

ANDRÉ CARVALHO TONON

RA 00097993

TUTELAS DE URGÊNCIA E ARBITRAGEM

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO 2013

ANDRÉ CARVALHO TONON

TUTELAS DE URGÊNCIA E ARBITRAGEM

Trabalho de conclusão de curso (monografia) apresentado à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Processual Civil, sob orientação do Professor José Alexandre Manzano Oliani.

São Paulo

Outubro de 2013

FOLHA DA BANCA EXAMINADORA

Agradeço a toda minha família, aos amigos e em especial ao Professor José Alexandre Manzano Oliani, pela relevante e precisa colaboração na elaboração deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho descreve as principais linhas sobre as tutelas de urgência aplicadas na arbitragem, em especial no tocante à competência para decidir sobre a concessão de tais medidas de urgência – seja ela de natureza antecipatória ou cautelar. Ao final, conclui por posicionamento que atribui tal competência aos próprios árbitros, como regra geral e, apenas em situações excepcionais, aos órgãos do Poder Judiciário.

SUMÁRIO

Introdução.....	05
1. Arbitragem	07
1.1 Noções gerais.....	07
1.2 Natureza Jurídica.....	09
1.3 Convenção de arbitragem - cláusula compromissória e compromisso arbitral.....	12
1.4 Instituição da arbitragem.....	17
2. Tutelas de Urgência.....	18
2.1. Conceito e características.....	18
2.2. Medidas cautelares.....	19
2.3 Da antecipação dos efeitos da tutela.....	22
3. Tutelas de Urgência na Arbitragem.....	24
3.1. Competência do árbitro para concessão das medidas.....	26
3.2 Competência do Poder Judiciário.....	29
3.3 Da efetividade e execução da medida de urgência.....	36
4. Conclusão.....	40
5. Bibliografia.....	42

INTRODUÇÃO

A ideia do presente trabalho é analisar as principais linhas de interpretação no que se refere à competência para concessão e execução de medidas de urgência em conflitos submetidos à arbitragem no Brasil, antes ou no curso do procedimento arbitral bem como apresentar como os institutos da arbitragem e as medidas de urgência interagem a fim de atingir os fins do processo.

A arbitragem, como meio alternativo de solução de conflitos, é disciplinada, no Brasil, pela lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, também chamada Lei Marco Maciel, e possibilita que pessoas capazes de contratar possam valer-se desse meio para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, consoante artigo 1º, da referida lei, conferindo à sentença arbitral a mesma força das sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário, não fica sujeita a recurso, conforme artigo 31, da lei de arbitragem, tendo força de coisa julgada material.

Referido instituto ganhou ainda mais notoriedade e efetividade após a decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206/7 (Espanha). Por maioria de votos, foi declarada, incidentalmente, a constitucionalidade da lei 9.307/96.

No presente trabalho foi, primeiramente, analisado as noções gerais de arbitragem, sua natureza jurídica, convenção de arbitragem, bem como o momento em que será considerada instituído o procedimento arbitral.

Num segundo momento, analisa-se as tutelas de urgência - antecipatórias ou cautelares - seus conceitos e características.

Feita essa abordagem sobre as noções de arbitragem e medidas de urgência, passa-se à análise sobre a possibilidade de admitir-se as tutelas de urgência no procedimento arbitral, a competência para sua concessão bem como sobre a efetividade da medida, a fim de trazer ao mundo o resultado prático advindo da decisão, levando-se em consideração a recusa da parte em fazer cumprir referido preceito.

Desse modo, pretende-se no presente trabalho uma análise sobre a relação arbitragem e tutelas de urgência no direito brasileiro.

1 – ARBITRAGEM

1.1 – NOÇÕES GERAIS

A arbitragem não é uma novidade no direito brasileiro, mas sim um método antigo de solução de controvérsias. Conforme esclarece Carlos Alberto Carmona:

“A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais o litigante possa dispor. Trata-se de mecanismo privado de solução de conflitos, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distancia da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de sorte que não existirá decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes).”¹

No Brasil, a tendência à arbitragem foi sedimentada com o advento da lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, quando o legislador acrescentou preceitos importantes, tais como: desnecessidade de homologação da sentença arbitral nacional pelo Poder Judiciário, equiparando a sentença arbitral à sentença estatal, sem possibilidade de recurso.

O instituto da arbitragem, no direito brasileiro, ganhou ainda mais efetividade após a decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206/7 (Espanha). Por maioria de votos foi declarada, incidentalmente, a constitucionalidade da lei 9.307/96.

¹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas. 2009. p. 31/32.

Conforme artigo 1º da lei de arbitragem, as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, podendo a arbitragem ser de direito, de equidade ou poderão, as partes, escolher as regras de direito aplicáveis no procedimento arbitral, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. Poderão também as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras de direito internacional do comércio. Nesse sentido:

“Condição *sine qua non* para utilização da arbitragem é a capacidade dos contratantes, sem o que não pode ser firmada convenção de arbitragem. Considerando-se que a instituição de juízo arbitral pressupõe a disponibilidade de direito, não podem instaurar processo arbitral aqueles que tenham apenas poderes de administração, bem como os incapazes (ainda que representados ou assistidos). Não basta a capacidade para submeter aos árbitros um litígio: é necessário ainda que a desavença diga respeito a direito patrimonial disponível. Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.”²

A doutrina de Joel Dias Figueira Junior, também estatui:

“Tendo em vista que o ato de estipulação da arbitragem praticado pelos sujeitos de uma determinada relação jurídica de natureza civil ou comercial verifica-se, através de acordo de vontades e nos contornos do direito obrigacional no que pertine aos contratos, somente as pessoas que tenham adquirido a capacidade civil poderão valer-se desta forma alternativa de solução de conflitos. Assim sendo, a *clausula compromissória* da instituição do juízo arbitral para a solução de possíveis conflitos surgidos entre as partes contratantes (também chamada *cláusula arbitral*), para ter validade e eficácia no plano do direito das obrigações, há de ser o contrato firmado por pessoa natural absolutamente capaz. Não se trata, porém, de única exigência, que seria a de *capacidade negocial*. É preciso que, no que respeita ao objeto, possa dispor, transigir. Não basta, portanto, ser apenas *capaz de contratar*. A capacidade é elemento subjetivo. (...) Se a pessoa, a respeito do direito patrimonial, ou dos direitos patrimoniais, de que se cogita para o juízo arbitral, pode transigir, é-lhe permitido louvar-se em árbitro, ou em árbitros.”³

² CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 37/38.

³ FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução – Análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996*. 02ª ed., revista e atualizada, São Paulo: RT, 1999, p. 173.

Portanto, para que a arbitragem possa ser escolhida para composição de litígios, necessário os seguintes requisitos: i) Partes maiores e capazes; ii) Direito patrimonial disponível e; iii) Convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e compromisso arbitral.

1.2 NATUREZA JURÍDICA

Neste tópico iremos demonstrar, ainda que de forma sucinta, a natureza jurídica da arbitragem. Ou seja, determinar sua posição no direito e poder identificar seu regime jurídico.

Embora o instituto da arbitragem seja bastante utilizado, ainda se discute sobre a sua natureza jurídica. Ou seja, sobre a compreensão e essência do instituto. Constata-se duas corrente antagônicas. De um lado, encontra-se a teoria privatista (ou contratual) e, de outro, a teoria publicista (ou jurisdicional).⁴

Para José Fernando Simão⁵, alguns países, tais como Itália, França, Bélgica, Inglaterra e Estados Unidos, admitem a coexistência de duas espécies de arbitragem – contratual e jurisdicional, formando uma terceira corrente: Teoria eclética. Mas que, segundo ele, não parece ser a realidade brasileira.

Para muitos autores⁶, a natureza jurídica da arbitragem é questão ainda não pacificada, tendo alguns a acentuar a natureza contratual – baseada no contrato

⁴ FIGUEIRA JR., Joel Dias. Op. Cit., p 152.

⁵ SIMÃO, José Simão, *Natureza Jurídica da Arbitragem*, In GUILHERME ALMEIDA, Luiz Fernando do Vale de (coordenador); *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil*. Ed. Fiuza Editores, 2004, p. 235.

⁶ In BATISTA MARTINS, PEDRO A., FERREIRA LEMES, Selma M., CARMONA, Carlos Alberto: *Aspectos Fundamentais da lei de arbitragem*. 01ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 423. No

formalizado entre as partes (autonomia da vontade), não tendo, a decisão arbitral, força jurisdicional e, outros, a natureza jurisdicional do instituto – já que para validade da sentença arbitral é desnecessário a homologação pelo Poder Judiciário.

Segundo Luiz Guilherme Marinone e Sérgio Cruz Arenhart, é impossível dar, segundo as teorias de jurisdição adotadas atualmente, à arbitragem natureza jurisdicional:

De toda sorte, perante as definições clássicas que se tem de jurisdição, como se verá adiante, baseada nas principais teorias que buscam explicar a natureza da atividade jurisdicional, desenvolvidas pelos principais expoentes: Allorio, Carnelutti e Chiovenda, parece ser impossível incluir a arbitragem em seu bojo.

De toda exposição feita, ainda que de forma incompleta e sumária, resulta a constatação de que a atividade arbitral não pode, ao menos segundo as teorias apresentadas de jurisdição que se costuma adotar atualmente, ser tida como jurisdicional.

Trata-se de simples conclusão tomada a partir dos requisitos considerados como essenciais para a caracterização da atividade jurisdicional dentro das principais teorias utilizadas na atualidade.

De tudo isso, em que pese a louvável discussão a respeito do tema, não parece causar seu enfrentamento maior dificuldade. Nem parecem ser tão traumáticas as conclusões resultantes da opção pelo caráter não jurisdicional da arbitragem.⁷

No entendimento de Carlos Alberto Carmona, por outro lado, a arbitragem tem natureza jurídica jurisdicional:

O artigo 31 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria de judicial. O legislador optou, assim, por adotar a tese da juridicalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal, fator de emperramento da arbitragem. (...) O conceito de jurisdição, em crise já há muitos anos, deve receber novo enfoque, para que se possa adequar a técnica à realidade. É bem verdade que muitos estudiosos ainda continuam a debater a natureza jurídica da arbitragem, uns seguindo as velhas lições de Chiovenda para sustentar a idéia contratualista do instituto, outro preferindo seguir idéias modernas, defendendo a ampliação do conceito de jurisdição, de forma a encampar também a atividade dos árbitros; outros, por fim, tentam conciliar as duas

mesmo sentido: COSTA, Nilton Csar Antunes. *Poderes do Árbitro: De acordo com a Lei 9.307/96*. São Paulo: RT, 2002, p. 56.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil – v. 2: Processo de Conhecimento*. 6ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 762 e 763.

correntes. 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.⁸

A doutrina de Joel Dias Figueira Jr., entende que, embora a lei 9.307/96 tenha procurado conciliar as teorias privatistas (ou contratual) e publicista (ou jurisdicional), atribuindo uma natureza *sui generis* ao instituto da arbitragem, pode-se dizer que sua natureza jurídica é jurisdicional:

“Em face desses articulados, podemos afirmar categoricamente que o juízo arbitral instituído pela Lei 9.307/96 apresenta *natureza jurisdicional*. Está-se, portanto, diante de verdadeira *jurisdição de caráter privado*. Aliás, o novo microsistema que contempla o juízo arbitral não permite, ao nosso entender, outra conclusão.

Isso porque inexistente óbice para que o Estado delegue aos juízes privados parcela do poder que detém para dirimir conflitos, ressalvadas as hipóteses vedadas por lei, seja de ordem pública, tendo em consideração a natureza da lide ou a qualidade das pessoas (art. 1º), seja por ausência de vontade e convenção dos litigantes (art. 4º). Em outros termos, os litigantes estão legitimados para não acorrer ao Judiciário diante da manifestação contratual prévia e voluntária de ambos, cuja validade é reconhecida pela ordem jurídica vigente definida no novo microsistema arbitral.”⁹

No entendimento de Nilton César Antunes da Costa, em nosso ordenamento jurídico, por força da Lei 9.307/96 e de parte da doutrina (ao menos em sua maioria) a natureza jurídica da arbitragem é, hoje, jurisdicional. Isso porque, a lei de arbitragem deixou essa característica em vários de seus dispositivos. E, mais, a norma insculpida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, não esvazia a arbitragem, pois o que se garante em tal dispositivo não é a reserva da jurisdição em mãos do Estado-Juiz, que é detentor exclusivo de tal função.¹⁰

Por fim, o entendimento de José Fernando Simão:

“No caso específico da arbitragem, três correntes se digladiaram para explicar o instituto. A teoria privatista segundo a qual arbitragem tem natureza contratual, pois surge a partir de um acordo de vontades; a

⁸ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 27.

⁹ FIGUEIRA Jr., Joel Dias. Op. Cit., p. 157 e 182.

¹⁰ COSTA, Nilton Cesar Antunes da, op. cit, p. 58 e 80.

teoria publicista ou jurisdicional, segundo a qual o poder de julgar dos árbitros decorre da lei, portanto devem ser considerados juízes privados, pois o Estado lhe transferiu o poder de decisão e, por fim; a teoria eclética que considera a arbitragem como nascida de um contrato, mas que regula relação de direito processual. Enquanto o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil davam à arbitragem conceitos nitidamente contratualistas e privatistas, a lei especial de arbitragem (lei 9.307/96) afasta-se dessa noção e a arbitragem passa a ser considerada como atividade jurisdicional, e a sua natureza jurídica só pode ser a da teoria publicista. Ainda, o Código Civil de 2002 em nada altera a questão da natureza jurídica da arbitragem, já que não cria uma arbitragem contratual, mantendo-se integralmente as disposições da lei especial. Por fim, conclui-se que a natureza jurídica da arbitragem nos modelos brasileiros, é realmente jurisdicional.”¹¹

Portanto, apesar de ainda existirem doutrinadores no sentido de atribuir à arbitragem natureza jurídica privada e, por isso, contratual, não se pode deixar de conceber que o legislador, nos artigos 17, 18 e 31, da Lei 9.307/96 e artigo 267, inciso VII, e artigo 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil, atribuiu à arbitragem, natureza jurídica publicística (jurisdicional), uma vez que a sentença proferida pelo árbitro prescinde de homologação, faz coisa julgada e substitui a vontade das partes.

1.3. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM – CLÁUSULA COMPROMISSÁRIA E COMPROMISSO ARBITRAL

Após a análise geral do instituto da arbitragem bem como a compreensão de sua natureza jurídica, imprescindível elucidar o que seria a convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Convenção de arbitragem, segundo artigo 3º, da lei 9.307/96, é o modo pelo qual as partes interessadas (capazes) submetem a solução de seus litígios ao juízo arbitral.

¹¹ SIMÃO, José Fernando. Op. cit., p. 235.

Segundo artigo 4º, da Lei nº 9.307/96, a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. Ou seja, a cláusula compromissória é anterior ao conflito de interesses.

E, o parágrafo 1º do referido dispositivo, estabelece que a cláusula compromissória deve estar estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ela se refira.

“Trata-se de uma cláusula propriamente dita ou parte acessória de um contrato – diferentemente do *compromisso arbitral* - , ou seja, uma obrigação significativa de que esta cláusula, *como tal*, não tem a virtude de obstar a que se recorra ao Poder Judiciário. Frente ao novo sistema, a cláusula compromissória reveste-se de *natureza vinculante*, porquanto obrigatória entre os contratantes. Assim, eleita a via paraestatal da arbitragem para a solução do conflito, as partes não mais poderão recorrer ao Poder Judiciário, ressalvadas as hipóteses específicas previstas em lei (*v.g.*, quando reconhecido o impedimento, suspeição, incompetência, nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção arbitral, nulidade da sentença arbitral.”¹²

Para Carmona¹³, com o advento da Lei 9.307/96, o legislador brasileiro procurou dar os mesmos efeitos à cláusula compromissória e ao compromisso arbitral. Isso porque, antes da promulgação da lei acima mencionada, os institutos não eram tratados de forma igualitária pela legislação brasileira, mas tão somente em alguns Tratados Internacionais, p. ex.: Pacto de Genbra; Convenção de Nova Iorque; Convenção do Panamá; Lei Modelo da Uncitral:

“Diante de tais percalços, o legislador brasileiro abandonou o modelo clássico francês – de resto já superado até mesmo no país de origem – procurando dar tanto à cláusula quanto ao compromisso os mesmos efeitos jurídicos. Pode-se hoje dizer, com tranqüilidade, que a cláusula arbitral é um negócio jurídico processual, eis que a vontade manifestada pelas partes produz desde logo efeitos (negativos) em relação ao processo (estatal) e positivos, em relação ao processo arbitral (já que, com a cláusula, atribui-se jurisdição aos árbitros). Com efeito, após o advento da lei, cláusula e compromisso podem indistintamente, instituir a arbitragem, deixando a primeira de ser mera promessa de celebrar o segundo, de modo que uma e outro são acordos mediante os quais

¹² FIGUEIRA JR., Joel Dias. Op. cit., p. 183.

¹³ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 102.

renuncia-se à solução estatal de conflitos, em prol da atuação do juiz escolhido pelos litigantes: se na celebração do compromisso tem-se em mira um conflito atual, já existente, definido, na cláusula aponta-se para um litígio futuro, eventual, definível.”¹⁴

Importante mencionar que a cláusula compromissória de instituição de arbitragem é totalmente autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de forma que, segundo estabelece o artigo 8º, da lei 9.307/96, a nulidade de um não acarretará, necessariamente, a nulidade do outro.

Ademais, o artigo 7º da Lei 9.307/96 estabelece o procedimento no qual a parte deve realizar para instituir o procedimento arbitral, no caso de recusa da parte renitente em cumprir instituir a arbitragem. Deverá, propor ação perante o Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa e requerer a citação da outra para comparecer em Juízo a fim de lavrar-se o compromisso.

Isso porque, embora não se tenha grandes problemas com a hipótese de cláusula compromissória cheia - em que as partes estipulam o modo, o Tribunal e as normas pelas quais se darão a arbitragem, ou seja, a cláusula contém elementos para instalação de arbitragem. Por outro lado, alguns problemas podem surgir quando se da estipulação de cláusula compromissória “vazia” – em que as partes apenas apontam que o litígio será dirimido por meio de arbitragem, mas sem determinar como se iniciará, não contendo elementos mínimos para instauração da arbitragem.

Segundo Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, a cláusula compromissória é:

“O pactum de compromittendo é negócio jurídico de direito privado celebrado como pacto adjeto dentro de outro contrato, entre pessoas capazes, tendo por objeto direito disponível, por intermédio do qual as partes se comprometem a, no futuro, instituir a arbitragem. A obrigação que as partes pactuam, por intermédio da cláusula compromissória, é de

¹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 102.

obrigação de fazer. O inadimplemento dessa obrigação enseja execução específica.”¹⁵

A grande problemática, que inclusive, será discutida no presente trabalho, será quando a parte institui, no contrato, cláusula compromissória “vazia” e, precisando de um provimento jurisdicional urgente, não sabe como proceder. Se propõe a medida perante o Poder Judiciário ou se necessita, primeiramente, instituir a arbitragem e requerer a medida ao Tribunal Arbitral e, em caso de recusa da outra parte, deve ingressar, ainda, com a ação prevista no artigo 7º da lei 9.307/96.

Com relação ao compromisso arbitral, segundo artigo 9º, da Lei 9.307/96, é a convenção de arbitragem através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. Os requisitos à realização do compromisso arbitral estão estabelecidos nos artigos 10 e 11, da Lei de arbitragem.

Pontes de Miranda definiu o compromisso arbitral como:

“O contrato pelo qual os figurantes se submetem, a respeito de direito, pretensão, ação ou exceção, sobre que há controvérsia, à decisão do árbitro.”¹⁶

Arremata Carlos Alberto Carmona:

“É certo que o compromisso produza efeitos processuais marcantes, o que autoriza a conclusão de ser ele um negócio processual, afastando o juiz natural e investindo os árbitros de poderes para dirimir, com força vinculante para as partes, uma dada controvérsia. Mas além de regular matéria processual, o compromisso estabelece vínculos obrigacionais, antes de mais nada entre as partes, dispondo inclusive sobre o pagamento das despesas com a arbitragem e os honorários dos árbitros, podendo também criar o compromisso, desde logo, laços de obrigacionais entre órgão arbitral institucional (que oferece publicamente regulamentos que comportam adesão) e as partes, dispondo sobre a

¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 13ª edição, revista ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1759. p. 06

¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1977, tomo XV, p. 223.

organização do tribunal arbitral. Os árbitros, por sua vez, quando firmam compromisso arbitral, assumem a obrigação de julgar segundo as regras procedimentais estabelecidas e nos prazos avençados, submetendo-se também eles, árbitros, aos prazos estipulados e à obrigação de julgar segundo as regras procedimentais estabelecidas e nos prazos avençados. Todo esse conjunto de mútuas e recíprocas obrigações geradas pelo compromisso não pode caber na noção mais estreita de negócio jurídico processual, produto da atuação voluntária e intencional dos agentes com objetivo de produzir determinado efeito jurídico.”¹⁷

O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o Juízo ou Tribunal onde tem curso a demanda, conforme determina o artigo 9º, parágrafo 1º, da Lei 9.307/96.

O compromisso extrajudicial, por sua vez, será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público, sob pena de nulidade. Essa a norma do artigo 9º, parágrafo 2º, da Lei de arbitragem.

No caso do compromisso arbitral, diferentemente da cláusula compromissória, temos que o conflito de interesses já está instaurado, de modo que as partes submetem tal litígio à arbitragem.

Em ambos os casos (cláusula compromissória e compromisso arbitral) tem-se os mesmos efeitos: retirar do Poder Judiciário a competência para conhecer da causa.

Dessa forma, consoante artigo 267, inciso VII e 301, inciso VII, do Código de Processo Civil, a convenção de arbitragem é causa de extinção do processo sem resolução do mérito, de modo que, o Juiz, mediante provocação da parte, deverá extinguir o processo, ou seja, é matéria que depende de provocação, conforme artigo 301, inciso IX, parágrafo 4º, do CPC. Isso porque, se ambas as partes desistirem da instituição da arbitragem, é plenamente possível que o litígio possa ser resolvido pelo Poder Judiciário.

¹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. Op., cit., p. 188.

1.4 INSTITUIÇÃO DE ARBITRAEM

Segundo artigo 19, da Lei 9.307/96, considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça já se posicionou nesse sentido. No julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial, a Ministra Relatora, Nancy Andrichi, assim entendeu:

EMENTA: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL E OBSCURIDADE. ACOLHIMENTO, MAS SEM EFEITOS INFRINGENTES. ARBITRAGEM. INSTITUIÇÃO. MOMENTO. 1. Verificada a existência de obscuridade e erro material no acórdão, é de rigor o acolhimento dos embargos de declaração. 2. Nos termos do art. 19 da Lei nº 9.307/96, considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos modificativos.” (STJ, EDcl no REsp 1.297.974/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 28/08/2012).

Na mesma linha, o entendimento de Carreira Alvim, ao afirmar que:

“Com a aceitação do encargo pelo árbitro indicado no compromisso (até, anteriormente, na cláusula compromissória) ou pela entidade delegatária da indicação, tem-se por completada a relação processuals arbitral e, portanto, vinculados todos os sujeitos do processo arbitral (autor-árbitro-réu).”¹⁸

Por fim, a doutrina de Joel Dias Figueira Jr. que também considera instituída a arbitragem quando a nomeação for aceita pelo (s) árbitro (s):

“Considera-se instituída a arbitragem e, portanto, instaurado o processo arbitral, quando a nomeação for aceita pelo árbitro ou por todos, se forem vários (art. 19). De forma assemelhada ao que se verifica no processo civil tradicional, a instauração da arbitragem trará como efeito a interrupção da prescrição, fará litigiosa a coisa, induzirá a litispendência. Por outro lado, não há que se falar em prevenção, porquanto os contornos da lide deverão estar bem definidos no compromisso firmado pelos litigantes (art. 10, III), o que por si só define a jurisdição privada para cognição da matéria específica, objeto da controvérsia. Surgindo novos conflitos conexos ou cingidos pela continência, estes não serão

¹⁸ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tratado Geral de Arbitragem*. Belo Horizonte, Ed. Mandamentos, 2000, p. 159.

levados ao conhecimento da jurisdição privada, a não se que se estipule a esse respeito nova convenção arbitral.”¹⁹

Portanto, tal como disposto no artigo 19, da lei 9.307/96, não há maiores problemáticas quanto ao momento em que instituída a arbitragem bem como instaurado o processo arbitral, não exigindo a lei de arbitragem maiores formalidade para tal aceitação.

2. TUTELAS DE URGÊNCIA

2.1 Conceito e características

Diante da apresentação dos institutos da arbitragem, torna-se importante, antes de discutir sobre qual órgão (Poder Judiciário ou Tribunal Arbitral) será competente para deferir medidas de urgência, faz-se necessário trazeremos uma rápida apresentação sobre as tutelas de urgência.

De acordo com Joel Dias Figueira Jr. é de extrema relevância a figura das tutelas de urgência em nosso ordenamento jurídico:

“A figura jurídica das tutelas emergenciais *lato sensu* assume manifesta relevância na órbita do processo civil moderno, de indiscutível natureza pública e de cunho constitucional, em qualquer de suas modalidades, indispensáveis à solução dos conflitos que exigem do órgão prestador da jurisdição (pública ou privada) maior efetividade no oferecimento da proteção perseguida pelo jurisdicionado.”²⁰

O processo civil moderno apresenta diversas técnicas para garantir a efetividade do direito das partes que integram a relação processual contra obstáculos normalmente envolvidos com a duração temporal do feito.

¹⁹ FIGUEIRA Jr., Joel Dias. Op. cit., p. 206.

²⁰ FIGUEIRA JR., Joel Dias. Op. cit., p. 212.

Isso porque, ante o transcurso natural decorrente do tempo para uma sentença de mérito, pode-se imaginar que alguns direitos possam perecer ou que sofram prejuízos irreparáveis até a decisão definitiva ou, ainda, que a decisão final não seja mais útil ao tempo de sua prolação.

Para tanto, as tutelas de urgência são úteis para que possam, ao menos, neutralizar tais efeitos do processo quando qualquer das partes delas necessitar. Segundo Joel Dias Figueria Jr., pode-se destacar três tipos de tutela de urgência:

“Encontramos no sistema legislativo brasileiro, fundamentalmente, três tipos de tutela sumária urgente: *a) cautelar* (próprias, típicas e atípicas ou nominadas ou inominadas); *b) antecipatória satisfativa interinal; b1) específica nas obrigações de fazer e não fazer (inibitória)*, cf. art. 461 e §§ 3º, 4º e 5º do CPC, com redação dada pela Lei 8.952/94; art. 84, §§ 3º, 4º e 5º do CDC; art. 3º c/c 21 da LACP); ou, *b2) antecipatória genérica*, aplicável às ações condenatórias, executivas ou mandamentais, cf. art. 273 do CPC, com redação da Lei 8.952/94; art. 59, § 1º, da Lei do Inquilinato; art. 7º da Lei do Mandado de Segurança; art. 5º, § 4º, da Lei da Ação Popular; ações possessórias, art. 928 do CPC; ação de nunciação de obra nova, art. 937; embargos de terceiro, art. 1051 do CPC; ação de recuperação de bem vendido com reserva de domínio, art. 1071 do CPC; ação de busca e apreensão em alienação fiduciária, art. 3º do Dec.-Lei 911/69; em ação de desapropriação por utilidade pública e interesse social, art. 15; ação e usucapião especial, Lei 6969/81, art. 5º, § 1º; ação de imissão na posse, prevista no Dec.-Lei 70/66, art. 37; ação de alimentos – Lei 5478/68); *c) satisfativa autônoma* (chamada na práxis de “cautelar satisfativa” ou “cautelar imprópria.”²¹

As tutelas de urgência, via de regra, para que sejam concedidas, deverão estar apoiadas em direitos, ao menos, aparente bem como no fundado receio de dano e, poderão, ainda, ser deferidas antes ou no curso do processo.

2.1 MEDIDAS CAUTELARES

As medidas cautelares são divididas em nosso sistema, conforme acima exposto, em cautelares próprias típicas e atípicas, nominadas ou inominadas.

²¹ FIGUEIRA JR., Joel Dias. Op. cit., 213/214.

As medidas cautelares, em síntese, buscam assegurar a utilidade e a efetividade das soluções de conflitos, impedindo que o tempo do processo possa atingir o direito material de uma das partes, podendo ser concedidas tanto nos processos judiciais (Poder Judiciário) quanto no processo administrativo e arbitral.²²

A medida cautelar está, via de regra, pautada nos seguintes pressupostos: “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”.

“Requisitos para cautelar. Para que a parte possa obter a tutela cautelar, no entanto, é preciso que comprove a existência da plausibilidade do direito por ele afirmado (*fumus boni iuris*) e a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito (*periculum in mora*), caso se tenha de aguardar o trâmite normal do processo. Assim, a cautela visa assegurar a *eficácia* do processo de conhecimento ou do processo de execução.”²³

Para o Juiz Macário Júdice Neto, citado na doutrina de Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, o “*periculum in mora*” pode ser assim definido:

“*Periculum in mora*. Caracterização. *Periculum in mora* é dado do mundo empírico, capaz de ensejar prejuízo, o qual poderá ter, inclusive, conotação econômica, mas deverá sê-lo, antes de tudo e sobretudo, eminentemente jurídico, no sentido de ser algo atual, real e capaz de afetar o sucesso e a eficácia do processo principal, bem como o equilíbrio dos litigantes.”²⁴

Nos comentários ao artigo 801, inciso IV, do Código de Processo Civil, Antonio Cláudio da Costa Machado, define *fumus boni iuris* e *periculum in mora*:

“Direito ameaçado, no texto, é sinônimo de *fumus boni iuris* (literalmente, fumaça do bom direito ou aparência de direito). Sob o ponto de vista mais moderno, *fumus boni iuris* não corresponde propriamente à aparência de direito material, mas apenas demonstração de que a ação vai ser proposta como principal – e cuja *causa petendi* o requerente expõe sumariamente de acordo com este inciso III deste artigo – é

²² LAMY, Eduardo de Avelar; PETEFFI DA SILVA, Rafael; STERSI DOS SANTOS; Ricardo Soares. *Competência para Concessão de Medidas Cautelares na Arbitragem*. RT vol. 213, Novembro de 2012, p. 01.

²³ NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria, Op., cit., p. 1331.

²⁴ Justiça Federal, Seção Judiciária do Espírito Santo, processo 93-0001152-9, Juiz Macário Júdice Neto *in* NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria, Op., cit., p. 1333.

possível e viável, o que revela, então, a necessidade da própria ação cautelar. Logo, sob tal ótica, o *fumus boni iuris*, assume qualidade de condição de ação interesse de agir no contexto do processo cautelar (interesse-necessidade e interesse-adequação – art. 267, VI). Já no que concerne ao receio de lesão, trata-se claramente do outro requisito da ação cautelar: o *periculum in mora*, perigo de que a demora na outorga da providência jurisdicional definitiva acarrete um dano irreparável ou de difícil reparação.”²⁵

Com relação às características da medida cautelar, o Autor acima mencionado, assim classifica:

“São características do processo cautelar e da cautelaridade: a) preventividade; b) provisoriedade; c) acessoriedade; d) instrumentalidade hipotética; e) sumariedade da cognição; f) referibilidade.”²⁶

A doutrina de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery admite, ainda, a aplicação do princípio da fungibilidade entre as diversas espécies das medidas cautelares:

“Princípio da fungibilidade das medidas cautelares. Não sendo o caso de se conceder uma espécie de determinada medida cautelar, pode o juiz aplicar o princípio acima referido e adaptar o pedido do autor, concedendo-lhe a medida que julgar conveniente para o caso.”²⁷

Acreditamos que o princípio da fungibilidade poderá ser aplicado tanto pelo Estado-Juiz quanto pelo árbitro - escolhido pelas partes no procedimento arbitral, na forma da lei 9.307/96.

Embora existam entendimentos doutrinários sobre a possibilidade ou não da aplicação do princípio da fungibilidade das medidas cautelares em antecipatórias de tutela, acreditamos que, somente em casos excepcionais, poderá o Juiz ou o Árbitro conceder a antecipação de tutela quando requerido a medida cautelar.

²⁵ COSTA MACHADO, Antonio Cláudio. *Código de Processo Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 9ª edição, ver. Atual., Barueri – SP, Manole, 2010, p. 1123.

²⁶ COSTA MACHADO, Antonio Cláudio. Op., cit., p. 1116.

²⁷ NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. Op. cit., p. 1325.

Isso porque, conforme restará abaixo demonstrado, quando da apresentação no presente trabalho sobre a “antecipação de tutela”, os pressupostos à concessão desta última deverá estar pautada em pressupostos que possam dar maior grau de certeza do direito do requerente. No entanto, uma vez demonstrados os requisitos ensejadores à suas concessão, tal antecipação deverá ser concedida pelo Julgador, ainda que fora da técnica processual adequada. Nesse sentido:

“Fungibilidade. Generalidades. O autor não será prejudicado por haver pedido feito fora da técnica processual. Caso tenha direito ao adiantamento, é irrelevante que haja interposto cautelar incidente ou haja pedido de antecipação da tutela. O juiz deverá aplicar a fungibilidade, nada obstante a norma aparentemente possa indicar faculdade: presentes os requisitos para a tutela de urgência (cautelar ou antecipatória), cabe ao juiz concedê-la.”²⁸

Não obstante esse não seja o tema central do presente estudo, as medidas cautelares típicas, estabelecidas pelos artigos 813 à 889, do Código de Processo Civil, também poderão ser requeridas pelas partes no processo arbitral (se cabíveis).

2.2 ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

De acordo com o artigo 273, do Código de Processo Civil, o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

A doutrina de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery trazem o conceito de tutela antecipada:

²⁸ NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. Op. cit., p. 640.

“Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, espécie do gênero *tutelas de urgência*, é providência que tem natureza *mandamental*, que se efetiva mediante *execução* lato sensu, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento.”²⁹

Diferentemente da medida cautelar – que visa assegurar o resultado prático do processo ou assegurar a viabilidade do direito do autor – a tutela antecipada tem por objetivo conceder, de forma antecipada, total ou parcialmente, o próprio provimento jurisdicional pretendido, não obstante o artigo 273, parágrafo 7º, do CPC, disponha que, se o autor, a título de antecipação de tutela requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Assim, trazemos a doutrina de Luiz Guilherme Marione e Sérgio Cruz Arenhart, que distinguem as tutelas antecipatórias e cautelares:

“Para resumir: A tutela que não se limita a assegurar o resultado útil procurado pelo autor, mas a ele confere imediatamente esse resultado ou um resultado prático satisfativo (e não meramente acautelatório), somente pode ser tutela antecipatória, e não tutela cautelar.”³⁰

Como visto, os pressupostos para concessão da antecipação de tutela são robustos e dependem requisitos que tragam uma “quase” certeza do direito, diferente daquele relativo às medidas cautelares. Por isso, acreditamos que, somente em casos excepcionais, possam os Juízes ou Árbitros aplicar o princípio da fungibilidade para que, uma vez requerido uma providência cautelar, seja concedida a antecipação, ainda que parcial, dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida pelo requerente.

²⁹ NERY JR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. Op. cit., p. 631.

³⁰ MARINONE, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 223.

Ou seja, a pretensão contida, no artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil, ainda que fundada na urgência, terá por objetivo adiantar o provimento jurisdicional final.

A tutela antecipada também poderá ser concedida sem a oitiva do réu, ou seja, liminarmente. Nesse caso, quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou, também, quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo *inaudita altera pars*.

3. TUTELAS DE URGÊNCIA NA ARBITRAGEM

Com o crescimento da arbitragem, sobretudo após o advento da lei 9.307/96 e da decisão do STF no AgRg na SE já mencionada, necessário dos profissionais do direito um estudo à interpretar a competência para se decidir sobre a concessão de medidas de urgência em conflitos submetidos a arbitragem.

Por isso, pode ocorrer que, no curso do processo arbitral, ou até mesmo antes de instaurada a arbitragem, seja imprescindível a concessão de medidas de urgência a fim de evitar dano irreparável ou de difícil reparação a uma das partes ou, ainda, para que se dê utilidade à decisão final que será proferida.

Tal requerimento, com os fatos e fundamentos jurídicos, deverá ser apresentado, conforme se verá adiante, para os árbitros, cuja competência foi outorgada pelos próprios litigantes, para que possam decidir sobre qualquer medida incidental necessária à consecução do processo.

Dessa forma, uma vez instaurada a arbitragem, os árbitros terão competência para conceder ou negar qualquer medida incidental e, assim como ocorre na sentença definitiva, contra essa decisão não caberá recurso – seja para os próprios árbitros, seja para o Poder Judiciário.³¹

Essa é a interpretação do artigo 22, parágrafo 4º, da lei 9.307/96. Segundo esse dispositivo, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria originariamente competente para julgar a causa.

Dessa forma, uma vez concedida a medida pelo (s) árbitro (s) ou pelo Tribunal Arbitral e, não verificado o cumprimento espontâneo dessa decisão, caberá ao árbitro solicitar ao Poder Judiciário (detentor do Poder de *imperium*) que dê efetividade à medida.

Isso porque, embora o juízo arbitral detenha jurisdição sobre o litígio que lhe foi conferido pelos litigantes em convenção arbitral, ele não possui o poder de fazer valer sua decisão de maneira coercitiva, cujo detentor é o Estado-Juiz.

Essa a conclusão de Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery:

“Não há impedimento na lei para que o árbitro profira decisões de cunho executivo *lato sensu*. Pode, portanto, determinar medidas antecipatórias (CPC 273) e cautelares para o bom andamento da causa sob a arbitragem. Caso não sejam cumpridas as medidas executivas decretadas pelo árbitro, deve ele requerer referida execução ao órgão a jurisdição estatal que seria competente para julgar a causa.”³²

³¹ FIGUEIRA JR., Joel Dias. Op. cit., p. 222.

³² NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Op. cit., p. 1759.

Ou seja, sendo os árbitros competentes para decidir de forma definitiva o conflito de interesses, plenamente possível a concessão de medidas de urgência. No mesmo sentido, a doutrina de Joel Dias Figueira Jr.:

“Em outros termos, se o árbitro pode regular definitivamente, sem qualquer participação do Judiciário, a questão de fundo, o mérito do litígio, nos limites que a convenção autoriza, não se encontra qualquer razão plausível para impedi-lo, nas mesmas condições, a conceder incidentalmente medidas de urgência de ofício ou por requerimento das interessados, desde que a hipótese vertente justifique a tomada desta providência emergencial.”³³

Nesse caso, portanto, e conforme se verificará em capítulo próprio do presente trabalho, caberá ao Juiz togado competente apenas fazer cumprir a decisão arbitral, não lhe sendo conferido o Poder de rever ou modificar a decisão concessiva deferida pelo juízo arbitral.

3.1 DA COMPETÊNCIA DO ÁRBITRO PARA CONCEDER A MEDIDA DE URGÊNCIA

Primeiramente, importante destacar que, de acordo com o artigo 8º, parágrafo único, da Lei 9.307/96, 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.

Esse é o princípio que informa o procedimento arbitral. Nesse sentido o entendimento do de alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

“A câmara arbitral é competente para decidir a respeito de sua própria competência para a causa, conforme o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* que informa o procedimento arbitral. Precedente. É cediço que, uma vez incluída cláusula arbitral em um contrato, está a câmara de

³³ FIGUEIRA JR., Joel Dias. Op. cit., p. 221.

arbitragem autorizada a decidir acerca de sua própria competência.” (STJ, Medida Cautelar nº 13.274/SP, Ministra Relatora Nancy Andrighi, julgamento 13/09/2007. No mesmo sentido: STJ, Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.308/DF, Primeira Seção, Relator Ministro Luiz Fux, publicado em 14/8/2006).

Dessa forma, se o árbitro é competente para decidir sobre as questões acerca da convenção de arbitragem, por quê não seria competente para conceder tutelas de urgência?

O artigo 22, parágrafo 4º, da Lei 9.307/96, estabelece que os árbitros ou o tribunal arbitral, havendo necessidade, poderão solicitar, aos órgãos do Poder Judiciário que seria originariamente competente para julgar a causa, medidas coercitivas e cautelares.

A competência do Tribunal Arbitral para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes encontra-se aceitação de grande parte da doutrina e das decisões dos Tribunais Superiores, visto que o Poder Jurisdicional dos árbitros é inerente à convenção de arbitragem, conforme previsto no artigo acima mencionado.

Conforme leciona Pedro Batista Martins, quando as partes celebram o compromisso, “conferem ao árbitro a competência e o poder para resolver todas as questões atinentes à espécie, assumindo este o dever de zelar para que as partes não sejam prejudicadas nos seus direitos, o que inclui, obviamente, a competência para determinar medidas cautelares.”³⁴

Evidentemente e conforme se verá adiante, a competência do juízo arbitral se limita ao deferimento da medida de urgência, estando impedido de forçar (executar

³⁴MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto: “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro” *in Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 357-382.

coercitivamente) as partes no cumprimento da referida decisão, a qual, havendo resistência de qualquer delas em acolher a determinação do árbitro, deverá este último solicitar ao Poder Judiciário o seu cumprimento, a quem se reserva o poder de *imperium*.

Nesse sentido, decisão proferida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de *imperium*. A competência do Tribunal Arbitral para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes encontra-se pacificada na doutrina e na jurisprudência, visto que o poder é inerente ao compromisso arbitral, estando expressamente previsto no art. 22 da Lei nº 9.307/96.” (Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Recurso Especial nº 1.297.974-SP, Relator Ministra Nancy Andrighi, julgamento 12/06/2012).

Não obstante o quanto exposto, Luiz Guilherme Marinone e Sérgio Cruz Arenhart entendem que, embora o árbitro seja competente para conceder a medida de urgência, a decisão, caso não cumprida pelas partes, deverá ser encaminhada ao Poder Judiciário, a quem detém o Poder de *imperium*, podendo o Estado-Juiz rever a decisão encaminhada pelo árbitro para cumprimento:

“É lógico que, ao submeter essa decisão arbitral ao Poder Judiciário, autoriza-se também a esse órgão a perquirir a legitimidade daquela decisão, seja porque se trata de decisão provisória arbitral – que não se revestiria da estabilidade natural da sentença arbitral – seja em razão da autorização contida no artigo 32 da Lei de Arbitragem, combinada com o preceito descrito no artigo 33, § 3º, da mesma Lei.”³⁵

No nosso entender, respeitado o entendimento contrário, é certo que os árbitros poderão conceder as tutelas de urgência e, caso não cumprida espontaneamente pelas partes, referida decisão deverá ser remetida para o Poder Judiciário a quem seria originariamente competente, para que, de forma coercitiva,

³⁵ MARINONE, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 764.

imponha o cumprimento à decisão arbitral sem, contudo, analisar ou rever a “Justiça” dessa decisão. Esse o entendimento de Carlos Alberto Carmona:

“Pois bem: Considerando que a Lei de Arbitragem não mudou o sistema anteriormente vigente, no sentido de determinar às partes que pleiteiem ao árbitro (e não ao juiz togado) as providências cautelares que julguem essenciais, continua o árbitro a deter competência para decidir se concede ou não a medida desejada pela parte interessada na tutela. Se entender justificada a necessidade da tutela, decreta a medida, que deve ser de imediato cumprida pelos litigantes. Se a medida determinada pelo árbitro for cumprida desde logo, sem resistência, *tollitur questio*, não será preciso o concurso do Poder Judiciário. Caso, porém, haja resistência, o árbitro não terá competência para a prática de atos materiais tendentes a concretizar a medida cautelar decretada, impondo-se então o auxílio do juiz.

O concurso do juiz será solicitado pelo árbitro: Este enviará um ofício ao Juiz, apresentando a convenção de arbitragem (e aditamento, se houver), bem como cópia da decisão cautelar proferida. Estando formalmente em ordem a documentação exibida, caberá ao juiz executar a medida concedida, sem que o magistrado possa perquirir da sua conveniência, e muito menos da existência ou não de *fumus boni iuris* ou de *periculum in mora*.³⁶

Isso porque, uma vez derogada, no caso concreto, a competência do Poder Judiciário, tal decisão não pode ser revista e/ou re-analisada pelo Juiz de direito, a quem compete tão somente a determinação para o cumprimento da decisão arbitral.

3.2. COMPETÊNCIA DA JURISDIÇÃO ESTATAL PARA CONCEDER A MEDIDA DE URGÊNCIA

Após a análise sobre a competência arbitral, faz-se necessário analisar se existe e em que circunstâncias poderá o Poder Judiciário conceder medidas de urgência em processos submetidos à arbitragem.

Tema por demais intrincado é saber se existe a possibilidade de, estando um conflito submetido à arbitragem, o Poder Judiciário conceder as medidas de urgência.

³⁶ MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Árbitros e Juízes: Guerra ou Paz in Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 430³⁶.

Embora tenha sido exposto no presente trabalho que a escolha das partes pela arbitragem derogue a competência do juiz togado para conhecer da causa, é certo que em alguns casos excepcionais, conforme adiante será demonstrado, será admitido o conhecimento de certas medidas de urgência pelo Poder Judiciário.

Conforme artigo 19, da Lei nº 9.307/96, considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários. Nesse caso, questão tormentosa vem à tona quando houver necessidade de uma das partes necessitar de algum provimento de urgência relativo ao litígio submetido à arbitragem, ainda não instituído o Tribunal Arbitral e nada dispondo a convenção arbitral sobre questões dessa natureza.

Ou seja, embora entendemos que, uma vez escolhida a arbitragem para decidir sobre o conflito de interesses, o árbitro será competente para apreciar todas as medidas incidentais, inclusive pedidos acautelatórios deles decorrente, existem casos excepcionais que tal solução torna-se difícil ou quase impossível de ser solicitada e/ou apreciada, como nos casos em que a arbitragem ainda não estiver sido instituída, conforme determina o artigo 19, da Lei nº 9.307/96.

Nesses casos, tendo em vista a necessidade de um provimento urgente e a certeza de que a arbitragem não será instituída em tempo hábil à apreciação da medida requerida pela parte, é possível que se reconheça, excepcionalmente, o conhecimento do requerimento pelo Poder Judiciário, originariamente competente, ficando a referida decisão proferida submetida à re-apreciação pelos árbitros quando da instituição da arbitragem, podendo manter ou modificar a decisão.

Ou seja, nesses casos, a parte poderá solicitar a medida de urgência diretamente ao juiz togado para conceder ou não a medida cautelar. Concedida a

medida, cessa a competência do juiz togado, cabendo aos árbitros, tão logo sejam investidos no cargo, manter, casar ou modificar a medida concedida

Essa a opinião de Carlos Alberto Carmona ao discorrer sobre a necessidade de adoção de medidas de urgência antes de instituída a arbitragem:

“A resposta deve ser dada com a invocação de princípio tradicional no direito luso-brasileiro, segundo o qual *quando est periculum in mora in incompetentia non attenditur*. Segundo tal princípio, as regras de competência podem ser desprezadas se houver algum obstáculo que impeça a parte necessitada de tutela emergencial de ter acesso ao juízo originariamente competente.

Dito de outro modo, as regras de competência podem ser desprezadas se houver algum obstáculo que impeça a parte necessitada de tutela emergencial de ter acesso ao juízo originariamente competente, o que aconteceria na hipótese de a parte interessada não poder requerer a medida cautelar ao árbitro (como deverá) pelo simples fato de não ter sido ainda instituída a arbitragem (os árbitros ainda não aceitaram o encargo, art. 19 da Lei). Diante de tal contingência, abre-se à parte necessitada a via judicial (sem que fique prejudicada a arbitragem) apenas a tutela emergencial. Instituída a arbitragem, os autos do processo cautelar devem ser enviados ao árbitro (não haverá, obviamente, ação principal judicial, eis que a ação cautelar é antecedente em relação à demanda arbitral), que poderá manter ou não a medida cautelar concedida, eis que é dele, árbitro, o juízo acerca da concessão ou não da tutela cautelar).³⁷

Esse também o entendimento de Joel Dias Figueira Jr.:

“Como dissemos a pouco, em, linha principiológica, sendo o árbitro competente para o processo e conhecimento da lide principal, estará investido também de jurisdição paraestatal e competência definida pelas partes para apreciar e decidir os pedidos incidentais de tutela cautelar ou antecipatória (genérica ou específica). Os contornos deste poder deverão estar assinalados na convenção de arbitragem, através da indicação da matéria que será objeto de apreciação pelo juiz privado (art. 9, inc. III).

Desta feita, se a cláusula ou a convenção de arbitragem nada dispuser a respeito dessas questões e, verificando-se no desenrolar do procedimento arbitral, a hipótese concreta de necessidade de concessão de tutela acautelatória ou antecipatória pertinentes ao objeto litigioso e, portanto, ao mérito da causa, o silêncio das partes na convenção não impedirá a apreciação do incidente em jurisdição privada – a ser instaurada precedentemente e com urgência – ou pública.

Em outras palavras, a razão pela qual se funda essa orientação repousa na exclusão consensual da jurisdição estatal para solução dos conflitos decorrentes de determinada relação formada entre as partes, que optaram livremente pela arbitragem. Nessa linha de raciocínio, admite-se apenas a tutela estatal para atender pretensão em caráter de urgência

³⁷ MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Árbitros e Juízes: Guerra ou Paz in Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 431³⁷.

quando ainda não instituído o juízo arbitral (art. 22, § 4º). Essa solução também é encontrada, por exemplo, no sistema norte-americano. Diversa é a orientação dos sistemas belga e italiano, onde o árbitro não tem poderes para conceder qualquer medida acautelatória.”³⁸

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar um recurso especial sobre a necessidade de concessão de medidas de urgência, pelo Poder Judiciário, em processo arbitral, assim decidiu:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO. 1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de imperium. 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar. 5. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.297.974/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, 12/06/2010).

A Ministra Nancy Andrighi, no julgamento acima citado, concluiu:

“Sendo assim, me parece suficiente que o Juiz, ao encaminhar os autos ao árbitro, consigne a ressalva de que sua decisão foi concedida em caráter precário, estando sujeita a ratificação pelo juízo arbitral, sob pena de perder eficácia. Com isso, e sem que haja qualquer usurpação de competência ou conflito de jurisdição, evita-se a prática de atos inúteis e o prolongamento desnecessário do processo. Na realidade, em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se **provisoriamente** as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas **essa competência é precária e não se prorroga**, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar.

³⁸ FIGUEIRA JR., Joel Dias. Op. cit., p. 222/223.

Esse também o entendimento de alguns Tribunais de Justiça:

“Ao Judiciário incumbe tão somente fazer valer o que foi disposto no contrato ou atender, antes da instalação, medidas de urgências que o caso requer. Essa duplicidade das forças institucionais encarregadas do trabalho da jurisdição é de existência efêmera e somente é viável quando não colidam as funções (a questão da prejudicialidade inserida no art. 25), de modo que se a Câmara estiver instalada, não mais possibilidade do Judiciário preencher vazios com decisões da justiça oficial, exatamente porque compete aos árbitros definição das soluções emergenciais necessárias para impedir o *periculum in mora*.” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0205403-40.2012.8.26.0100, Desembargador Relator Ênio Zuliani, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgamento 23/04/2013).

“EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM – MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA ANTES DA INSTAURAÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE EXISTÊNCIA DO DOCUMENTO REQUERIDO – ÔNUS DA PROVA – IMPROCEDÊNCIA – INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA.

I – A ação cautelar preparatória, antes da instauração do juízo arbitral, deve ser ajuizada junto ao Juízo Estatal que, em tese, seria competente para o julgamento se não existisse entabulada entre as partes a convenção de arbitragem.” (Tribunal de Justiça de Goiás, Apelação Cível nº 381773-97.2009.8.09.0051 (200993817734) Desembargador Relator Luiz Eduardo de Souza, Primeira Câmara Cível, julgamento 14/06/2011).

“APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO – DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE EMPRESARIAL – PAGAMENTO DE PRÓ-LABORE – CONVENÇÃO DE JUÍZO ARBITRAL – LEGITIMIDADE DO PLEITO – ART. 5º, XXXV, DA CF – PRELIMINARES AFASTADAS – MÉRITO MANTIDO – CÁLCULO REMETIDO À LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.

Em que pesem as partes tenham convencionado a utilização da via arbitral como meio de solução das disputas oriundas do contrato, estas não estão impedidas de formularem pedido judicial referente à continuidade do pagamento de pró-labores, enquanto aguardam a instauração de tal juízo.” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70024014987, Desembargador Relator Arthur Arnildo Ludwig, 6ª Câmara Cível, julgamento 13/05/2010).

“Ementa: Agravo de Instrumento. Tutela antecipada. Entidade privada. Alteração do Estatuto. Alegação de vícios na convocação para assembléia realizada. Suspensão das decisões deliberadas na reunião. Requisitos do art. 273 do CPC. Verossimilhança das alegações e fundado receio de dano irreparável. Inexistência de prova inequívoca de regular constituição formal de juízo arbitral. Negaram provimento ao agravo de instrumento. Unânime.” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70004735007, Desembargadora Relatora Cláudia Maria Hardt, 2ª Câmara Especial Cível, julgamento 11/12/2002).

Ou seja, quando não instituída a arbitragem, conforme determina o artigo 19, da lei nº 9.307/96, e sendo necessária a concessão de medida de urgência, a parte

poderá se socorrer do Poder Judiciário para assegurar o seu direito ou o resultado útil do processo arbitral.

Com efeito, estando a parte impedida de ter prontamente o acesso ao juízo competente, admite-se sejam provisoriamente desprezadas as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela emergencial a outro Juízo. Carreira Alvim bem observa que nada impede o acesso à justiça estatal “quando ainda não instituída a arbitragem, dado o caráter urgente da medida, e porque para a instituição do juízo arbitral são necessários vários passos, caminhos, assinaturas de documentos, não podendo a parte interessada esperar.”³⁹

Nesse sentido, a decisão proferida pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça na Sentença Estrangeira Contestada nº 01 (2007/0156979-5), da Relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, publicado em 01.02.2012, estatui ser possível a convivência harmônica entre o Tribunal Arbitral e o Poder Judiciário. E, ainda que solicitada a medida de urgência perante este último, tal requerimento não implica em renúncia ao procedimento arbitral.

Acrescentamos, ainda, segundo doutrina de Carlos Alberto Carmona que as partes podem excluir, consensualmente, os poderes cautelares dos árbitros:

“É conveniente ressaltar que as partes podem excluir, consensualmente, os poderes cautelares dos árbitros. De fato, tendo em vista a autonomia da vontade dos contratantes – prestigiada pela Lei de Arbitragem – nada impede que na convenção de arbitragem estipulem as partes que eventuais medidas cautelares, se necessárias, sejam diretamente pleiteadas ao juiz togado. Mas ainda que assim seja convencionado, haverá um momento em que se entrecruzarão a competência do árbitro e a do Juiz: Deferida a medida cautelar pelo Juiz togado (seja em caráter liminar, por decisão interlocutória, sejam em caráter final, por sentença cautelar), tocará ao árbitro, ao proferir a decisão, manter ou cassar a medida cautelar: Se julgada a causa em desfavor da parte que obteve a medida cautelar (que objetiva proteger o resultado útil do processo), é evidente que a necessidade de sua cassação. Considerando-se que a

³⁹ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito Arbitral*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2004, p. 335.

sentença arbitral é irrecorrível, caberá ao árbitro fazer cessar os efeitos da medida cautelar que, depois da sentença, tornar-se-á desnecessária ou mesmo incongruente em relação ao que for decidido pelo árbitro.”⁴⁰

Nesse caso, as partes derrogam a competência do árbitro para concessão de medidas urgentes, passando tais questões unicamente para o Poder Judiciário. Embora questionável, colocamos tal posicionamento a fim de demonstrar a possibilidade de concessão de medidas de urgência também pelo Estado-Juiz.

Por fim, não obstante ainda em discussão a proposta de reforma da Lei de arbitragem⁴¹, então presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, é certo que, segundo o projeto, a lei de arbitragem irá tratar especificamente sobre as tutelas de urgência.

Segundo consta do referido projeto, antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para concessão da medida de urgência. Entretanto, a eficácia da medida cessará se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da decisão concessiva.

Uma vez instituída a arbitragem, segundo o projeto, caberá aos árbitros, manter, modificar ou revogar a medida cautelar de urgência concedida pelo Poder Judiciário. E, uma vez instituída a arbitragem, as tutelas de urgência serão requeridas diretamente aos árbitros.

Dessa forma, embora o Poder Judiciário tenha, salvo decisões contrárias, entendido, em casos excepcionais, pela possibilidade de conceder medidas de

⁴⁰ CARMONA, Carlos Alberto. Op., cit., p. 326.

⁴¹ Disponível em

www.stj.jus.br//portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111486, acessado em 27/09/2013, às 12:18h.

urgência em procedimentos levados para arbitragem, é certo que o Projeto de Reforma da Lei de Arbitragem, tal como hoje descrito, encerrará eventuais discussões sobre o tema.

3.3. DA EFETIVIDADE E EXECUÇÃO DA MEDIDA DE URGÊNCIA

Conforme adiantado acima, embora o árbitro tenha sido escolhido pelas partes para solucionar a lide levada a efeito pela convenção de arbitragem, é certo que o árbitro não possui poderes para que, de maneira coercitiva, possa fazer valer sua decisão.

“Vê-se, com meridiana clareza, que o legislador aproximou, ou melhor, equiparou a sentença arbitral à sentença proferida pelo Estado-Juiz, como ato de autoridade que decide o conflito e vincula as partes litigantes ao cumprimento da declaração, constituição, condenação, mandamento ou execução exarada pelo juiz ou tribunal privado, gerando todos os efeitos decorrentes da *coisa julgada*.

O que o árbitro ou tribunal arbitral não detém é o poder de *imperium* ou a força para ordenar esta ou aquela medida, seja provisória, seja definitiva. Nesse particular, seus poderes são limitados e não se comparam aos juízes togados. Tanto é que as medidas coercitivas ou cautelares que se fizerem necessárias serão solicitadas pelo órgão julgador privado ao Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa (art. 22, §§ 2º e 4º), assim como a execução forçada da sentença arbitral constitui título executivo judicial.

Diferentemente do árbitro do juiz togado, falta ao árbitro jurisdição ancorada em *imperium*, ou seja, aquela representada pelo poder de dizer, ordenar e fazer exercer compulsoriamente o direito afirmado. No mais, os poderes de ambos se equivalem, inclusive quanto aos efeitos das sentenças por eles proferidas (coisa julgada).⁴²

Assim, se consideradas a jurisdição estatal e arbitral, respectivamente, percebe-se que um elemento essencial se opõe. A primeira apresenta-se como função essencial do Estado (ligado ao detentor da Soberania), integra o serviço público e se reparte em diversas esferas de jurisdição. A segunda, de caráter privado e sem ligação orgânica com o detentor da Soberania, não está inserida em qualquer ordem

⁴² FIGUEIRA, Joel Dias. Op., cit., p. 156.

preestabelecida; goza de perfeita autonomia, respeitadas as regras contratuais, estatutárias ou legais que a governam.⁴³

É dizer que o Tribunal Arbitral tem competência para decidir definitivamente sobre determinado conflito, mas não tem força coercitiva para que possa determinar a execução da sua decisão pelas partes.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco:

“A convenção de arbitragem, que impede a tutela jurisdicional cognitiva por via judicial (art. 267, inc. VII...), não é impeditiva da execução forçada, porque os árbitros jamais podem ser investidos do poder de executar; existindo um título executivo extrajudicial, é lícito instaurar o processo executivo perante a Justiça estadual apesar da existência da convenção de arbitragem, porque do contrário a eficácia do título seria reduzida a nada.”⁴⁴

O Professor Carreira Alvim também dispõe:

“O árbitro dispõe de *iuridictio*, que lhe permite fazer justiça em nome do Estado, mas não o de *imperium* que lhe garanta os poderes necessários para adentrar na esfera de liberdade das partes, executando suas próprias decisões.”⁴⁵

No mesmo sentido, a doutrina de Joel Dias Figueira Jr.:

“O árbitro, apesar de deter uma parcela da jurisdição que lhe foi conferida pelos litigantes em convenção arbitral, não possui o poder de fazer valer a sua decisão de maneira coercitiva. Significa dizer que o árbitro ou colégio arbitral tem o poder de decidir a lide principal ou acessória, mas não possui a força para ordenar e fazer cumprir coercitivamente a sua determinação, ao inverso do que ocorre com o Estado-Juiz.”⁴⁶

⁴³ In OPPETIT, Bruno. *Justiça Estatal e Justiça Arbitral*. São Paulo: Revista Brasileira de Arbitragem, n. 25, Janeiro/Março de 2010, p. 185/195.

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. IV*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 83.

⁴⁵ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tratado Geral de Arbitragem*. Belo Horizonte, Ed. Mandamentos, 2000, p. 124.

⁴⁶ MARINONE, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 764.

Importante são as lições de Pedro A. Batista Martins:

“Uma das limitações da arbitragem está ligada à ausência de poder do árbitro para *impor* medidas coercitivas ou cautelares, no interesse das partes, e para a boa e efetiva realização da justiça. É nesse particular que se fraciona a jurisdição arbitral sem, contudo, anula-la, por lhe faltar o componente da *coercitio* privativo do Estado.”⁴⁷

No entendimento de Luiz Guilherme Marinone e Sérgio Cruz Arenhart⁴⁸, conforme anteriormente mencionado, não obstante entenderem sobre a necessidade de se buscar o Poder Judiciário para impor, coercitivamente, às partes a medida concedida pelos árbitros, por outro lado, acreditam que nada impede e tudo indica caber ao Poder Judiciário perquirir a legitimidade da decisão do árbitro, seja porque se trata de decisão provisória arbitral – que não se revestiria da estabilidade natural da sentença arbitral – seja em razão da autorização contida no art. 22, parágrafo 4º, da Lei de Arbitragem, combinada com o preceito descrito no artigo 33, parágrafo 3º, da mesma lei:

“De fato, não se tratando da decisão arbitral final, e havendo a necessidade de *impor ordem a alguém* (por conta da tutela de urgência) está-se diante do campo de exercício do Poder do Estado e este somente pode ser legitimamente exercido por meio – e segundo deliberação – das autoridades investidas nesse poder. Realmente, a *ordem* não se encontra no campo de disposição da parte, não *pertencendo* ao seu direito. Cumpre ao Estado valer-se desse tipo de comando – como exercício de força – quando entender necessário. E só quem pode decidir sobre a aplicação dessa força é a autoridade pública, jamais, o particular e, por via de consequência, o árbitro por ele escolhido.”⁴⁹

Assim, pode-se concluir: “O Juiz arbitral não possui *imperium*: Sua decisão transita em julgado, mas não tem força executória; não pode ordenar certas medidas cautelares ou conservatórias, a exemplo das penhoras.”⁵⁰

⁴⁷ MARTINS, Pedro A. Bastista. Op. cit., p. 361.

⁴⁸ MARINONE, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 764.

⁴⁹ MARINONE, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 784.

⁵⁰ OPPETIT, Bruno. Op. cit., p. 185/195.

Esse o entendimento exposto em julgados da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, da Relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrichi, já mencionados no presente trabalho:

“O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do (s) árbitro (s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de *imperium*.” (STJ, Recurso Especial nº 1297974/RJ, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrichi, julgamento 12 de junho de 2012).

“Além disso, é certo que o árbitro não tem poder coercitivo direto, não podendo impor, contra a vontade do devedor, restrições a seu patrimônio, como a penhora, e nem excussão forçada de seus bens. Essa é a interpretação que se extrai dos arts. 22, §4o, e 31, Lei 9.307/96, bem como do art. 475N, IV, CPC (correspondente ao antigo art. 584, VI, CPC), que exigem procedimento judicial para a execução forçada do direito reconhecido na sentença arbitral e para a efetivação de outras medidas semelhantes.” (STJ, Recurso Especial nº 944917/SP, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrichi, julgamento 18 de setembro de 2008).

Evidentemente, portanto, que a competência do juízo arbitral se limita ao deferimento da medida de urgência, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas perante o Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de *imperium*.

O Projeto de Reforma da Lei de Arbitragem, tal como consta atualmente, também alterará a lei 9.307/96 na questão referente à comunicação sobre as decisões proferidas pelos árbitros e não cumpridas pela parte – incluída tutelas de urgência – e que necessitarão do Poder Judiciário para seu cumprimento.

Consta do Projeto que o árbitro ou Tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão do Poder Judiciário pratique ou determine, dentro de sua competência territorial, o cumprimento da decisão arbitral.

Dessa forma, tal como consta no Projeto de Lei de Arbitragem, eventual concessão da medida de urgência pelo árbitro e, não cumprida pela parte, trará maior segurança do modo pelo qual o árbitro solicitará o cumprimento de sua decisão ao Poder Judiciário – detentor do poder de *imperium*, o que, de fato, acaba com eventuais discussões a esse respeito.

4. CONCLUSÃO

A arbitragem, método heterocompositivo de soluções de conflitos, tem natureza jurisdicional, uma vez que o árbitro exerce função, atividade e poder tal como um juiz.

O tema proposto relativo à concessão das tutelas de urgência na arbitragem é de suma importância, pois necessário se possa verificar sobre a possibilidade da concessão de tais medidas na arbitragem, verificando, inclusive, qual o órgão competente para tanto.

A lei de arbitragem, nº 9.307/96, apenas em seu artigo 22, parágrafo único faz menção sobre as medidas de urgência, sem, contudo, determinar expressamente sobre qual o órgão competente para sua concessão.

Evidente que o árbitro possui competência para conceder tais medidas de urgência, pois, uma vez submetido o conflito à sua apreciação, torna-se o árbitro competente em razão da convenção de arbitragem, faltando-lhe, no entanto, poderes coercitivos, que fica reservado, neste caso, ao Poder Judiciário.

Aliás, o entendimento doutrinário e de grande parte dos julgados é admitir a coexistência harmônica entre a arbitragem e Poder Judiciário. Ou seja, embora, via

regra, a competência para conceder medidas de urgência seja do árbitro, o Poder Judiciário contribui para o seu cumprimento, caso necessário.

Por outro lado, conforme acima exposto, em casos excepcionais, as medidas de urgência podem ser concedidas pelo Poder Judiciário, mesmo que as partes tenham escolhido a arbitragem para solução do litígio. Dessa forma, ficará afastada, ainda que de forma precária, a competência dos árbitros para a concessão de medidas urgente a fim de possibilitar que o Juiz Togado possa analisar e conceder tais medidas.

No entanto, para que isso ocorra, necessário que a arbitragem não esteja instituída e que a parte necessite de um provimento de urgência, ficando a decisão proferida pelo Poder Judiciário condicionada à confirmação pelo árbitro assim que instituída a arbitragem.

Portanto, de uma forma ou de outra, o que se pretendeu no presente trabalho foi demonstrar a possibilidade de concessão de medidas de urgência na arbitragem, a fim de evitar qualquer prejuízo às partes, estando tal competência, via de regra, em poder dos árbitros ou do Tribunal Arbitral. À exceção estará naqueles casos em que ainda não instituída a arbitragem. Neste caso, caberá ao Poder Judiciário, ainda que de forma precária, apreciar a medida de urgência, para posterior re-análise dos árbitros (quando instituída a arbitragem), a fim de evitar entraves desnecessários e, assim, resguardar o direito pretendido pela (s) parte (s) que necessita (m) da medida de urgência.

Bibliografia

ARMELIN, Donaldo. *Arbitragem. Antecipação dos efeitos da tutela. Ação de instituição de arbitragem procedente. Eficácia imediata, embora pendente apelação sem efeito suspensivo. Competência do Tribunal Arbitral para a concessão de antecipação dos efeitos da tutela.* Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, v. 06, julho/setembro de 2005.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional.* São Paulo: Lex Ed., 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas; *Arbitragem – Lei 9.307/96.* Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1997.

CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista. *Aspectos Fundamentais da lei de arbitragem.* Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei 9.307/96.* 03ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tratado Geral de Arbitragem.* Belo Horizonte, Ed. Mandamentos, 2000.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito Arbitral.* 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

COSTA, Nilton César Antunes. *Poderes do Árbitro – De acordo com a Lei 9.307/96*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CRETELLA JUNIOR, José. *Da Arbitragem e seu conteúdo categorial*. São Paulo: RT 643, 1989.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Arbitragem: Garantias constitucionais do processo e eficácia da sentença arbitral*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, n. 26, setembro/outubro de 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. IV*. São Paulo: Malheiros, 2004.

OPPETIT, Bruno. *Justiça Estatal e Justiça Arbitral*. São Paulo: Revista Brasileira de Arbitragem, n. 25, Janeiro/Março de 2010, p. 185/195.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução – Análise crítica da Lei 9307, de 23.09.1996*. 02ª ed., revista e atualizada, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

JÚDICE, José Miguel. *As Providências Cautelares e a Arbitragem: Em Que Estamos?* São Paulo: Revista Brasileira de Arbitragem, n. 28, Outubro/Dezembro de 2010, p. 110/125.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil – v. 2: Processo de Conhecimento*. 6ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, Antonio Claudio da Costa; *Código de processo civil interpretado: Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 9ª Ed., revista e atualizada, São Paulo: Ed. Manole, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 13ª edição, revista ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1759.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro: Exposição Sistemática do Procedimento*. 27ª ed., revista e atualizada, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1977, tomo XV.

SILVA e SILVA; Eduardo. *Arbitragem e Direito da Empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

SIMÃO, José Fernando; *A Natureza Jurídica da Arbitragem*. In GUILHERME ALMEIDA, Luiz Fernando do Vale de (coordenador); *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil*. Ed. Fiuza Editores, 2004.

RANZOLIN, Ricardo. *Controle Judicial da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2011.

LAMY, Eduardo de Avelar; PETEFFI DA SILVA, Rafael; STERSI DOS SANTOS; Ricardo Soares. *Competência para Concessão de Medidas Cautelares na Arbitragem*. RT vol. 213, Novembro de 2012, p. 313.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. Ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

www.stj.jus.br – acessado em 07 de setembro de 2013.

www.stf.jus.br – acessado em 21 de setembro de 2013.

www.trf2.jus.br – acessado em 22 de setembro de 2013.

www.tjsp.jus.br – acessado em 12 de outubro de 2013.

www.tjrs.jus.br – acessado em 12 de outubro de 2013.

www.tjgo.jus.br – acessado em 12 de outubro de 2013.