

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

MEDIDA CAUTELAR ARBITRAL

LUISA TORELLY RUIZ

RIO DE JANEIRO

2008

Ruiz, Luisa Torelly.

Medida cautelar arbitral / Luisa Torelly Ruiz. – 2008.

65 f.

Orientador: José Eduardo Carreira Alvim.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 62-65.

1. Arbitragem e Sentença - Monografias. I. Alvim, José Eduardo Carreira. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.4618

LUISA TORELLY RUIZ

MEDIDA CAUTELAR ARBITRAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. José Eduardo Carreira Alvim

RIO DE JANEIRO

2008

LUISA TORELLY RUIZ

MEDIDA CAUTELAR ARBITRAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Professor Dr. José Eduardo Carreira Alvim – UFRJ – Orientador

2º Examinador:

3º Examinador:

À minha mãe, que sempre me apoiou e me deu auxílio em todos os momentos de minha vida.

A meu namorado André, por todo carinho e paciência comigo nestes momentos tão importantes.

RESUMO

RUIZ, L. T. *Medida cautelar arbitral*. 2008. 65f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A presente monografia visa analisar a possibilidade de concessão de medidas cautelares pelos árbitros no curso de um procedimento arbitral. Para melhor compreensão do tema, o primeiro capítulo inicialmente volta-se à análise dos aspectos estruturais e característicos da própria arbitragem, analisando brevemente o contexto histórico de seu surgimento. Em um segundo momento é abordada a crise em que se encontra o judiciário, demonstrando como a arbitragem pode ser um meio eficaz para este entrave. O segundo capítulo terá como objeto de estudo o processo cautelar no direito processual civil brasileiro, demonstrando os requisitos necessários para a configuração da tutela cautelar, seus principais elementos e sua classificação segundo o direito positivo. O terceiro capítulo, em um primeiro momento, será dedicado ao estudo dos provimentos cautelares na Lei de Arbitragem, e de seu dispositivo que prevê a concessão de medidas cautelares no curso do procedimento arbitral; em um segundo momento será feita uma análise acerca da aplicabilidade dos elementos do processo cautelar previstos no Código de Processo Civil ao procedimento cautelar arbitral em curso. Por fim, o quarto capítulo visa explicar o processo cautelar arbitral em si próprio, com a demonstração das controvérsias sobre os limites dos poderes dos árbitros; os momentos propícios a sua instauração; a sua forma de efetivação; e o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a arbitragem.

Palavras-Chave: Arbitragem; Medida Cautelar.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

1 LEGISLAÇÃO

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

LA – Lei de Arbitragem

2 TRIBUNAIS

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ARBITRAGEM	10
2.1 Direito arbitral	10
2.2 Natureza jurídica	13
2.3 Evolução da justiça arbitral	15
2.4 Acesso à justiça	18
3 PROCESSO CAUTELAR	22
3.1 Tutela cautelar	22
3.2 Principais características das ações cautelares	24
3.2.1 <u>Instrumentalidade da tutela cautelar</u>	25
3.2.2 <u>Provisoriedade dos provimentos cautelares</u>	26
3.2.3 <u>Autonomia e dependência do processo cautelar</u>	27
3.2.4 <u>Revogabilidade da medida cautelar</u>	28
3.3 Requisitos da tutela cautelar: juízo de verossimilhança e perigo de dano	29
3.3.1 <u>Juízo de verossimilhança</u>	31
3.3.2 <u>Perigo de dano</u>	32
3.4 Classificação das medidas cautelares	33
3.4.1 <u>Medidas cautelares típicas e atípicas</u>	33
3.4.2 <u>Medidas cautelares preparatórias e incidentes</u>	35
4 PROCESSO CAUTELAR ARBITRAL	36
4.1 Medida cautelar na Lei 9.307/96	36
4.2 Institutos cautelares no processo arbitral	42
5 EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ARBITRAIS	46

5.1 Interação das jurisdições	46
5.2 Poderes dos árbitros e dos juízes togados	48
5.3 Classificação das cautelares arbitrais	50
5.3.1 <u>Cautelares incidentais</u>	50
5.3.2 <u>Cautelares preparatórias</u>	51
5.4 Efetivação da medida cautelar	53
5.5 Controle judicial da arbitragem	56
6 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo compreende a análise acerca da possibilidade de concessão de medidas cautelares durante o procedimento arbitral. Tema este de grande relevância no atual cenário econômico-comercial brasileiro, visto o crescente grau de desenvolvimento em que o país se encontra e a preferência, em escala mundial, por esta modalidade de solução das controvérsias.

A temática da arbitragem, como nova forma de solução de conflitos tem despertado a atenção de grande parte da sociedade jurídica, passando a ocupar lugar de destaque em sua doutrina, que ainda diverge muito acerca do tema, mas já o reconhece como uma das principais forma de desafogar o Poder Judiciário, assoberbado com a carga excessiva de processos associado a uma infra-estrutura desproporcional frente a esta enorme demanda.

A grande preocupação atual é a efetividade do processo, e o juízo arbitral insere-se nesta realidade de presteza e celeridade do trabalho jurisdicional, já que abandona o formalismo e o excesso de técnica tão prejudiciais ao andamento dos feitos. E justamente por tais fatos que, na atualidade, quase que a totalidade de contratos de comércio internacional contém cláusula arbitral.

Porém, para a completa adoção da arbitragem como forma alternativa de solução de conflitos, é necessário que seja concedida segurança jurídica a seus institutos, tal qual a medida cautelar arbitral, presentes então a confiança e certeza das partes acerca de sua eficácia e efetividade.

É dentro desse cenário que o presente estudo se desenvolverá, analisando, de início, no primeiro capítulo, os elementos básicos acerca da arbitragem, pois impossível falar-se sobre medidas cautelares na arbitragem sem antes apresentar o próprio instituto. Em um segundo momento será feito breve histórico acerca da evolução da arbitragem no país, e a crise em que o judiciário brasileiro encontra-se, com a demonstração da eficácia desse novo meio de solução de conflitos para reduzi-la.

O segundo capítulo terá como objeto de estudo o processo cautelar no direito processual civil, demonstrando os requisitos necessários para a configuração da medida cautelar, seus principais elementos e sua classificação segundo o direito positivo.

O terceiro capítulo, em um primeiro momento, será dedicado ao estudo dos provimentos cautelares na Lei de Arbitragem, quando surgem as grandes divergências entre os estudiosos do assunto, já que não há concordância sobre a interpretação do art. 22, § 4º, da LA, que prevê a concessão de medidas cautelares no curso do procedimento arbitral, e o limite dos poderes dos árbitros. Em um segundo momento será feita uma análise acerca da aplicabilidade dos elementos do processo cautelar previstos no Código de Processo Civil ao procedimento cautelar arbitral em curso.

Por fim, o quarto capítulo visa explicar o processo cautelar arbitral em si próprio, com a demonstração das controvérsias sobre os limites dos poderes dos árbitros; os momentos propícios a sua instauração; as formas de efetivação; e o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a arbitragem.

2 ARBITRAGEM

2.1 Direito arbitral

É inegável que a arbitragem vem adquirindo força nos últimos anos. No Brasil este desenvolvimento deve-se especialmente a promulgação da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), que conferiu novos contornos ao instituto no país, levando-o a uma posição mais próxima ao alinhamento com a tendência mundial.

Faz-se necessário definir o que vem a ser arbitragem, para que, em seguida, seja feita uma análise de sua função em nosso ordenamento jurídico, das benesses que tal instituto pode nos proporcionar e da efetividade que as medidas cautelares podem trazer-lhe.

Deve-se esclarecer, em preliminar, que a principal característica referente à arbitragem é o fato de ser um mecanismo alternativo de solução de conflitos, e segundo Carlos Alberto Carmona:

“A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial.”¹

Este meio alternativo de solução de litígios pode ser utilizado por qualquer pessoa, independentemente de esta ser física ou jurídica, pública ou privada, sempre que estas submetam suas disputas ao arbítrio de terceiro, não integrante do Poder Judiciário².

Seu objeto envolve de forma exclusiva direito patrimonial e disponível, sendo aqueles os direitos exercidos sobre bens que podem ser apreciadas quantitativa, econômica ou monetariamente, e estes os vinculados a bens alienáveis ou apropriáveis, que estão no comércio jurídico, e que a lei concede ao seu titular o direito de disposição. Já os direitos

¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9307/96**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 33.

² FIUZA, César Augusto de Castro. **Temas atuais de direito processual civil**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey 2001. p. 93.

indisponíveis são intransigíveis e como tais sobre eles não caberia a conciliação nem tampouco a transação, logo insuscetíveis de serem objeto do conflito na justiça arbitral³.

A implementação da arbitragem sempre deverá ser fundada no consenso das partes, convencionado através de estipulação escrita, realizado por meio de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, que nada mais é que uma obrigação de fazer, que exclui a apreciação da causa pela justiça estatal e submete a apreciação da controvérsia ao crivo exclusivo dos árbitros – terceiro, ou terceiros, desinteressados e imparciais, estranhos à situação, mas de confiança e escolha de ambos os litigantes.

A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes, em um contrato – em seu próprio corpo ou em instrumento apartado – comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios dele decorrentes, contemporâneos ou posteriores a ele.

Nos contratos de adesão a validade da pactuação da arbitragem está vinculada a sua redação ser de iniciativa da parte aderente ou em caso deste concordar, expressamente, com sua instituição, deve fazê-lo em documento anexo ou com visto ou assinatura especial para essa cláusula, que deverá estar destacada no contrato⁴.

O compromisso arbitral, por sua vez, é a convenção através da qual as partes submetem um litígio já existente à arbitragem, podendo o compromisso ser judicial ou extrajudicial. O judicial é aquele celebrado em juízo por termo nos autos. Extrajudicial é aquele decorrente de acerto entre particulares, por instrumento público ou assinado por duas testemunhas.

A diferença existente entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral diz respeito à qualidade do litígio, sendo este atual e específico, e aquele, em contrapartida, refere-se a litígio futuro e incerto. Caso haja acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, deve a parte interessada interpelar a outra para dar início à arbitragem, o que poder ser levado a efeito sem maiores formalidades, desde que haja comprovação de recebimento da interpelação, bem como dia, local e hora em que a parte deverá comparecer para celebrar compromisso arbitral.”

Se a parte convocada não comparecer ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, a outra parte interpelante estará autorizada a ingressar no juízo

³ LIMA, Cláudio Vianna de. “A arbitragem no tempo. O tempo na arbitragem.” **A arbitragem na era da globalização, coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros**. Coord. GARCEZ, José Maria Rossani. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 9-10

⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit. p. 35.

originariamente competente ao julgamento da causa para fazer valer o seu o direito de obter a execução específica da cláusula arbitral, com a conseqüente sujeição da controvérsia ao processo arbitral. Ressalte-se, outrossim, que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de forma que a nulidade desse não implica, necessariamente, na nulidade da cláusula compromissória. É autônoma e, se contiver todos os requisitos obrigatórios do compromisso arbitral, dispensa a celebração desse, evitando-se providências inúteis.

O direito brasileiro consagrou a cláusula compromissória e o compromisso arbitral como formas de convenção da arbitragem (art. 3º da LA⁵), momento a partir do qual a arbitragem estará instituída como forma de solução do litígio⁶. Mas somente será definitivamente instaurada quando o árbitro aceitar a sua nomeação – ou, em sendo mais de um, no momento em que o último deles aceitar o encargo. Sendo então, a partir deste momento iniciado o processo arbitral, segundo dispõe o art. 19 da LA⁷.

O árbitro dispõe da *jurisdictio*, sendo por isso autorizado a fazer justiça, por convenção entre as partes, em nome do Estado, o que não lhe garante a coercitibilidade de seus julgados, não possuindo, pois, o poder de império, sendo este reservado ao juiz de direito⁸.

Francisco Rezek afirma ainda que a arbitragem é “uma via jurisdicional, porém não judiciária, de solução pacífica dos conflitos internacionais”⁹. J. A. Carreira Alvim traz o seguinte conceito:

“a arbitragem é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. Esta definição põe em relevo que a arbitragem é uma especial modalidade de resolução de conflitos; pode ser convencionalizada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas. Os árbitros são juizes indicados pelas partes, ou consentidos por elas por indicação de terceiros, ou nomeados pelo juiz, se houver ação de instituição judicial de arbitragem; na “arbitragem” existe o “julgamento” de um litígio por “sentença” com força de coisa julgada.”¹⁰

⁵ “Art. 3. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

⁶ ALVIM, J. E. Carreira. **Direito Arbitral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2004, p. 203

⁷ “Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.”

⁸ ALVIM, J. E. Carreira Op. cit. p. 333

⁹ REZEK, J. F. **Direito internacional público: curso elementar**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 349

¹⁰ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit. p. 1 e 2.

Tal como ocorre no processo civil, a instauração da arbitragem acarreta a interrupção da prescrição, torna litigiosa a coisa, bem como induz a litispendência. Contudo, não existe prevenção no juízo arbitral, uma vez surgidos outros conflitos conexos, estes apenas serão levados à arbitragem caso seja celebrada nova convenção arbitral¹¹.

2.2 Natureza jurídica

A natureza jurídica do instituto da arbitragem sempre foi um tanto incontroversa, tanto no direito pátrio quanto no estrangeiro. Assim, antes mesmo antes da promulgação da Lei de Arbitragem, dividiu-se a doutrina, entre seguidores da teoria contratualista e da teoria jurisdicionalista¹².

Dentre os primeiros, também denominados privatistas, há a atribuição de um caráter privado ou contratual ao instituto, similar à transação. Haveria um mero acerto particular entre as partes, que teria como resultado uma decisão proferida por uma terceira pessoa. Afastado estaria o caráter jurisdicional, visto que o árbitro, por sua vez, não teria o poder de executar suas próprias decisões, restando ao judiciário o poder de transformá-la em sentença e impô-la as partes, podendo ainda ser apreciada o mérito ou a validade da sentença arbitral pelo juiz, se assim requerido.

Já aqueles que aderiram à teoria jurisdicional, também conhecida como publicista, atribuem ao instituto arbitral natureza processual, equiparando-a a jurisdição estatal. Tal efeito é atribuído em virtude da fonte de poderes dos árbitros, que é a vontade das partes, que provém da autonomia e eficácia da cláusula compromissória estatuída pelas partes, e que submete os contratantes ao juízo arbitral.

Pode-se ainda citar uma terceira corrente híbrida, que sustenta o caráter misto da arbitragem, e pode ser chamada de intermediária ou conciliadora. Segundo esta a arbitragem seria contratual quanto à decisão proferida pelo árbitro, que necessitaria de homologação do

¹¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 206

¹² SALLES, André Marcondes de. Efeitos da sentença arbitral. Net. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=202

judiciário para conferir-lhe executoriedade e obrigatoriedade, e jurisdicional quando posta em prática, pois tanto o juiz quanto o árbitro concorrem para a solução da controvérsia¹³.

Anteriormente à promulgação da Lei 9.307/96, era majoritária no Brasil a teoria contratualista, pois era necessária a homologação do laudo arbitral para sua executoriedade, fazendo coisa julgada somente o ato homologatório do juiz estatal e não propriamente a decisão proferida pelo árbitro. Todavia, como a referida lei conferiu ao ato decisório arbitral o nome e o *status* de sentença, assim como sua autonomia e eficácia, permitindo que faça, por si só, coisa julgada, e dispensando a homologação para sentenças arbitrais nacionais – o que é exigindo no tocante às sentenças arbitrais estrangeiras.

O legislador portanto, decidiu o impasse ao declarar no art. 12 da Lei de Arbitragem que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.” A mesma lei modificou o art. 475-N, IV, do Código de Processo Civil¹⁴, que passou a listar a sentença arbitral dentre os títulos executivos judiciais. Deste modo restou clara a adoção legal pela corrente que atribui caráter jurisdicional à arbitragem.

Ainda que a lei admita a natureza jurisdicional da arbitragem, a sentença arbitral resulta de atividade jurisdicional privada, de natureza contratual, impregnada de autoridade pública, fazendo-se indispensável a sua introdução no ordenamento estatal antes que seus efeitos possam ser reconhecidos ou apoiados pelo Poder Judiciário

Porém alguns doutrinadores pretendem nos demonstrar que independente do caráter público ou privado, contratualista ou publicista, atribuído à arbitragem, e que tem grande enfoque na maioria dos estudos sobre o tema, o que realmente importa é sua funcionalidade e transparência, e assim:

“O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo legal e termina com o ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial. Sirva, pois, esta evidência para demonstrar 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.”¹⁵

¹³ BAZO, Michelle Cristina. A arbitragem e os princípios constitucionais. Net, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5827&p=1>

¹⁴ “Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: IV – a sentença arbitral;”

¹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit. p. 46.

2.3 Evolução da Justiça Arbitral

É errônea a afirmação de que em nosso país não há histórico legislativo acerca do instituto, já que desde a Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824, há menção ao juízo arbitral. Porém é certo que sempre houve forte resistência no direito pátrio, o que o deixou enfraquecido por quase 170 anos, quando então veio a surgir uma legislação que realmente possibilitou a sua implementação.

O desuso da arbitragem decorre principalmente de empecilhos criados pelo Código Civil de 1916 e pelo Código de Processo Civil de 1939, culminado pelo de 1973, que possuía até mesmo um capítulo destinado a sua regulamentação, porém nenhum destes trazia qualquer dispositivo a respeito da cláusula compromissória – a arbitragem era instituível tão somente através do compromisso arbitral, além de exigir a homologação judicial do laudo arbitral para possibilitar sua exequibilidade, bem como a reserva das partes ao direito de apelarem dela, sem falar da vedação expressa da concessão de medidas cautelares pelo árbitro¹⁶.

Pontes de Miranda¹⁷ chegou até mesmo a asseverar que o juízo arbitral é “primitivo, regressivo mesmo, a que pretendem volver, por atração psíquica a momentos pré-estatais, os anarquistas de esquerda e os de alto capitalismo”, e mais: “é arma eficacíssima do capitalismo tardio, eliminador da concorrência e da segurança extrínseca”.

Porém estava claro que seria necessário auxílio externo para resolver a crise que o Estado, predominante paternalista e altamente intervencionista na vontade da nação encontrava-se – e certo é que nesta crise incluía-se o Poder Judiciário. A realidade de redução de custos e a maior celeridade no processo arbitral afastaram opiniões pessimistas e não permitiram o seu total abandono.

A atual Constituição é mais condescendente com o instituto do que as anteriores, referindo-se a ele em seu art. 114, § 1º e 2º¹⁸, possibilitando a sua utilização para a solução do

¹⁶ Idem. p.19-22

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, tomo XV, 1977. p. 344.

¹⁸ “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

§ 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas

impasse gerado ao frustrar-se a negociação coletiva entre empregadores e trabalhadores, e apesar da referência ser dirigida apenas à negociação coletiva não significa a sua não admissão nos dissídios individuais.

Questão que gerou grande polêmica no passado, e que por vezes é aplicada inadequadamente com o fim de frustrar o uso da arbitragem e invalidar a cláusula compromissória é o art. 5º, XXXV, da CF, segundo o qual: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Tal dispositivo não constitui óbice algum à implementação do sistema arbitral no Brasil, já que o direito do cidadão de acionar a justiça estatal permanece intocado, sendo-lhe permitida a liberalidade de solucionar seu conflito de outro modo que não o judicial. A escolha pela via privada é consensual, e a derrogação da jurisdição estatal ocorre por liberdade, capacidade e autonomia de ambas as partes envolvidas, mas sempre sobre o manto do Estado, legislador primário do instituto¹⁹.

Mas a arbitragem foi realmente consubstanciada no ordenamento jurídico brasileiro, no patamar infraconstitucional, através da Lei 9.307/96, fazendo com que adquirisse força no país.

O tema era anteriormente regulamentado pelo Código de Processo Civil, em capítulo próprio, que adotava a arbitragem em sua modalidade facultativa de “juízo arbitral”, pela qual as partes podiam submeter seu litígio ao árbitro, mediante compromisso, que o instituíam, observados determinados requisitos. Poderia ser decidida por um ou mais árbitros – sempre em número ímpar, que podiam decidir *secundum ius* ou *secundum equitatem*, apreciando tanto as questões de fato quanto às de direito. A decisão, entretanto, como já supra mencionado, nos seus elementos formais, sujeitava-se à homologação judicial. Mas uma das grandes diferenças existentes era que, enquanto o compromisso arbitral apresentava-se indispensável à instauração do procedimento, o mesmo não ocorria com a cláusula compromissória, que embora comum na prática brasileira constituía mera promessa de contratar, que não ensejava execução específica, mas condenação em perdas e danos em caso de inobservância do pactuado²⁰.

Devido a estas inúmeras falhas e obscuridades o capítulo pertinente ao instituto foi inteiramente revogado pela edição da Lei de Arbitragem prestigiou o princípio da autonomia

anteriormente.”

¹⁹ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit. p.29

²⁰ SALLES, Marcos Paulo de Almeida. “Da Coisa Julgada na arbitragem”. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, n. 51, p.12, outubro de 1997.

de vontade, de modo a evitar dúvidas quanto a sua aplicação²¹. Permitiu ainda a jurisdicionalização do instituto, possibilitando que a decisão final dos árbitros produza os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo o laudo arbitral um título executivo judicial – embora não oriundo do Poder Judiciário.

O instituto foi progressivamente incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, e sua aplicação é possível em diversos ramos do direito, como pode ocorrer (I) nos juizados especiais – há previsão legal no art. 24 da Lei 9.099/95²², havendo inclusive alguns estados brasileiros com impressionante desenvolvimento da arbitragem em sede de juizados; (II) na administração pública, em contratos administrativos ou com entes federativos – o que vem suscitando algumas controvérsias; e (III) nas relações trabalhistas, naquelas matérias laborais pecuniárias, com exceção às que se referem às normas de segurança e medicina do trabalho, que envolvam o trabalhador menor e outras áreas sensíveis.

Apesar de ampla previsão legal para a sua aplicação, o campo de maior atuação arbitral são os contratos de cunho comercial e societário, aos quais o instituto foi paulatinamente incorporado pelos advogados das partes contratantes, e nestes devemos incluir principalmente os contratos internacionais de comércio, nos quais a arbitragem é utilizada quase que com total exclusividade para a solução de seus conflitos e controvérsias.

Porém, ainda não há entendimento uniforme quanto à aplicação temporal da lei, isto é, para contratos que elegeram a arbitragem antes da vigência da nova lei. O entendimento predominante é o de aplicar a lei em vigor no momento da instauração da arbitragem. Similar é o entendimento unânime do STJ quanto à homologação e reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, aplicáveis, inclusive, para os processos em curso.

O Código Civil reforçou ainda a premissa da autonomia de vontade das partes contratantes, já presente no art. 1º da LA²³, ao afirmar nos arts. 851 e 852²⁴ que é admissível a solução do litígio por árbitros, desde que as partes tenham capacidade para contratar e que não estejam envolvidas questões de estado, de direito familiar ou pessoal, ou sem caráter estritamente patrimonial.

²¹ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit. p.265

²² “Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei.”

²³ “Art. 1. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

²⁴ “Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.”

2.4 Acesso à justiça

O direito, em uma visão demasiado formalista, pode ser definido como um sistema de normas produzido pelo Estado, visando sempre atingir seus fins sociais. O grande problema da atualidade é que essas normas acabam por desprezar o seu destino final, o sujeito, as instituições e o próprio processo²⁵.

A ciência jurídica não se limita a descrever normas, formas e procedimentos aplicáveis aos atos de instauração de um processo. Deve considerar custos, tempos, dificuldades e benefícios.

Devido ao alto grau de complexidade das normas, durante muito tempo o judiciário isolou-se do mundo externo, como se o processo fosse um fim em si mesmo, visão esta totalmente equivocada, já que o direito processual civil há de ser um instrumento de realização do direito material²⁶.

Aliada a este problema, a atual Constituição trouxe como epicentro a realização da pessoa humana, a garantia de seus direitos fundamentais e o pleno exercício da cidadania. Tais fatos levaram a uma releitura de todo o ordenamento infraconstitucional. Deste modo, o direito processual, que já se encontrava isolado, não tem sido capaz de atender à demanda da sociedade, que clama por uma justiça mais rápida e efetiva²⁷.

Essa crise em que se encontra o judiciário entrava a própria vida democrática do país, na medida em que as pretensões do cidadão quedam sem o devido retorno, impedindo a realização do próprio direito individual, que deve ser garantido pelo judiciário.

A enorme quantidade de processos que abarrotam os gabinetes e cartórios, problema majorado pelo amplo acesso à justiça garantido pela Carta Constitucional, levou a uma sobrecarga do judiciário, que não tem uma estrutura compatível com o elevado número de processos, o que torna a justiça morosa, fazendo com que uma causa simples acabe ficando

²⁵ LIMA, Cláudio Vianna de. Op. cit. p.11

²⁶ FIUZA, César Augusto de Castro. Op. cit. p. 84

²⁷ FIUZA, César Augusto de Castro. Op. cit. p. 74

anos sem qualquer tipo de solução, sendo impossível ao cidadão visualizar a aplicação do direito ao seu caso concreto.

Tais problemas são agravados pela complexidade e formalismo do processo civil, pelos altos custos e emolumentos processuais e pelo tempo consumido para solução judicial de um litígio.

Tal quadro vem sofrendo alterações, e emerge um novo senso prático na distribuição e visualização do acesso à justiça, com uma maior busca pela realidade, observando o cotidiano da sociedade brasileira em um contexto globalizado. São criadas leis mais claras, que buscam um equilíbrio entre eficiência e justiça, possibilitando um maior entendimento da população e uma melhor aplicação às situações de fato.

A Lei 9.307/96 regulamentou a arbitragem, que é uma forma alternativa de solução de controvérsias, meio este que pode vir a ser capaz de reduzir a demanda frente ao judiciário, resolvendo eficientemente os conflitos sociais, visto o maior grau de especialização e perícia dos árbitros, técnicos nos assuntos que virão a presidir.

O que se busca na justiça arbitral não é uma substituição do judiciário, mas sim uma parceria entre as duas, que viabilize os seus objetivos, que no caso são os mesmos: a solução do litígio, com a distribuição da justiça e satisfação do interesse das partes. Devendo ser levado em conta o fato de que muitas vezes a via arbitral necessita da jurisdicional para ser efetiva, devendo haver a interação entre o juiz togado e o árbitro, que poderá se manifestar em quaisquer das três fases da arbitragem. Na fase prévia, quando, diante de cláusula compromissória vazia, que é aquela que não possui os requisitos básicos, o judiciário deverá intervir para instituir judicialmente a arbitragem. Já no curso do procedimento arbitral, será preciso a intervenção judicial para a indicação de árbitro substituto; oitiva de testemunha que se recusa a comparecer ao tribunal arbitral; e cumprimento obrigatório de medida cautelar – que poderá ser prévia ou no curso do procedimento. Por fim, na fase de execução da sentença arbitral, quando condenatória²⁸.

O fato de haver a possibilidade de questionamento da decisão arbitral, através de ajuizamento, no órgão do Poder Judiciário, de ação declaratória anulatória da sentença arbitral, prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem – que poderá dar lugar à ação de embargos de devedor, prevista no art. 33, § 3º da mesma lei, quando se tratar de sentença condenatória – não leva ao enfraquecimento deste tipo de solução alternativa do conflito, já que só é

²⁸ LEMES, Selma Ferreira. O uso da medida cautelar no procedimento arbitral. Net. Disponível em http://www2.camara.gov.br/comissoes/cpcms/bdclippingespeciais.html/arbitragem.html/publicado29_08.html

possível à anulação do laudo arbitral em casos especiais, tais como: corrupção do árbitro; ausência de instrumento de convenção de arbitragem; ou transgressão dos poderes concedidos ao árbitro. Deve ainda ser levado em consideração o fato de que a arbitragem pressupõe a boa fé, e havendo má fé de uma das partes o caso certamente terminará na justiça convencional. É por tais fatos que no Brasil o número de processos pleiteando a anulação de arbitragem é muito pequeno.

Aspecto bastante positivo já demonstrado pela arbitragem é sua eficiência e rapidez na solução dos conflitos, seu procedimento é curto e a solução é rápida, o procedimento é muito mais simples que o judicial, os árbitros são de confiança das partes e possuem conhecimentos técnicos acerca da matéria, a decisão será exequível judicialmente, podendo ainda ser escolhido o direito aplicável à situação – sem trazer qualquer ofensa à soberania nacional.

São por tais motivos que a arbitragem vem crescendo no Brasil, principalmente no campo empresarial, em que as causas são normalmente mais complexas e o decurso do tempo pode levar a grandes prejuízos econômicos.

A integração da arbitragem no direito brasileiro tem uma importância maior do que se depreende em uma análise superficial. Mais do que simplesmente agilizar a solução de conflitos, a arbitragem perfaz um instrumento de resolução de conflitos de forma econômica e com grau maior de confiabilidade. O aspecto econômico se expressa em razão do deslocamento da estrutura decisória para a esfera privada, com menos gastos no judiciário é possível um maior aporte de recursos nas áreas sociais do Estado brasileiro. Além deste fator, há outra consequência positiva, a melhor qualidade das decisões, tendo em vista a jurisdição proferida por profissional da área específica.

Sem a arbitragem o Brasil propõe uma trave em seu desenvolvimento, com a morosidade na decisão dos negócios e o desvio de verbas públicas para fins que não investimento e custeio do aparato do judiciário.

3 PROCESSO CAUTELAR

3.1 Tutela cautelar

A teoria geral do processo cautelar no Brasil tem nítida inspiração na doutrina clássica italiana, e se alicerça no pensamento de juristas consagrados internacionalmente, tais como Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti.

A partir do momento em que ocorre uma possível lesão a um direito até o encerramento da morosa prestação da tutela jurisdicional por parte do Estado, com a declaração desse direito, os bens jurídicos envolvidos no processo correm perigo de deterioração a ponto de gerar uma inutilidade da própria prestação jurisdicional.

A tutela cautelar é um meio eficaz capaz de garantir a execução mediata da tutela jurisdicional, isto significa que este tipo de processo se destina a permitir a futura realização do direito substancial, o que ocorre devido ao fato de o processo cautelar ter por finalidade assegurar a efetividade de outro processo, o principal, ao qual o mesmo se liga necessariamente, e que tem um tempo de desfecho demasiadamente longo, capaz de prejudicar o objeto pretendido na medida assecuratória. Cria-se assim um meio de prevenção dos males no tempo²⁹.

Seguindo esse entendimento, vale trazer a lição de Luiz Fux³⁰, que ao discorrer sobre o conceito da tutela cautelar, afirma esta ser “um *tertium genus* de prestação jurisdicional, consistente num provimento servil às demais manifestações judiciais, capaz de resguardar as condições de fato e de direito necessárias à prestação da justiça com efetividade”. Em seguida aduz que:

“o processo de amadurecimento da decisão após a manifestação das partes impõe um lapso de tempo, por vezes prejudicial, posto que o objeto do juízo fica sujeito à mutações que podem frustrar o julgamento, quer por atos

²⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, volume III, 2006. p. 2.

³⁰ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 1549

maléficos perpetrados por uma parte contra o direito da outra antes do julgamento da causa, quer em função da própria natureza das coisas”³¹

Portanto, segundo esse entendimento, a tutela cautelar atribuída pelo Estado através da concessão de medidas cautelares tem por escopo a garantia da efetividade jurisdicional, mantendo-se as condições de fato e de direito necessárias ao julgamento do mérito. Além disso, a medida cautelar pode ser deferida não apenas dentro de um processo cautelar, como também, excepcionalmente, no processo de conhecimento, de execução e também em procedimentos especiais, desvinculados de um processo principal.

No momento em que é oferecida a tutela cautelar à parte, ainda não se é capaz de apurar com segurança se o seu direito subjetivo efetivamente existe e merece a tutela definitiva no processo de mérito, já que seu reconhecimento somente será possível após a plena cognição do processo principal. Assim, ao se eliminar uma situação de risco que envolve apenas o direito de um dos litigantes, o processo cautelar tutela de maneira provisória e subsidiária o interesse deste³².

É sob esse prisma que o legislador regulou o instituto no livro III do Código de Processo Civil afirmando, em seu art. 796³³, que o processo cautelar é sempre dependente de um processo principal. Tal dispositivo traz ainda a previsão de dois momentos em que o processo cautelar pode ser iniciado: antes do processo principal, quando seria antecedente ou preparatório (e neste caso poderia ocorrer tanto na via arbitral quanto na via judicial); ou no curso dele (neste caso seria eminentemente judicial)³⁴.

Percebe-se que, pelo fato de nem todas as medidas previstas no Livro III constituírem-se através de processo ou ação cautelar, a redação do art. foge desse preceito para trazer a noção de procedimento.

Com isso, já afirmava Ovídio A. Baptista da Silva, segundo lição de Carnelluti, que, “não visando o processo cautelar à produção de coisa julgada a respeito do interesse jurídico cuja proteção se pretende, é evidente que essa situação tenha reflexo sobre a estrutura do procedimento das ações de segurança”³⁵.

³¹ Ibid.

³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 35^a ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. II, 2003. p. 364

³³ “Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.”

³⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. p. 4

³⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **As ações cautelares e o novo processo civil**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p.47

A lição trazida por Vicente Greco Filho se coaduna com esse entendimento, mas restringe a finalidade do instituo ao afirmar que: “o processo cautelar e as medidas cautelares formam um tipo de atividade jurisdicional destinada a proteger bens jurídicos envolvidos no processo”³⁶. Em seguida traz a importante distinção entre os conceitos de processo cautelar e medida cautelar, comumente confundida nos tribunais pátrios:

“a medida cautelar é a providência jurisdicional protetiva de um bem envolvido no processo; o processo cautelar é a relação jurídica processual dotada de procedimento próprio, que se instaura para a concessão de medidas cautelares. O processo cautelar é o instrumento natural para a concessão e o deferimento de medidas cautelares, mas nem todas as medidas cautelares são determinadas ou deferidas em processo cautelar.”³⁷

Finalmente, o que não pode ser deixado de lado é a afirmação de que a tutela cautelar constitui uma garantia constitucional, consagrada pelo art. 5º, XXXV, da CF, o qual prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Isso porque não valeria permitir ao cidadão o acesso à justiça se a sentença final não tivesse condições de assegurar a efetividade do direito reconhecido ao vencedor da causa, o que também poderia ser considerado uma afronta ao princípio geral do devido processo legal.

3.2 Principais características das ações cautelares

A tutela cautelar tem lugar quando se visa resguardar um bem de natureza processual: a própria tutela jurisdicional. O objeto do processo cautelar não é resguardar diretamente o bem em litígio, porque este é o escopo do processo principal, mas impedir que se frustre a pretensão que se exerce naquele. Em suma, a pretensão cautelar pretende preservar a segurança processual, e tem pressupostos e fundamentos específicos, atendendo princípios que lhes são peculiares e lhe dão a necessária autonomia.

³⁶ FILHO, Vicente Greco. **Direito processual civil brasileiro**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 153

³⁷ Idem p.154

Diante de tais fatos podemos alcançar algumas conclusões, que atualmente são pontos pacíficos entre os estudiosos do processo civil acerca da tutela cautelar, sendo esta: (I) instrumental; (II) provisória; e (III) autônoma em relação ao processo principal, sendo ao mesmo tempo dele dependente; e (IV) revogável.

3.2.1 Instrumentalidade da tutela cautelar

Tal característica decorre da relação necessária existente entre o processo principal e o cautelar, que embora autônomo por seu objeto, não justifica sua existência por si mesmo, e sim como um instrumento de segurança da eficaz atuação daquele³⁸. As medidas cautelares não declaram direito algum, visam apenas à proteção do processo principal, pendente ou já ajuizado.

Utilizando-se da terminologia de Alexandre Câmara³⁹, o processo cautelar é “instrumento do instrumento”, já que o processo principal é um instrumento de realização do direito material e o processo cautelar é instrumento de realização do próprio processo principal.

Essa peculiaridade do processo cautelar, definida por Piero Calamandre⁴⁰, em sua obra pioneira, como “instrumentalidade hipotética ou processual” explica-se, em primeiro lugar porque o processo cautelar não é um fim em si mesmo, estando a serviço de um outro processo, e em segundo lugar, porque independe da certeza de decisão favorável a ser proferida naquele.

É possível ainda afirmar-se que no estudo desta primeira característica se insere a análise da referibilidade, já que toda medida cautelar se refere a uma situação substancial que se pretende proteger, além de ser um dado indicativo da cautelaridade. Isto explica também a razão pela qual o processo cautelar está sempre ligado a um outro processo – o principal, já que neste está regulada a situação acautelada, a que se refere à medida cautelar que tenha sido

³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 19ª ed. São Paulo: Livraria e editora universitária de direito ltda, 2000. p. 61

³⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. p. 22

⁴⁰ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, in opere giuridiche**. Nápoles: Morano, vol. IX, 1983. p.200

concedida. A inexistência deste elemento afasta a natureza cautelar da medida, tornando desnecessária a propositura da medida principal⁴¹.

Para Ovídio A. Baptista da Silva o provimento cautelar protege o direito, sem contudo, satisfazê-lo, assegurando tão somente a sua futura realização, ante o fundado receio de dano irreparável⁴².

3.2.2 Provisoriedade dos provimentos cautelares

Estabelecido desde já que o processo cautelar não representa um fim em si mesmo, porque tem a finalidade de assegurar a eficácia prática de uma futura decisão judicial, torna-se claro outro de seus atributos: a provisoriedade.

Segundo Humberto Theodoro Júnior⁴³, tal característica significa que o provimento cautelar não se reveste de um caráter definitivo, e ao contrário disto, destina-se a durar por um espaço de tempo delimitado, já que surge com a previsão de seu fim.

Já Alexandre Câmara⁴⁴ não defende a existência de tal característica, e sim afirma presente a temporariedade, que não seria sinônima a provisoriedade, que é mais restrita. Baseia-se na definição de Calamandrei para diferenciá-las, já que segundo o mestre de Florença:

“Temporário é, simplesmente aquilo que não dura para sempre, isto é, independentemente da superveniência de outro evento, tem, por si só, duração limitada; provisório é, por sua vez, aquilo que é destinado a durar enquanto não sobrevenha um evento sucessivo, à espera do qual o estado de provisoriedade permanece. Neste sentido, provisório equivale a interinal: ambas as expressões indicam o que é destinado a durar somente naquele tempo intermédio que precede ao evento esperado.”⁴⁵

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p.74

⁴² SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil, volume 1: processo de conhecimento**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 129

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 66

⁴⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. p. 24

⁴⁵ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, in opere giuridiche**. Nápoles: Morano, vol. IX, 1983. p. 168

Câmara não é o único a afirmar que este conceito de provisoriedade estaria equivocada. Guilherme Marinoni⁴⁶, também defende que a tutela cautelar estaria mais próxima à noção de temporariedade.

3.2.3 Autonomia e dependência do processo cautelar

Há sérias críticas na doutrina brasileira à aparente incoerência entre a proclamada autonomia da tutela cautelar e a dependência e instrumentalidade prevista pelo legislador no art. 796 do Código de Processo Civil.

Esta autonomia é decorrente dos próprios fins do processo cautelar, que são realizados independentemente da procedência ou não do processo principal., sendo por isso o provimento cautelar expressão de uma ação diversa daquela que procura a solução do litígio, embora exista, obrigatoriamente, uma coordenação entre ambas⁴⁷.

A autonomia do processo cautelar resulta da própria necessidade de assegurar o resultado útil do processo principal, o que determina a existência de uma ação onde as partes podem ser as mesmas da principal, porém, a causa de pedir (eventualmente) e o objeto (sempre) serão diversos. Isto acarreta a ocorrência não de uma mera pertinência temática, mas de um verdadeiro vínculo de continência entre a ação cautelar e a ação principal. Sendo a lide cautelar uma parte da lide principal, é natural uma dependência teleológica do processo cautelar em relação ao processo principal, visto que a função do primeiro é apenas garantir que o último atue na eliminação de uma lide, como assevera Galeno Lacerda:

“[...] a autonomia da função não significa independência teleológica, como se no processo cautelar houvesse uma finalidade *stante a se*, no sentido de que a função cautelar não atinge o objetivo último do processo jurisdicional que é a eliminação da lide, nem se esgota em si mesma, visto como, enquanto função jurisdicional, embora diversa, ela desaparece e se subsume na prestação definitiva de conhecimento ou de execução. Com efeito, enquanto no processo de conhecimento se pede a declaração do direito, com eventual condenação ou constituição (positiva ou negativa), e no de

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 64-65.

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 68-69

execução se trata da realização coativa do direito reconhecido, a função cautelar se singulariza pela outorga de segurança, com o objetivo de garantir o resultado útil de outras funções.”⁴⁸

É interessante ainda ressaltar que a autonomia do processo cautelar decorre dos próprios fins por ele visados, que se mostram diversos daqueles que o processo principal persegue, e que realizam independentemente de ser julgado procedente ou improcedente o pleito principal.

3.2.4 Revogabilidade da medida cautelar

É ponto pacífico entre os doutrinadores que as sentenças proferidas no processo cautelar não são aptas à formação de coisa julgada material. Alguns entendem que esta revogabilidade seria uma consequência decorrente da caracterização do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, como mérito ou condições da ação; para outros a coisa julgada no processo cautelar é sempre formal, em função do disposto no art. 807 do CPC⁴⁹, que prescreve a possibilidade de sua revogação ou modificação.

A medida cautelar pode ser modificada sempre que a situação fática que ensejou a sua concessão desaparecer, ou, ainda, quando alterada a situação empírica, relativamente ao processo principal.

Conforme conceituação legal ocorre a coisa julgada material quando a decisão de mérito proferida no processo se torna imutável e indiscutível, não sendo mais passível de recursos – art. 467 do CPC⁵⁰. A coisa julgada formal, por sua vez, diz respeito a imutabilidade da sentença no âmbito do mesmo processo, havendo, outrossim, a possibilidade que a parte proponha nova ação, com vistas a rediscutir a relação jurídica controvertida.

⁴⁸ LACERDA, Galeno; OLIVEIRA, C. A. Alvaro. Comentários ao Código de Processo Civil. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. VIII, tomo II, 1998. p. 34-35

⁴⁹ “Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.”

⁵⁰ “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

A revogabilidade pode ser feita no curso do próprio processo cautelar no qual a medida tenha sido deferida ou até mesmo depois de seu encerramento, no curso do processo principal cuja efetividade se pretenda assegurar. Deve ser decretada de ofício pelo juiz e determinada nos autos do processo cautelar – se este estiver em curso, ou do processo principal – se o cautelar já estiver encerrado⁵¹.

3.3 Requisitos da tutela cautelar: juízo de verossimilhança e perigo de dano

Atento a gravidade do ato que operaria a restrição de direitos fundamentais, o legislador estabeleceu como pressupostos genéricos indispensáveis a qualquer das espécies de antecipação de tutela a necessidade de: (I) prova inequívoca, e (II) verossimilhança da alegação. Desta forma, o *fumus boni iuris* deve estar especialmente qualificado, pois se exige que os fatos examinados com base em prova já produzida possam ser tidos como fatos certos, ou seja, exige-se que haja certeza (relativa) quanto à realidade dos dados alegados⁵².

Os conceitos de verossimilhança (probabilidade) e perigo de dano são conceitos comuns a qualquer modalidade de tutela antecipatória, seja cautelar ou de mérito. A sua concessão baseia-se na existência de prova inequívoca apta a convencer o juiz sobre a verossimilhança da alegação, e vem expressa no art. 273, do Código de Processo Civil :

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”

Observe-se que a palavra “poderá”, expressa no caput do artigo, não deve induzir o intérprete ao entendimento de que a antecipação de tutela seja uma mera faculdade da parte ou

⁵¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. p. 27

⁵² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2005. p.77

um ato discricionário do juiz, sendo entendimento majoritário consubstanciado do Superior Tribunal de Justiça que existiria um direito subjetivo à liminar, ou seja, um dever jurídico, e não uma mera faculdade com fez parecer o legislador, ao empregar inadequadamente a expressão⁵³.

Para Carreira Alvim⁵⁴, a ação cautelar, como espécie de ação, se sujeita às mesmas condições comuns de qualquer outra ação de conhecimento (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse processual), e como espécie de processo (processo cautelar), subordina-se aos pressupostos processuais ínsitos a qualquer processo de conhecimento (constituição e desenvolvimento válido e regular), não passando o *fumus boni iuris* (aparência do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo da demora) de meros critérios de julgamento.

Continua ainda o autor a refletir sobre o tema, fazendo comparações doutrinárias acerca da incerteza quanto à natureza do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, citando o posicionamento de alguns outros autores sobre o tema, e demonstrando a impossibilidade de consenso sobre o tema:

“Talvez por isso falte harmonia na doutrina quanto à natureza desses elementos: se devem ser tidos como “condições” da ação ou como o próprio “mérito” da causa. Assim, para Pestana Aguiar são condições específicas da admissibilidade da ação, Ovídio Baptista da Silva, na sua obra, As ações cautelares e o novo processo civil, referindo-se a esses elementos ora afirma constituírem pressupostos ou condições da ação cautelar, ora serem propriamente o mérito da controvérsia cautelar; para Humberto Theodoro Júnior são condições especiais da ação cautelar; Cândido Dinamarco considera o *periculum in mora* condição especial da ação cautelar, e o *fumus boni iuris* matéria relacionada ao mérito; Sydney Sanches admite, na ação cautelar, além das condições gerais (possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade), matéria concernente ao mérito, em que se convertem os requisitos especiais do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.”⁵⁵

3.3.1 Juízo de verossimilhança

⁵³ ALVIM, J.E. Carreira. **Tutela Antecipada**. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 36-37

⁵⁴ Idem. p.30

⁵⁵ Idem. p.31

O requisito da verossimilhança, que significa nada mais nada menos que um juízo de probabilidade, calcado em cognição sumária, se caracteriza pela realização de uma análise da situação fática refletida na inicial e, posteriormente, da plausibilidade do direito alegado⁵⁶.

Segundo comentário de Beatriz Catrina Dias, podemos entender quanto a verossimilhança:

“Por verossimilhança entende-se algo semelhante à verdade. De acordo com esse princípio, no processo civil o juiz deverá se contentar, ante as provas produzidas, em descobrir a verdade aparente. Como refere Ovídio A. Baptista da Silva, citando Wach e Calamandrei, o estabelecimento dos fatos através das provas colhidas num determinado processo judicial e a convicção sobre eles formada jamais poderão afastar a possibilidade de que o contrário possa ter ocorrido; por isso, a verdade dos fatos judiciais não passa de simples verossimilhança. Acentua Ovídio a observação de Calamandrei acerca da afirmação de Wach de não ser a comprovação da verdade a finalidade do processo civil.”⁵⁷

Apesar do art. 273 do CPC falar em verossimilhança da alegação e prova inequívoca, uma não pressupõe a outra, não dependendo o juiz, necessariamente da prova para se convencer da verossimilhança da alegação, podendo basear-se exclusivamente em fatos incontrovertidos, não carentes de demonstração, detendo-se no simples exame do direito⁵⁸.

Além disso, a questão da interpretação correta do conceito de prova inequívoca é bem controversa, uma vez que os fatos e o direito que parecem inequívocos para um juiz podem não o ser para outro, sendo tal conceito eivado de grande subjetivismo. Por isso, como bem afirma Humberto Theodoro Júnior⁵⁹, caso haja necessidade de prova, “terá, no entanto, de ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável”.

É devido a tais fatos que no julgamento de um pedido de uma tutela de urgência diversas vezes o juiz fica em dúvida, entre o sim e o não, devendo romper essa situação de incerteza e formar uma opinião. E isso explica como o juízo singular pode ou não coincidir

⁵⁶ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da Tutela Antecipada: Doutrina e Jurisprudência**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 137.

⁵⁷ DIAS, Beatriz Catarina. **A Jurisdição na Tutela Antecipada**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 21

⁵⁸ ALVIM, J.E. Carreira. Op. cit. p. 41

⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Tutela de Segurança.” **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 882, p.2. out./dez. 1997

com o do tribunal, já que o intelecto de cada julgador se posiciona de forma diversa diante da alegação e da prova⁶⁰.

3.3.2 Perigo de dano

Outro requisito exigido pelo legislador para concessão da tutela é aquele tratado no inciso I do art. 273 do CPC, o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”. Tal temor de dano não pode traduzir mera preocupação subjetiva da parte que o alega. Precisa ser objetivamente demonstrado, através de fatos e circunstâncias que, à falta da medida antecipatória, darão ensejo à ocorrência de dano irremediável.

A expressão prova inequívoca deve ser entendida como aquela que não possui equívocos, que é clara e evidente. Porém, a uma primeira vista pode parecer que só caiba a concessão da medida cautelar quando a pretensão se assente em prova documental, o que, contudo, não é verdadeiro. Os fatos alegados podem prescindir de prova documental, quando incontrovertidos, mas quando a demanda envolver matéria apenas de direito, os fatos geralmente não carecerão de prova⁶¹.

Ovídio A. Baptista da Silva⁶², diferenciando as medidas cautelares das tutelas antecipadas, afirma que ambas necessitam do pressuposto do citado inciso, mas que “todavia, o que irá caracterizar a natureza do provimento será seu respectivo conteúdo”. Continua, ainda, aduzindo, que:

“se ele antecipar os efeitos da sentença de procedência, em demanda satisfativa – ante o fundado receio de dano irreparável – , o provimento terá naturalmente caráter também satisfativo, logo não cautelar. Se, ao contrário, ante o mesmo fundado receio de dano irreparável, protege-se o direito sem satisfazê-lo, apenas assegurando sua futura satisfação (realização), então o provimento será cautelar”.

⁶⁰ ALVIM, J.E. Carreira. Op. cit. p. 47

⁶¹ Idem. p.59-60

⁶² SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. cit. p. 128-129

Marinoni⁶³ afirma ser possível ao autor pleitear na petição inicial tanto a prova documental, testemunhal ou a pericial antecipadamente realizada, assim como laudos e pareceres de especialistas, oitiva de testemunhas ou do próprio réu (desde que informalmente), tendo cada uma dessas provas um valor diferente a ser atribuído pelo julgador.

3.4 Classificação das medidas cautelares

Há várias classificações de medida cautelar na doutrina, ora quanto à natureza, ora quanto ao procedimento, ora quanto à eficácia. Entretanto, como bem afirma José Frederico Marques⁶⁴, não há interesse prático nessa classificação, ficando sempre num plano transcendente, razão pela qual será abordada apenas a classificação formal exposta pelo autor, extraída do Código de Processo Civil.

3.4.1 Medidas cautelares típicas e atípicas

As medidas cautelares típicas ou nominadas são objeto das ações reguladas sob a denominação de “procedimentos cautelares específicos”, previstas no capítulo II, livro III do Código de Processo Civil. Nesse caso, o legislador estabeleceu hipóteses de procedimento comum (art. 888 do CPC) e de procedimento específico para cada tipo de provimento cautelar buscado pela parte. São estes últimos os casos de arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão, exibição, produção antecipada de provas, alimentos provisionais, arrolamento de bens, justificação, protestos notificações e interpelações, homologação do penhor legal, posse em nome do nascituro, atentado, além do protesto e da apreensão de títulos (art. 813 até 887 do CPC).

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.162-163

⁶⁴ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Millenium, vol. V, 2000. p.440

Segundo Humberto Theodoro Júnior⁶⁵, as medidas de natureza em essencial cautelar estão subdivididas em medidas para assegurar bens - visando garantir uma futura execução forçada ou um futuro estado de coisas – pessoas – compreendendo a guarda provisória de pessoas ou as destinadas a satisfazer suas necessidades urgentes e prova – quando se coletam elementos de convicção a serem utilizados futuramente.

As medidas cautelares atípicas ou inominadas compreendem o que se convencionou chamar de “poder geral de cautela” do juiz, consubstanciado no art. 798 do CPC, e com procedimento comum regulado nos arts.s seguintes.

Segundo Carreira Alvim⁶⁶, via de regra, as medidas cautelares estão condicionadas ao pedido da parte interessada (art. 798 do CPC⁶⁷), só sendo facultada sua concessão pelo juiz, *ex officio*, nos casos expressos em lei (art. 797 CPC⁶⁸).

Dessa forma, percebe-se que a função cautelar não fica restrita às providências típicas, já que o objetivo da tutela cautelar é evitar qualquer situação de perigo que coloque em risco a eficácia e a utilidade do processo principal, podendo o juiz determinar outras medidas provisórias que julgar adequadas, desde que cumpridos os requisitos do juízo de verossimilhança das alegações e presente o perigo de dano, presentes em todo o tipo de provimento cautelar.

3.4.2 Medidas cautelares preparatórias e incidentes

A segunda classificação legal, prevista no art. 796 do CPC, divide as medidas cautelares conforme o momento em que são deferidas, podendo assim ser incidentes ou preparatórias.

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. II, 2003. p. 356

⁶⁶ ALVIM, J.E. Carreira. Op. cit. p.38

⁶⁷ “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

⁶⁸ “Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.”

As medidas preparatórias são aquelas que antecedem a propositura da ação principal, sendo sua nomenclatura conferida pelo art. 800 do CPC⁶⁹, o que é criticado na doutrina tendo em vista que a tutela cautelar não visa preparar o processo principal, mas sim garantir a sua eficácia e utilidade, e as medidas realmente preparatórias não são medidas de segurança, mas sim requisitos ou condições da ação principal. Melhor seria classificá-las em antecedentes ou precedentes⁷⁰.

As medidas incidentes são aquelas que surgem no curso do processo principal, como incidentes dele.

4 PROCESSO CAUTELAR ARBITRAL

⁶⁹ “Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.”

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 19ª ed. São Paulo: Livraria e editora universitária de direito ltda, 2000. p. 86

4.1 Medida cautelar na Lei 9.307/96

Trilhando caminho mais moderno, assim como vem ocorrendo com diversos sistemas jurídicos estrangeiros, visando assegurar ao árbitro poderes mais contundentes, de modo a evitar-se delongas ou pleitos procrastinatórios, o legislador nacional, apesar de nossa falta de costume e hábito na utilização da arbitragem, e da cultura de paternalismo estatal arraigada no inconsciente coletivo da nação (na qual o Estado compete a ocupação e o exercício das funções existentes nas diversas áreas, se não em todas, e onde se encontra o cidadão), optou por avançar e demarcar posição mais abrangente quanto aos efetivos poderes do árbitro e a eficácia de suas determinações, no que tange aos conteúdos dos preceitos constantes do art. 22, mais notadamente na previsão contida no § 4º da Lei de Arbitragem⁷¹.

A Lei 9.307/96 alterou profundamente a história do instituto da arbitragem em nosso país, substituindo diversos conteúdos dotados de ineficiência do sistema anterior, possibilitando a ampliação dos poderes e maior independência aos árbitros, visto que no passado o assunto era regulado pelo Código de Processo Civil, que trazia em seu corpo uma estrutura antiquada e proibitiva. O capítulo pertinente ao assunto continha dispositivos ultrapassados em relação ao contexto internacional, como aquele do art. 1086, I e II⁷², que trazia expressamente em seu texto ser defeso à decretação de medidas coercitivas e cautelares pelo juízo arbitral, o que significava que, frente à necessidade de decretação da tutela cautelar no curso do procedimento, que visasse assegurar direitos de uma das partes, tanto sua efetivação quanto a sua decretação dependeriam do juízo estatal originariamente competente para o julgamento do conflito.

⁷¹ MARTINS, Pedro A. Batista. “Da ausência dos poderes coercitivos e cautelares dos árbitros”. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Coord. MARTINS, Pedro A. Batista; FREITAS, Selma M. e CARMONA, Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.359 e 360

⁷² “Art. 1086 – O juízo arbitral pode tomar depoimento das partes, ouvir testemunhas e ordenar a realização de perícias. Mas é defeso: I – empregar medidas coercitivas, quer contra as partes, quer contra terceiros ; II – decretar medidas cautelares;”

No atual ordenamento jurídico brasileiro, o art. 22, § 4º da Lei de Arbitragem⁷³ possibilitou a concessão de medidas cautelares na arbitragem, revogando sua proibição presente no Código de Processo Civil. Porém o fundamento legal foi genérico ao afirmar que os árbitros “podem” solicitá-las ao juízo estatal, já que não esclareceu quem analisaria o mérito dessas medidas, se o Poder Judiciário, através de solicitação do juízo arbitral, ou o próprio tribunal arbitral; e sendo este o caso, não demonstrou a lei se apenas “podem” ser concedidas medidas cautelares ou coercitivas quando expressamente autorizadas pela convenção de arbitragem ou pelo estatuto da entidade arbitral escolhida; ou se também “podem” quando silentes a convenção ou estatuto; ou ainda se “podem” quando vedada sua concessão pelo estatuto.

Deste modo, discute-se na doutrina se o árbitro possui ou não o poder de decretar medidas cautelares, extremado-se posicionamentos entre os mais ortodoxos, que negam ao árbitro o poder cautelar *lato sensu*, e heterodoxos, reconhecendo-lhes o poder de decretar mas não o de efetivar as medidas cautelares⁷⁴.

Para Sérgio Bermudes⁷⁵ a expressão “havendo necessidade”, associada a frase “ressalvado o disposto no § 2º”, e ambas cumuladas a sistemática da lei e a finalidade da arbitragem, apontam no sentido de que o tribunal arbitral, salvo quanto à condução da testemunha, possui competência para aplicar medidas coercitivas. Afirma ainda que a segunda parte do § 2º do art. 22 demonstra que aos árbitros, ou ao árbitro, faltam apenas a competência para a efetivação da medida coercitiva, quando dela depender do uso da força. Pode-se assim concluir que a lei é peremptória ao proibir o uso da força pelo próprio tribunal arbitral; não porém, a decretação delas.

Em estudos sobre o tema Carlos Alberto Carmona⁷⁶ manifestou-se no mesmo sentido, defendendo que a parte interessada na concessão da tutela deve dirigir-se ao árbitro, e não ao

⁷³ “Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, 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.”

⁷⁴ ALVIM, J.E. Carreira. **Direito Arbitral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2007. p. 334.

⁷⁵ BERMUDES, Sérgio. “Medidas coercitivas e cautelares no processo arbitral”. **Reflexões sobre arbitragem**. Coord. MARTINS, Pedro A. Batista; e GARCEZ, José Maria Rossani. Rio de Janeiro: LTR, 2002. p.279

⁷⁶ CARMONA, Carlos Alberto. “Das boas relações entre os juízes e os árbitros”. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, n. 51, p.21-22, out. 1997

juiz togado, formulando seu pedido fundamentadamente; por sua vez, o árbitro, considerando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* concederá a liminar. Afirma ainda que se a medida determinada pelo árbitro for cumprida sem qualquer tipo de resistência não será nem mesmo necessário o concurso do Poder Judiciário.

Assim também defende o professor J. E. Carreira Alvim, segundo o qual:

“Vincular o juízo arbitral ao togado, na eventualidade da necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, além de nada acrescentar em termos de proteção aos direitos constitucionais, presta-se a restringir os poderes jurisdicionais do árbitro, pondo toda a arbitragem na dependência de uma justiça sabidamente lenta, e que não tem condições de dar respostas satisfatórias às necessidades imediatas das partes interessadas. Se o árbitro dispões de poderes para resolver o próprio mérito do litígio, nos quais foi investido por um ato de confiança das partes, por que não teria para conceder um simples provimento antecipatório, que não passa de antecipação dos efeitos da decisão de mérito.”⁷⁷

Este é o caminho natural do instituto, e em linha com o princípio de “na dúvida, pró-arbitragem”⁷⁸, alguns outros grandes nomes do direito também se manifestam em sentido favorável à concessão de medidas cautelares pelo árbitros, tais como: Alexandre Freitas Câmara⁷⁹, Joel Dias Figueira Júnior⁸⁰, Pedro Batista Martins⁸¹, Sidnei Beneti⁸² e Selma Maria Ferreira Lemes⁸³.

Dentre os citados autores, os quais se posicionam a favor da independência do árbitro, alguns se manifestam ainda acerca da liberdade das partes nas estipulações do compromisso arbitral. J. A. Carreira Alvim⁸⁴, Sidnei Beneti⁸⁵ e Carlos Alberto Carmona⁸⁶ afirmam que é plenamente possível às partes pactuarem de forma a autorizar ou vedar o uso de medidas cautelares no procedimento arbitral, devido a autonomia da vontade das partes contratantes privilegiada pela Lei de Arbitragem.

⁷⁷ ALVIM, J.E. Carreira. Op. cit. p. 335-336

⁷⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. Op. cit. p. 358

⁷⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem – Lei nº 9.307/96**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2005. p. 99

⁸⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Op. cit. p. 221

⁸¹ MARTINS, Pedro A. Batista. Op. cit. p. 362

⁸² BEBETI, Sidnei. Op. cit. p. 102

⁸³ LEMES, Selma Maria Ferreira. “A inteligência do art. 19 da Lei de arbitragem (instituição da arbitragem) e as medidas cautelares preparatórias”. **Revista de direito bancário do mercado de capitais e da arbitragem**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, n. 20, p. 418, abr.-jun. 2003 – ano 6

⁸⁴ ALVIM, J.E. Op. cit. p.342

⁸⁵ BENETI, Sidnei. Op. cit. p. 102

⁸⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9307/96**. 2ª ed. São Paulo: Atlas 2006. p.267-268

No caso de silêncio acerca da medida acautelatória na convenção arbitral, Arreira Alvim defende que “esse poder continua existindo, por ser da essência do próprio *iudicium*, só não podendo o árbitro exercitar os poderes que resultam do *imperium* (que ele não possui)”⁸⁷.

Contudo, não há como se negar totalmente o acesso à jurisdição estatal às partes, ainda que expressamente vedadas na convenção de arbitragem, já que tal vedação infringiria o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, constitucionalmente previsto como um direito fundamental – art. 5º, XXXV, CF⁸⁸. Nada impede também que na convenção de arbitragem se estipule que eventuais medidas cautelares serão pleiteadas diretamente ao juiz togado, podendo esta ser cassada ou confirmada pelo árbitro em sua decisão final⁸⁹.

Interessante ponto de vista a ser observado é aquele proposto por Pedro Batista A. Martins⁹⁰ acerca dos limites do poder dos árbitros. Ele relembra a natureza contratual do compromisso arbitral, não obstante a produção de seus efeitos no campo processual, e afirma vigor o princípio da relatividade do contrato firmado pelas partes, que tem como consequência a limitação da competência das decisões dos árbitros em relação a terceiros, devido a falta de liame jurídico tais provimentos podem afetar somente as partes contratantes, ou seja, aquelas diretamente envolvidas no conflito, e que se subordinaram a jurisdição arbitral.

Para Paulo Cezar Pinheiro Carneiro⁹¹ haveria a possibilidade do deferimento de cautelares no juízo arbitral, desde que expressamente autorizado pela convenção de arbitragem instituída pelos litigantes, o que significa que, *a contrariu senso*, a omissão do compromisso arbitral sobre o tema significaria a impossibilidade de sua decretação pelo árbitro.

Apesar destas disposições, pela inteligência do parágrafo único do art. 19 da Lei de Arbitragem é possível a elaboração de um adendo, firmado conjuntamente pelo árbitros e pelas partes, que passará a integrar a convenção de arbitragem, e explicitará alguma questão obscura ou não suficientemente clara.

Em sentido contrário a todas as manifestações supra mencionadas há quem negue a independência conferida pela nova legislação aos árbitros, e ainda afirme que “havendo a

⁸⁷ ALVIM, J.E. Carreira. Op. cit., p.82

⁸⁸ BENETI, Sidnei. Op. cit. p. 103

⁸⁹ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit. p.268

⁹⁰ MARTINS, Pedro A. Batista. op. cit. p. 362

⁹¹ CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. “Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem”. **Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. Coord. CASELLA, Paulo Borba. São Paulo: LTR, 1997. p. 131 e 156

necessidade de medidas coercitivas ou cautelares os árbitros poderão (...) solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa”⁹².

Para Humberto Theodoro⁹³ o compromisso arbitral não possui nem mesmo o poder de investir os louvados árbitros na jurisdição, que permanece em poder dos magistrados, representantes do Estado-juiz. E por tal razão, em casos de juízo arbitral, a competência para conceder medidas cautelares não é dos árbitros, e sim do juiz togado que seria originariamente competente para julgar a causa – este também é o competente para homologar o laudo arbitral, momento a partir do qual passará a ter força de sentença.

João Roberto Parizatto⁹⁴ também sustenta a posição de que o árbitro não possui jurisdição, crendo assim ser-lhe defeso a tomada de qualquer medida coercitiva ou cautelar – assim como era previsto nos incisos I e II do art. 1086 do Código de Processo Civil revogado pela Lei 9307 – que uma vez necessárias e explicitadas devem ser requeridas ao juiz que seria originariamente competente para decidir a causa caso não fosse instaurada a arbitragem.

Sem qualquer intenção de desmerecimento da opinião de alguns dos ilustres autores aqui mencionados, os quais se posicionaram em favor da proibição de concessão de medidas cautelares pelos árbitros por falta de competência ou jurisdição, esta não parece ter sido esta a intenção do legislador, do empresariado e dos juristas especializados que em conjunto elaboraram o projeto de Lei 70/92 que em 23 de setembro de 1996 tornou-se a Lei 9.307/96. O novo diploma legal pretendeu substituir o ineficiente juízo arbitral até então previsto em nossa legislação em capítulo do Código de Processo Civil, por uma nova regência inserida nos padrões atuais, concedendo maiores poderes ao árbitro, no qual as partes pudessem confiar maior segurança jurídica e técnica nas suas decisões e maior independência ao juízo arbitral, que não mais precisa submeter suas decisões a homologação do judiciário – art. 18 da LA⁹⁵.

A jurisprudência pátria já vem manifestando seu posicionamento acerca do tema, demonstrando-se favorável a concessão de medidas cautelares por juízos arbitrais, desde que haja previsão de instituição de juízo arbitral para solução do litígio, não sendo nem mesmo necessária cláusula expressa acerca de medidas cautelares:

⁹² LIMA, Cláudio Vianna de. **Curso de introdução à arbitragem**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p.136.

⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p.120.

⁹⁴ PARIZATTO, João Roberto. **Arbitragem, comentários à Lei 9.307, de 23.9.96**. 4ª ed. São Paulo: Editora de Direito, 1997. p. 83

⁹⁵ “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

“Medida cautelar de exibição de livros e prova pericial – sentença que julga extinto o processo em razão de cláusula contratual que prevê o compromisso arbitral – orientação correta na espécie – recurso provido em parte apenas para cancelar os honorários advocatícios.”⁹⁶ (grifou-se)

Percebe-se então que a tendência dos tribunais é pela valorização do acordo de vontades pactuado pelas partes, tendo estas amplos poderes para estabelecer o que desejarem, sendo possível inclusive a renúncia ao tribunal arbitral com a escolha do juízo estatal para a concessão de cautelares:

“Apelação cível, medida cautelar. Contrato de opção para compra de direitos de pesquisa e lavra mineral em caráter irrevogável e irretroatável. Empresa compradora que busca impedir a prática de ato de cessão, transmissão, venda, transferência, alienação ou oneração de qualquer parcela dos direitos minerários para terceiros, porquanto pago parte do preço e adimplidas suas obrigações. Cláusula de arbitragem que não impede a análise do pedido cautelar, por não se tratar de discussão acerca das condições do contrato, de sua validade ou existência, o provimento judicial pleiteado é meramente acautelatório, a fim de evitar, temporariamente e apenas até que haja decisão do juízo arbitral, que os direitos minerários disputados sejam transferidos a terceiros, existência de expressa cláusula contratual tratando de medidas cautelares judiciais, elegendo o foro da comarca da capital do rio de janeiro a possibilidade de a parte, anteriormente à instauração do juízo arbitral, buscar provimento liminar perante o poder judiciário. Vem sendo reconhecida pela doutrina e jurisprudência precedentes dessa corte. Apelo provido para determinar o prosseguimento da demanda.”⁹⁷ (grifou-se)

Para continuidade do presente estudo faz-se necessário a adoção de posicionamento acerca do tema, e este será aquele que parece resultar da vontade legislativa manifestada na Lei de Arbitragem, e perfeitamente compatível com as regras processuais, segundo o qual, em curso a arbitragem, venham os provimentos antecipatórios, cautelares ou satisfativos a ser outorgados pelo árbitro, intervindo o Poder Judiciário somente se houver necessidade de adoção de atos coercitivos⁹⁸, permanecendo assim a autonomia de vontade das partes contratantes.

Outra dúvida que não ficou esclarecida acerca da aplicabilidade do instituo refere-se ao seu *modus operandi*, ou seja, se realmente, como vem se consubstanciando na doutrina e jurisprudência dominante, couber ao árbitro conceder a tutela e ao juiz efetivá-la, como será

⁹⁶ Apelação cível nº 210.128-4/5-00 – Des. Relator Laerte Nordi – julgamento: 04.12.2001 - TJSP

⁹⁷ Apelação cível nº **2007.001.47555** – Des. Relator Luis Felipe Salomão – julgamento: 03/10/2007 - TJRJ

⁹⁸ ALVIM, J.E. Carreira. Op. cit. p. 340

feito esse relacionamento entre as jurisdições estatais e privadas? Devido a complexidade do tema ele não será esquecido, mas tratado em tópico próprio à ele.

4.2 Institutos cautelares no processo arbitral

A escolha pela justiça arbitral implica uma renúncia tácita a justiça estatal. Esta irá ocorrer a partir do momento da instituição da arbitragem, que se dará com: (i) a submissão das partes a convenção de arbitragem, através de cláusula compromissória ou compromisso arbitral – art. 3º da LA⁹⁹; (ii) pactuação do compromisso arbitral, firmado extrajudicialmente – art. 7 da LA¹⁰⁰; ou (iii) lavratura do compromisso arbitral, pela via judicial – art. 6º, § único c/c art. 7 caput da LA^{101 102}.

Com a instituição da arbitragem torna-se importante analisar a convenção de arbitragem e o estatuto da instituição arbitral eventualmente envolvida para concluir-se a respeito das condições de admissibilidade da medida cautelar e da exata forma em que possam ser utilizadas¹⁰³. Isto porque as câmaras tem o poder de estipular regras próprias, que terão força cogente entre as partes¹⁰⁴ e irão reger os procedimentos em curso. Possibilita-se, ainda as partes a possibilidade de escolha do direito a ser aplicado ao caso, dependendo somente de pactuação no compromisso arbitral, podendo quiçá adotar normas vigentes em outras nações, desde que não ofendam a ordem pública e aos bons costumes – art. 2º, § 1º da LA¹⁰⁵.

⁹⁹ “Art. 3. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

¹⁰⁰ “Art. 7. Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.”

¹⁰¹ “Art. 6. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.”

¹⁰² ALVIM, J.E. Carreira. Op. cit. p. 203-207

¹⁰³ BENETI, Sidnei. Op. cit, p.102

¹⁰⁴ LEMES, Selma Maria Ferreira. Op. cit, p. 423

¹⁰⁵ “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

Para completo entendimento do instituto deve-se ter em mente que “as medidas cautelares são, sabidamente, uma ação – demandam processo liminar, instrução e sentença –, sendo permitido às partes dispor sobre o respectivo rito, ou o próprio árbitro, ou, subsidiariamente, o Código de Processo Civil”¹⁰⁶.

O art. 800 do CPC chancelou a natural ligação entre as duas demandas, a cautelar e a principal, ao dispor que as medidas cautelares deverão ser pleiteadas ao juiz da ação principal, e quando preparatórias – ou antecedentes – ao juiz competente para conhecer a causa principal. E com a arbitragem não poderia acontecer de modo diverso, o árbitro é competente para decidir a demanda cautelar proposta por qualquer dos litigantes acerca de matéria sujeita à decisão arbitral¹⁰⁷.

Desde que instaurado o juízo arbitral, entende-se que as partes convencionam o juízo arbitral como forma única de solução de todos os seus litígios decorrentes do próprio contrato, passando a inexistir a possibilidade de o interessado dirigir qualquer de seus requerimentos ao juiz togado que seria originariamente competente para conhecer a lide principal. Assim sendo, pode o árbitro conceder de ofício aquelas medidas cautelares que, nos termos do art. 797 do CPC¹⁰⁸, posam igualmente ser concedidas pelos juízes. Em quaisquer outras hipóteses não é admitido o procedimento de ofício, inclusive quanto às cautelares inominadas (art. 798 do CPC)¹⁰⁹, devendo o árbitro aguardar a iniciativa da parte interessada¹¹⁰.

Note-se também que na arbitragem é possível a concessão de medidas cautelares outorgadas *ex parte*, sem a presença do outro partícipe¹¹¹. Isso se deve ao fato de que “normalmente, pela urgência que caracteriza essas medidas e, não raro, para evitar-se a falta de efeito prático da providência desejada (v.g. apreensão de bem) torna-se fundamental sejam elas concedidas *inaudita altera pars*”¹¹².

§ 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.”

¹⁰⁶ ALVIM, J.E. Carreira. Op. cit. p. 337

¹⁰⁷ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit. p. 266

¹⁰⁸ “Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.”

¹⁰⁹ “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

¹¹⁰ ALVIM, J.E. Carreira. Op. cit. p.340

¹¹¹ O regulamento da ICC não autoriza a imposição de medida cautelar sem que a outra parte esteja presente no momento de sua deliberação.

¹¹² MARTINS, Pedro A. Batista. Op. cit. p.372

No caso de ser proposta medida cautelar antecedente, não haverá ação principal a ser proposta perante o juiz estatal (art. 806 CPC¹¹³), considerando-se que o autor da ação cautelar deve informar ao juiz togado que está promovendo a demanda perante juízo incompetente devido à urgência. Se o magistrado entender presentes os requisitos poderá conceder a tutela emergencial e remeter as partes à via arbitral, cabendo ao autor, no prazo de trinta dias, contados na forma do referido art. 806, demonstrar que tomou as medidas necessárias para a instituição da arbitragem, prova esta a que está adstrito o autor, sob pena de cessação da eficácia da medida¹¹⁴. Pode ocorrer que o autor, por distração ou má-fé, não informe ao juiz togado acerca da existência de convenção de arbitragem, prometendo que promoverá a demanda principal nos termos do art. 801, III CPC¹¹⁵. Nestes casos, se o juiz constatar desde logo a presença de cláusula arbitral, deve declarar a inépcia da inicial da ação cautelar, já que é permitido o conhecimento de cláusula compromissória de ofício, independente de qualquer alegação do réu; já a existência de compromisso arbitral depende de alegação do réu (art. 301, IX, § 4º, do CPC¹¹⁶), quando o juiz julgará extinto o processo cautelar e revogará a medida cautelar que tenha sido concedida¹¹⁷.

As decisões proferidas no processo arbitral, independente de serem antecipatórias – interlocutórias ou de mérito – ou definitivas – sentença, estão fora do alcance dos recursos, pois assim previsto no art. 18 da LA. Mas isto não significam que tais decisões acerca de provimentos antecipatórios não se sujeitem, de imediato, à ação anulatória, que alcança somente as sentenças arbitrais (art. 33 LA¹¹⁸)¹¹⁹.

Dessa forma, quanto a aplicabilidade do procedimento cautelar processual civil no processo cautelar arbitral devemos entender ser admitido o auxílio da autoridade judiciária quando este não acarretar embaraço ao desenvolvimento da arbitragem, mas sim venha em seu auxílio, para suprir a insuficiência de poderes do árbitro e lacunas no procedimento adotado.

¹¹³ “Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.”

¹¹⁴ BENETI, Sidnei. Op. cit., p.104. Afirma que devido à ausência de previsão geral de prazo para início na Lei de Arbitragem, não se pode exigir o prazo de trinta dias, previsto no art. 806 do CPC, para a instauração do procedimento arbitral principal, ressalta porém que a convenção de arbitragem ou o estatuto da entidade arbitral poderá regular a matéria de forma diversa.

¹¹⁵ “Art. 801. O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará: III - a lide e seu fundamento; ”

¹¹⁶ “Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar :IX - convenção de arbitragem; §4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.”

¹¹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit. p. 269

¹¹⁸ “Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.”

¹¹⁹ ALVIM, J.E. Carreira. Op. cit. p. 337,338, 342

5 EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ARBITRAIS

5.1 Interação das jurisdições

Implantada efetivamente há pouco mais de dez anos no ordenamento jurídico brasileiro, a arbitragem mostra-se meio efetivo e cada vez mais utilizado para solução de litígios, principalmente daqueles de origem comercial. O instituto vem ganhando dignidade jurisdicional no país como jurisdição convencional ao lado da jurisdição estatal, constatando-se que as espécies jurisdicionais não podem, contudo, viver uma sem a outra, já que a jurisdição convencional necessita da estatal para lhe dar firmeza e efetividade, e a estatal necessita da convencional para auxiliá-la na diminuição dos encargos acarretados pelas excessivas demandas feitas ao Poder Judiciário.

Segundo Sidnei Beneti:

“no direito positivo brasileiro, a interação entre as jurisdições convencional e estatal geral realiza-se por intermédio de vários institutos, como a execução, a coisa julgada, e o que aqui importa, as medidas de urgência, as quais podem ser determinadas pelo árbitro, em momentos decisivos para a efetividade da jurisdição convencional, como a constituição de prova, mas não podem ser executadas por este, o árbitro, pois poderes para elas o Estado não lhe concede, ao deferir-lhe a prestação jurisdição convencional, que, por mais que se autorize em sistema que adequadamente a prestigia e garante, será, no Estado moderno, exceção ante a regra da jurisdicionalidade estatal.”¹²⁰

Ainda parafraseando o citado autor, a lei estabeleceu a interação entre ambas as jurisdições, permitindo o acesso da jurisdição arbitral através da estatal em medida cautelar. Porém, que reste claro que nem a lei, tampouco a Constituição estabeleceram qualquer tipo de superioridade de uma sobre a outra, nem o poderia fazer, pois a relação é de harmonização, e não de supremacia.

Com esta observação podemos chegar a interessante constatação, a arbitragem, que pretende auxiliar a jurisdição estatal, aliviando-lhe a quantidade de processos pendentes de decisão, sua intensa burocratização e procrastinação da justiça no tempo, não pode prescindir totalmente dela, pois é sua dependente para efetivação e consolidação.

Frente a esta complexa relação de dependência e cooperação, o legislador agiu com cautela ao tratar da matéria referente aos poderes para impor medidas cautelares e coercitivas por parte do julgador privado, impondo na lei a necessidade de o árbitro depender do juiz estatal para efetivar suas medidas coercitivas.

¹²⁰ BENETI, Sidnei. Op. cit. p. 101

Piero Bernardini esclarece que os sistemas legais dividem-se, quanto a matéria, basicamente em três ramificações:

“(i) alguns países, como a Áustria, Alemanha, Itália, Líbia e França, este com algumas peculiaridades, reservam ao Estado o poder de determinar medidas cautelares ou coercitivas

(ii) outros sistemas jurídicos, como o da Suíça, Bélgica e Inglaterra conferem esse poder ao árbitro; e

(iii) em outras comunidades, é autorizado às partes, em querendo, conferir um ou mais poderes cautelares ou coercitivos ao árbitro, cabendo estabelecê-los, previamente, na cláusula arbitral ou no compromisso, ou no decorrer do próprio procedimento arbitral.”¹²¹

Pode-se dizer que no caso brasileiro os poderes concedidos aos árbitros enquadram-se nesta terceira hipótese, sendo necessária uma relação de cooperação entre justiça estatal e arbitral, já que a ampla liberdade do árbitro e a extensão de seus poderes encontra obstáculos na *longa manus* do Estado, e com ela há de conviver de modo harmônico, cabendo aos membros do Poder Judiciário agir cooperativamente, complementando a atuação dos julgadores exercida na justiça privada¹²².

A Lei de Arbitragem tratou especificamente do relacionamento entre juízes e árbitros em dois parágrafos do art. 22, o segundo e o quarto, ao determinar que o árbitro requeira à autoridade judiciária competente a condução de testemunha renitente, para que preste depoimento; e ao tratar das medidas coercitivas e cautelares o legislador dispôs que o árbitro poderá solicitá-las ao Poder Judiciário.

A parte não poderá buscar no Poder Judiciário a medida cautelar ou coercitiva que deseja implementar sem que antes tenha requerido tal providência ao juízo arbitral, pois somente o árbitro poderá buscar a imposição da medida junto ao juiz togado, ou alternativamente, o próprio interessado, desde que munido de determinação escrita do juízo estatal. Existe uma relação de correspondência de atuação entre esses dois órgãos, sendo a dependência do juízo arbitral meramente formal ou funcional¹²³. É a efetivação da cautelar ou da antecipação da tutela arbitral que caracteriza a cooperação jurisdicional.

¹²¹ BERNARDINI, Piero. The powers of the arbitration. Conservatory and Provisional measures in international arbitration. ICC Publishing, 1993. p. 24

¹²² MARTINS, Pedro A. Batista. Op. cit. p. 362

¹²³ MARTINS, Pedro A. Batista. Op. cit., p. 363

Fica assim demonstrada a necessidade de existência de divisão do trabalho no exercício da atividade jurisdicional entre o árbitro e o juiz, tocando àquele decidir e a este executar, de acordo com suas respectivas competências, sempre visando à consecução de um fim maior, qual seja a plena realização da justiça com a concessão da tutela jurisdicional eficaz¹²⁴.

É certo que sem a integração dos dois órgãos, ou pelo menos de demonstração de disposição neste sentido, o instituto da arbitragem está fadado ao insucesso, e não é esse o interesse da sociedade.

5.2 Poderes dos árbitros e dos juízes togados

Uma das limitações da arbitragem está relacionada à ausência de poderes do árbitro para impor as suas decisões, em medidas cautelares ou coercitivas, as partes, apesar de às suas decisões serem atribuídos caráter de sentença proferidas pelos juízes e constituírem título executivo – art. 31 da LA¹²⁵.

Segundo afirma Sidnei Beneti, citando Carlos Alberto Carmona e Giuseppe Saredo, a jurisdição é composta por cinco elementos: (I) *vocatio*, que é a faculdade de chamar a juízo; (II) *notio*, que é a faculdade de conhecer; (III) *coertio*, que é a possibilidade de fazer respeitar; (IV) *iudicium*, que é o dever de julgar; e (V) *executio*, que é o poder de tornar obrigatória a sua decisão. A jurisdição estatal é composta de todos estes poderes; já a jurisdição estatal possui somente a *coertio* e *executio*, mas não possui o *imperium*¹²⁶.

A arbitragem tem caráter jurisdicional, já que a atividade do árbitro é voltada para a composição do litígio, dispondo assim o árbitro de *iurisdictio*, o que importa *cognitio*, que lhe permite fazer justiça, conhecendo e dizendo o direito, por convenção das partes e em nome do Estado, que é o responsável pela garantia da autoridade de seus julgados. Porém não dispõe o árbitro de poder de império, não podendo agir coercitivamente, obrigando a parte a cumprir

¹²⁴ CARMONA, Carlos Alberto. “Das boas relações entre os juízes e os árbitros”. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, n. 51, p.18, outubro 1997

¹²⁵ “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

¹²⁶ BENETI, Sidnei. Op.cit. p. 102

suas decisões, restringindo-se somente a decretação da medida constritiva, que deverá ser efetivada pelo Estado-juiz¹²⁷.

Quanto àquelas medidas que para sua efetivação dependam unicamente da manifestação de vontade de uma única parte envolvida – basicamente aquelas relacionadas às obrigações de fazer e não fazer, como a venda de perecíveis ou o depósito de quantia em dinheiro – deverão também ser requeridas pelo interessado ao árbitro, e se acatadas espontaneamente pela parte não dependerão de efetivação pelo órgão judiciário já que, pelo que demonstra a prática, o aspecto moral é de grande relevância na arbitragem, sendo toda ela calcada no consenso, na autonomia de vontade, ambos com grande impacto no relacionamento comercial entre as partes¹²⁸.

O mesmo posicionamento sustenta Carreira Alvim, que entende resultar da Lei de Arbitragem o entendimento segundo o qual o árbitro somente necessitará do auxílio do Poder Judiciário caso haja a necessidade de adoção de atos coercitivos, que podem ser dispensados caso a parte acate espontaneamente a decisão arbitral¹²⁹.

Assevera Pedro Batista Martins¹³⁰ ainda com relação aos poderes possuídos pelo árbitro, que não obstante a ausência de força coercitiva em sua decisão, possui ele meios ao seu alcance através dos quais é capaz de encorajar a parte a se submeter a seu comando ou a praticar os atos por ele determinados, já que “o juízo arbitral pode estabelecer penalidades (astreintes) à parte renitente que, sendo fixada dentro dos critérios de razoabilidade e legalidade, [...], valendo a sua imposição a partir da data em que o juízo arbitral deu conhecimento a parte faltosa”. É possível e até desejável que os próprios interessados, ao redigir o compromisso, ajustem penalidades pelo descumprimento das decisões ou determinações do juízo arbitral.

Caso a providência cautelar almejada pelo interessado no curso do procedimento arbitral seja negada pelo árbitro, não deverá a parte recorrer ao Poder Judiciário, já que com a assinatura do compromisso arbitral, ocorre a submissão ao juízo arbitral, com a derrogação à justiça estatal. No caso de haver persistência da parte deve o juiz togado apoiar a decisão proferida pelo juízo arbitral, já que este órgão foi constituído especialmente para solucionar a questão¹³¹.

¹²⁷ ALVIM, J.E. Carreira. Op. cit. p. 333

¹²⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. Op. cit. p. 365-367

¹²⁹ ALVIM, J.E. Carreira. Op. cit. p. 340

¹³⁰ MARTINS, Pedro A. Batista. Op. cit. p. 367

¹³¹ MARTINS, Pedro A. Batista. Op. cit. p. 369

5.3 Classificação das cautelares arbitrais

As medidas de urgência, no direito processual brasileiro, funcionam como o principal ponto de interação entre a justiça arbitral e a justiça estatal, ao lado da execução da coisa julgada e da anulação de laudo arbitral. Nestes casos a jurisdição arbitral não pode prescindir da jurisdição estatal, necessitando dela para promover a efetivação coercitiva de suas decisões.

No direito processual civil as medidas cautelares abrangem duas classificações: (i) preparatórias ou incidentes, conforme o momento de seu ajuizamento, se em processo próprio, anterior ao de conhecimento e de execução, ou no bojo do próprio processo principal; ou (ii) típicas ou atípicas, conforme sejam aquelas elencadas no código ou provenientes do “poder de cautela” do juiz.

As medidas adequadas às tutelas de urgência podem ainda ocorrer dentro do procedimento arbitral (medidas endo-arbitrais) ou externamente a ele, na jurisdição estatal (medidas extra-arbitrais).

5.3.1 Cautelares incidentais

As medidas cautelares, como já anteriormente analisado no item 3.1, podem ser deferidas pelo árbitro, se assim permitir a convenção de arbitragem pactuada pelas partes, ou o estatuto da entidade onde terá curso o procedimento arbitral.¹³² Tais medidas são chamadas de endo-arbitrais, pois deferidas no curso do processo arbitral.

¹³² ALVIM, J. E. Op. cit. p. 338. Para quem a convenção de arbitragem não teria força para proibir a concessão de medidas cautelares pelo árbitro.

No caso de necessidade de medidas coercitivas para a efetivação da medida cautelar deferida, o árbitro (ou até mesmo uma das partes interessadas, através de seu advogado) deve dirigir-se à jurisdição estatal.

O árbitro tem poderes para conceder de ofício aquelas medidas enumeradas no art. 797 do CPC, sendo estas as que podem igualmente ser concedidas pelos juízes.¹³³

5.3.2 Cautelares preparatórias

As medidas preparatórias são aquelas que antecedem a propositura da ação principal, e na arbitragem, em regra, competem à justiça estatal, pelo simples fato de que, enquanto não instaurado o juízo arbitral não há jurisdição arbitral perante a qual se deduza a cautelar, seriam assim, medidas extra-arbitrais, já que tomadas em sede de juízo comum.

Fernando da Fonseca Gajardoni nos ensina que:

“questão interessante surge quando, antes da instauração do juízo arbitral, com a aceitação da nomeação pelo(s) árbitro(s) (art. 19, caput, da LA), haja necessidade de algumas dessas medidas cautelares ou de urgência. Quem seria competente para apreciá-la? Haveria instauração antecipada do juízo arbitral? Parece-me que não. A parte deve requerer diretamente ao juiz competente para o conhecimento da causa a medida, agora sim se tornado prevento o juízo estatal diante do manifesto exercício de atividade jurisdicional. Entretanto, nesses casos, à exceção da medida cautelar de antecipação de provas, que se esgota com a simples produção, os demais provimentos cautelares ou de urgência deverão, depois de concedidos pela jurisdição estatal (arrestos, seqüestros etc.), ser ratificados pelo juízo arbitral a se instaurar, remetendo-lhe o juiz os autos tão logo tenha ciência da aceitação pelos árbitros, preservando-se, assim, a competência plena da jurisdição privada sobre o litígio.”¹³⁴

Neste sentido se posiciona a tem se posicionado a jurisprudência de nossos tribunais:

¹³³ ALVIM, J.E. Carreira. Op. cit. p. 340

¹³⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 106, p.203, abr.-jun. 2002

“JUÍZO ARBITRAL MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. Medida Cautelar antes da Instauração. Competência da Justiça Comum. Compete à justiça comum decretar medidas cautelares e outras providências urgentes que se fizerem necessárias antes de instituída a arbitragem, as quais não perderão o objeto mesmo depois de instaurado o juízo arbitral, para dar efetividade às suas decisões. Provimento do recurso.”¹³⁵

Na hipótese de ser manejada cautelar antecedente em juízo estatal, não haverá ação principal a ser promovida na justiça estatal, devendo o autor da cautelar informar previamente o juiz que promove ação antecedente perante juízo incompetente por conta da urgência e necessidade do provimento cautelar.

Porém, não se deve esquecer de levar em consideração o que foi estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, e as regras da instituição arbitral escolhida. Deste modo, nada impede que as partes, devido a sua autonomia de vontades, estabeleçam a possibilidade de que o processo arbitral seja instaurado em caráter preparatório, em modalidades de menor grau de urgência, em que seja possível a instalação ulterior do juízo arbitral definitivo, como no caso da produção antecipada de provas¹³⁶.

Heitor Bastos Tigres¹³⁷ faz somente uma ressalva quanto à consideração da possibilidade de uma das partes pleitear medida de urgência preparatória perante o próprio tribunal arbitral: “árida seria a providência, que em nada socorreria a agravante, tendo em vista que sua instauração levaria, no mínimo, 60 dias (30 dias para a indicação do árbitro pelas partes, e outros trinta para a escolha do árbitro presidente pelo tribunal, conforme procedimento previsto [...])”.

Carreira Alvim¹³⁸ também admite o recurso à justiça estatal quando ainda não instituída a arbitragem, dado o caráter urgente da medida, e porque para a instituição do juízo arbitral são necessárias diversos pormenores, não podendo a parte interessada esperar. Mas não havendo urgência na medida, não tem a corte estatal competência para agir.

Para Sidnei Beneti¹³⁹ o procedimento arbitral deve ser iniciado no prazo de 30 dias após a efetivação da cautelar preparatória,¹⁴⁰ pois diante da extra-arbitrariedade vigoraria na integralidade o sistema do Código de Processo Civil, que estabelece tal prazo em seu art. 806, sob pena de extingue-se a cautelar extra-arbitral. Uma vez instaurado o processo arbitral, fica suspensa a medida preparatória.

¹³⁵ Apelação cível nº **2003.001.16879** – Des. Relator Sergio Cavalieri Filho – julgamento: 24.09.2003 - TJRJ

¹³⁶ BENETI, Sidnei. Op. cit. p. 103

¹³⁷ TIGRE, Heitor Bastos. “Ação cautelar preparatória à arbitragem. Competência da justiça estatal. Incompetência dos árbitros. Contra-razões de agravo de instrumento”. **Revista de Arbitragem e mediação**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, n. 4, p.313, jan.-mar. 2005

¹³⁸ ALVIM, J.E. Carreira. Op. cit. p. 336

¹³⁹ BENETI, Sidnei. Op. cit. p. 107

¹⁴⁰ Este prazo não significa a instauração imediata do procedimento arbitral, já que não é possível fazê-lo em tão curto período de tempo, mas deve haver iniciativa da parte interessada, informando a outra parte e dando início a escolha do árbitro.

5.4 Efetivação da medida cautelar

A autoridade do árbitro é voltada para a composição do litígio, e assim como qualquer juiz togado ele tem o poder de dizer autoritativamente o direito, concretizando a vontade da lei; exercer função, atividade e poder que caracterizam a jurisdição; proferir decisões que vinculam as partes envolvidas no litígio, em suma, o árbitro possui todos os poderes relacionados ao julgamento da lide¹⁴¹, visto ele ter sido escolhido e nomeado especificamente para solucionar aquele caso concreto.

Verificada a viabilidade da concessão de medidas cautelares ou coercitivas no curso do procedimento arbitral, sempre de acordo com as disposições do regulamento ou estatuto da instituição arbitral eleita para o desenlace da lide, e respeitando as determinações que foram pactuadas pelas partes na convenção de arbitragem, o árbitro poderá, se assim requerido, ou caso julgue necessário, de ofício, proferir tutela cautelar para assegurar bem ameaçado de lesão ou a realização do direito material.

É possível que o próprio árbitro efetive a medida pleiteada, visto que não é obrigatória a interveniência do Estado, já que podem as partes espontaneamente acatar a decisão do árbitro e promover a ação designada, sem qualquer tipo de resistência¹⁴². Exemplo seria a entrega de livros da sociedade, que podem ser entregues ao juízo por livre vontade do requerido, sem que seja necessária qualquer medida que o obrigue a tal.

Porém, como já foi anteriormente disertado, o árbitro dispõe somente da *iurisdictio*, que importa na *cognitio*, o que lhe permite fazer justiça em nome do Estado, por convenção entre as partes, representando sua decisão um título executivo, que confere autoridade aos seus julgados. Mas por ele não dispor do poder de *imperium*, privativo do Estado, não pode usar-se de força sobre as partes envolvidas no processo, estando, pois, impedido de fazer respeitar seus julgados através de atos coercitivamente impostos¹⁴³.

¹⁴¹ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit. p. 19

¹⁴² MARTINS, Pedro A. Batista. Op. cit. p. 360. Em posição já sustentada, defende que o árbitro possui até mesmo meios coercitivos de obrigar as partes a efetivarem a medida, já que pode impor sanções, como por exemplo multa pela inércia em cumprir a medida.

¹⁴³ ALVIM, J.E. Carreira. Op. cit. p. 332

O fato de o árbitro não poder efetivar constritivamente seus julgados não significa que não possa decretá-los, já que para tal basta a jurisdição. Em face da necessidade de coerção da parte para a efetivação da tutela cautelar deve o árbitro atuar harmonicamente com o juiz togado, requerendo o auxílio do Poder Judiciário para que não reste comprometido o êxito da arbitragem.

Carlos Alberto Carmona¹⁴⁴ afirma haver semelhança entre a solicitação que o árbitro dirige ao juiz togado e o mecanismo da carta precatória, pois não tendo o árbitro a competência para realizar o ato de força, o depreca a quem tenha tal poder, que no caso é o juiz togado originariamente competente para o julgamento da causa.

Para Sérgio Bermudes¹⁴⁵ essa cooperação entre diferentes juízos vem se estreitando na realidade do cotidiano, pois é impossível a realização desses requerimentos, solicitações, deprecações (ou o nome que vier a ser-lhes dado), por apenas um único órgão jurisdicional.

O legislador não determinou como seria o *modus operandi* de efetivação destas medidas cautelares deferidas pelo árbitro após o necessário contraditório, cabendo a doutrina e a jurisprudência manifestarem-se acerca do tema.

O pedido, assim como os fatos e fundamentos jurídicos da pretensão, serão apresentados ao juízo arbitral, detentor da competência jurisdicional para decidi-lo. Havendo a procedência da tutela cautelar, o árbitro deverá opô-la à parte, que poderá cumpri-la espontaneamente ou, em caso de negativa, dependerá do uso da força estatal para ser executada.

Não há celeuma doutrinária sobre a questão, sendo pacífico que havendo resistência da parte em face da qual as medidas foram proferidas, o árbitro oficiará ao juiz (aquele que seria originariamente competente para a solução do litígio), para que este dê cumprimento às providências cautelares deliberadas no juízo arbitral. Todo este procedimento acontecerá da seguinte forma:

“o árbitro dirigir-se-á ao juiz através de mero ofício, instruído com cópia de convenção de arbitragem e do adendo que trata o art. 19, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, se existir. Enquanto não houver regulamentação para os trâmites necessários ao cumprimento da solicitação do concurso do juiz togado, o melhor método será o da distribuição de ofício a um dos juízes cíveis competentes para o ato. Recebido o ofício e os documentos, o juiz verificará se a convenção arbitral é regular e se os dados recebidos

¹⁴⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit. p. 20

¹⁴⁵ BERMUDES, Sérgio. Op. cit. p. 281

permitem-lhe avaliar (sempre formalmente) se a solicitação preenche os requisitos que levarão ao seu cumprimento. Em caso positivo, determina as providências deprecadas (solicitadas, pedidas, rogadas) pelo árbitro; em caso negativo, informará ao árbitro o motivo da recusa de cumprimento, devolvendo o ofício recebido.”¹⁴⁶

Sidnei Beneti¹⁴⁷ defende ser necessário a juntada de alguns outros documentos, além dos acima propostos: (I) a decisão do árbitro deferindo a cautelar; e (II) a identificação e qualificação, inclusive os endereços das partes e de seus advogados, para que se possa viabilizar o procedimento arbitral. Afirma ainda que esta atuação do árbitro não o qualifica como parte ou substituto processual, pois assim estaria rompido o seu dever de imparcialidade, devendo as questões adicionais envolvidas serem diretamente manifestadas ao juízo pelas partes, através de seus advogados. Corroborando neste sentido pode-se concluir que não haverá sucumbência no cumprimento judicial da decisão cautelar arbitral incidental, de maneira que não se fixam honorários advocatícios.

Também é facultado alternativamente a parte interessada, através de seu advogado constituído, buscar a execução da medida cautelar pleiteada e deferida pelo árbitro, desde que haja determinação escrita do juízo arbitral, e que sejam anexados todos os documentos necessários¹⁴⁸.

Não há que se falar em poder discricionário do juiz togado ou em juízo de admissibilidade da tutela de urgência já concedida em sede de jurisdição privada. Limita-se o magistrado a executá-la coercitivamente, através da utilização de seu poder de império, salvo se esta contrariar a ordem pública ou os bons costumes¹⁴⁹.

A participação do Poder Judiciário não deve ocorrer de forma arbitrária, e diante da inércia ou negativa do juiz togado em atender a solicitação do árbitro, cabe a este requerer as medidas correccionais cabíveis, sem prejuízo do remédio constitucional disponível, que é o mandado de segurança, pleiteando ao tribunal de instância imediatamente superior competente o cumprimento da diligência¹⁵⁰.

Diante do desenvolvimento do instituto e da falta de regramento para a execução de tutelas de urgência e coercitivas seria conveniente que a organização judiciária estadual

¹⁴⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9307/96**. 2ª ed. São Paulo: Atlas 2006, p.267

¹⁴⁷ BENETI, Sidnei. Op. cit. p. 105

¹⁴⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. Op. cit. p. 363

¹⁴⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Op. cit. p. 223

¹⁵⁰ CARMONA, Carlos Alberto. “Das boas relações entre os juízes e os árbitros”. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, n. 51, p.21, out. 1997

estabelecesse em cada comarca uma unidade jurisdicional competente para a execução de medidas coercitivas pelos árbitros, com a finalidade de o juízo estatal realizar o atendimento mais eficiente, afeiçoando-se a proposta de redução da morosidade trazida pelo juízo arbitral, e para que tais medidas não se frustrem na burocracia da distribuição cível de comarcas de primeiro grau¹⁵¹.

5.5 Controle judicial da arbitragem

Ao juiz togado não cabe intervir nas decisões tomadas pelo juízo arbitral, cabendo a este somente a verificação dos requisitos formais da medida coercitiva que se lhe propõe executar, não podendo tal decisão ser revista, pois segundo o art. 33 da Lei de Arbitragem, da sentença arbitral não cabe recurso, podendo somente ser proposta ação de nulidade relativamente à matéria analisada ou ação de embargos do devedor, como previsto no art. 475-L do CPC¹⁵² (art. 33, § 3º, LA)¹⁵³, já que sua execução, ainda que provisória, é de competência do Poder Judiciário.

Acerca do tema, J. A. Carreira Alvim propõe interessante questão:

“Se sentença, que é um ato fundado em um juízo de certeza, está sujeita ao controle do Poder Judiciário, através da ação de nulidade ou embargos do devedor, seria admissível, na esfera liminar e antecipatória, cuja decisão é um ato fundado num mero juízo de probabilidade (verossimilhança), um controle *a priori*, para evitar prejuízos decorrentes de sua efetivação?”¹⁵⁴

A Lei de Arbitragem traz em seu art. 32 as causas em que a sentença arbitral deve estar contida para que esteja presente o vício de nulidade, mas nenhuma destas hipóteses

¹⁵¹ BENETI, Sidnei. Op. cit. p. 108

¹⁵² “Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II – inexigibilidade do título; III – penhora incorreta ou avaliação errônea; IV – ilegitimidade das partes; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.”

¹⁵³ “Art.33[...] § 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.”

¹⁵⁴ ALVIM, J.E. Carreira. Op. cit. p. 341-342

aplica-se às hipóteses de medida liminar ou antecipatória de mérito. Além disso deve levar-se em consideração que a liminar produz efeitos somente até a prolação da sentença de mérito, que é definitiva, e dessa forma não haveria sentido admitir-se uma ação judicial que perderia seu objeto com a apresentação da sentença arbitral – que pode confirmar ou cassar a liminar¹⁵⁵.

São por tais motivos que não se admite a propositura de ação de nulidade ou embargos do devedor de sentença ou de decisão do juízo arbitral que defira provimento liminar, que somente serão efetivados após a interveniência do juiz togado. Deve a parte aguardar o momento de execução da medida cautelar coercitiva para então apresentar, através de seu advogado, as razões para não cumpri-la, instaurando assim um incidente processual que permite ao juiz decidir se deve ou não garantir a efetivação da decisão arbitral impugnada¹⁵⁶.

Caso a parte interessada não instaure incidente processual, o juiz togado deverá somente fazer cumprir as decisões tomadas pelo juízo arbitral, pois a análise de necessidade e conveniência é exclusiva do árbitro, não compete a ele rever, modificar ou alterar a decisão arbitral, excetuados os casos que se apure que a medida cautelar ordenada contenha algum vício quanto a sua formalidade que seja insuperável, daqueles que a lei comina de nulidade, ou que haja violado dispositivo de ordem pública, por tratar-se este de preceito de caráter indisponível¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Idem p. 342

¹⁵⁶ Idem p. 342-343

¹⁵⁷ MARTINS, Pedro A. Batista. Op. cit. p. 365

6 CONCLUSÃO

O presente estudo dedicou-se à análise de um tema recente e inovador, que, pela sua própria natureza, tem gerado controvérsias na doutrina e decisões divergentes no campo da jurisprudência: a conjugação das medidas cautelares e do instituto da arbitragem.

A arbitragem é um meio alternativo de solução de conflitos que pode ser adotado por qualquer pessoa capaz de contratar, desde que envolva exclusivamente direito patrimonial e disponível. Através dela os contratantes afastam a jurisdição estatal, entregando o litígio para ser decidido por um terceiro imparcial e com conhecimento técnico do assunto, nos termos e segundo o procedimento estabelecido na convenção de arbitragem.

O instituto da arbitragem remonta suas origens no Brasil ao Período Imperial, entretanto, somente após a publicação da Lei 9.307/96 que ganhou força, sendo objeto de amplas discussões sobre sua utilização. Porém, ainda que muito já tenha sido debatido e esclarecido sobre a via arbitral, a concessão de medidas cautelares ou de urgência pelos

árbitros é um ponto muito controvertido, e encontra-se em fase de fortalecimento. A legislação anterior não previa a possibilidade de livre atuação do árbitro, que dependia do judiciário para decretar e executar a medida cautelar. Com a nova sistemática introduzida pela Lei 9.307/96, o árbitro passou a contar com a possibilidade de decretá-la. Todavia, não pode executá-las, pois é atividade adstrita ao juiz estatal. O árbitro tem jurisdição, mas não pode exercer a constrição peculiar de um juiz.

Transcorridos aproximadamente onze anos da edição da lei, restou claro que ela foi largamente adotada em nosso ordenamento, não só em razão da conhecida crise do processo, mas também por mérito próprio. Os brasileiros perceberam que a solução de litígios fora do Poder Judiciário pode ser uma experiência interessante, seja por conta da celeridade que a arbitragem pode proporcionar, seja em decorrência do sigilo na decisão da causa, seja ainda em razão dos benefícios que podem ser auferidos como conseqüência do custo deste mecanismo alternativo de resolução de controvérsias, já que existem órgãos arbitrais capazes de satisfazer todos os bolsos e todas as expectativas em termos de qualidade da decisão.

É de suma importância que construa-se uma estrutura apta a conferir segurança jurídica ao direito arbitral, que lhe dê ampla eficácia e torne conhecido o acesso a este meio, pois assim será possível a difusão deste modo tão efetivo e célere de solução de conflitos, permitindo ainda o auxílio assim na crise em que se encontra o judiciário brasileiro, em que o acesso à justiça é moroso e ineficiente.

Porém como afirmar esta necessária segurança diante da divergência doutrinária acerca de certos institutos presentes na Lei 9.307/96, como a aplicação de medidas cautelares ou de urgência pelos árbitros?

As tutelas de urgência são um gênero da qual a tutela cautelar é espécie, é ela um meio provisório e subsidiário utilizado para assegurar a efetividade do processo principal e assegurar os seus elementos (pessoas, bens, provas), eliminando a ameaça de perigo iminente, após comprovado ao juiz a aparente verossimilhança da alegação.

É neste contexto que faz-se necessário demonstrar a possibilidade de concessão das medidas cautelares pelos árbitros, como forma de assegurar a eficácia do processo arbitral principal, caso algum de seus elementos tenha sua efetividade arriscada.

Muito se discute acerca do tema, havendo àqueles que defendem a impossibilidade de concessão da tutela antecipatória pelos árbitros, que diante de sua necessidade deveriam

requerer ao juiz togado a análise do mérito da medida. Isto definitivamente não parece o objetivo do legislador, nem a solução mais adequada.

As partes, ao pactuarem o compromisso arbitral, excluíram a apreciação da causa pela justiça estatal, aceitando submeter-se exclusivamente a vontade do árbitro, integrante de uma justiça convencional e detentor de jurisdição, assim como o juiz togado. É por tal motivo que deve prevalecer o acordo estabelecido pelas partes no momento em que foi eleita a justiça arbitral para o desenlace da questão, privilegiando a autonomia de vontades, como tantas vezes é demonstrado na própria LA.

Deste modo, podem as partes prescindirem da arbitragem para argüição de tais medidas cautelares, caso afirmem no compromisso arbitral que tais solicitações serão discernidas na justiça estatal. Mas que fique claro que esta não é a melhor solução, já que é o árbitro que tem pleno conhecimento e intimidade da causa e das partes envolvidas para proferir a solução mais adequada e eficaz para o caso concreto.

Em face do silêncio do compromisso prevalecerá a competência do árbitro para a concessão de medida cautelar, visto ser este o eleito como juiz da causa.

Após analisado o pedido feito pela parte, ou havendo a necessidade vislumbrada pelo próprio árbitro, será concedida a medida cautelar no curso do procedimento arbitral. Neste caso espera-se pela cooperação de ambas as partes para a sua efetivação, já que é esta a intenção da arbitragem, a solução conciliatória do conflito, ao invés de uma verdadeira disputa.

Contudo, frente a negativa ou inércia de uma das partes em cumprir a decisão proferida no juízo arbitral, deverá haver uma solicitação do árbitro ou da parte interessada ao juiz togado originariamente competente para a solução da lide, para que este efetive a medida, visto que o árbitro não possui o poder de império, exclusivo da justiça estatal, sendo portanto impossibilitado de fazer cumprir coercitivamente sua decisão.

Esta solicitação de auxílio entre as justiças é um dos principais momentos de interação e cooperação entre as duas jurisdições, não devendo o juiz negar-se a cumprir a medida – sob pena de solicitação das medidas correccionais cabíveis, sem prejuízo de impetração de mandado de segurança pleiteado ao Tribunal imediatamente superior competente para o cumprimento da diligência. Ao juiz cabe exclusivamente verificar os requisitos formais da tutela cautelar.

Este modo de execução das medidas cautelares arbitrais foi todo elaborado pela doutrina e jurisprudência, pois o legislador não determinou o seu *modus operandi*. Ideal seria que, para tornar o instituto menos controvertido, houvesse uma determinação no Código de Organização Judiciária de cada estado-membro estabelecendo órgão específico para o pleito de cumprimento dessas medidas de urgência e coercitivas conferidas pelos árbitros, o que tornaria a arbitragem, como um todo, uma forma alternativa à jurisdição estatal, para a solução de conflitos, mais célere e segura para ambas as partes.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Direito Arbitral**. Rio de Janeiro: Forense 2004.

_____. **Tutela Antecipada**. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 36-37

BAZO, Michelle Cristina. “A arbitragem e os princípios constitucionais”. Net, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5827&p=1>. Acesso em 05 de maio de 2008.

BERMUDES, Sergio. “Medidas coercitivas e cautelares no processo arbitral”. **Reflexões sobre arbitragem**. Coord. MARTINS, Pedro A. Batista; e GARCEZ, José Maria Rossani. Rio de Janeiro: LTR, 2002.

BERNARDINI, Piero. “The powers of the arbitration. Conservatory and Provisional measures in international arbitration.” **ICC Publishing**, 1993.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistemático dei provvedimenti cautelari, in opere giuridiche**. Nápoles: Morano, vol. IX, 1983.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem – Lei nº 9.307/96**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2005.

_____. **Lições de direito processual civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, volume III, 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. “Das boas relações entre os juízes e os árbitros”. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, n. 51, p.21-22, out. 1997.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9307/96**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. “Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem”. **Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. Coord. CASELLA, Paulo Borba. São Paulo: LTR, 1997.

DIAS, Beatriz Catarina. **A Jurisdição na Tutela Antecipada**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SALLES, André Marcondes de. Efeitos da sentença arbitral. Net. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=202. Acesso em 05 de maio de 2008.

FILHO, Vicente Greco. **Direito processual civil brasileiro**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIUZA, César Augusto de Castro. **Temas atuais de direito processual civil**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey 2001.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 106, p.203, abr.-jun. 2002.

LACERDA, Galeno; OLIVEIRA, C. A. Alvaro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. VIII, tomo II, 1998.

LEMES, Selma Ferreira. “O uso da medida cautelar no procedimento arbitral”. Net. Disponível em http://www2.camara.gov.br/comissoes/cpcms/bdclipingspeciais.html/arbitragem.html/publicado29_08.html. Acesso em 01 de junho de 2008.

LEMES, Selma Maria Ferreira. “A inteligência do art. 19 da Lei de arbitragem (instituição da arbitragem) e as medidas cautelares preparatórias”. **Revista de direito bancário do mercado de capitais e da arbitragem**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, n. 20, p. 418, abr.-jun. 2003 – ano 6.

LIMA, Cláudio Vianna de. “A arbitragem no tempo. O tempo na arbitragem.” **A arbitragem na era da globalização, coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros**. Coord. GARCEZ, José Maria Rossani. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LIMA, Cláudio Vianna de. **Curso de introdução à arbitragem**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Millenium, vol. V, 2000.

MARTINS, Pedro A. Batista. “Da ausência dos poderes coercitivos e cautelares dos árbitros”. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Coord. MARTINS, Pedro A. Batista; FREITAS, Selma M. e CARMONA, Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Forense, 1999

PARIZATTO, João Roberto. **Arbitragem, comentários à Lei 9.307, de 23.9.96**. 4ª ed. São Paulo: Editora de Direito, 1997

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

REZEK, J. F. **Direito internacional público: curso elementar**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. “Da Coisa Julgada na arbitragem”. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, n. 51, p.12, outubro de 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **As ações cautelares e o novo processo civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil, volume 1: processo de conhecimento**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Tutela de Segurança.” **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 882, p.2. out./dez. 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. II, 2003. p. 364

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 19ª ed. São Paulo: Livraria e editora universitária de direito Ltda, 2000.

TIGRE, Heitor Bastos. “Ação cautelar preparatória à arbitragem. Competência da justiça estatal. Incompetência dos árbitros. Contra-razões de agravo de instrumento”. **Revista de Arbitragem e mediação**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, n. 4, p.313, jan.-mar. 2005

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da Tutela Antecipada: Doutrina e Jurisprudência**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2005.

