de ello, ni siquiera es correcto decir, bajo

<sup>570</sup> STF, Rcl. n.º 37.359 ED-AgR, rel. min. Edson Fachin, Segundo Panel, juzgado el 3/10/2020, DJe 16/10/2020.

<sup>571</sup> Hipótesis previstas, respectivamente, en los incisos I a IV, y § 5, inciso II, del artículo 988 del Código de Procedimiento Civil. Los ítems III y IV, así como el § 5, II, tienen la redacción dada a los mismos por la Ley 13256/2016, que reformó la ley procesal civil de 2015 incluso antes de su entrada en vigor.

<sup>572</sup> ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4.ª ed., p. 928.

<sup>573</sup> STF, Rcl. n.º 430, rel. min. Celso de Mello, Tribunal Plenario, juzgado el 2/6/1993, DJ 20/8/1993.

<sup>574</sup> STF, Rcl. n.º 9.545 AgR, rel. min. Dias Toffoli, Pleno, juzgado el 8/4/2010, DJe 13/5/2010.

<sup>575</sup> En el ámbito del arbitraje internacional, ya se ha dicho que «*international arbitration does not benefit from local court's hierarchies and control mechanisms. Arbitral awards are in most cases final and are not subject to substantive review or appeal by other tribunals*». (BENTOLLA, Dolores. *Arbitrators as lawmakers*. International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, 2017, vol. 43, p. 7). Además, cito: «*Granted, there is no hierarchy between judicial courts and arbitrators, nor do arbitrators belong to the judiciary. Therefore, any attempt to look for a direct link between arbitrators and courts is in vain*». (RIZZO AMARAL, Guilherme. «Judicial precedent and arbitration—are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study among England, Scotland, the United States and Brazil». *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. XIV, 2017, n.º 56, p. 56).

el punto de vista técnico, que un particular *es* árbitro, sino que es árbitro;<sup>576</sup> es decir, la actividad jurisdiccional del árbitro comienza y termina en el ámbito privado del procedimiento arbitral concreto para el que fue designado. A lo sumo, los árbitros son equivalentes a los jueces de hecho y de derecho a efectos jurisdiccionales, y a los funcionarios públicos a efectos del derecho penal, cuando en el ejercicio de sus funciones o debido a ellos.<sup>577</sup>

De hecho, no existe jerarquía entre árbitros y jueces, ni siquiera entre éstos y los magistrados del Tribunal Supremo Federal.<sup>578</sup> El árbitro «é um particular no exercício da função jurisdiccional e, bem por isso, não está situado dentro do Poder Judiciário»; y, por ello, es inconcebible interponer una demanda contra laudos arbitrales con la intención de que el Tribunal Supremo los anule y los devuelva a los árbitros, ordenándoles que dicten una nueva resolución, esta vez conforme con el ignorado enunciado sumarial vinculante o con la sentencia de ese tribunal que, en control abstracto, declaró la inconstitucionalidad de la ley indebidamente aplicada en el arbitraje.<sup>579</sup>

Es importante reconocer, en línea con lo que hace José Rogério Cruz e Tucci, que «não é propriamente a autoridade hierárquica da qual provém o precedente que determina ao árbitro a sua observância».<sup>580</sup> La vinculación del árbitro se justifica por el ordenamiento constitucional brasileño, por lo que se argumenta aquí específicamente sobre las disposiciones judiciales de sede constitucional. Siguiendo su razonamiento, el reputado jurista afirma que, «inexistindo qualquer interdependência funcional entre tribunal arbitral e árbitro, não cabe reclamação se o precedente judicial não for aplicado pelo árbitro».<sup>581</sup>

Además, existe un obstáculo práctico importante. Dado que la cosa juzgada se forma *sine intervallo* en el momento en que se notifica a las partes el laudo arbitral, resulta hérculeo superar la Enunciación Sumaria 734 del Tribunal Supremo Federal, que establece que no se puede presentar una demanda «quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal».<sup>582-583</sup> Y más: el artículo 988, párrafo 5, fracción I, del Código

<sup>576</sup> PUCCI, Adriana Noemi. *Arbitragem comercial nos países do Mercosul*. São Paulo: LTr, 1997, p. 121.

<sup>577</sup> Véanse los artículos 17 y 18 de la Ley de Arbitraje.

<sup>578</sup> Defensa de la inaplicabilidad de una demanda contra el laudo arbitral por falta de jerarquía, véase: BURL DE MACÉDO, Lucas y Maria Eduarda ALMEIDA. «Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral?». En: VIANNA ALVES FERREIRA, Olavo Augusto y Paulo Henrique DOS SANTOS LUCON (coords.). *Arbitragem: atualidades e tendências*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019, p. 839; DALMASO MARQUES, Ricardo. «Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas judiciais vinculantes do Supremo Tribunal Federal». *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2013, vol. 10, n.º 38, p. 131. También negando el cabimiento de la reclamación, mas por otros argumentos, Rômulo Mariani defiende, en primeiro lugar, que não haveria espaço para tal ação contra sentença arbitral que ignorar provimento judicial vinculante de assento constitucional porque os árbitros não estariam vinculados a tais provimentos; em segundo lugar, afirma ser a reclamação um instrumento próprio do processo estatal, moldado para a «sua lógica e seus anseios». (GREFF MARIANI, Rômulo. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 162-163).

<sup>579</sup> ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 4.ª ed., pp. 1.236-1.237. El citado jurista también vislumbra otro obstáculo a la queja en el arbitraje, cual es el principio de competencia-competencia: «Admitir o uso da reclamação seria tornar sem qualquer eficácia o postulado arbitral do princípio da competência-competência, uma vez que o Judiciário estaria tolhendo ou analisando os limites da atuação do árbitro de forma prévia e não ulterior, que é o único modelo autorizado pelo sistema legal brasileiro mediante uso da ação anulatória arbitral» (p. 1.236).

<sup>580</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Questões polêmicas do processo arbitral*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 43.

<sup>581</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Questões polêmicas do processo arbitral*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 43.

<sup>582</sup> Cabe señalar que esta declaración sumaria ha sido aplicada por el Tribunal Supremo, de la siguiente manera: «1. Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal (Súmula 734/STF). [...]». (Rcl n.º 23.340 AgR, rel. min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 7/6/2016, DJe 20/6/2016); «II.- Incabível a reclamação proposta contra decisão judicial já acobertada pelo manto da coisa julgada. Enunciado 734 da Súmula do STF». (Rcl n.º 17.788 ED, rel. min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 5/8/2014, DJe 14/8/2014).

<sup>583</sup> En el mismo sentido, véase: BURL DE MACÉDO, Lucas y Maria Eduarda ALMEIDA. «Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral?». En: VIANNA ALVES FERREIRA, Olavo Augusto y Paulo Henrique DOS SANTOS LUCON. *Arbitragem: atualidades e tendências*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019, pp. 840-841 (coords.). Al abogar tesis contraria, en virtud del Código de 1973, para la aplicabilidad de la queja contra el laudo arbitral que viola precedente vinculante a pesar de la Enunciación 734: «A Súmula 734/STF deve ser afastada no caso de reclamação proposta com base em violação à súmula vinculante pela sentença arbitral. Apesar de a coisa julgada arbitral ser imediata à prolação da sentença, os precedentes que originaram a Súmula 734 do STF não se aplicam ao caso, pois a reclamação não será utilizada como sucedâneo de ação anulatória, além de a parte não possuir outro instrumento para questionar a violação da súmula vinculante pelo árbitro e a manutenção de uma sentença arbitral que viola súmula vinculante no mundo jurídico gera insegurança jurídica». (SCHILDORN DE CAMARGO, Júlia. *A influência da súmula persuasiva e vinculante dos tribunais superiores brasileiros na arbitragem*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil). São Paulo: Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2013, p. 193).

de Procedimientos Civiles, deja meridianamente claro que la demanda es improcedente «proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada».<sup>584</sup> No hay excepciones para el arbitraje.

Es decir, admitiendo la posibilidad de interponer una demanda contra un laudo arbitral que, por ejemplo, vulnera de forma flagrante y deliberada un precedente vinculante, sin que exista justificación alguna para ello, el Supremo Tribunal Federal no podría conocer de dicha demanda porque, como se ha dicho, el laudo arbitral deviene firme e inapelable desde el momento en que las partes conocen su contenido (excepción sería, de nuevo, el caso en que se interponga una solicitud de aclaración).

No habría tiempo para que el interesado presentara su recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo, que estaría invariablemente condenado a la inadmisibilidad. Este obstáculo podría ser superado en el caso, que se cree remoto, de que el Tribunal Supremo haga la vista gorda, cuando se trate de reclamaciones derivadas de laudos arbitrales, a la mencionada Enunciación 734; y, especialmente, a lo expresamente previsto en el Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley 12.256/2016, destinada a regular aspectos relevantes del proceso civil en los Tribunales Superiores.

Se podría objetar que, pendiente de una solicitud de aclaración contra el laudo arbitral —por tanto, antes de que se produzca la cosa juzgada arbitral—, el interesado podría presentar inmediatamente una demanda ante el Tribunal Supremo, eludiendo así las disposiciones legales y sumarias antes mencionadas.

Este argumento carece de fundamento, al menos por dos razones. En primer lugar, porque antes de la decisión sobre la solicitud de aclaración no se considera cerrada la jurisdicción arbitral, por lo que no se sabría, a ciencia cierta, si los árbitros no cambiarían su entendimiento sobre la afrenta a la decisión judicial vinculante de carácter constitucional. En segundo lugar, porque el propio Tribunal Supremo no autoriza una querrela presentada con carácter preventivo, que sería el caso que nos ocupa.<sup>585</sup>

Cândido Rangel Dinamarco discrepa de la corriente doctrinal aquí defendida, por la que no cabe cuestión de queja contra el laudo arbitral.<sup>586</sup> El distinguido profesor de Arcadas sostiene que es admisible la reclamación contra la decisión de los árbitros que entre en conflicto con sentencias del Tribunal

<sup>584</sup> «1. A Reclamação que ataca decisão em processo já transitado em julgado esbarra no óbice do art. 988, § 5º, I, do CPC e da Súmula 734/STF. [...]». (STF, Rel n.º 25.476 AgR, rel. min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 7/8/2018, DJe 21/8/2018); «1. Nos termos do art. 988, § 5º, inciso I, do CPC, a Reclamação não é cabível para desconstituir decisões transitadas em julgado. Trata-se de assimilação, pelo novo código processual, de antigo entendimento do STF, enunciado na Súmula 734 (Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal). 2. Recurso de agravo a que se nega provimento». (STF, Rel n.º 33.842 ED-AgR, rel. min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 23/8/2019, DJe 2/9/2019).

<sup>585</sup> STF, Rel. n.º 25.069 AgR, rel. min. Dias Toffoli, Segundo Panel, julgado el 14/3/2017, DJe 31/3/2017.

<sup>586</sup> Véanse extractos de los trabajos de otros defensores de la reclamación contra laudos arbitrales: «Desse modo, ou admite-se que, como não há relação hierárquica entre Judiciário e Administração, a Reclamação não tem natureza disciplinar, ou admite-se que a Reclamação tem natureza disciplinar a despeito de não haver hierarquia entre Judiciário e Administração. Seja a primeira afirmação correta — parece ser o caso —, seja a segunda, não haveria restrição para o uso da Reclamação contra sentenças arbitrais, como não há para seu uso contra atos administrativos». (RIZZO AMARAL, Guilherme. «Arbitragem e precedentes». En: LEVY, Daniel y Guilherme SETOGUTI J. PEREIRA (coords.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 301, cursiva en el original); «Caberia reclamação ao Supremo Tribunal Federal se o árbitro desconsiderar o seu julgado? A resposta parece ser positiva. Se o STF profereu decisão de efeitos erga omnes, e se o árbitro exerce função jurisdicional equivalente à do juiz, a sua sentença não poderá ignorar o comando da Corte Suprema, sob pena de sujeitar-se à reclamação». (GARCIA DA FONSECA, Rodrigo. «Reflexões sobre a sentença arbitral». *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 6, 2005, p. 40-74); «Além disso, a reclamação constitucional não prevê a possibilidade de o STF analisar o mérito, indistintamente, da decisão ou ato administrativo que violou a súmula vinculante, pois a Suprema Corte apenas examina se houve a aplicação correta do enunciado, servindo, portanto, como verdadeiro instrumento para manter e assegurar o efeito vinculante atribuído à súmula pela Constituição Federal e a integridade do sistema. Dito isso, e apesar de o art. 103-A da Constituição Federal não incluir o árbitro expressamente entre os destinatários, como defendido linhas atrás, não é demais afirmar que o referido comando também se destina ao árbitro devido ao similar exercício da jurisdição, que o equipara aos juízes integrantes do Poder Judiciário, no que concerne à função de solucionar conflitos. Dessarte, se há sujeição do árbitro à súmula vinculante, também se lhe deve ser aplicada a consequência prevista no ordenamento jurídico para o descumprimento desta súmula: reclamação ao STF para extirpar a sentença que não observou a súmula vinculante. Defender o cabimento da reclamação perante o STF não significa afirmar que há uma relação de hierarquia entre a Suprema Corte e o árbitro ou árbitros, tampouco dizer que o árbitro ou árbitros deveria se inserir no Poder Judiciário. A tônica aqui é evidenciar (i) o cabimento da

Supremo Federal, aunque reconoce la dificultad práctica antes mencionada en relación con el Enunciado 734 del Precedente del Tribunal Supremo, viendo en él un obstáculo concreto a la admisibilidad de la reclamación contra el laudo arbitral, precisamente por el momento de formación de la cosa juzgada en el arbitraje.<sup>587</sup>

El argumento es seductor: la Constitución, al prever la queja como recurso procesal contra las decisiones contrarias a las manifestaciones del Tribunal Supremo, no solo «quis resguardar a competência deste para o controle de infidelidades como essas», sino que «instituir um poderoso remédio destinado a preservar a integridade do ordenamento jurídico nacional e a uniformidade de sua interpretação».<sup>588</sup>

Así, el argumento de la ausencia de jerarquía sería de menor importancia —aunque el referido autor no lo niegue— ya que «os dispositivos constitucionais instituidores de tais *reclamações* não se limitam aos juízes togados (aliás, não se limitam aos juízes em geral)».<sup>589</sup> La principal justificación de la tesis secundada por Cândido Rangel Dinamarco es loable, ya que se ocupa de «oferecer *segurança jurídica* a todos os jurisdicionados», superando la barrera de la disciplina de las actividades y decisiones de los árbitros.<sup>590</sup>

A pesar de ello, parece que no hay forma de eludir la ausencia de jerarquía entre las jurisdicciones estatal y arbitral, para justificar la aplicabilidad de la demanda. Los mecanismos judiciales de control del laudo arbitral son muy limitados, no incluyendo la demanda, que es una acción específica para la ejecución de determinadas resoluciones judiciales vinculantes fuera de los tribunales privados.

---

reclamação para fins de manutenção da integridade do ordenamento jurídico como um todo, especialmente no tocante a Constituição Federal, por todos aqueles que exercem a jurisdição, e (ii) manter o efeito vinculante da súmula, que, despida de um instrumento para assegurá-lo, poderá facilmente ser violada, tornando os seus enunciados letra morta». (SCHLEDORN DE CAMARGO, Júlia. *A influência da súmula persuasiva e vinculante dos tribunais superiores brasileiros na arbitragem*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2013, p. 175).

<sup>587</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 217.

<sup>588</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 216.

<sup>589</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 216, cursiva en el original.

<sup>590</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 216, cursiva en el original.

## CONCLUSIONES

He aquí el resumen ocasional de las principales conclusiones de este libro:

### 1. PREMISAS ESTRUCTURALES

- 1) La Constitución Federal es la ley suprema del ordenamiento jurídico brasileño. Establece la norma mínima y máxima de validez de todas las leyes y actos normativos. Contradecir el contenido sustancial de la Constitución da lugar a una inconstitucionalidad material; contravenir lo que la Constitución dice sobre el proceso legislativo da lugar a una inconstitucionalidad formal.
- 2) El control de constitucionalidad es una consecuencia de la rigidez de la Constitución Federal, porque es a través de este control que se retiran del ordenamiento jurídico las leyes contrarias (formal y materialmente) a las normas constitucionales, las que atentan contra la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución, principios tan caros al orden constitucional brasileño. Sin este tipo de inspección, la jerarquía constitucional cae por tierra y se vuelve inocua.
- 3) El control de constitucionalidad es más amplio que comprobar si una ley y el texto constitucional coexisten en armonía. A efectos del control judicial de constitucionalidad, debe examinarse la conformidad de la ley con el conjunto del ordenamiento constitucional. Esta es la idea que se extrae del instituto del bloque de constitucionalidad.
- 4) El control de constitucionalidad es la principal finalidad de la jurisdicción constitucional, aunque no se limita a ella.
- 5) En cuanto al criterio subjetivo, Brasil adopta el modelo difuso de constitucionalidad, lo que no significa que no haya elementos de control concentrado. El sistema constitucional permite a todos los jueces revisar la constitucionalidad en casos concretos, sin perjuicio de que también permita declarar la inconstitucionalidad en un proceso objetivo ante el Tribunal Supremo. Un modelo mixto solo se plantea en relación con la forma en que se realiza el control de constitucionalidad, que puede ser incidental o principal.
- 6) Los árbitros tienen poderes jurisdiccionales. El arbitraje es una actividad jurisdiccional, aunque los árbitros no puedan coaccionar a una persona o empresa concreta para que cumpla sus órdenes. Los árbitros son jueces de hecho y de derecho, y sus laudos son títulos ejecutivos judiciales, así como las sentencias estatales. La competencia arbitral surge principalmente del hecho de que los árbitros, incluso en el ámbito privado, aplican la ley para resolver, con carácter definitivo, los litigios sobre derechos de propiedad disponibles que se les dirigen. La Ley de Arbitraje, el Código de Procedimiento Civil y la jurisprudencia de nuestros tribunales, especialmente del Tribunal Superior de Justicia, avalan el carácter jurisdiccional del arbitraje.
- 7) El arbitraje es un proceso y, como tal, debe respetar el modelo constitucional. Como proceso jurisdiccional, el arbitraje está ineludiblemente sometido a los dictados superiores del ordenamiento constitucional, so pena de que las decisiones de los árbitros sean ilegítimas, por ser contrarias a la Constitución Federal. El hecho de que el arbitraje tenga reglas distintas y una filosofía diferente a la de los procedimientos judiciales no altera esta conclusión, que se enraíza, subrayémoslo, en la lectura constitucional de este instituto.

- 8) En términos científicos, el control jurisdiccional de constitucionalidad se inscribe en el ámbito del derecho procesal constitucional, que se ocupa de la relación entre el proceso y la Constitución Federal.

## 2. LOS ÁRBITROS Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL CASO

- 9) En el arbitraje, la pretensión de inconstitucionalidad se examinará como cuestión previa, en la medida en que su resolución sea anterior a la resolución de la petición principal formulada al tribunal arbitral. La alegación de inconstitucionalidad se presenta incidentalmente en el procedimiento arbitral, incluso como medida cautelar, como requerimiento o ante un árbitro de urgencia. En el control difuso, la cuestión constitucional es un lógico prejuzgamiento, pues no se admite que el objeto del procedimiento arbitral sea la constitucionalidad de la propia ley.
- 10) La inconstitucionalidad podrá plantearse en cualquier momento del procedimiento arbitral. La interpretación y aplicación de la Constitución Federal son elementos intrínsecos de la jurisdicción arbitral, por lo que son cognoscibles, incluso, de oficio por los árbitros, dado el carácter imperativo de la norma constitucional, que es soberana sobre todas las demás normas del ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, la cuestión constitucional debe argumentarse, en la medida de lo posible, en la primera oportunidad que tenga la parte. Aquí no hay preclusión.
- 11) No es necesario que la inconstitucionalidad sea alegada por una de las partes en el arbitraje; los árbitros pueden declararla sin provocación. Los árbitros son libres de declarar la inconstitucionalidad de oficio de forma incidental en el proceso arbitral; y, en este sentido, pueden invocar el aforismo *iura novit curia* para recalificar jurídicamente los hechos alegados por las partes para concluir que son inconstitucionales. La actuación de oficio de los árbitros, que no se admite en modo alguno desestima la audiencia de las partes sobre la inconstitucionalidad. La defensa contradictoria y amplia en el arbitraje debe respetarse, evitando a toda costa las indeseadas decisiones por sorpresa.
- 12) La declaración de inconstitucionalidad en el caso concreto no es solo una facultad que tienen los árbitros; es, sobre todo, un deber jurisdiccional efectivo, que se propone dar concreción a la fuerza normativa y a la supremacía constitucional. Este poder-deber de los árbitros es idéntico al de los jueces en las mismas situaciones y se limita al control difuso. Los deberes que tienen los árbitros para dirimir controversias derivan del orden constitucional, por lo que es imperativo que interpreten y apliquen la ley brasileña a la luz de la Constitución Federal, haciendo prevalecer las normas constitucionales sobre las leyes que la contradigan. Las decisiones de los árbitros que declaran la (in)constitucionalidad deben estar debidamente motivadas.
- 13) El examen de la pretensión de inconstitucionalidad por parte de los árbitros debe adoptar, como parámetro, el bloque de constitucionalidad. Así, el control de constitucionalidad en el arbitraje tendrá en cuenta el texto constitucional, por supuesto, pero también un bloque de actos que marcan la interpretación constitucional, siendo relevante destacar los principios constitucionales explícitos e implícitos.
- 14) Si la ley brasileña se aplica al arbitraje, los árbitros están autorizados a controlar la constitucionalidad, de manera incidental, de las normas municipales, estatales y federales, incluidos los actos normativos (principales y secundarios). Además, los árbitros están facultados para reconocer la inconstitucionalidad tanto formal como material por acción, pero no tienen competencia para declarar la inconstitucionalidad por omisión, tarea que corresponde en exclusiva al Tribunal Supremo.

- 15) Los árbitros pueden, a través del control difuso, emitir las mismas decisiones de inconstitucionalidad que los jueces estatales, a saber: decisiones manipulativas en sentido amplio, subdivididas en juicios interpretativos (de falta de fundamento o de validez), y juicios manipulativos en sentido estricto (juicios aditivos y sustitutivos).
- 16) La regla constitucional de reserva plenaria, prevista en el artículo 97 de la Constitución Federal, no se aplica a la declaración de inconstitucionalidad en materia de arbitraje. Esta norma tiene su razón de ser exclusivamente en el contexto de los recursos estatales. El número de árbitros —considerando un órgano colegiado— que votan a favor de la inconstitucionalidad no tiene, para los procedimientos arbitrales, la misma relevancia y pertinencia que tiene para los procedimientos juzgados por el Poder Judicial. En el arbitraje prevalecerá siempre el voto de la mayoría, para todas y cada una de las deliberaciones, salvo que los árbitros discrepen entre sí, en cuyo caso el voto del presidente dictará el resultado final.
- 17) La decisión de inconstitucionalidad de los árbitros tiene eficacia *inter partes*, es decir, se limita a los contendientes, que son, a todos los efectos, las personas amparadas (y sus sucesores) por el convenio arbitral. La inconstitucionalidad declarada por los árbitros es retroactiva en el tiempo (*ex tunc*), alcanzando el origen del derecho dentro de la relación jurídica afectada por la decisión. No se considera, al menos en la fase legislativa actual, que los árbitros puedan modular los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad. Esta hipótesis tan excepcional, aplicable sobre todo cuando existe una potencial afrenta a la seguridad jurídica, podría justificarse en casos de naturaleza fiscal, por ejemplo, que, por lo que sabemos, todavía no se deciden por arbitraje en Brasil.
- 18) El laudo arbitral es *res judicata* (formal y material). Su peculiaridad en comparación con la cosa juzgada formada en los procedimientos estatales radica en que el fondo de la decisión de los árbitros no puede ser reexaminado por otro tribunal, además de estar sujeto a un plazo más corto que la decisión estatal para convertirse en inmodificable. En cuanto a la eficacia subjetiva y objetiva, respectivamente: la cosa juzgada es oponible a las partes y a sus sucesores, y no puede afectar a terceros; la cosa juzgada se limita a lo solicitado por las partes y decidido por los árbitros. Sin embargo, la cosa juzgada no se aplica a la inconstitucionalidad declarada *incidenter tantum* en el arbitraje, ya que esta cuestión se resuelve en la motivación del laudo arbitral, como cuestión previa, y no se incluirá en la parte dispositiva de la decisión.
- 19) Aunque reconozcamos, como hacemos aquí, la importancia de la autonomía de la voluntad en el arbitraje, las partes en el proceso de arbitraje no pueden ponerse de acuerdo sobre la jurisdicción constitucional. Dicha autonomía está limitada por la fuerza normativa y la supremacía de la Constitución, y es improcedente que las partes prohíban, mediante acuerdo, la facultad de los árbitros de ejercer el control de constitucionalidad. La jurisdicción constitucional, que proporciona la base para la interpretación y aplicación de la Constitución Federal por los árbitros, impone límites a la voluntad de las partes, de modo que la importancia de la armonía entre las leyes y la Constitución prevalece también en el proceso de arbitraje.
- 20) Si las partes permiten a los árbitros juzgar sobre una base equitativa, entonces, es permisible que decidan el conflicto basándose en un sentido de la justicia propio del caso en cuestión. Esto puede ocurrir por aplicar el ordenamiento jurídico vigente y elegido por los contendientes, ya que una sentencia por equidad no implica el necesario desconocimiento de la ley, o puede ser que los árbitros utilicen fundamentos extrajurídicos, que no se apoyan en la ley aplicable, o incluso fundamentos diametralmente opuestos a lo que la ley establece. Sin embargo, una sentencia por equidad, en la que se acepta una decisión *contra legem*, no debe confundirse con sentencia *contra constitutionem*. El juicio en equidad no permite a los árbitros fallar en contra de la Constitución Federal.

### 3. LOS ÁRBITROS Y LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL DECIDIDA Y RESUMIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

- 21) Existe una gran controversia en la doctrina sobre la vinculación de los árbitros a los laudos judiciales del artículo 927 del Código de Procedimiento Civil. En este trabajo, dividimos las divergencias en tres bloques: (I) los que defienden el carácter no vinculante de los árbitros a las decisiones vinculantes del Poder Judicial; (II) los que entienden que existe un carácter vinculante de los árbitros a determinadas decisiones judiciales; y (III) los que observan el fenómeno esencialmente desde la perspectiva de la Constitución Federal, sosteniendo el carácter vinculante de los árbitros a las decisiones vinculantes con sede constitucional, como se hace en este trabajo.
- 22) Las decisiones del Poder Judicial en el ejercicio de su función jurisdiccional se clasifican como fuentes del derecho. Pueden no ser la fuente principal en el sistema de derecho civil, como el brasileño, en el que prevalece el Estado de derecho. Sin embargo, las decisiones judiciales son extremadamente relevantes para la interpretación y aplicación del derecho brasileño, especialmente de las normas constitucionales. Las decisiones judiciales vinculantes dictadas por el Tribunal Supremo Federal son, por tanto, fuentes de derecho, de ahí que su observancia - no vinculante- se exija estrictamente a los árbitros.
- 23) Los árbitros están vinculados por las sentencias dictadas por el Supremo Tribunal Federal en los juicios sobre acciones directas de inconstitucionalidad y juicios declarativos de constitucionalidad.

La declaración de inconstitucionalidad conduce a la eliminación de la ley inválida del ordenamiento jurídico brasileño, por lo que los árbitros, que deciden sobre la base de la ley brasileña, no pueden basar sus decisiones en la ley inconstitucional. La decisión que aplica, en arbitraje, una ley declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo es una decisión que se aparta de la ley brasileña, y se aproxima más a una sentencia de equidad, que, aunque haya sido establecida por las partes, no admite decisiones contrarias a la Constitución.

La declaración de constitucionalidad impide al árbitro, precisamente por el efecto vinculante, declarar la inconstitucionalidad de la ley incidental al procedimiento arbitral. Debe aplicarla normalmente, o demostrar por qué la ley, que ya gozaba de presunción de constitucionalidad antes del pronunciamiento del Tribunal Supremo, no se aplicaría específicamente a ese arbitraje.

El efecto vinculante, que también afecta a los árbitros —no solo a los jueces y a las entidades de la administración pública— es una consecuencia inevitable de la jurisdicción constitucional brasileña, que valora la fuerza normativa y la supremacía de la Constitución Federal.

- 24) Los árbitros están vinculados por el precedente vinculante del Tribunal Supremo, que tiene por objeto orientar sobre la validez, interpretación o eficacia de determinadas normas. Aunque el artículo 103-A de la Constitución Federal no se refiere expresamente a los árbitros, la lógica constitucional nos permite concluir que el precedente vinculante vincula a los árbitros. La citada norma constitucional es inequívoca al disponer que dicho precedente tendrá efectos *erga omnes* y vinculantes, lo que incluye a la jurisdicción arbitral e incluso a los particulares. La vinculación de los árbitros al precedente es indirecta, al igual que la vinculación de los particulares; indirecta porque no es posible presentar una demanda contra un laudo arbitral que no aplique el precedente vinculante.

El carácter vinculante de los árbitros con el precedente no les priva en modo alguno de su independencia y libertad para juzgar según su propia convicción, a la luz del derecho aplicable y de las pruebas que obren en el expediente. Como texto normativo, el precedente vinculante debe ser interpretado; y, en el proceso interpretativo, los árbitros pueden concluir que no se

aplica al caso el rechazo del precedente, como en el caso de la ley, debe estar debidamente motivado.

El precedente persuasivo, por otra parte, no vincula a los árbitros, pero constituye un valioso subsidio para ayudar en la hermenéutica de casos concretos.

- 25) Los árbitros no están vinculados, en principio, por la decisión de inconstitucionalidad dictada por el Tribunal Supremo Federal en materia de control difuso. El control de constitucionalidad ejercido en la sentencia de un recurso extraordinario con repercusión general o en un recurso de repetición (también en un recurso ordinario o acción original) solo vincula a los árbitros cuando el Senado Federal, en obediencia al artículo 52, inciso x, de la Constitución Federal, suspende la vigencia de la ley declarada inconstitucional. Una vez suspendida la eficacia, la ley declarada inconstitucional desaparece del ordenamiento jurídico; y, por lo tanto, no puede ser utilizada como razón para las decisiones de los árbitros en los arbitrajes en los que se aplique la ley brasileña.
- 26) Cuando el Tribunal Supremo concede una medida cautelar en un recurso directo de inconstitucionalidad para suspender la eficacia de una ley impugnada en el marco del control objetivo, los árbitros no pueden aplicar la ley. La lógica aquí es la misma que la que surge de la suspensión por el Senado Federal, como se mencionó en el punto 25 anterior: una vez que una ley se suspende por ser inconstitucional (*fumus boni iuris*) y existe peligro de demora (*periculum in mora*), los árbitros están obligados por esta decisión porque la ley suspendida deja de formar parte del ordenamiento jurídico brasileño, incluso si la decisión que concede la medida cautelar se dictó en juicio sumario. Por el contrario, una decisión por la que se concede una medida cautelar en el marco de una acción declarativa de constitucionalidad no tiene por efecto la suspensión de una ley, sino la suspensión de un procedimiento relativo a la ley cuya constitucionalidad se declara. Sin embargo, no parece posible que la medida cautelar concedida en una acción declarativa irradie efectos al procedimiento arbitral, por lo que no habrá suspensión del arbitraje en este caso.

#### 4. REVISIÓN JUDICIAL DE UN LAUDO ARBITRAL QUE DECIDE SOBRE UNA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL

- 27) La acción del artículo 33 de la Ley de Arbitraje es el medio más común de control judicial del laudo arbitral. La enumeración exhaustiva del alcance de esta acción, recogida en los puntos del artículo 32 de la citada legislación, permite que determinadas situaciones no expresadas en la ley reguladora, pero excepcionales, puedan dar lugar a la invalidación del laudo arbitral. Esta excepcionalidad no tiene el poder de debilitar el arbitraje, dando mayor poder de injerencia al Poder Judicial sobre las decisiones de los árbitros; de hecho, sirve para garantizar el funcionamiento del sistema arbitral a la luz de lo que el ordenamiento jurídico brasileño prevé en su totalidad, especialmente, en vista de las normas constitucionales.

Es por eso que —en el ámbito metodológico de este trabajo— se admite la acción del artículo 33 para impugnar la decisión de los árbitros que, eventualmente, apliquen: (I) una ley declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal en control abstracto; (II) una ley cuya ejecución fue suspendida por el Senado Federal, en los términos del artículo 52, inciso X, de la Constitución, debido a una declaración de inconstitucionalidad del Supremo Tribunal Federal en control difuso; y (III) una ley cuya ejecución fue suspendida por el Supremo Tribunal Federal en medida cautelar concedida en el ámbito de una acción directa de inconstitucionalidad.

Estas tres hipótesis, claramente excepcionales, justifican la interposición de un recurso de anulación porque los árbitros habrían aplicado una ley que no forma parte del derecho brasileño, como si juzgaran en equidad, ya sea porque la ley inconstitucional es nula desde su

origen o porque la ley suspendida (aparentemente inconstitucional) carece de efectos jurídicos. En este caso, el soporte jurídico de la acción de anulación del laudo arbitral sería el artículo 32, cláusula IV, porque la sentencia que infringe los dictados constitucionales brasileños, suponiendo que sea aplicable a la disputa, va más allá de los límites del acuerdo de arbitraje. Además, la acción de anulación también es admisible por interpretación integradora a la luz de la Constitución, con base en el inciso VIII del artículo 32, porque los principios de fuerza normativa y supremacía constitucional deben componer la lista no exhaustiva del artículo 21, párrafo 2, de la Ley de Arbitraje. En el límite, la aplicación de una ley declarada inconstitucional viola el orden público constitucional interno, legitimando el control judicial del laudo arbitral con base en el artículo 2, párrafo 1, de la Ley 9.307/1996.

También se entiende que un laudo arbitral que no esté fundamentado respecto a resoluciones judiciales vinculantes con base constitucional posibilita su impugnación mediante la acción prevista en el artículo 33 del Ley de Arbitraje (salvo el precedente persuasivo del Tribunal Supremo, que no es vinculante). La misma conclusión se aplica a la decisión de los árbitros que no explica por qué no se llevó a cabo un control incidental de constitucionalidad en el arbitraje. Es de suma importancia explicar las razones por las que una decisión judicial vinculante es o no aplicable al caso en cuestión, y aclarar la razón para declarar o no la inconstitucionalidad en el proceso de arbitraje.

Si existe motivación adecuada sobre la declaración incidental de inconstitucionalidad o la aplicación de disposiciones vinculantes con sede constitucional, no procederá la acción de anulación porque, en esta situación de motivación adecuada, la impugnación del laudo arbitral ante el Poder Judicial tendrá por objeto la mera revisión de la buena o mala aplicación de la ley por los árbitros, lo que no es admisible. La única excepción sería la aplicación de una ley que ya no forme parte del derecho brasileño: aunque el laudo arbitral justifique la posibilidad de aplicar una ley inexistente, el laudo podrá ser invalidado por el tribunal estatal para garantizar la inviolabilidad de la Constitución Federal ante el grave vicio de inconstitucionalidad.

- 28) La acción rescisoria no es un medio idóneo para impugnar un laudo arbitral. No hay excepción cuando los árbitros deciden una cuestión constitucional, independientemente de que se trate o no de una declaración de inconstitucionalidad. La acción rescisoria es un mecanismo específico de impugnación de las resoluciones judiciales que se encuadran en las hipótesis previstas en el Código de Procedimiento Civil. Ampliar la aplicabilidad del recurso de alzada a los laudos arbitrales va en contra de la Ley de Arbitraje y es innecesario, pues, ya existen dos vías para impugnar los laudos arbitrales —una de las cuales puede ser bastante amplia, por cierto—: el recurso de anulación y la impugnación del cumplimiento del laudo. Hay varias razones por las que los laudos arbitrales no pueden retirarse del arbitraje, como se demuestra en el punto 5.2. La relación entre la acción rescisoria y el arbitraje solo es relevante cuando la acción rescisoria se interpone contra una resolución o sentencia del Poder Judicial que juzgó, por ejemplo, una acción de anulación de un laudo arbitral.
- 29) La acción declarativa de inexistencia legal no es, por regla general, un medio procesal legítimo para atacar el laudo arbitral. Se citó como ejemplo la reciente aceptación por parte del Poder Judicial del uso distorsionado de lo que se ha denominado *querela nullitatis* para solicitar la nulidad de informes periciales que violaban el principio constitucional de justa indemnización. Con el pretexto de un error de cálculo, los poderes públicos han utilizado esta acción imprescriptible y muy excepcional para reducir significativamente las indemnizaciones debidas en litigios de expropiación en curso desde hace décadas. La misma afirmación no se aplica a los laudos arbitrales que fijan el *quantum debeatur* en los juicios de expropiación. El ámbito de aplicación para reclamar importes referidos a indemnización a pagar es en el arbitraje, y la interferencia del tribunal estatal está prohibida en este aspecto. La excepción a la regla, que no es la única, se da en la acción declarativa de inexistencia legal ante la hipótesis clásica de falta de notificación a la parte o irregularidad en la notificación. Dado que a la parte

que no fue convocada se le impide tener conocimiento del arbitraje; y, en consecuencia, ya no puede defenderse, procede la acción declarativa de inexistencia para impugnar el laudo arbitral dictado en su contra —solo respecto de la parte que no fue convocada—. Al fin y al cabo, la base de esta tesis se sustenta en el principio de contradicción.

- 30) La impugnación del cumplimiento del laudo arbitral es la segunda vía legítima, prevista en la Ley de Arbitraje, para que la parte vencida pueda impugnar el veredicto de los árbitros. Si la recusación se presenta durante el plazo de prescripción de la acción de anulación, los motivos de dicha acción, enumerados en el artículo 32 de la Ley de Arbitraje, podrán acumularse a los motivos previstos en los puntos del apartado 1 del artículo 525 del Código de Procedimiento Civil, que se refieren a las cuestiones de defensa del demandado en la recusación del cumplimiento del laudo. La declaración de inconstitucionalidad y el desconocimiento de precedentes vinculantes por parte de los árbitros, por ejemplo, no son cuestiones que puedan alegarse en una oposición al cumplimiento de un laudo arbitral. La respuesta cambia si la obligación establecida en la sentencia ejecutiva (título ejecutivo judicial) se basa en una norma inconstitucional, es decir, la norma que el Tribunal Supremo Federal dijo que es inconstitucional.
- 31) El recurso extraordinario no sirve como instrumento *per saltum* para que la parte vencida impugne directamente ante el Tribunal Supremo la posible violación de la Constitución Federal perpetrada en el procedimiento arbitral. El recurso extraordinario con reconocida repercusión general, en relación al arbitraje, solo será útil para impugnar la parte de la sentencia dictada por el Poder Judicial que encuadre en uno de los casos enumerados en el artículo 102, III, de la Constitución Federal. Por lo tanto, el recurso extraordinario no se presta a revisar lo que decidieron los árbitros sobre la cuestión constitucional.
- 32) La demanda tampoco constituye un medio procesal legítimo para atacar el laudo arbitral. Los árbitros no forman parte de la estructura orgánica del Poder Judicial, por lo que no tienen una relación jerárquica con los jueces. La reclamación es una acción que tiene su origen, en definitiva, en la necesidad de hacer cumplir las decisiones superiores sobre las inferiores, con el fin de mantener la unidad del derecho nacional. Este propósito carece de sentido cuando se trata de arbitraje. Además, el artículo 988, § 5, I del Código de Procedimiento Civil prescribe que la demanda será inadmisibile cuando se presente después de que la decisión impugnada sea firme e inapelable. Los laudos arbitrales pasan a ser cosa juzgada desde el momento en que se dictan, ocasión en la que se pone fin a la jurisdicción de los árbitros. Así pues, este obstáculo jurídico hace impracticable la interposición de una demanda contra un laudo arbitral, como ya se señaló en el Precedente 734 del Precedente del Tribunal Supremo Federal.

ARBITRAJE COMERCIAL Y CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO BRASILEÑO  
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE  
MARZO DEL 2024, CON FM SERVIGRAF E.I.R.L.  
CALLE EL ALHELÍ 108-B DPTO. 201, SURQUILLO,  
TELÉFONO: 774-9972  
LIMA, PERÚ



