

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CURSO DE DIREITO

NICHELLE MOURA ALVES

APLICAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL ARBITRAL

RIO DE JANEIRO  
2016

Nichelle Moura Alves

**APLICAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL  
ARBITRAL**

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

Orientadora: Professora Cláudia Franco  
Correia

RIO DE JANEIRO

2016

Alves, Nichelle Moura.

Aplicação das tutelas provisórias no âmbito do tribunal arbitral / Nichelle Moura Alves- Rio de Janeiro: [s.n.], 2016.

Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2016.

1 Arbitragem. 2 Tutelas provisórias. 3 Jurisdicionalidade. 4 Árbitro.  
5. Competência. 6 Tutela. I. Universidade Federal do Rio de Janeiro.  
Faculdade de Direito. II. Título.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, inicialmente, a Deus e àqueles que foram tão importantes para mim e já estão no plano superior, principalmente meu pai, pela força no caminhar desta jornada.

À minha mãe, minha querida irmã e a todos os meus tios, por serem o suporte mais firme que poderia existir.

Ao meu filho, por ser a personificação de toda a força e o amor que possa haver em mim.

Aos amigos, por terem vibrado junto.

Aos meus antigos colegas de equipe, que muito contribuíram para minha evolução como profissional.

## RESUMO

O advento da Lei 9.307/1996, modificada pela lei 13.129/2015, que passou a regular exclusivamente o instituto da arbitragem no Brasil, e cujo objetivo visa dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, trouxe algumas inovações ao ordenamento jurídico, tendo suprido lacunas acerca do tema. Entre as referidas mudanças, tem-se como uma das mais relevantes, a designação de que o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença proferida por este não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. O instituto é chamariz em razão das características que o constituem como sendo um procedimento célere; sigiloso; e que permite às partes que escolham o árbitro que atuará na administração do conflito. Apesar disso, especificamente no tocante à celeridade, a arbitragem também pode estar sujeita aos efeitos deletérios do tempo, razão pela qual certas discussões giram em torno da aplicação das tutelas provisórias, ou medidas cautelares no antigo CPC, neste âmbito, não obstante a autonomia geral conferida pela lei aos árbitros e ao Tribunal Arbitral. Diante disso, o texto propõe pensar sobre alguns questionamentos importantes: Teria o árbitro, poder para efetivar as tutelas provisórias no curso do procedimento arbitral? E quando a arbitragem ainda não tiver sido instaurada, de quem é a competência para decidir questões urgentes relativas ao conflito a ser submetido à arbitragem: do Tribunal Arbitral ou do Tribunal Estatal? Como ocorre a comunicação entre os Tribunais? E, principalmente, há autonomia entre o Tribunal Arbitral e o Poder Judiciário? O presente trabalho discute, então, questões relativas à previsibilidade e à efetivação das tutelas provisórias em tribunais arbitrais já instituídos ou em fase preparatória, fazendo-o a partir de análise bibliográfica e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Arbitragem; tutela antecipada; tutela de urgência; medida cautelar; jurisdicionalidade; competência;

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 A ARBITRAGEM .....</b>	<b>11</b>
2.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO – DE ANTES DE CRISTO AO NOVO CPC.....	12
2.2 A LEI BRASILEIRA DE ARBITRAGEM - LEI N. 9.307 DE 23 DE SETEMBRO DE 1996 .....	15
2.2.1 A jurisdicionalidade da Arbitragem no âmbito da lei.....	17
2.2.2 Precedentes em sede arbitral.....	19
2.2.3 O poder dos árbitros .....	20
<b>3 AS TUTELAS PROVISÓRIAS .....</b>	<b>23</b>
3.1 CARACTERÍSTICAS DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE.....	27
3.1.1 Instrumentalidade .....	28
3.1.2 Provisoriedade e acessoriedade .....	28
3.1.3 Revogabilidade .....	30
3.1.4 Fungibilidade .....	31
3.2 REQUISITOS ESPECÍFICOS DE CONCESSÃO .....	31
<b>4 A ARBITRABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES E TUTELAS PROVISÓRIAS NO SISTEMA BRASILEIRO .....</b>	<b>33</b>
4.1 POSIÇÃO ADOTADA PELO STJ: ANÁLISE DE CASOS .....	36
<b>5 A COOPERAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO .....</b>	<b>45</b>
5.1 A FORMA PELA QUAL É SOLICITADA A COOPERAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO .....	45
5.1.1 Da Carta Arbitral - Inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil e pela Lei 13.129/15 .....	47
5.1.2 Alegação de Convenção de Arbitragem - Segundo O Novo Código de Processo Civil	49
5.2 OS LIMITES IMPOSTOS À ATIVIDADE DE COOPERAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	50
5.3 OS REMÉDIOS CABÍVEIS CONTRA ATO JUDICIAL ABUSIVO OU ILEGAL NO TOCANTE À EFETIVAÇÃO DA MEDIDA.....	52
5.4 A DESNECESSIDADE DE AUXÍLIO DO PODER JUDICIÁRIO.....	54

<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>55</b>
<b>7 REFERÊNCIAS .....</b>	<b>58</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A arbitragem conheceu desenvolvimento marcante, após décadas de estagnação, com a chegada da Lei 9.307/96. Isso se explica porque tal lei veio a criar um ambiente jurídico favorável à adoção da via arbitral, suprimindo os obstáculos da lei revogada (arts. 101 e 1072 a 1102 do CPC/1973), que desestimulavam a sua utilização, diante da intervenção obrigatória do Judiciário.

A partir do advento da referida Lei 9.307/96, a arbitragem passou a ser encarada como um meio regular e legítimo de solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, principalmente os decorrentes de relações comerciais complexas ou de contratos internacionais.

Isto porque, dentre as principais razões para tanto, destaca-se o fato de, habitualmente, serem atribuídas à arbitragem algumas vantagens sobre os processos judiciais, a saber: (a) uma maior celeridade e um menor formalismo processual; (b) a possibilidade de se confiar a solução do litígio a pessoas com especiais conhecimentos e qualificações acerca da matéria controvertida, preparadas para a aplicação dos costumes e usos comerciais e com uma maior sensibilidade aos interesses das partes e às necessidades do comércio; (c) a previsibilidade quanto aos resultados; (d) a neutralidade, nas arbitragens comerciais internacionais, do foro arbitral (como não decidem em nome de qualquer Estado, não recai sobre os árbitros a suspeita de que favorecem os interesses dos nacionais de determinado país); e (e) a confidencialidade do processo.

Muito embora a lide arbitral tenda a ser mais célere que a judicial, ela também não é imune aos efeitos deletérios do tempo.

Além da necessidade de o processo ser devidamente instruído, para o exercício adequado da cognição pelo árbitro, faz-se necessário que se respeitem padrões mínimos de justiça processual, especialmente aqueles relacionados à ampla defesa e ao contraditório. Tal



circunstância, por si só, já faz com que seja impossível chegar-se a uma solução instantânea do conflito de interesse posto em causa.

Somado a isso, existe o fato de que as questões submetidas à arbitragem não raramente se revestem de grande complexidade. É o caso, por exemplo, das lides oriundas de contratos internacionais – sobretudo quando se tem em vista os grandes contratos internacionais – cuja solução, em regra, exige o exame, pelos árbitros, de complexos elementos jurídicos e extrajurídicos. Tal circunstância, como é de intuitiva percepção, igualmente repercute no tempo necessário para se alcançar a solução do litígio.

A arbitragem convive, ainda, com as práticas protelatórias, que, à semelhança do que sucede na Justiça estadual, são inúmeras.

Com efeito, na prática, é comum a parte que antevê um resultado desfavorável, lançar mão das mais diversas medidas procrastinatórias e de obstrução processual, seja perante a jurisdição estatal, seja no âmbito do próprio processo arbitral.

Tudo isso faz com que a arbitragem também esteja sujeita aos efeitos do tempo e, conseqüentemente, essas circunstâncias exigem a adoção de medidas urgentes no curso do procedimento arbitral.

Isso faz com que as tutelas antecipadas exerçam um papel de suma relevância para que o processo arbitral possa alcançar o fim que dele se espera.

Em outras palavras, à semelhança do que sucede no âmbito judicial, também nos processos arbitrais as medidas cautelares se mostram indispensáveis para assegurar a sua efetividade.

Ocorre que, diferentemente dos magistrados, os árbitros carecem de poder para efetivar tais medidas (*imperium*). Discute-se, então, *se e em que* medida essa limitação da atuação dos árbitros repercute na sua competência para a concessão de tutelas provisórias.

A matéria alimentou a formulação de grandes controvérsias. E, no Brasil, essa situação só melhorou quando a Lei de Arbitragem foi modificada pela lei 13.129/2015, já que antes o tema era tratado de maneira extremamente superficial pelo art. 22, § 4º, que foi revogado dando lugar aos artigos 22-A e 22-B que trataram melhor a questão. O assunto também vem sendo, desenvolvido e apresentado no Novo Código de Processo Civil, no tocante à forma de efetivação das tutelas provisórias.

Porém, verifica-se que mesmo decorridos quase quinze anos desde a vigência da Lei de Arbitragem, a matéria ainda é fonte de vivas discussões, sendo, aos poucos, sedimentada na doutrina e na jurisprudência, a respeito da aplicação das tutelas provisórias na arbitragem, o que acarretou na modificação da lei.

Além da questão da competência, ou seja, a quem compete a concessão de tutelas antecipadas (ou medida cautelar do antigo CPC) - se ao tribunal arbitral ou ao Poder Judiciário - outras diversas questões serão objeto deste estudo.

Por exemplo: (a) a forma como se dá a inter-relação entre o tribunal arbitral e a autoridade judiciária, a qual, qualquer que seja a solução defendida (arbitrabilidade ou não das tutelas provisórias), faz-se necessária, na prática, em vista da própria natureza instrumental e dependente destes provimentos; (b) os meios de impugnação colocados ao alcance das partes contra a decisão que concede ou indefere a tutela provisórias em sede arbitral; e, por fim, (c) as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil no âmbito da cooperação com o Poder Judiciário.

Portanto, o intuito do presente trabalho é discutir as tutelas provisórias no processo arbitral, a partir da análise dessas tutelas antecipatórias e da abordagem de algumas questões polêmicas que o tema suscita, fazendo-o através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Por fim, vale ressaltar que este estudo dá ênfase à análise das arbitragens domésticas (ou internas), bem como ao sistema brasileiro.

## 2 A ARBITRAGEM

A arbitragem é um instituto através do qual as pessoas indicam um terceiro para resolver seus conflitos, pertinentes a direitos patrimoniais disponíveis. Inclusive, assevera Francisco José Cahali, que, para muitos estudiosos do tema, a arbitragem, em diversas civilizações, teria precedido até mesmo à justiça estatal, e mesmo estruturada esta jurisdição, muitas vezes, por opção das partes, buscava-se a solução por pessoa de confiança e respeito dos envolvidos, como, por exemplo, uma autoridade religiosa, um reconhecidamente sábio entre a comunidade, ou mesmo um membro da família experiente e idôneo<sup>1</sup>.

Neste sentido, considerando a convivência recíproca, entre próximos ou distantes, todos estão inseridos em um complexo de relações sociais, nas quais, inevitavelmente, surgem conflitos que precisam ser solucionados.

Deixado para trás o período histórico onde vigorava a imposição da vontade pela força (*autotutela* ou *autodefesa* – “a lei do mais forte”), e afastado o entendimento (autocomposição), a solução do conflito é entregue a um terceiro, por provocação do interessado, para harmonização das relações sociais intersubjetivas (heterocomposição).

A heterocomposição, conforme ilustre jurista Ada Pellegrine Grinover, abrange os mecanismos de solução de conflitos de que participam terceiros, como a defesa de terceiro, a conciliação, a mediação, o processo estatal (judicial) e a arbitragem<sup>2</sup>. E assim aparece a figura de um julgador que poderá integrar a estrutura estatal, ou ser independente do Estado – o árbitro indicado pelas partes, direta ou indiretamente.

A arbitragem nada mais é do que uma alternativa na busca de tutela jurisdicional, caracterizada como um dos mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias, também

---

<sup>1</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 28.

<sup>2</sup>CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 25.

apresentada como “justiça privada”, sendo um meio adequado para a resolução de determinados casos, dadas suas características específicas.

## 2.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO – DE ANTES DE CRISTO AO NOVO CPC

Nos seus primórdios, cerca de 3.000 anos a.c., a arbitragem era citada no direito grego tanto para a solução de controvérsias entre cidades-estado (*ligasenfitônicas*), como para conflitos privados<sup>3</sup>. Os gregos tinham à sua disposição os *diaitetai*, que eram os árbitros públicos para litígios privados. Os juízes arbitrais eram escolhidos pelas partes e poderiam ser um rei, um magistrado ou um homem público qualquer.

A sentença arbitral era gravada em muros de templos, em estelas ou no sopé de estátuas, razões porque há abundantes informações sobre a prática da arbitragem intermunicipal na Grécia antiga<sup>4</sup>.

Roma também cravou raízes quanto ao instituto em referência. A arbitragem romana era considerada um procedimento de base contratual e tratada como um ato de natureza pactícia; as partes tinham a liberdade de assinar um compromisso em que estipulavam o respeito à decisão dos árbitros e, nos contratos, podiam instituir cláusulas compromissórias.

Já na Idade Média, em várias partes da Europa Medieval, decretos locais atribuíam aos bispos o conhecimento de causas que versassem sobre conflitos entre parentes em matéria de partilha ou de tutela, alargando o âmbito do decreto justiniano, que lhes atribuía competência arbitral obrigatória em questões entre clérigos e leigos.

Na sociedade moderna, fortalecidos os Estados, e reorganizados os sistemas jurídicos, naturalmente o Poder Judiciário avocou o respeito e a autoridade para a solução das controvérsias. Ainda assim, a arbitragem foi prestigiada, tanto com previsão legal em diversos ordenamentos, como também na sua continuada utilização, com maior ou menor intensidade, em função de inúmeras circunstâncias político-sociais.

A despeito disso, foi no Direito Internacional Público que o Instituto ganhou destaque, pois representa o meio adequado para a acomodação dos interesses de Estados em conflito e assim, inúmeros casos foram solucionados com o uso da arbitragem.

Aproveitando-se da experiência positiva da arbitragem nas relações de Direito Internacional (público e privado), bem como já sedimentada a confiança no Instituto, no

---

<sup>3</sup>CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no Código de Processo Civil brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 1990. p. 33.

<sup>4</sup> Idem. p. 34.

âmbito do direito interno, em países desenvolvidos, a arbitragem passou a ser utilizada como importante instrumento para solucionar conflitos, inclusive, criando-se, por vezes, tratamento específico para determinadas situações, como arbitragem nas relações de consumo, ou arbitragem testamentária<sup>5</sup>.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 dispunha: “Art. 160. Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças são executadas sem recurso, se assim o convencionarem as partes.”

Em seguida, a Resolução de 26 de julho de 1831 admitia o juízo arbitral para o julgamento das causas de seguro, e a Lei n. 108, de 11 de outubro de 1837, para as locações de serviços<sup>6</sup>.

Atravessando algumas barreiras (chegando a confrontar a Constituição do império), o Código Comercial brasileiro de 1850, no seu art. 20, instituiu o juízo arbitral necessário (forçado ou obrigatório) para determinadas causas, dentre as quais surgidas entre sócios de sociedades comerciais durante a sua existência ou por ocasião da sua liquidação ou partilha.

A obrigatoriedade da utilização do sistema arbitral foi revogada pela Lei n. 1.350, de 14 de setembro de 1866, seguindo, mais uma vez, o exemplo francês. Assim, mantida apenas a arbitragem facultativa, o Decreto n. 3.900, de 26 de junho de 1867, inseriu a permissão de julgamento equitativo, mediante autorização das partes, ao árbitro, critério que se expandiu para a legislação posterior.

A Constituição republicana de 1891 não reproduziu preceito análogo ao art. 160 da Constituição do Império, mas nem por isso o direito pátrio ab-rogou a arbitragem, cuja prática foi mantida e autorizada pelas leis, sendo consolidada pelo Decreto n. 3.084, de 5 de novembro de 1898.

Ao tempo do pluralismo processual, alguns Estados-Membros e o Distrito Federal adotaram o juízo arbitral voluntário, facultando às partes dirimir por esse modo suas controvérsias. Após, retornando ao sistema da unidade processual, com a Constituição Federal de 1934, mantida pela Carta Constitucional de 1937, foi promulgado o Código de Processo Civil de 1939, que disciplinou pormenorizadamente o juízo arbitral no Livro IX, Título único, arts. 1.031 a 1.046.

Contudo, enquanto isso, as Constituições que se seguiram (1946, 1967 e 1969) silenciaram acerca do tema, o que não impediu que o Código de Processo Civil nacional,

---

<sup>5</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 32.

<sup>6</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. *Direito Arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 5.

instituído pela Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, consagrasse o juízo arbitral, hoje revogado.

A Constituição de 1988, ao instituir a competência da Justiça do Trabalho, diferentemente das suas antecessoras, consagra expressamente a arbitragem, nos §§ 1 e 2 do art. 114<sup>7</sup>, tendo a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, disciplinado posteriormente, em nível infraconstitucional, a arbitragem.

Dentre as novidades fundamentais trazidas pela Lei de Arbitragem, em 1996, destacam-se três: a) a possibilidade de instituição da arbitragem por meio da convenção de arbitragem (art. 3<sup>o8</sup>); b) a equiparação do árbitro ao juiz estatal (art. 18<sup>o9</sup>); c) bem como, a equiparação da sentença arbitral à sentença judicial, conferindo a esta última, irrecorribilidade (art. 31<sup>o10</sup>).

Com a reforma na Lei de Arbitragem, modificada pela lei 13.129/2015, alguns pontos controversos foram tratados como o tema específico deste trabalho, onde foi revogado art. 22, § 4<sup>o11</sup>, que previa a possibilidade de o juiz arbitral requerer ao Poder Judiciário a concessão da cautelar, o que acarretava a parcialidade do árbitro, que se tornava parte legítima em um possível processo judicial. Foi introduzido então o art 22-A e 22-B, que passou a estabelecer a competência do Juízo Estatal para concessão de tutela provisória antes da Arbitragem ser instaurada e a competência do Juízo Arbitral se ela for incidente, isto é, se o tribunal Arbitral já houver sido instaurado, e a instituição da carta arbitral.

Hoje, o novo Código de Processo Civil (lei 13.105/2015), que passou a vigorar em 18 de março 2016, tampouco sana as lacunas pertinentes à arbitragem. Salvo algumas questões atinentes ao processo civil, que foram editadas, a nova lei permanece, em suma, inerte em relação ao importante instituto da arbitragem, especificamente em sede das tutelas antecipadas, tendo em vista que o novo CPC não só não esclarece o funcionamento destas

---

<sup>7</sup>Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...)

§ 1<sup>o</sup>. Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2<sup>o</sup>. 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 anteriormente.

<sup>8</sup>Art. 3<sup>o</sup>. 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.

<sup>9</sup>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.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Art. 22. (...) § 4<sup>o</sup> Ressalvado o disposto no § 2<sup>o</sup>, 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.

medidas perante o Tribunal Arbitral, como substituiu sua previsão, criando um novo gênero, denominado tutela provisória.<sup>12</sup>

## 2.2 A LEI BRASILEIRA DE ARBITRAGEM - LEI N. 9.307 DE 23 DE SETEMBRO DE 1996

A Lei 9.307, de 23.09.1996, sistematizou a arbitragem no Brasil ao transitar entre o direito material e o direito processual, relativos ao instituto. Com sete capítulos e 44 artigos, normatiza as relações jurídicas possíveis de serem submetidas à arbitragem; especifica regras de procedimento; trata, dentre outros, dos requisitos, forma, conteúdo e efeitos da convenção e da sentença; cuida da atuação do árbitro; das causas de invalidação da sentença e homologação de sentença estrangeira; e, em certo ponto, das medidas para concessão de tutelas provisórias.

Uma das principais inovações, com relação ao regramento anterior (previsto no antigo CPC), foi conferir à jurisdição arbitral “certa independência”, uma vez que se passou a dispensar a homologação pelo Poder Judiciário da sentença arbitral (exigida à época pelo art. 1.045 do CC/1916). E para as sentenças estrangeiras, tornou-se suficiente a homologação do próprio laudo pelo Superior Tribunal de Justiça, dispensando, para o reconhecimento, a homologação no Judiciário de origem, como até então se exigia.

Outro grande obstáculo superado pela nova lei foi a concessão de força vinculante à cláusula compromissória. Com esta mudança, as partes podem, já no contrato, prever a utilização da arbitragem para futuros, embora incertos e eventuais, conflitos.

No passado, como visto no tópico anterior, para que se instaurasse a arbitragem, fazia-se necessária a composição das partes a respeito da arbitragem apenas após instaurado o litígio, mesmo quando previamente firmada a cláusula. Caso contrário, diante da recusa por qualquer das partes ao meio extrajudicial, este restaria prejudicado, prosseguindo-se o litígio na jurisdição estatal, reservado apenas ao que se sentisse lesado pela quebra do acordo, neste particular, pleitear perdas e danos.

Ou seja, a prioridade ainda era a justiça estatal.

---

<sup>12</sup> No dia 26 de maio de 2015, o presidente da República em exercício, Michel Temer, sancionou o projeto de reforma da lei de arbitragem 9.307/96, ampliando o alcance do meio alternativo de resolução de conflitos, que e passou a vigorar em 26 de julho do mesmo ano.

Com a nova norma, lei 13.129/15, a arbitragem também poderá se aplicar à administração pública direta e indireta para dirimir conflitos patrimoniais, além das transformações que dizem respeito à previsão de arbitragem para solucionar embates relacionados ao Direito do Consumidor e às relações trabalhistas. A nova lei tem como objetivo principal a diminuição do número de processos no Judiciário, porém não se torna um obstáculo ao livre acesso à justiça, uma vez que sempre que as partes se sentirem lesadas poderão acionar o judiciário.

Atualmente, existindo cláusula arbitral, preenchidos evidentemente seus requisitos, sua presença no instrumento contratual vincula as partes, impedindo que qualquer delas venha a recusar a sua submissão ao juízo arbitral. Vale dizer, haverá, por vontade das partes, manifestada na convenção de arbitragem, a exclusão prévia e irretratável à jurisdição estatal, conforme afirmado pelo Supremo Tribunal Federal que, por maioria de votos, julgou um recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5206), considerando constitucional a Lei de Arbitragem.<sup>13</sup>

O caso piloto (*leading case*) sobre a matéria trata de uma ação movida desde 1995, onde a empresa, de origem estrangeira, pretendia homologar um laudo de sentença arbitral proferido na Espanha, para que tivesse efeitos no Brasil. A princípio, o pedido havia sido indeferido. Entretanto, em 1996, foi promulgada a Lei 9307, que dispensaria a homologação desse laudo na justiça do país de origem. Durante o julgamento do recurso, o ministro Moreira Alves levantou a questão da constitucionalidade da nova lei.

Apesar de todos os ministros terem votado pelo deferimento do recurso, no sentido de homologar o laudo arbitral espanhol no Brasil, houve discordância quanto ao incidente de inconstitucionalidade. Sepúlveda Pertence, o relator do recurso, bem como Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, entenderam que a lei de arbitragem, em alguns de seus dispositivos, dificultava o acesso ao Judiciário, direito fundamental previsto pelo artigo quinto, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A corrente vencedora, por outro lado, considerou um grande avanço a lei e não via nenhuma ofensa à Carta Magna. O ministro Carlos Velloso, em seu voto, salientou que, em se tratando de direitos patrimoniais e, portanto, disponíveis, a lei deveria ser priorizada. Segundo ele, as partes têm a faculdade de renunciar a seu direito de recorrer à Justiça e “o inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever.”

Após o término do julgamento, o presidente do tribunal, ministro Marco Aurélio, comentou a decisão dizendo esperar que fosse dada confiança ao instituto da arbitragem e, a exemplo do que ocorreu em outros países, que essa prática “pegasse no Brasil também”.

Para Francisco José Cahali, este é o efeito negativo da cláusula compromissória, na medida em que afasta o Poder Judiciário da apreciação do conflito<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> “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.”

Com isso percebemos que caso o réu não alegue a convenção de arbitragem, o processo segue na justiça estatal.  
<sup>14</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*: resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 80.



Ou seja, ainda em 1996, era difícil aos membros do Judiciário e aos juristas de modo geral abdicarem da ideia de que apenas a justiça estatal poderia administrar conflitos. A “desjudicialização” de conflitos cedeu à tradição porque a demanda crescente de modo incontrolável e acabou superando o desejo de manter nas rédeas do poder público a resolução dos conflitos. Mas isto foi custoso.

Tanto a necessidade de homologação, como a fragilidade da cláusula diante da recusa de qualquer das partes em se submeter à solução extrajudicial, retiravam da arbitragem alguns de seus principais atributos: rapidez, eficiência e eficácia.

Algumas importantes mudanças foram alcançadas com a Lei 13.129/15, que reformou a Lei de arbitragem, como já foi dito no tópico anterior. Dentre essas mudanças está a instituição da carta arbitral no art. 22-C, onde o árbitro poderá, caso sua determinação não seja cumprida voluntariamente, expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento de ato solicitado por ele.

### 2.2.1 A jurisdicionalidade da Arbitragem no âmbito da lei

Apesar de a lei expressamente ter equiparado a atividade do árbitro a do juiz, ainda existem teorias doutrinárias que questionam se a atividade do árbitro é ou não é jurisdicional, discussão esta que está intrinsecamente ligada à natureza jurídica da arbitragem.

Nesta seara, três teorias fundamentais foram desenvolvidas: a teoria privatista (ou contratual), sustentada por aqueles que ainda se filiam à ideia clássica de jurisdição, defendida por Chiovenda<sup>15</sup>, para quem só o Estado exerce a atividade jurisdicional e, assim, levando a crer que o árbitro exerceria uma atividade meramente privada; a teoria publicista; e a teoria híbrida (ou mista).

A tese referente à ideia privatista da arbitragem, até então majoritária, foi superada com a nova sistemática imposta pelos artigos 18 e 37 da Lei de Arbitragem n. 9.307/1996. O artigo 18 preconiza que “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” e o art. 37, que “a homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada”.

Essas importantes mudanças no regime brasileiro foram apontadas como um marco para a inversão da tendência contratualista, que foi muito influenciada pelas lições de Chiovenda, e pela frágil questão da ausência de força executiva da sentença arbitral.

---

<sup>15</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução Guimarães Menegale. 3. ed. v. 2. São Paulo, 1969. p. 9.

Humberto Theodoro Júnior bem resume esse quadro se, no regime anterior à Lei 9.307, mostrava-se forte a corrente que defendia a natureza contratual ou privatística da arbitragem, agora não se pode mais duvidar que saiu vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicística.

Com efeito, não obstante apoiada no pressuposto de uma autorização contratual, o novo procedimento arbitral deslocou a justiça estatal do lugar de exclusividade, já que nem mesmo o compromisso depende necessariamente de intervenção judicial, nem tampouco a sentença arbitral tem sua eficácia subordinada a qualquer crivo de aprovação em juízo.”<sup>16</sup>

Tal posição, prevalente hoje no Brasil, também é defendida por J. E. Carreira Alvim, para quem, em face da disposição do artigo 31 da Lei de Arbitragem, a confluência das correntes privatista e publicista só se faz necessária para se explicar o caráter contratual da convenção de arbitragem, tendo em vista que a natureza jurisdicional da sentença resulta expressamente da lei.<sup>17</sup>

Assim, inexistem dúvidas, à luz do atual ordenamento brasileiro, acerca do caráter jurisdicional da atividade do árbitro. O legislador equiparou a sentença arbitral àquela proferida pelo Poder Judiciário, atribuindo-lhe a qualidade de ato de autoridade que decide a lide de maneira vinculativa para as partes que, voluntariamente, se submeteram à arbitragem.

Em suma: no tocante a litígios atinentes a direitos disponíveis, o árbitro, à semelhança do juiz togado, conhece os fatos que lhe são submetidos, procede a sua valoração e a sua adequação ao direito ou à regra de equidade para decidir a lide, por meio de um procedimento ditado pelas partes, ou pelo árbitro, que deve, tal como sucede no âmbito judicial, pautar-se pela observância aos princípios do contraditório, da igualdade, da imparcialidade e do livre convencimento do julgador<sup>18</sup>.

Há de se lembrar que, inegavelmente, num primeiro plano, a veste privatista da arbitragem mostra-se transparente: a arbitragem tem um fundamento contratual. Ela, como procedimento, só existe se for precedida de um negócio jurídico, nomeadamente, de uma convenção, que tanto pode constituir uma cláusula de um negócio jurídico, como um negócio jurídico em separado, por meio da qual manifestam as partes, a vontade de resolverem suas diferenças em sede arbitral. Assim, o traço privatista do instituto reside no fundamento contratual da arbitragem.

---

<sup>16</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 32. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 330.

<sup>17</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. *Direito Arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 50.

<sup>18</sup>Idem. p. 250.

Já a natureza jurídica do instituto se revela em segundo plano, quando instaurado o procedimento. Nesse momento, a atuação do árbitro é revestida da publicização necessária para que se resolva, de maneira definitiva e vinculante, a lide, uma vez que são juízes de fato e de direito (art. 18 da Lei de Arbitragem) e a sentença proferida produz os mesmos efeitos da sentença prolatada em sede judicial, bem como, sendo condenatória, constitui título executivo judicial.<sup>19</sup>

Em outras palavras, a arbitragem, da forma como configurada nos principais sistemas, como processo, possui uma natureza mista contratual-jurisdicional, posto que, se tem um fundamento contratual, constitui uma atividade jurisdicional e conduz uma decisão com eficácia jurisdicional<sup>20</sup>.

A partir deste ponto, diversas outras questões se depreendem, especialmente sobre a extensão das decisões arbitrais e seu uso como precedentes para casos futuros.

### 2.2.2 Precedentes em sede arbitral

À medida que a arbitragem avança no Brasil, chega-se a um paradoxo: como um dos grandes atrativos dessa modalidade é o sigilo do que foi discutido e de quem discutiu, forma-se uma jurisprudência oculta, que dificilmente gera precedente.

Questão interessante foi levantada pelo ministro Sidnei Beneti, do Superior Tribunal de Justiça, que participou da mesa de discussões do seminário sobre o Sistema Integrado de Comércio Exterior de Serviços, Intangíveis e Outras Operações que Produzam Variações no Patrimônio, o Siscoserv, evento organizado pela Federação das Indústrias de São Paulo (Fiesp), no dia 28 de maio de 2013, participante no tema “legislação”, questionou o Ministro se a publicação das sentenças arbitrais para a criação de precedentes não acarretaria a judicialização dos conflitos — o que resultaria na morte da arbitragem em seu fim máximo de evitar a Justiça? Ele explicou que a publicação poderia criar demandas judiciais, principalmente no âmbito processual das arbitragens. Citou o exemplo genérico de alguém que já passou pela câmara arbitral e vê, em um caso semelhante ao seu, que a sentença foi em sentido diferente, ou que o procedimento tenha sido outro. Ele poderia ajuizar uma ação pedindo que a Justiça definisse o caso, em busca de isonomia?

---

<sup>19</sup> CATRAMBY, Alexandre Espínola. *Das relações entre o tribunal arbitral e o poder judiciário para a adoção de medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 15.

<sup>20</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem Transnacional. A determinação do estatuto da arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 187.

É um caso a se pensar, ou seja, seriam os precedentes em sede arbitral, uma forma de segurança jurídica, uma vez que a sentença arbitral é equiparada à sentença judicial? Ou, a criação de precedentes em arbitragem acabaria com o instituto, uma vez que uma de suas características é o sigilo e a especialidade desempenhada pelos árbitros no objeto de duas decisões?

### 2.2.3 O poder dos árbitros

Como já assinalado no tópico acima, a atividade dos árbitros não difere substancialmente daquela exercida pelos juízes estatais: a sua atuação se dá em processo regido pelos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

A instituição da arbitragem depende de requerimento, não agindo o árbitro *ex officio*. Ademais, no exercício da sua função, o árbitro substitui, pela sua, a inteligência das partes e, nesse mister, atua na composição do litígio para o qual foi nomeado, o fazendo por meio de sentença que produz coisa julgada e é qualificada como título executivo.

Trata-se, portanto, de atividade voltada para a composição do litígio e, conquanto exercida em sede privada, é impregnada de autoridade pública, que lhe é reconhecida pelo Estado, não só ao atribuir à decisão arbitral o caráter de sentença, mas também ao assegurar-lhe a mesma eficácia das sentenças judiciais<sup>21</sup>.

Ocorre que, muito embora os árbitros exerçam uma inequívoca atividade jurisdicional, não se nega que ela é realizada em medida inferior à dos juízes estatais. Isso porque, ao analisarmos o caminho percorrido por um processo entregue a um Tribunal Arbitral, veremos que o árbitro só tem do juiz romano a *iurisdictio*, o que importa no poder de conhecer (*cognitio*) e de julgar (*iudicium*), faltando-lhe o *iusimperii*, que é o monopólio do juiz togado, e corresponde ao poder de fazer efetivos atos constrictivos de liberdade individual no caso concreto, o que esvazia de autoridade a eficácia de suas decisões.

Conforme Carlos Alberto Carmona<sup>22</sup>, reportando-se a Giuseppe Saredo<sup>23</sup>, cinco seriam, segundo a concepção clássica, os componentes da jurisdição: a *notio*, correspondente à faculdade de conhecer de certa causa; a *vacatio*, como sendo a faculdade de fazer intervir no juízo todos aqueles cuja presença seja útil à justiça e ao conhecimento da verdade; a *coertio*,

---

<sup>21</sup> ALVIM, José Eduardo. *Direito Arbitral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. o. 331.

<sup>22</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 264.

<sup>23</sup> SAREDO, Giuseppe. *Istituzioni di Procedura Civile*. t.I, G. Pellas, 1887. p. 198.

consubstanciando-se no direito de fazer-se respeitar e de reprimir as ofensas que lhe forem feitas no exercício de suas funções; o *iudicium*, como direito de julgar e pronunciar sentenças; e a *executio*, representando o direito de em nome do poder soberano, tornar obrigatória e coativa a obediência às suas decisões.

Sob esse enfoque, diferentemente dos juízes togados, aos árbitros falta o poder de tornar efetivas suas decisões, sejam elas provisórias, sejam elas definitivas, pois falta-lhe a *coertio* e a *executio*.

Ou seja, embora a limitação imposta ao árbitro quanto ao poder de efetivar suas próprias decisões não faça com que a atividade perca o caráter jurisdicional, faz com que esta seja sempre dependente da atividade jurisdicional estatal, encontrando o árbitro sua jurisdição fracionada: compõe-se de *cognitio* e *iudicium*, faltando-lhe o *imperium*.

Aqui, percebe-se um dos principais paradoxos do instituto, que chega com a promessa de deslocar do Judiciário (e transferir para a vontade das partes) a administração dos seus conflitos, mas, ao mesmo tempo, retira uma das principais forças de sua atuação.

Essa limitação, que teoricamente não desfigura o poder exercido pelos árbitros, gera consequências relevantes no tocante ao tema do presente estudo, pois é em torno da falta de *imperium* que gravitam, em sua maior parte, as controvérsias atinentes à arbitrabilidade das medidas antecipatórias, haja vista que, na falta de cumprimento voluntário pela parte, faltará ao árbitro o poder de impor, pela força, tais medidas.

Além dessa limitação, outra também se verifica na hipótese de tais medidas envolverem de alguma maneira, terceiros, alheios à convenção de arbitragem, uma vez que, em função da sua origem contratual, a jurisdição arbitral não pode, à luz do princípio da relatividade dos negócios jurídicos, alcançar senão as partes dessa convenção.

Logo, diferentemente do que sucede na seara judicial, não exercem os árbitros qualquer poder frente a terceiros alheios ao pacto arbitral, não podendo deles exigir qualquer tipo de submissão aos seus atos. Neste caso, o que se discute é a própria eficácia da decisão, posto que incapaz de produzir efeitos perante terceiros.

Esse cenário coloca em dúvida a possibilidade de compatibilizar a falta de poder dos árbitros para praticar atos necessários à execução das suas decisões com a sua competência para conceder tutelas provisórias. Em outras palavras, em que medida o poder dos árbitros para a concessão de tutelas provisórias encontra-se afetado por faltar-lhe competência executiva?

Além disso, caso entenda-se que essa limitação em nada afeta a competência do juízo arbitral, seria essa competência exclusiva ou concorrente com a jurisdição estatal? E mais

ainda: tendo as partes celebrado uma convenção de arbitragem por meio da qual conferiram a um tribunal arbitral competência exclusiva para dirimir litígios presentes ou futuros oriundos de uma determinada relação jurídica, estarão, necessariamente, todos os pleitos antecipados conexos e acessórios àqueles sujeitos a julgamento pelo juízo arbitral?

Ainda, na aferição de uma competência concorrente, a parte que solicita a concessão da tutela diretamente ao Poder Judiciário terá renunciado ao procedimento arbitral? E, à falta de poder de *imperium* dos tribunais arbitrais, como se efetivam as tutelas provisórias por eles concedidas?

Estas são temáticas que fizeram com que eu buscasse compreender melhor este tema e questionasse a sua eficácia.

Questão que também merece ser pensada, como já mencionado no texto, diz respeito à possibilidade de as decisões arbitrais gerarem precedentes.

Desta forma, antes de adentrar ao cerne desse debate, faz-se necessário serem apresentadas algumas considerações genéricas sobre as tutelas provisórias, pois a compreensão adequada de diversas questões suscitadas ao longo deste estudo pressupõe certa familiarização com alguns conceitos e princípios inerentes a esse instituto.

### 3 AS TUTELAS PROVISÓRIAS

O processo de conhecimento, tendente à formulação da norma jurídica concreta que deve reger determinada situação, e o processo de execução, por meio do qual se atua, praticamente, essa norma jurídica concreta, têm, como denominador comum, o fato de que ambos visam à tomada de providências capazes de, conforme o caso, preservar ou reintegrar, em termos definitivos, a ordem jurídica e o direito subjetivo ameaçado do lesado. Diz-se, por essa razão, que constituem modalidades de tutela jurisdicional imediata ou satisfativa<sup>24</sup>.

Porém, mostra-se transparente o fato de que ainda não se verificou um sistema ideal pelo qual a tutela, quer de obrigação, quer de cognição, seja prestada tão logo invocada a jurisdição. Isto se dá pelo lapso temporal que os processos exigem para alcançar o seu desfecho e assim sejam respeitados não só a ampla defesa e o contraditório, mas também uma correta instrução do processo, a fim de permitir ao julgador, juiz ou árbitro, a formação de seu convencimento de maneira apropriada.

Esse efeito deletério do tempo sobre o processo pode acarretar consequências incontornáveis para a sua efetividade, em razão da possibilidade do objeto do julgado sofrer alterações substanciais antes mesmo que se possa chegar à solução definitiva do conflito de interesses.

Em outras palavras, embora não se discuta a necessidade de que o processo, para fazer justiça, seja precedido do regular e ponderado desenvolvimento de toda uma série de atividades, não se nega que a mora indispensável ao cumprimento desse interprocessual ameaça tornar praticamente ineficaz o provimento definitivo.

Surge, então, como mecanismo de remediar os efeitos nocivos do tempo sobre a lide, o processo cautelar no antigo CPC, chamado de tutela provisória no novo CPC; uma

---

<sup>24</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.p.301

modalidade de prestação jurisdicional capaz de resguardar as condições de fato e de direito necessárias à prestação da justiça com efetividade<sup>25</sup>.

Nas palavras de Piero Calamandrei:

O processo cautelar representa uma conciliação entre duas tendências, frequentemente constantes: a da celeridade e a da ponderação. Permite ao processo ordinário funcionar com calma, enquanto preventivamente assegura os meios idôneos que fazem com que o procedimento definitivo possa ter, quando for emanado, a mesma eficácia e o mesmo rendimento prático que ele teria se fosse emanado imediatamente.<sup>26</sup>

Assim, conclui-se que as medidas cautelares (ou assecuratórias) não possuem natureza satisfativa, mas tão somente preservativas de situações necessárias para garantir a efetividade do processo, diferentemente da tutela a ser obtida no processo principal<sup>27</sup>. Assim como as tutelas provisórias no novo ordenamento jurídico.

Portanto, enquanto no processo de conhecimento se pleiteia a declaração do direito, acrescida de eventual condenação ou constituição (positiva ou negativa), e no de execução se cuida da realização coativa do direito reconhecido, no processo cautelar, como estabelecido pelo CPC/73 e na tutela provisória imposta pelo CPC/15, a prestação jurisdicional se caracteriza pela outorga de segurança com o objetivo de garantir o resultado útil das demais funções<sup>28</sup>.

Com efeito, o processo cautelar, como anteriormente previsto no Código de Processo Civil de 1973, foi excluído pelo novo CPC, o qual criou um novo gênero: tutela provisória, as quais são espécies a tutela de urgência e a tutela de evidência (art. 294).<sup>29</sup>

Tal alteração teve fundamento no princípio da efetividade e da duração razoável do processo, unificando os requisitos tanto para a concessão da tutela de urgência cautelar, quanto à satisfativa. Ou seja, o novo Código de Processo Civil dispôs expressamente sobre a desnecessidade de diferenciação dos procedimentos entre as referidas tutelas, permitindo a fungibilidade entre as tutelas provisórias (satisfativa) e cautelares, de modo que ambas integrassem a espécie tutela de urgência (art. 294, parágrafo único).<sup>30</sup> Sendo assim, provado o requisito da tutela antecipada, os quais são: evidência de probabilidade do direito e o perigo

---

<sup>25</sup> FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, p. 1549.

<sup>26</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000. p.39-40.

<sup>27</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela jurisdicional de urgência*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 7.

<sup>28</sup> LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 3. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 3.

<sup>29</sup> Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

<sup>30</sup> Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.



de dano ou o risco ao resultado útil do processo, possibilitado está o juiz de conceder a tutela de urgência antecipada ou cautelar (art. 300).<sup>31</sup>

As cautelares típicas ou nominadas no Código de Processo Civil de 73 eram o arresto, artigo 813 a 821, o sequestro, artigo 822 a 825, a caução, artigo 826 a 838, a busca e apreensão, artigo 839 a 843, a exibição, artigo 844 e 845, a produção antecipada de prova, artigo 846 a 851, os alimentos provisionais, artigo 852 a 854, o arrolamento de bens, artigo 855 a 860, a justificação, artigo 861 a 866, os protestos, notificações e interpelações, artigos 867 a 873, a homologação do penhor legal, artigos 874 a 876, a posse em nome do nascituro, artigo 877 e 878, o atentado, artigos 879 a 881, o protesto e a apreensão de títulos, artigos 882 a 887, e outras medidas provisionais nos artigos 888 e 889.

O Novo Código de Processo Civil não possui um título ou capítulo próprio para a tutela cautelar e para a tutela antecipada, mas institui um livro próprio destinado à tutela provisória, que engloba a tutela provisória de urgência (antecipada e cautelar) e de evidência. Sendo que o artigo 301 apenas especifica que a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito.

Nesta parte, o novo CPC se assemelha ao Código de Processo Civil de 39 ao fixar apenas os requisitos gerais da tutela de urgência cautelar, sem criar cautelares típicas com requisitos próprios.

Apesar das novidades trazidas pela nova lei, podemos notar que os institutos se assemelham em objetivo, ou seja, zelam pela efetividade do processo, protegendo a eficácia da decisão final ou antecipando o próprio mérito do processo principal, apesar de se distanciarem quanto ao procedimento – já que no código anterior as cautelares eram manejadas em um processo acessório, por exemplo.

Desse modo, podemos dizer que, mesmo sob uma nova roupagem, as antigas “medida cautelar” e “antecipação de tutela”, hoje sob a veste da tutela provisória, cumprem ou tentam cumprir o seu papel de combaterem ou minimizarem a força corrosiva do tempo para o processo, bem como formam, à base de cognição sumária, em outras palavras, menos

---

<sup>31</sup> Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1o Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2o A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3o A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

aprofundada que a cognição prevista para a tutela definitiva, mas trabalhando sempre para esta última.

Não obstante a afirmação de que na nova lei a medida cautelar e a antecipação de tutela integram uma mesma espécie, importante é delinear suas diferenças a luz do Código de Processo Civil de 73, principalmente porque seus distintos procedimentos levaram a algumas questões tratadas no tema desta presente monografia e que não foram solucionadas nem mesmo à luz da nova lei 13.105/2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil.

Muito embora ambas sejam espécies do gênero tutelas de urgência, a medida cautelar e a tutela antecipada se diferenciam, principalmente, na medida em que a primeira visa assegurar a efetividade de um provimento jurisdicional a ser produzido em outro processo, enquanto a segunda antecipa os efeitos práticos do provimento futuro e final almejado, que, caso não protegido imediatamente, corre o risco de esvair-se no tempo.

Procedimentalmente, a medida cautelar, por não se tratar de discutir a questão do mérito e sim os meios para salvaguardar tal decisão, era manejada em uma ação autônoma, um processo acessório ao processo principal, contrariamente ao que ocorria na antecipação de tutela, já que a mesma era requerida dentro dos próprios autos principais por se tratar de antecipar, mesmo que provisoriamente, os efeitos do pedido principal.

Apesar de já afirmada anteriormente, no §7º do art. 273 do CPC, a fungibilidade entre as duas medidas só se tornou expressa com o novo Código de Processo Civil, que as agrupou na categoria de Tutela provisória de urgência, tornando uniforme o procedimento das mesmas, qual seja: o pedido será feito dentro do processo principal. Deste modo, a cautelar passa a ser uma tutela preventiva formulada antecipadamente ou incidentalmente dentro do próprio processo principal, a exemplo da tutela antecipada do Código de 73.

Essa fungibilidade traz à tona questão ainda mais problemática, uma vez que, à luz do procedimento anterior, mesmo que já encarada a fungibilidade entre os dois institutos, na existência de convenção de arbitragem, uma vez pleiteada uma tutela provisória sob a roupagem de cautelar, possuindo a mesma natureza antecipatória satisfativa, devia-se redobrar o cuidado na apreciação de tal questão pela autoridade judicial, a fim de se evitar questionamentos acerca de eventual violação à convenção de arbitragem. Isto se devia ao fato de que, no caso, a atuação da jurisdição estadual recairia, propriamente, sobre a questão de fundo, ou seja, verificar-se-á a solução prévia (ainda que de maneira transitória), por juízo incompetente, do juízo de interesses posto em causa, que seria a arbitragem. Senão, vejamos entendimento dado pela Justiça Federal no julgado abaixo:

PROCESSUAL CIVIL AGRAVO DE INSTRUMENTO REGRA DE ARBITRAGEM COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DOS LITÍGIOS TRIBUNAL ARBITRAL I Admite-se o recurso à justiça estatal apenas quando ainda não instituída a arbitragem, dado o caráter urgente da medida. II Havendo convenção arbitral, é competente o tribunal arbitral para apreciar o mérito do litígio, cabendo-lhe, igualmente, decidir se antecipa ou não os efeitos da tutela antecipatória. III Agravo parcialmente provido.<sup>32</sup>

Diante das circunstâncias, qual será a posição adotada pelos Tribunais a partir da vigência do novo CPC? Em outras palavras, uma vez que a competência para a concessão de tutela provisória de urgência antecipada pertence, em regra, ao tribunal arbitral, uma vez que se assemelha à tutela antecipada e, deste modo, discute-se diretamente o mérito, tratando-se de tutela provisória de urgência cautelar, questiona-se se a competência para a sua concessão é deste tribunal, do juízo estatal ou, mesmo, de ambos (competência concorrente).

### 3.1 CARACTERÍSTICAS DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE

Como já mencionado aqui, o Novo Código de Processo Civil inovou, trazendo a figura da tutela provisória de urgência e de evidência, sendo que aquela ainda se divide em cautelar e antecipada. O presente estudo foca na tutela provisória de urgência cautelar, já que esta se assemelha ao antigo instituto da medida cautelar, pois através dela a parte requer ao juiz que tome a medida adequada para resguardar o futuro provimento, objeto do pedido, não integrando este, o mérito do processo.

A nova lei também traz a possibilidade de ambos os institutos serem promovidos em caráter preparatório ou antecedente, ou seja, tanto a tutela provisória de urgência antecipada, quanto a tutela provisória de urgência cautelar poderão ser propostas anteriormente à propositura da ação principal, diante da urgência em garantir um resultado útil ao processo. Tais possibilidades estão previstas nos artigos 303<sup>33</sup> e 305.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal. TRF-2. AG 117825 2003.02.01.010784-5. Relator Desembargador Federal Carreira. Julgado em 22jun2004. Publicado no DJe em 29jun 2004.

<sup>33</sup> Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1o Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2o Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1o deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

Analisando as características do processo cautelar, ultrapassado pelo novo Código de Processo Civil, poderemos compará-lo pormenorizadamente ao novo instituto da tutela provisória de urgência cautelar em caráter antecedente, verificando suas semelhanças e seus desencontros.

### 3.1.1 Instrumentalidade

As providências cautelares de maneira geral (entenda-se: processo cautelar e tutela provisória de urgência cautelar) são instrumentais, uma vez que não possuem um fim em si mesmas; são, sim, predispostas à emanção de um ulterior procedimento definitivo, do qual estes preventivamente asseguram proveito prático<sup>35</sup>. Seu escopo, nesta medida, é garantir a eficácia e a utilidade da própria tutela processual, razão pela qual ela é instrumental perante esta tutela e só mediatamente o é perante as próprias situações jurídicas.

Aliás, a luz do entendimento do nobre José Carlos Barbosa Moreira, pode-se dizer que a providência cautelar é instrumental em segundo grau, pois, se todo processo se caracteriza pela instrumentalidade (é sempre instrumento de realização do direito substantivo), o processo cautelar será algo como o instrumento do instrumento, ou seja, será dotado de uma “instrumentalidade ao quadrado”<sup>36</sup>.

### 3.1.2 Provisoriedade e acessoriedade

Ambos os institutos cautelares são dotados de provisoriedade, no sentido de que a situação preservada ou constituída por meio das cautelares não se reveste de caráter definitivo, mas, ao contrário, se destina a durar por um espaço de tempo delimitado.

---

§ 3o O aditamento a que se refere o inciso I do § 1o deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4o Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5o O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

§ 6o Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

<sup>34</sup> Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

<sup>35</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000. p. 41.

<sup>36</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974. p. 236.

Assim, a duração temporal é limitada ao período de tempo que deverá transcorrer entre a sua decretação e a superveniência do provimento principal ou definitivo<sup>37</sup>. Por sua natureza, ela se destina a ser substituída por aquela que vier a resultar da ação principal da qual depende. A título de exemplo, o arresto desaparece e é substituído pela penhora; o sequestro, pela imissão de posse ou pelo depósito executivo; e a prova antecipada exaure sua finalidade com a utilidade prestada à sentença<sup>38</sup>.

Em razão disso, nos termos do Código de Processo Civil de 73, a admissibilidade do processo cautelar pressupõe a do processo principal, cuja eficácia visa assegurar. Neste sentido, o artigo 796 dispõe que “o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”.

Daí decorre a característica de acessoriedade, uma vez que, como visto acima, o processo cautelar é acessório ao processo principal (de cognição ou execução) por determinação legal, o que não ocorre com a tutela provisória de urgência cautelar, uma vez que esta não se trata de um processo autônomo e sim, um pedido dentro do processo principal. Salvo, é claro, na hipótese de tutela provisória de urgência cautelar em caráter antecedente, onde essa acessoriedade também se denota.

Tanto as medidas cautelares preparatórias quanto a tutela provisória de urgência cautelar em caráter antecedente possuem regras que explicitam essa característica da acessoriedade e estabelecem a necessidade de a parte propor, até 30 (trinta) dias após a efetivação da medida, a ação principal (art. 806 do CPC de 73 e art. 308 do Novo CPC), bem como a que prevê a cessação da eficácia da medida “se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem resolução do mérito” (art. 808, III, do CPC de 73 e art. 309, III do Novo CPC).

Conclui-se, quanto a este ponto, que, apesar de tais regras terem, claramente, sido elaboradas tendo em vista, exclusivamente, o processo judicial, óbice não há para a sua aplicação à arbitragem.

Isto porque, conforme enuncia Galeno Lacerda, o conceito de processo principal é o mais amplo possível, abrangendo todo e qualquer processo relacionado com a segurança da função do qual é pedida. Esse processo pode ser futuro ou atual, de acordo com a cautela antecedente ou incidente. E, ainda que as cautelas, em regra, se refiram aos processos de

---

<sup>37</sup>THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 353.

<sup>38</sup>THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. São Paulo: Universitária de Direito, 2004.p.81.

conhecimento (seja ele de rito ordinário, sumário ou especial), estendem-se, dentre outros, aos regulados por lei especial, tal como sucede com os arbitrais<sup>39</sup>.

### 3.1.3 Revogabilidade

Como provimentos emergenciais que são, as providências cautelares também se caracterizaram pela possibilidade de serem substituídas no antigo ordenamento jurídico (art. 805 do CPC de 73), e agora modificadas e revogadas (art. 807 do CPC de 73 e art. 296 do Novo CPC). Isso ocorre em razão da própria natureza e finalidades das providências cautelares, pois se a situação fática que ensejou a sua concessão desaparece, cessa a sua razão de existir.

Um dos requisitos da concessão da tutela jurisdicional cautelar é, conforme se verá adiante, a existência de uma situação fática capaz de gerar o risco de que a demora na entrega da prestação jurisdicional principal gere a perda da sua utilidade, e, conseqüentemente, em dano de difícil ou de impossível reparação para a parte, caracterizado no *periculum in mora*.

Esse *periculum in mora* pode, no entanto, deixar de se verificar ao longo do processo, justificando, deste modo, a revogação da medida.

O mesmo acontece quanto ao segundo requisito, qual seja, *fumus boni iuris*, consistente na probabilidade de existência do direito afirmado pelo demandante, uma vez que também é possível que o julgador, tendo verificado esse requisito com base em cognição sumária, se convença depois de que o direito substancial afirmado pelo requerente, que parecia forte, tende a inexistir.

Esta revogação pode se dar a qualquer tempo, tanto no bojo do processo cautelar (procedimento anterior ao Novo CPC e já revogado), como nos autos do processo principal. Portanto, não há espaço para se invocar a óbice da *resjudicata*, o qual se relaciona com o mérito da causa (art. 468 do CPC de 73), sendo certo que a decisão da ação cautelar nunca é de mérito.<sup>40</sup>

No mais, vale frisar que os mesmos fundamentos autorizadores da revogação da medida igualmente se prestam a permitir a sua modificação, o que também pode ocorrer a qualquer tempo.

---

<sup>39</sup> LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2006.p. 44.

<sup>40</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. São Paulo: Universitária de Direito, 2004. p. 188.

### 3.1.4 Fungibilidade

O ponto da fungibilidade das providências cautelares além de anteriormente previsto no artigo 805 do Código de Processo Civil brasileiro de 73, que assim estabelecia: “A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente” também está previsto no artigo 301 do Novo Código de Processo Civil, que dispõe: “A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”.

Isso se explica porque, considerando-se que a medida se destina a assegurar a efetividade do processo, motivo não há para se impedir que a providência originalmente decretada possa ser substituída por outra que exerça essa mesma função assecuratória, mas de maneira menos gravosa para o demandado.<sup>41</sup> A título de exemplo, após decretada a providência cautelar de arresto em uma execução, poderá o devedor requerer seja a mesma substituída por uma garantia real, desde que esta se mostre idônea para assegurar a utilidade do futuro processo executivo.

### 3.2 REQUISITOS ESPECÍFICOS DE CONCESSÃO

Como brevemente sinalizado em tópico anterior, as providências cautelares se subordinam a dois requisitos: *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, e que podem ser traduzidas respectivamente por “perigo na demora” e “fumaça do bom direito”.

Quanto ao “perigo na demora”, vale lembrar que as providências cautelares se destinam a assegurar a efetividade de um provimento jurisdicional principal. Assim, a medida deve ser célere sob pena de ser privada de qualquer efetividade.

Assim resta claro o porquê de a providência cautelar não poder ser condicionada à demonstração da existência do direito material afirmado pelo requerente. Assim, como é feita em cognição sumária (e não por meio de cognição exauriente, tal como ocorre com a tutela jurisdicional definitiva), não se pode exigir que a concessão da medida assecuratória se subordine à certeza quanto à existência do direito substancial.

Em suma, na sede cautelar basta que, segundo um cálculo de probabilidade, se possa prever que o procedimento principal declarará o direito em sentido favorável àquele que

---

<sup>41</sup>THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. São Paulo: Universitária de Direito, 2004.p. 40.

requiera a medida cautelar<sup>42</sup>. A finalidade específica das providências cautelares é, portanto, a de evitar a “lesão grave e de difícil reparação”<sup>43</sup>, proveniente da demora na tutela da situação jurídica, assim como previsto no Novo CPC (art. 300). Esse dano pode ser aquele que seria provocado por uma lesão iminente ou pela continuação de uma lesão em curso, quer dizer, de uma lesão não totalmente consumada.

Cumprido notar que, conforme adverte Humberto Theodoro Júnior “na apreciação do *periculum in mora*, leva-se em conta a probabilidade sobre a possibilidade do dano ao provável direito pedido em via principal”<sup>44</sup>. Naturalmente, para esta análise não se releva o simples temor subjetivo da parte. O receio de dano há de ser fundado, ou seja, deve ser analisado objetivamente, calculado pelo exame das causas já colocadas em existência, capazes de realizar o efeito temido, nos fazendo concluir que inegavelmente precária é tal análise.

---

<sup>42</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução Carla Roberta AndreasiBassi. Campinas: Servanda, 2000. p. 99.

<sup>43</sup> Art. 798 do CPC: “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.”

<sup>44</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. São Paulo: Universitária de Direito, 2004.p.93.



#### 4 A ARBITRABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES E TUTELAS PROVISÓRIAS NO SISTEMA BRASILEIRO

No sistema revogado do Código de Processo Civil de 73, a concessão de medida cautelar em sede arbitral era disposta nos artigos 1.086 e 1.087, que assim previam:

Art. 1.086. O juízo arbitral pode tomar depoimento das partes, ouvir testemunhas e ordenar a realização de perícia. Mas lhe é defeso:

I – empregar medidas coercitivas, quer contra as partes, quer contra terceiros;

II – decretar medidas cautelares.

Art. 1.087. Quando for necessária a aplicação das medidas mencionadas nos números I e II do artigo antecedentes, o juízo arbitral as solicitará à autoridade judiciária competente para a homologação do laudo.<sup>45</sup>

Apesar de doutrinadores, como Carlos Alberto Carmona<sup>46</sup>, sustentarem que tal dispositivo deveria ser interpretado no sentido de que a vedação referia-se apenas à execução da medida e, não à sua decretação pelo árbitro, certo é que a doutrina prevalente, antes da lei de arbitragem, levada pela letra do artigo do CPC/73, seguia rumo oposto. A lição de Pontes de Miranda bem serve para resumir esse cenário:

É negado ao juízo arbitral empregar medidas coercitivas, quer contra as partes, quer contra terceiros, e decretar medidas cautelares. Todavia, quando for necessária alguma das medidas acima referidas, ou algumas delas, pode ele solicitar à autoridade judiciária competente para a homologação do laudo que a determine ou as determine. Aí o ato ou os atos são do juízo e aplicam-se as regras jurídicas do Código de Processo Civil, inclusive as relativas à responsabilidade dos juízos.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> BRASIL. *Lei n 5.869, de 11 jan1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em 21 fev 2015.

<sup>46</sup>CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.p.108-109

<sup>47</sup>MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2.ed. t. 12. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 307-309.

Com o advento da Lei 9.307/96, reacendeu-se a discussão a respeito do tema em virtude dos termos dúbios do §4º do artigo 22, o qual estabelecia que, “ressalvado o disposto no §2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao Poder Judiciário que seria, originalmente, competente para julgar a causa”. Esse dispositivo foi então revogado pela reforma na lei de arbitragem instituída pela lei 13.129/15, que em seu artigo 22-A, estabeleceu a competência da jurisdição estatal para concessão de medidas cautelares.

Art. 22- A . Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

A dúvida, anteriormente, era em razão, especialmente, da utilização das expressões utilizadas pelo dispositivo revogado (“solicitá-las” e “poderão”), onde foram levantadas diversas discussões acerca do tema, principalmente quanto à competência para a determinação da tutela provisória no âmbito do tribunal arbitral, gerando a criação de diversas teorias.

È cediço que é considerada instituída a arbitragem, segundo o art. 19 da Lei nº 9.307/96, quando o único ou o último árbitro aceitar a nomeação. A instauração da arbitragem não é um procedimento simples e rápido, pois depende da celebração do compromisso arbitral ou do atendimento das regras constantes do regulamento do tribunal arbitral escolhido pelas partes, podendo levar muito tempo para que seja instituída.

Ocorre, contudo, que as necessidades das partes e do próprio processo nem sempre podem aguardar este tempo, o que fez com que o legislador desfizesse a dúvida levantada anteriormente à modificação da lei, esclarecendo a possibilidade de o poder estatal conceder medidas cautelares e de urgência quando requerido pelas partes.

Sendo assim, em caso de a medida ser caracterizada como preparatória, deve a parte requerer a concessão da providência diretamente ao Poder Judiciário, uma vez que, se o autor tivesse que esperar a instauração do tribunal arbitral, a providência cautelar restaria inócua ou inútil, dado o tempo que normalmente é consumido até que tal ocorra. Sustenta-se que, em outras palavras, estar-se-ia obstando o acesso da parte à tutela jurisdicional.

Trata-se de aplicação do princípio *quando est periculum in mora incompetentia non attendi tur*, conforme lembram em excelente trabalho Carlos Augusto da Silveira Lobo e Rafael de Moura Rangel Ney:

“De fato, a demora na instauração do tribunal arbitral com vistas à apreciação do pedido cautelar poderia levar ao indesejável perecimento do direito em discussão, justificando-se, assim, a adoção de tal procedimento, inspirado no princípio *quando est periculum in mora incompetentia non attenditur*”<sup>48</sup>

Após o pedido ao juízo estatal para concessão da providência cautelar a parte interessada tem 30 dias, contados a partir da efetivação da decisão, para requerer instituição da arbitragem senão cessa sua eficácia, conforme descrito no parágrafo único do artigo 22-A da lei de arbitragem.

Tratando-se, contudo, de providência cautelar incidental, os árbitros detêm competência para ordená-las, tendo em vista que, se o árbitro pode regular o mérito do litígio definitivamente, sem qualquer participação do Judiciário, nos limites que a convenção autoriza, não há qualquer razão plausível para impedi-lo, nas mesmas condições, de conceder incidentalmente medidas de urgência.

Neste sentido, concedida a tutela, o árbitro solicitará o auxílio do Estado-juiz para efetivá-la se fosse necessário. Esse é o entendimento sempre defendido por autores como Joel Dias Figueira Júnior<sup>49</sup>, J.E. Carreira Alvim<sup>50</sup>, Arnoldo Wald<sup>51</sup> e Carlos Alberto Carmona<sup>52</sup>, que foi expressamente colocado com a modificação da lei de arbitragem:

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.  
Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

Cite-se o entendimento de Carlos Alberto Carmona:

“Não há porque negar ao árbitro a possibilidade de antecipar tutela, seja por conta da aplicação à arbitragem — por escolha das partes — das regras processuais nacionais (e, se aplicável o procedimento comum, a antecipação

<sup>48</sup> LOBO, Carlos Augusto da Silveira. NEY, Rafael de Moura Rangel. *Revogação da medida liminar judicial pelo juízo arbitral. Arbitragem interna e internacional*. ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 254.

<sup>49</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.221.

<sup>50</sup> ALVIM, José Eduardo. *Direito Arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 334-343.

<sup>51</sup> WALD, Arnoldo. Novos rumos para a arbitragem no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 14, 2. ed, p. 351.

<sup>52</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 266.

de tutela vem à baila), seja por conta de expressa adoção desta técnica de potencialização da eficácia da tutela jurisdicional no procedimento criado ou escolhido pelas partes para solucionar seu litígio. E considerando que a antecipação de tutela nada mais é do que técnica que permite ao julgador desde logo conceder à parte um, alguns ou todos os efeitos que a decisão final haverá de produzir (no momento oportuno), é evidente que caberá ao árbitro — e não ao juiz togado — tomar decisão a respeito, devendo a parte interessada na obtenção do provimento dirigir-se ao juiz privado (e não ao estatal)”<sup>52</sup>.

À luz do novo CPC, apenas em se tratando de uma tutela de urgência cautelar em caráter antecedente, prevista entre os artigos 305 e 310, poderia o Poder Judiciário apreciá-la.

#### 4.2 POSIÇÃO ADOTADA PELO STJ: ANÁLISE DE CASOS

Apesar dos diversos posicionamentos em sede de doutrina terem existido, a posição que foi sendo adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, competente para aferir sobre a matéria, é aquela que sempre foi defendida pela doutrina majoritária e incluída no ordenamento jurídico com a reforma da lei 9.307/96 e do novo CPC, qual seja, sendo o árbitro competente para conhecer e julgar o processo principal, estaria ele revestido também de poder jurisdicional para apreciar e decidir os pedidos incidentais de tutela cautelar.

Sendo assim, a escolha da via arbitral, por ato voluntário embasado no direito positivo, abrange todas as questões que se possam inserir no conflito submetido ao juízo arbitral, inclusive aquelas necessárias a assegurar o resultado prático do provimento final.

Impende frisar, no entanto, que, na pendência de constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio da tutela de urgência cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem, e tão somente para este fim, não se prorrogando a competência, pois esta é apenas precária para a realização da análise do pedido liminar.

Ou seja, diante do novo procedimento, onde as agora tutelas provisórias são requeridas dentro dos próprios autos da ação principal, importante é dizer que, após a apreciação pelo Poder Judiciário de eventual tutela provisória de urgência cautelar, tão logo seja instituído o Tribunal Arbitral, os autos deverão ser remetidos para este, uma vez que, conforme preceitua o caput do artigo 308 do Novo CPC: “Efetivada a tutela cautelar, o pedido

principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais”.<sup>53</sup>

Dito isto, passemos a conferir o entendimento consolidado sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça, onde, no primeiro julgado trazido, o STJ dá importante contribuição para fortalecer a arbitragem mesmo antes da mudança do ordenamento jurídico, criando jurisprudência sobre o tema.

Em decisão da Terceira Turma, ficou estabelecido que o Judiciário não pode intervir, nem mesmo julgando ações cautelares, se uma corte arbitral já está formada. O entendimento foi dado no Recurso Especial (REsp) 1.297.974, relatado pela ministra Nancy Andrighi.

Trata-se de um caso em que duas empresas iniciaram um projeto ligado a energias renováveis. Posteriormente, uma delas ajuizou medida cautelar alegando inadimplência contratual da outra. O pedido foi negado, mas antes do julgamento da apelação foi instaurado o tribunal arbitral. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), entretanto, decidiu que a arbitragem não impediria a análise das questões urgentes.

Houve recurso ao STJ e a ministra Andrighi entendeu que a competência do TJRJ era precária, não se estendendo após a instalação da corte arbitral. Caberia ao juiz, prosseguiu a relatora, enviar o processo ao árbitro, para ele decidir sobre a cautelar. Para a ministra, isso evitaria o prolongamento desnecessário do processo. Vejamos:

**DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO.**

1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, **limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de imperium.**

2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem.

3. **Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumam o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão.**

<sup>53</sup> BRASIL. Lei n 13.105, de 16 mArtur Barbosa Torresar 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 20 abr 2015.

4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar.

5. Recurso especial provido. (*grifos nossos*)<sup>54</sup>

À título de curiosidade, a mesma magistrada também relatou outro recurso fixando as possibilidades de uso da arbitragem envolvendo empresas falimentares. Na Medida Cautelar (MC) 14.295, a ministra decidiu monocraticamente que o instituto pode ser aplicado mesmo se uma das empresas envolvidas se encontrar em liquidação. A massa falida de uma operadora de planos de saúde entrou com a medida para suspender o procedimento, pois, com o patrimônio indisponível, ela estaria impedida de concluir negócios pendentes.

Para a ministra, não haveria risco na participação na arbitragem, pois a defesa dos direitos da massa falida seria levada em conta, juntamente com os dos credores e demais interessados. Além disso, ponderou, a empresa optou pela arbitragem no contrato, e eventuais acordos deveriam passar pelo crivo das autoridades competentes.

Outro julgado, que tratou de um agravo em medida cautelar ajuizada pela Petrobrás, visando conferir efeito suspensivo ao REsp 1.288.106/MS interposto numa ação ordinária inominada, ajuizada por uma empresa de energia chamada Tractebel, em desfavor da requerente e da Companhia MS Gás, objetivando a renovação de contratos de fornecimento de gás natural, contratos estes que previam a convenção de arbitragem.

A sentença julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, determinando a renovação dos contratos pelo prazo de 05 anos. Tendo, no entanto, o TJMS negado provimento ao apelo da Petrobrás, a mesma propôs medida cautelar requerendo a concessão de efeito suspensivo ao REsp. Após ter o recurso negado por decisão monocrática, a empresa interpôs o Agravo Regimental na Medida Cautelar, obtendo o êxito esperado.

Não obstante ter sido dado provimento ao AgRg na MC, o Tribunal foi bem claro ao afirmar que, na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, se admitia que a parte se socorresse do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem, ficando sua atuação limitada à apreciação da tutela de urgência, sendo vedada a incursão no mérito da controvérsia. Sendo certo que ainda que as circunstâncias então existentes legitimassem o ajuizamento da medida cautelar na esfera judicial, nada justificava que a ação principal seguisse o mesmo caminho, uma vez que, há

---

<sup>54</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1297974/RJ. Rel. Ministra Nancy Andriighi. Terceira Turma. Julgado em 12jun2012. Publicado no DJeem 19jun 2012.

tempos, a presente controvérsia já deveria ter sido submetida a procedimento arbitral, em cumprimento à cláusula compromissória firmada pelas partes. Segue:

**PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR COM O FITO DE CONCEDER EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE DEMONSTRADOS O PERICULUM IN MORA E O FUMUS BONI IURIS. ARBITRAGEM. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. LIMITES.**

1. A jurisprudência deste Tribunal vem admitindo, em hipóteses excepcionais, o manejo da medida cautelar originária para fins de se atribuir efeito suspensivo a recurso especial; para tanto, porém, é necessária a demonstração do periculum in mora e a caracterização do fumus boni iuris.

2. **Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem.**

3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumira o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão.

4. **Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar.**

5. Liminar deferida. (*grifos nossos*)<sup>55</sup>

Ainda envolvendo a Petrobras, outro caso relevante ao tema e bem recente, foi a discussão travada em torno do Conflito Positivo de Competência 139519RJ, onde a mesma era a suscitante e como suscitados estavam o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI, o TRF da 2ª região e o Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

Consoante se depreende dos autos, a ANP celebrou o Contrato de Concessão com a Petrobras, para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural. Contudo, anos depois, a Petrobras foi surpreendida por um ofício em que a ANP informava sobre uma resolução que, após 16 anos de vigência do dito Contrato de Concessão, alterara suas cláusulas, nomeadamente aquela que cogita do dispositivo compromissório. Diante do impacto financeiro decorrente dessa decisão, a suscitante apresentou pedido de reconsideração, na via administrativa, postulando a anulação/revogação da referida resolução, sem contudo lograr êxito. Com a negativa do seu pleito, a suscitante instaurou Procedimento

<sup>55</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 19.226/MS. Rel. Ministro Massami Uyeda. Rel. p/ acórdão Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 21jun2012. Publicado no DJem 29jun 2012.

Arbitral, em face da ANP, perante a ICC, objetivando a declaração de nulidade da dita resolução. Tendo em vista o Tribunal Arbitral ainda não ter sido instalado, a Petrobras ajuizou Ação Cautelar na Justiça Federal do Rio de Janeiro, a fim de suspender os efeitos da decisão da Diretoria da ANP. A liminar foi concedida pelo Juízo de 1º grau e posteriormente cassada pelo Tribunal de origem, em decisão proferida em Agravo de Instrumento interposto pela Interessada (ANP). Após instalado o conflito e informado acerca da medida liminar em trâmite da Justiça Federal, o Tribunal Arbitral determinou que, enquanto não houvesse deliberação sobre o pedido cautelar, as partes estariam proibidas de praticar quaisquer atos que pudessem afetar a esfera de direitos da outra.

Tomado ciência da instauração do Processo Arbitral, a ANP ajuizou Ação Anulatória na Justiça Federal pleiteando anulação do Procedimento Arbitral. O pedido liminar foi denegado e posteriormente confirmado pela sentença de improcedência da ação. Em face da sentença, recorreram a ANP e o Estado do Espírito Santo, que não foi admitido como parte pelo Juízo de Primeiro Grau. Antes mesmo que as Apelações fossem remetidas ao Tribunal, a ANP e o Estado do Espírito Santo propuseram, cada qual, Ação Cautelar naquele Tribunal Regional Federal, requerendo a suspensão do Procedimento Arbitral, sob o argumento de que haveria risco do referido procedimento fosse sentenciado pelos árbitros antes do julgamento das apelações pelo Tribunal. Diante de tal cenário e seguindo a priori posicionamento do STJ, como acima demonstrado, estendeu-se liminarmente pela competência do Tribunal Arbitral, senão vejamos:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 139.519 - RJ (2015/0076635-2)  
RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO  
SUSCITANTE: PETRÓLEO BRASILEIRO S/A PETROBRAS  
ADVOGADO : RAFAEL DE MATOS GOMES DA SILVA SUSCITADO :  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO SUSCITADO :  
TRIBUNAL ARBITRAL DA CORTE INTERNACIONAL DE  
ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL -  
CCI SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 5A VARA DA SEÇÃO  
JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO INTERES. :  
AGENCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E  
BIOCOMBUSTÍVEIS ADVOGADO : GILMAR CARVALHO PEREIRA  
JÚNIO INTERES. : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO PROCURADOR :  
CLAUDIO PENEDO MADUREIRA DECISÃO PROCESSUAL CIVIL E  
ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA COM PEDIDO  
DE MEDIDA LIMINAR. CONTRATO ENTRE ANP E PETROBRAS  
COM CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PADRÃO ESTABELECEENDO  
A AUTUAÇÃO DE JUÍZO ARBITRAL EM CASO DE CONFLITO.  
ALTERAÇÃO UNILATERAL QUE SE MOSTRA PRIMA FACIE  
DESCABIDA. DECISÕES PROFERIDAS PELO JUÍZO ESTATAL DO  
RIO DE JANEIRO E PELO JUÍZO ARBITRAL. PREENCHIDOS OS  
REQUISITOS AUTORIZADORES DA CONCESSÃO DE LIMINAR.



LIMINAR CONCEDIDA. 1. Trata-se de Conflito Positivo de Competência tendo como Suscitante a PETRÓLEO BRASILEIRO S/A PETROBRAS e como Suscitados o TRIBUNAL ARBITRAL DA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL - CCI, o TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2a. REGIÃO e o JUÍZO FEDERAL DA 5a. VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

[...]

Conflito conhecido para declarar a competência do Tribuna Arbitral (CC 111.230/DF, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 03.4.2014). 16. Em relação ao fumus boni iuris, havendo decisão de Justiça Estatal em detrimento da Justiça Arbitral, constata-se evidente conflito, impondo-se a urgente atuação desta Corte Superior para dirimir a questão. 17. **Conforme ressaltado no voto condutor da Relatora, Ministra NANCY ANDRIGHI, no julgado acima transcrito, a promulgação da Lei 9.307/96 torna indispensável que se preserve, na maior medida possível, a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito para as questões ligadas ao mérito da causa. Negar tal providência esvaziaria o conteúdo da Lei de Arbitragem**, permitindo que, simultaneamente, o mesmo direito seja apreciado, ainda que em cognição perfunctória, pelo juízo estatal e pelo juízo arbitral, muitas vezes com sérias possibilidades de interpretações conflitantes para os mesmos fatos. 18. Em relação ao periculum in mora são evidentes todos os prejuízos ao direito alegado, inclusive materiais, que advêm desse conflito: (a) o recolhimento do montante de R\$ 2.093.895.353,88; (b) a possibilidade de aplicação de penalidade de 50% sobre o valor do débito caso tal pagamento não seja efetuado até o dia 29.4.2015; (c) o pagamento de outro elevado valor referente às participações governamentais correspondentes ao primeiro trimestre de 2015; e (d) as modificações no desenvolvimento da área de concessão do Parque das Baleias - exigência cuja validade e eficácia ainda serão discutidas. 19. Ante o exposto, e dada a excepcionalidade desta demanda, **CONCEDE-SE a liminar pleiteada, para atribuir, provisoriamente, competência ao TRIBUNAL ARBITRAL DA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL/CCI**, paralisando, até o julgamento deste Conflito de Competência, no que tange às medidas ou providências de natureza emergencial, urgente ou acauteladora; igualmente, DETERMINA-SE que todas as ações judiciais e/ou procedimentos administrativos vinculados ao objeto deste Conflito, instaurados ou que venham a ser instaurados contra a PETROBRAS, movidas pela ANP e pelo Estado do Espírito Santo, sejam imediatamente paralisados, suspensos e sobrestados, também até o julgamento deste Conflito. 20. Observo que a cláusula compromissória que serve de suporte à discussão em apreço, além de ser disposição padrão nos instrumentos que regem a espécie conflituosa em causa, mostra-se antiga, de sorte que a sua alteração súbita e unilateral impacta os termos em que se deve desenvolver a fiscalização das atividades da PETROBRAS, além de repercutir na confiabilidade e na credibilidade que se requer no exercício do mercado de prospecção e lavra de petróleo, demandante, como se sabe, de aportes de investimentos hipervultosos, envolvendo, inclusive, aspectos internacionais altamente protegidos pelo princípio da boa fé. 21. Publique-se. Liminar deferida. (grifos nossos)<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 139519RJ. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 9abr2015. Publicado no DJ em 13abr2015.

Ainda pertinente ao tema, o Superior Tribunal de Justiça também consolidou posição a respeito do efeito retroativo da lei de arbitragem (lei 9.307/96). O entendimento fixado pelo STJ é no sentido de que a Lei 9.307 se aplica aos contratos firmados antes de sua vigência e que contenham cláusula admitindo a arbitragem. Uma das decisões mais antigas nesse sentido foi dada na Sentença Estrangeira Contestada (SEC) 349, relatada pela ministra Eliana Calmon. O então ministro do STJ Luiz Fux, hoje no Supremo Tribunal Federal (STF), afirmou que a lei, por ser eminentemente processual, aplica-se de forma imediata a fatos pendentes.

A Primeira Turma, no julgamento do REsp 933.371, chegou a essa mesma conclusão em processo envolvendo a Itaipu Binacional e a prestadora de serviços Logos Engenharia S/A. A Logos ajuizou ação de cobrança contra a Itaipu, para o pagamento de multa e correções por pagamentos atrasados. A Itaipu afirmou que o processo deveria ser extinto e submetido à arbitragem, pois havia cláusula compromissória.

Essa jurisprudência é tão pacífica que já foi até transformada em súmula no STJ. O enunciado, de número 485, tem como texto: “A Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição.”

Pois bem, retornando ao cerne do presente tópico, quando a medida cautelar é realizada de forma preparatória, ou como expresso no Novo CPC: em caráter antecedente, a observância do artigo 806 do Código de Processo Civil de 73 ou do artigo 308 do Novo CPC continua patente, ou seja, imperativa se faz a necessidade de ajuizamento da ação principal no prazo de 30 (trinta) dias contados da efetivação da medida cautelar, quando seja esta concedida em procedimento preparatório, sob pena de cessação dos seus efeitos (art. 309, II do Novo CPC).

O autor, para atender ao requisito estabelecido no referido dispositivo, deverá adotar as providências pertinentes para a instituição do tribunal arbitral, haja vista que, neste caso, diferentemente do que sucede na esfera judicial, não é dado à parte simplesmente ajuizar a ação principal.

Isto porque, na arbitragem, a notificação da parte contrária (ou, no caso de arbitragem institucional, o pedido dirigido ao tribunal arbitral de instauração de arbitragem) constitui ato inicial do procedimento, que corresponde, na esfera judicial, ao ajuizamento da petição inicial, mas não equivale à instituição do juízo arbitral, a qual o teor do disposto no

artigo 19 da Lei de Arbitragem, só ocorre “quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”<sup>57</sup>.

Quanto ao referido prazo de trinta, caberá ao autor demonstrar que a demanda arbitral foi proposta, seja através da notificação da parte contrária na arbitragem, seja pela notificação ao órgão arbitral na arbitragem institucional, não sendo de se exigir que demonstre, nestes trinta dias, que os árbitros aceitaram o encargo, isto é, que a arbitragem está instituída<sup>58</sup>.

Assim, ultrapassada a análise do prazo para instauração do tribunal arbitral após o ajuizamento de medida cautelar, pode-se aferir que, conforme o entendimento apresentado (e aplicado atualmente), inclusive por juristas como J.E. Carreira Alvim<sup>59</sup>, quando se trata de concessão de medidas cautelares, deve-se fazer uma distinção entre o poder de efetivação (*imperium*) e o poder de decretação (*iudicium*). Ou seja, não assiste ao árbitro o poder de *imperium* mas pode o mesmo decidir se a medida cautelar pode ou não ser concedida.

Em outras palavras, não se pode negar a competência do tribunal arbitral para determinar tais medidas, sob a alegação de faltar-lhe a *coertio* – inerente ao Estado – pois, a *contrariosensu*, seria negar-lhe competência para proferir a própria decisão final, haja vista que, havendo necessidade de executá-la, deverá, igualmente, ser acionado o Poder Judiciário, para o exercício da *executio*<sup>60</sup>.

Certeza temos que o poder de “decretar” compreendido no poder de jurisdição (e no poder cognição) que o árbitro adquire por concessão das partes e permissão do Estado, não tem, necessariamente, a ver com o poder de “efetivar” ou “executar” a própria decisão, que ele não tem, por decorrer do poder de império.

Conclui-se, portanto, que, havendo a necessidade prática de atos materiais destinados a conferir efetividade concreta àquilo que hajam decidido os árbitros, far-se-á necessária a cooperação do Poder Judiciário.

Ou seja, sempre que a medida decretada pelo árbitro não seja voluntariamente atendida pela parte prejudicada, será necessário recorrer-se à colaboração do Poder Judiciário, para que este, mediante o uso do *iusimperii* que falta aos árbitros, confira efetividade prática à providência. Esta cooperatividade, que é efeito imediato da ausência de competência

---

<sup>57</sup> MAGALHÃES, José Carlos. Do procedimento arbitral. In: *Aspectos Fundamentais da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.p.155.

<sup>58</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.p. 269.

<sup>59</sup> ALVIM, José Eduardo. *Direito Arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 336.

<sup>60</sup> CATRAMBY, Alexandre Espínola. *Das relações entre o tribunal arbitral e o poder judiciário para a adoção de medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 79

executiva, fundada na falta de *imperium* dos tribunais arbitrais, será objeto de análise no próximo tópico.

## 5 A COOPERAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

### 5.1A FORMA PELA QUAL É SOLICITADA A COOPERAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

No Brasil, até pouco tempo, não havia qualquer regulamentação acerca da forma em que deve ser realizado o cumprimento da medida cautelar quando tenha ela sido concedida por tribunal arbitral e se faça, por faltar-lhe poder de império, necessária a cooperação do Poder Judiciário para efetivá-la, o que deu margem à algumas discussões em torno do tema.

Para Alexandre Catramby:

À míngua de regulamento, a efetivação da decisão pelo árbitro deve, por aplicação analógica, seguir, no que couber, a sistemática estabelecida pelo Código de Processo Civil quanto aos atos de cooperação entre juízos diferentes. Assim, dada a semelhança com as cartas precatórias – instrumento que permite a prática de atos processuais fora dos limites territoriais da comarca que os originou (art. 200 e ss do CPC) – afigura-se nos que o árbitro deverá se dirigir à autoridade judiciária competente por meio de solicitação simples, da qual conste a indicação do tribunal arbitral, o ato processual a ser efetivado, e o órgão que deverá cumpri-lo, devidamente acompanhada de cópia da convenção de arbitragem (e, se for o caso, do adendo de que trata o Parágrafo único do artigo 19 da Lei de Arbitragem), do requerimento cautelar da parte, da decisão arbitral e do instrumento de mandato conferido ao advogado da parte em favor de que a medida foi concedida, cabendo ao juízo estatal adotar, em auxílio ao juízo arbitral, as providências necessárias para garantir a efetivação da medida, nos termos fixados pelo árbitro.<sup>61</sup>

Neste sentido, em suma, aplicar-se-ia à espécie, por analogia (art. 4º da LICC c/c art. 126 do antigo CPC), as regras processuais atinentes ao cumprimento de cartas precatórias, devendo o árbitro e o juiz estatal nelas se pautar.

---

<sup>61</sup> CATRAMBY, Alexandre Espínola. *Das relações entre o tribunal arbitral e o poder judiciário para a adoção de medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 91-92.

O §4º do art. 22 da Lei 9307/96 previa, expressamente, que, “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.”, e fora revogado como já visto anteriormente.

Esta regra, no campo prático, tornava os procedimentos muito morosos, exigindo a expedição de distintas deprecatas para cada ato de comunicação entre os juízos arbitral e judicial, não havendo qualquer economia processual na medida, pois o tempo despendido, para o efeito, mostrava-se incompatível com a urgência demandada pela providência.

Por isso, J. E. Carrera Alvim, ressaltando a falta de sentido da regra em tela, postulou a necessidade de a doutrina e de a jurisprudência construírem uma orientação mais consentânea com a lógica do sistema<sup>62</sup>.

Desta forma, vista a questão sob essa ótica, ou seja, o cumprimento da medida como mero ato de intercâmbio processual mostra-se desnecessária a contratação de advogados pelos árbitros, bem como o incurso em custos elevados. Tampouco se poderá cogitar de uma eventual quebra de imparcialidade dos árbitros, uma vez que tudo se passa no âmbito da cooperação entre juízos.

A Lei nº 9.307/96, nesta esteira, passou a regular esta atividade de cooperação em diversos dispositivos, valendo citar o art. 7º (execução específica da cláusula compromissória ou instauração compulsória da arbitragem); art. 13, §2º (nomeação de árbitro para compor o tribunal arbitral); art. 16, §2º (nomeação de árbitro substituto); art. 22, §2º (medidas coercitivas probatórias) e §4º (medidas coercitivas, cautelares e antecipatórias); art. 25 (resolução de questão prejudicial); e art. 35 (reconhecimento da sentença arbitral estrangeira).

Com efeito, em diversas ocasiões o árbitro necessitará do auxílio do Poder Judiciário para que o processo arbitral se desenvolva com eficácia, garantindo às partes a adequada tutela jurisdicional e o efetivo acesso à justiça.

Com o advento da Lei 13.129/15 que reformou a antiga Lei de Arbitragem, foi introduzido o art. 22- C onde passou a instituir a chamada Carta Arbitral, onde “O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro.”. Esse é um grande avanço no sentido da cooperação entre o Juízo Arbitral e o Estatal pois regula como deverá ser feita essa comunicação.

Também foi tratado, ainda que precariamente, no Novo Código de Processo Civil (lei 13.105/2015), como se demonstrará no item abaixo.

---

<sup>62</sup> ALVIM, José Eduardo. *Direito Arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.p. 334.

### 5.1.1 Da Carta Arbitral - Inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil e pela Lei 13.129/15

Não obstante existirem muitos defensores da informalidade, conveniente foi que fossem estabelecidas regras no sistema processual civil para a cooperação entre a jurisdição estatal e a arbitral. O autor Francisco José Cahali entende que “o ideal seria a regulamentação, preferencialmente flexível, evitando burocracias desnecessárias.”<sup>63</sup>

E assim se diz por diversos motivos: uniformidade do procedimento em juízo estatal; segurança prática dos atos em favor das partes na efetivação da tutela jurisdicional, evitando-se que venham a ser exigidas dos atores da arbitragem (partes e árbitros) formas, protocolos, providências ou documentos diversos, a critério pessoal do magistrado, congestionando ou mesmo inviabilizando a realização da medida; ainda, conferindo-se segurança ao próprio juízo estatal, para se preservar de medidas cuja autenticidade ou legitimidade sejam duvidosas, sem afrontar a autoridade arbitral.

Porém, como a comunicação é destinada exatamente à prática de atos processuais no juízo estatal (e não no arbitral), entende-se pertinente, como qualquer outro ato desta natureza, o seu regramento, principalmente no momento em que se consolida.

Baseado neste entendimento, o Novo Código de Processo Civil passou, dentre outros artigos que basicamente trataram de processo civil, a constar expressamente a carta arbitral, espécie criada pelo novo ordenamento com o intuito de facilitar a comunicação entre juízes arbitrais e estatais e que, segundo interpretação extraída do texto onde a mesma está inserida, possibilita a efetivação pelo judiciário das tutelas provisórias conferidas pelos árbitros, ou seja, a meu ver, afirma a posição adotada por este trabalho, dando ao árbitro legitimidade para decidir sobre cautelares, sem, contudo, adentrar no tema, não distinguindo o momento de requerimento dessas medidas, como feito acima. Vejamos os artigos referentes à carta arbitral no Novo CPC:

#### DA COOPERAÇÃO NACIONAL

##### Capítulo II

Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como:

I - auxílio direto;

II - reunião ou apensamento de processos;

III - prestação de informações;

---

<sup>63</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 250.

IV - atos concertados entre os juízes cooperantes.

**§ 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código.**

§ 2º Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para:

I - a prática de citação, intimação ou notificação de ato;

II - a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos;

III - a efetivação de tutela provisória;

IV - a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas;

V - a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial;

VI - a centralização de processos repetitivos;

VII - a execução de decisão jurisdicional.

§ 3º O pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário. (grifou-se)

DAS COMUNICAÇÕES DOS ATOS

Capítulo I

Seção I

Disposições gerais

Art. 237. Será expedida carta:

I - de ordem, pelo tribunal, na hipótese do § 2º do art. 236;

II - rogatória, para que órgão jurisdicional estrangeiro pratique ato de cooperação jurídica internacional, relativo a processo em curso perante órgão jurisdicional brasileiro;

III - precatória, para que órgão jurisdicional brasileiro pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato relativo a pedido de cooperação judiciária formulado por órgão jurisdicional de competência territorial diversa;

**IV - arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória.**

Parágrafo único. Se o ato relativo a processo em curso na justiça federal ou em tribunal superior houver de ser praticado em local onde não haja vara federal, a carta poderá ser dirigida ao juízo estadual da respectiva comarca. (grifou-se)

CAPÍTULO

III

DAS CARTAS

Art. 260. São requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória:

I - a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato;

II - o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado;

III - a menção do ato processual que lhe constitui o objeto;

IV - o encerramento com a assinatura do juiz.

§ 1º O juiz mandará trasladar para a carta quaisquer outras peças, bem como instruí-la com mapa, desenho ou gráfico, sempre que esses documentos devam ser examinados, na diligência, pelas partes, pelos peritos ou pelas testemunhas.

§ 2º Quando o objeto da carta for exame pericial sobre documento, este será remetido em original, ficando nos autos reprodução fotográfica.

**§ 3º A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o caput e será instruída com a convenção de arbitragem e com as**



**provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função.** (grifou-se)<sup>64</sup>

Vemos com isso que foi introduzida importante evolução trazida pelo novo ordenamento ao criar a carta arbitral, que como visto acima, se equipara às demais cartas de cooperação previstas no novo CPC, sendo requisito da mesma a prova da convenção de arbitragem.

### 5.1.2 Alegação de Convenção de Arbitragem - Segundo O Novo Código de Processo Civil

Ora um estímulo à arbitragem, ora um retrocesso no caminho da desjudicialização: a manutenção da convenção de arbitragem como preliminar de contestação

O movimento ambíguo que ora estimula ora retrai o caminho da desjudicialização aparece também no NOVO CPC.

O legislador perdeu (ou propositalmente se omitiu) a oportunidade de tratar a convenção de arbitragem como matéria de ordem pública e, por conseguinte, de natureza absoluta, passível de ser suscitada de ofício.

Não se pode deixar de reconhecer o retrocesso do novo diploma legal, ao não permitir que integrasse ao mesmo um artigo que tratasse a alegação de existência de convenção de arbitragem como um incidente de incompetência absoluta, uma vez que, se assim fosse, descartar-se-ia a necessidade da parte precisar apresentar contestação à ação, fato este extremamente custoso, tanto em tempo quanto em dinheiro.

Infelizmente, o mesmo princípio geral da celeridade e da economia processual, utilizados como obstáculo ao entrave do processo por diversos incidentes processuais, como ocorria a luz do CPC de 73, que norteou o novo legislador a alcançar um Novo Processo Civil, bem menos protelatório, o fez tratar a alegação de convenção de arbitragem como uma mera preliminar de mérito (art. 337 do novo CPC), caracterizando com isso o momento oportuno para a sua alegação, a contestação, não podendo o juiz a reconhecer de ofício (art. 337, §5º), o que gera um enorme desperdício de atos processuais, já que a mesma só será reconhecida na sentença que julgar a ação, caso em que toda a movimentação da máquina judiciária até o presente momento se fará inútil. Causa esta de inegável contraste com os

---

<sup>64</sup> BRASIL. *Lei n 13.105, de 16 mar 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 20 abr 2015.

princípios norteadores do novo ordenamento. Vejamos o texto do artigo que esboça tal situação:

**Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:**

I - inexistência ou nulidade da citação;

II - incompetência absoluta e relativa;

III - incorreção do valor da causa;

IV - inépcia da petição inicial;

V - perempção;

VI - litispendência;

VII - coisa julgada;

VIII - conexão;

IX - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;

**X - convenção de arbitragem;**

XI - ausência de legitimidade ou de interesse processual;

XII - falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar;

XIII - indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça.

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso.

§ 4º Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado.

**§ 5º Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo.**

§ 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral. (grifou-se)<sup>65</sup>

Ou seja, ao mesmo tempo em que a nova lei caracteriza-se como novidade que vem ao encontro dos legítimos interesses dos arbitraristas, tratando, por exemplo, da efetiva cooperação entre a justiça arbitral e a estatal e prevendo a carta arbitral, também reafirma e reforça a dependência do instituto da arbitragem à jurisdição estatal. Ou seja, institui-se, com ela, um veículo de comunicação entre os órgãos da jurisdição estatal e da arbitral, complementando uma lacuna patente, ao mesmo tempo em que nos deixa claro que trata o instituto da arbitragem como uma mera “fase” do processo judicial, secundária e despicienda, uma vez que esse se torna imprescindível para a efetivação das decisões provenientes daquele.

## 5.2 OS LIMITES IMPOSTOS À ATIVIDADE DE COOPERAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

<sup>65</sup> BRASIL. *Lei n 13.105, de 16 mar 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 20 abr 2015.

Seguindo o raciocínio anterior, solicitada a cooperação do Poder Judiciário para dar cumprimento à medida cautelar, não lhe é dado examinar o mérito da decisão arbitral e, muito menos, como ressalta J. E. Carreira Alvim, “ingerir-se na arbitragem, impondo ao árbitro determinado comportamento”<sup>66</sup>.

Em outras palavras, o órgão judicial ao qual se requer o cumprimento da medida não detém poderes para rever ou modificar a decisão concessiva da tutela cautelar, nem indagar sobre a oportunidade e a necessidade da medida.

A partir desse entendimento, conclui-se que, quando essa cooperação se faça necessária, à autoridade judicial é dado, apenas, verificar, antes de adotar providências atinentes à efetivação da medida cautelar, se ela não atenta contra a ordem pública, se não encerra manifesta impossibilidade jurídica ou, ainda, se não padece de algum vício de formalidade insuperável<sup>67</sup> (falta de assinatura da decisão). Neste caso, o juízo estatal informará ao árbitro o motivo da recusa, devolvendo o ofício (ou a “carta precatória”) recebido, cabendo ao árbitro suprir os vícios sanáveis.

Qualquer atuação além desses limites configurará “intervenção de um tribunal estadual na esfera jurisdicional de outro”<sup>68</sup>, o que também se aplica as sentenças estrangeiras (arbitrais ou judiciais), ou seja, a homologação destas sentenças pelo Superior Tribunal de Justiça, deve apreciar os requisitos formais da mesma e não o mérito, conforme também se extrai do Novo CPC, artigo 963, o qual segue:

Art. 963. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão:  
I - ser proferida por autoridade competente;  
II - ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia;  
III - ser eficaz no país em que foi proferida;  
IV - não ofender a coisa julgada brasileira;  
V - estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado;  
VI - não conter manifesta ofensa à ordem pública.  
Parágrafo único. Para a concessão do exequatur às cartas rogatórias, observar-se-ão os pressupostos previstos no caput deste artigo e no art. 962, § 2º.<sup>69</sup>

Pertinente ainda sobre o tema de sentença estrangeira é o entendimento consubstanciado no Novo CPC, o qual é imperativo quanto à possibilidade de execução de

---

<sup>66</sup> ALVIM, José Eduardo. *Direito Arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.p. 332.

<sup>67</sup> WALD, Arnoldo. Novos rumos para a arbitragem no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 351.

<sup>68</sup> ALVIM, José Eduardo. *Direito Arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.p. 332.

<sup>69</sup> BRASIL. *Lei n 13.105, de 16 mar 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 20 abr 2015.

decisão estrangeira concessiva de medida de urgência, o que até então era controvertido. Vejamos o artigo acima mencionado:

**Art. 962. É passível de execução a decisão estrangeira concessiva de medida de urgência.**

§ 1º A execução no Brasil de decisão interlocutória estrangeira concessiva de medida de urgência dar-se-á por carta rogatória.

§ 2º A medida de urgência concedida sem audiência do réu poderá ser executada, desde que garantido o contraditório em momento posterior.

§ 3º O juízo sobre a urgência da medida compete exclusivamente à autoridade jurisdicional prolatora da decisão estrangeira.

§ 4º Quando dispensada a homologação para que a sentença estrangeira produza efeitos no Brasil, a decisão concessiva de medida de urgência dependerá, para produzir efeitos, de ter sua validade expressamente reconhecida pelo juiz competente para dar-lhe cumprimento, dispensada a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. (grifou-se)<sup>70</sup>

No futuro poderemos verificar como tal deslinde irá se adaptar às sentenças arbitrais. De todo modo, o movimento parece ser o de “empoderar” o juízo arbitral.

### 5.3 OS REMÉDIOS CABÍVEIS CONTRA ATO JUDICIAL ABUSIVO OU ILEGAL NO TOCANTE À EFETIVAÇÃO DA MEDIDA

Diante de eventual recusa imotivada ou de omissão ilegal/abusiva do juízo estatal quanto à adoção das providências pertinentes para dar efeitos práticos à decisão cautelar do árbitro, levanta-se a questão de saber qual o remédio processual disponível à parte prejudicada (e não ao árbitro).

J.E. Carreira Alvim alude que, neste particular, “se equivocada for a decisão judicial, cabe à parte prejudicada recorrer ao tribunal, não dispondo o árbitro de legitimação para fazê-lo, mesmo havendo ele solicitado a efetivação da medida coercitiva, cautelar ou antecipatória”.<sup>71</sup>

Carlos Aberto Carmona entende pela possibilidade de a parte, ante a negativa do juiz togado em atender, sem motivo, à solicitação do árbitro, requerer as providências correccionais cabíveis.<sup>72</sup>

O conceito e a finalidade destas providências estão bem ilustrados no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

<sup>70</sup> Idem.

<sup>71</sup> ALVIM, José Eduardo. *Direito Arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.p. 332.

<sup>72</sup>A título ilustrativo, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro estabelece que “art. 210 – são suscetíveis de correção, mediante reclamação da parte ou do Órgão do Ministério Público, as omissões dos Juízes e os despachos irrecorríveis por eles proferidos que importem em inversão da ordem legal do processo ou resultem de erro de ofício ou abuso de poder (CODJERJ, art. 219)

Correição parcial. Anulação de decisão judicial. Mandado de segurança. 1. A correição parcial é providência destinada a ordenar a administração do processo, afastando os obstáculos (inversão tumultuária, paralisação, dilação de prazos) que impeçam de alcançar os seus fins, em decorrência de omissão ou ação do juiz, por erro ou abuso de poder. O direito a correição é de natureza processual, exercitável subsidiariamente, à falta de recurso em lei, pelas partes ou pelo Ministério Público, como ‘custos legis’. 2. Deferido pelo juiz de alvará para alienação de bem imóvel de interdita, não cabe a correição parcial requerida por terceiro, para defesa de seu direito de preferência, sendo ilegal o ato que a defere para anular a decisão judicial. Recurso Ordinário provido.<sup>73</sup>

Por sua vez, à luz da súmula 267 do STF, “não cabe mandado de segurança contra ato do judiciário passível de recurso ou correição”, de modo que a jurisprudência tem, com frequência, inadmitido a impetração de mandado de segurança sempre que o ato judicial possa ser desafiado pela via da correição.

Conforme ressalta Alexandre Catramby “como o que está em jogo é o cumprimento de uma medida cautelar (circunstância que traz, portanto, ínsita a idéia de urgência), para que se possa afastar o uso de mandado de segurança, a correição, tal como regulada no âmbito do tribunal ou pela legislação estadual pertinente, há que possibilitar possa a abusividade ser sanada imediatamente. Ou seja, deve assegurar à parte a possibilidade de obter solução tempestiva e eficaz para a sua aflição, de modo a evitar se concretizem os prejuízos advindos do ato judicial ilegal ou abusivo. Do contrario, e para que esse óbice não acabe por redundar em verdadeira negativa de acesso à tutela jurisdicional efetiva, poderá ela lançar mão do writ”<sup>74</sup>.

Neste mesmo sentido, Luiz Fux, ao interpretar a limitação imposta pelo artigo 5º, inciso II, da Lei 12.016/2009<sup>75</sup>, assevera que:

a exegese do dispositivo deve ser empreendida em consonância com a amplitude conferida ao Mandado de Segurança pela que se pretende tutelar, sem a mais firme possibilidade de ocorrência de dano irreparável, por isso que o recurso ou a correição admissíveis devem ser dotados de efeito suspensivo apto a sustar ou evitar as consequências do ato lesivo.<sup>76</sup>

Impende frisar, por fim, que os remédios judiciais apontados acima se destinam às (eventuais) hipóteses em que o juiz se recuse, imotivadamente, a atender a solicitação do

<sup>73</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 5.272/ES. Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Quarta Turma. Julgado em 10abr 1995. Publicado no DJ em 12jun1995. p. 17627.

<sup>74</sup> CATRAMBY, Alexandre Espínola. *Das relações entre o tribunal arbitral e o poder judiciário para a adoção de medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 95.

<sup>75</sup> Art. 5º: “Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: (...) II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo. (...)”

<sup>76</sup> FUX, Luiz. *Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.p.40.

árbitro. Mas, caso o órgão jurisdicional, no exercício desse mister, resolva revogar ou alterar a providência cautelar deferida em sede arbitral, a ilegalidade de decisão desse teor deverá ser desafiada por meio do recurso cabível, ou seja, o agravo de instrumento, que, como é cediço, comporta pedido de efeito suspensivo ou de antecipação de tutela.

#### 5.4 A DESNECESSIDADE DE AUXÍLIO DO PODER JUDICIÁRIO

É importante notar que, muitas vezes, não se faz necessária a atuação do Poder Judiciário para efetivar a providência cautelar decretada pelo árbitro. Isso porque, a ausência de poder de coerção dos árbitros é, em certa medida, mitigada pelo seu elevado “poder de persuasão” ou de legitimidade<sup>77</sup>. Afinal, pode-se concluir que o não acatamento voluntário das suas decisões pesará negativamente quando do julgamento definitivo da lide.

Desta forma, a parte contra quem a medida se dirige opta por cumpri-la, voluntariamente, com frequência, sob o temor de que, não o fazendo, tal fato seja sopesado em seu desfavor pelo juízo arbitral, quando da apreciação do mérito da demanda. Melhor dizendo, os envolvidos em um processo arbitral evitam antagonizar-se com o árbitro e, normalmente, acatam as disposições do julgador, mesmo que estas não guardem coercitividade<sup>78</sup>.

Caso contrário, não pertenceria ao Brasil o terceiro lugar no mundo em quantidade de utilização da maior Câmara mundial de arbitragem, a CCI,<sup>79</sup> sinal de que, apesar de faltar aos árbitros o dito poder *imperium*, e omissos ainda ser o legislador pátrio em relação às diversas questões em sede de arbitragem, o cumprimento voluntário das decisões arbitrais pelas partes se faz notório.

Isso, sem falar nas “sanções sociais”, cuja eficácia prática é igual ou superior às sanções juridicamente organizadas. Como exemplos, pode-se citar a publicização do inadimplemento pela organização social a que a parte faltosa integre e/ou que funcione o centro de arbitragem, a sua suspensão ou exclusão da organização empresarial a que pertença ou a recusa, por parte de outros operadores, de com ela contratar.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> CATRAMBY, Alexandre Espínola. *Das relações entre o tribunal arbitral e o poder judiciário para a adoção de medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 96.

<sup>78</sup> MARTINS, Pedro Antonio Batista. Da ausência dos poderes coercitivos e cautelares do árbitro. In: *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999 p. 369.

<sup>79</sup> Pesquisa “Arbitragem em Números e Valores” feita pela Fundação Getúlio Vargas, entre 2010 e 2013.

<sup>80</sup> CATRAMBY, Alexandre Espínola. *Das relações entre o tribunal arbitral e o poder judiciário para a adoção de medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 98.

## 6 CONCLUSÃO

Após a apresentação de tais pontos, muito se pode concluir do presente tema. Inicialmente, que a arbitragem é uma atividade jurisdicional, uma vez que constitui um modo de solução de controvérsias, em que terceiro imparcial decide a lide de maneira vinculativa para as partes, por meio de decisão que produz os mesmos efeitos de uma sentença judicial, pois a lei lhe conferiu coisa julgada e força executiva.

Além disso, a arbitragem possui natureza híbrida, visto que possui um fundamento contratual (convenção de arbitragem), bem como é jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral.

Quanto à jurisdicionalidade em relação à atividade dos árbitros, conclui-se que ela é exercida em medida inferior à dos juízes estatais, posto que àqueles somente é dado o poder de conhecer (*cognitio*) e de julgar (*iudicium*) as causas que lhe são submetidas, faltando-lhes o *imperium*, que é monopólio do juiz estatal e corresponde ao poder de tornar efetivas suas decisões.

Portanto, é em torno dessa limitação que gravitam, em sua maior parte, as controvérsias atinentes à arbitrabilidade das medidas provisórias, pois se discute se e em que grau a competência do tribunal arbitral, nesse campo, é afetada pela falta de poder para impor, pela força, as suas decisões.

Neste contexto, foi visto que as tutelas provisórias exercem papel de suma relevância para a efetividade do processo arbitral, pois, além da necessidade de se respeitar as garantias mínimas do contraditório e da ampla defesa, e da nítida complexidade das matérias submetidas à arbitragem, circunstâncias que por si só fazem com que a solução da lide se protraia no tempo, o corriqueiro uso de táticas dilatórias pelas partes sobreleva o risco de perda da utilidade prática do provimento final.

Com a reforma do Código de Processo Civil e da Lei de Arbitragem, pelas leis 13.105/15 e 13.129/2015, respectivamente, a utilização de tutela provisória ficou mais clara,

devendo ser requerida pelas partes ao Juízo Estatal quando a arbitragem ainda não houver sido instaurada, e ao próprio árbitro depois da sua instauração. O que se concluiu também, pela posição que vem sendo aplicada inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, onde os árbitros detêm competência cautelar, dependendo apenas do Poder Judiciário para efetivá-las, na falta de submissão voluntária da parte por ela alcançada.

A principal consequência da falta de *imperium* pelos árbitros é a de que, havendo a necessidade da prática de atos materiais destinados a conferir efetividade concreta à decisão arbitral, far-se-à necessária a cooperação do Poder Judiciário.

O Novo Código de Processo Civil traz consigo uma grande inovação ao regular essa cooperação entre árbitro e juiz estatal, criando a carta arbitral, meio formal pelo qual os Tribunais irão se comunicar.

No âmbito dessa atividade, é vedado ao Poder Judiciário rever ou modificar a decisão concessiva de medida provisória e menos ainda indagar sobre a oportunidade ou a necessidade da providência. Eventual recusa à efetivação da medida só poderá ocorrer se a decisão do árbitro atenta contra a ordem pública ou padece de algum vício de formalidade insuperável.

Ainda que os tribunais arbitrais detenham, genericamente, competência conceder tutela provisória, esta não é exclusiva, admitindo, em determinadas circunstâncias, a concorrência da jurisdição estatal. Assim se sucederá com a tutela provisória cautelar, hipótese em que a impossibilidade prática de o tribunal arbitral concedê-la, decorrente da falta de sua constituição, autoriza à parte, sob pena de, na prática, negar-se-lhe acesso à Justiça (art. 5º XXXV da CF).

Tratando-se de medidas cujos efeitos devam alcançar terceiros, a competência será, em regra, da jurisdição estatal, haja vista que, por ter o poder jurisdicional dos árbitros fonte convencional, não há como, à luz do princípio da relatividade dos contratos, permitir-se que eles possam exercer esse poder sobre terceiros.

A concessão de cautelar *inaudita altera pars* é plenamente compatível com a competência de conceder tutela provisória dos tribunais arbitrais, inexistindo fundamento capaz de impor qualquer limitação a esse respeito. Desse modo, exercendo os tribunais arbitrais competência declarativa plena na mesma proporção daquela detida pelos juízes estatais, poderão eles, se demonstrados os requisitos pertinentes, concedê-la, de imediato, postergando, em prol do primado da efetividade da tutela jurisdicional, o exercício do contraditório para momento posterior à sua efetivação.



Conclui-se, por fim, que o conhecimento e o julgamento do mérito da demanda cabem sempre ao árbitro, não ficando este, vinculado a qualquer manifestação anterior sobre o fundo da causa, realizada em sede de provisória, para fins da aferição do preenchimento do requisito do *fumus boni iuris*, mesmo que tal manifestação tenha se dado por autoridade judicial.

## 7REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo. *Direito Arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 22 nov2016.

\_\_\_\_\_. *Lei n 5.869, de 11 jan 1976*. Instituiu o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em 22 nov2016.

\_\_\_\_\_. *Lei n 8.069, de 13 jul1990*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)>. Acesso em 22 nov 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei n 9.307, de 23 set 1996*.Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)>. Acesso em 22 nov 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei n 12.016, de 7 ago2009*.Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm)>. Acesso em 22 nov 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei n 13.105, de 16 mar 2015*.Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 15 out 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei n 13.129, de 26 maio 2015*.Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no

9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm)>. Acesso em 20 nov 2016.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. *Arbitragem e processo*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Aspectos processuais da nova lei de arbitragem. In: *Arbitragem, lei brasileira e praxe internacional*. 2.ed. São Paulo: LTr, 1999.

CATRAMBY, Alexandre Espínola. *Das relações entre o tribunal arbitral e o poder judiciário para a adoção de medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CORREA, Antonio. *Arbitragem no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRETELA NETO, José. *Curso de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. NEY, Rafael de Moura Rangel. *Revogação da medida liminar judicial pelo juízo arbitral. Arbitragem interna e internacional*. ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MIGALHAS. *Reforma à lei de arbitragem é sancionada*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI221088,21048Reforma+a+lei+de+arbitragem+e+sancionada>>. Acesso em 22 nov2016.

MAGALHÃES, José Carlos. Do procedimento arbitral. In: *Aspectos Fundamentais da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARTINS, Pedro Antonio Batista, da ausência dos poderes coercitivos e cautelares do árbitro. In: *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. t. 12. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem Transnacional. A Determinação do Estatuto da Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2005.

SALOMÃO, Luis Felipe. *A atualização da lei de arbitragem*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211461,51045A+atualizacao+da+lei+de+arbitragem>>. Acesso em 22 nov2016.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. A arbitragem comercial internacional no direito brasileiro, nos termos da Lei n. 9.307 de 23/09/1996: alguns aspectos. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, p. 485, São Paulo, 2001.

STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem. São Paulo: LTr, 1998.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 32.ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*. 36. ed.v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Processo cautelar*. São Paulo: Universitária de Direito, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tutela jurisdicional de urgência*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

WALD, Arnoldo. Novos rumos para a arbitragem no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 14, 2. ed., São Paulo, p. 351, Revista dos Tribunais, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 14, Malheiros, 1996.