MATEUS AIMORÉ CARRETEIRO

TUTELAS DE URGÊNCIA E PROCESSO ARBITRAL

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROF. DR. CARLOS ALBERTO CARMONA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO

2013

MATEUS AIMORÉ CARRETEIRO

TUTELAS DE URGÊNCIA E PROCESSO ARBITRAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito Processual da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo, como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

ORIENTADOR: PROF. DR. CARLOS ALBERTO CARMONA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2013

Aos meus avós paternos Ventura e Lola (in memoriam). Aos meus avós maternos Laurindo (in memoriam) e Maria. Eles são verdadeiros pais e mães com açúcar.

Jarndyce and Jarndyce drones one. This scarecrow of a suit has, in course of time, become so complicated that no man alive knows what it means. The parties to it understand it least, but it has been observed that no two Chancery lawyers can talk about it for five minutes without coming to total disagreement as to all the premises. Innumerable children have been born into the cause; innumerable young people have married into it; innumerable old people have died out of it.

CHARLES DICKENS

Não importa ao tempo o minuto que passa, mas o minuto que vem. O minuto que vem é forte, jocundo, supõe trazer em si a eternidade, e traz a morte, e perece como o outro, mas o tempo subsiste.

MACHADO DE ASSIS

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	x
1. INTRODUÇÃO.....	1
2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	5
2.1. Breves notas sobre o desenvolvimento da arbitragem	5
2.2. Processo arbitral	11
2.3. Princípios fundamentais do processo arbitral	17
2.4. Tempo e processo.....	20
2.5. Efetividade do processo arbitral.....	23
2.6. Relação entre árbitros e juízes.....	25
3. TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO ARBITRAL.....	29
3.1. Tutelas de urgência	29
3.2. Principais características das tutelas de urgência.....	32
3.2.1. Sumariedade de cognição	33
3.2.2. Perigo de dano	35
3.2.3. Provisoriedade	36
3.2.4. Instrumentalidade.....	38
3.2.5. Reversibilidade	38
3.3. Principais tipos de tutelas de urgência arbitrais	39
3.3.1. Medidas para regular a relação das partes	42
3.3.2. Medidas para preservação de provas	44
3.3.3. Medidas para garantir futura execução da sentença arbitral.....	46
3.3.4. Medidas para pagamentos antecipados.....	48
3.3.5. Medidas antiarbitragem	49

4. FONTES E LIMITES DA COMPETÊNCIA DO ÁRBITRO PARA TUTELAS DE URGÊNCIA	54
4.1. Considerações iniciais	54
4.2. Autonomia da vontade	55
4.2.1. Manifestação de vontade direta: construção da convenção de arbitragem	56
4.2.2. Manifestação de vontade indireta: incorporação por referência	58
4.3. <i>Lex arbitri</i>	62
4.4. Poderes inerentes	66
4.5. Poderes implícitos	69
4.6. Exclusão da competência dos árbitros	72
4.7. Limites à autonomia da vontade	75
 5. COMPETÊNCIA PARA AS TUTELAS DE URGÊNCIA ARBITRAIS.....	80
5.1. Juízo competente para concessão de tutelas de urgência arbitrais	80
5.2. Visão do passado: competência exclusiva dos juízes	81
5.2.1. Itália	85
5.2.2. China	87
5.3. Visão do presente: competência dos árbitros	90
5.3.1. Lei Modelo da UNCITRAL	97
5.4. Outra visão: competência exclusiva e absoluta dos árbitros	100
5.5. Limitações materiais e jurídicas à competência dos árbitros	103
5.5.1. Tribunal arbitral não constituído	104
5.5.2. Tribunal arbitral impossibilitado de agir de forma tempestiva ou efetiva depois de constituído	108
5.5.3. Tutela de urgência e terceiros	113
5.5.4. Ausência de poderes coercitivos	119
5.6. O papel das cortes estatais durante o processo arbitral	123
5.6.1. Modelo da competência concorrente	125
5.6.2. Críticas ao modelo da competência concorrente	128
5.6.3. Modelo da competência exclusiva do árbitro	130
5.7. Conflito de competência e de decisões entre árbitros e juízes	137
5.7.1. Modelo da competência concorrente	138
5.7.2. Modelo da competência exclusiva do árbitro	141

5.8.	Tutelas de urgência arbitrais e convenção de arbitragem	143
5.8.1.	Efeito negativo da convenção de arbitragem e cooperação das cortes estatais para tutelas de urgência.....	143
5.8.2.	Inexistência de renúncia à jurisdição arbitral	147
6.	TUTELAS DE URGÊNCIA ARBITRAIS NO DIREITO BRASILEIRO....	150
6.1.	Experiência brasileira.....	150
6.2.	Notas sobre a competência dos árbitros para tutelas de urgência no passado	150
6.3.	Disciplina das tutelas de urgência na Lei de Arbitragem.....	152
6.3.1.	Opiniões sobre o art. 22, § 4.º, da Lei de Arbitragem.....	153
6.3.2.	Revisão crítica da questão.....	155
6.4.	Análise de duas questões adicionais no direito brasileiro.....	158
6.4.1.	Papel das cortes estatais durante o processo arbitral	158
6.4.2.	Tutelas de urgência arbitrais e convenção de arbitragem	159
7.	TUTELAS DE URGÊNCIA ARBITRAIS PERANTE O PODER JUDICIÁRIO	162
7.1.	Considerações iniciais	162
7.2.	Concessão de tutelas de urgência arbitrais pelo juiz.....	164
7.2.1.	Fungibilidade entre tutelas antecipadas e conservativas.....	165
7.2.2.	Principais desafios atuais para concessão de tutelas de urgência	166
7.2.3.	Risco de irreversibilidade e esvaziamento da jurisdição dos árbitros	169
7.3.	Aspectos procedimentais.....	172
7.3.1.	Foro competente para tutelas de urgência arbitrais	173
7.3.2.	Cláusula de eleição de foro e tutelas de urgência	174
7.3.3.	Prazo para propositura da demanda arbitral	180
7.3.4.	Prazo para propositura da demanda arbitral e cláusulas escalonadas	184
7.3.5.	Prazo para propositura da demanda arbitral e cláusulas patológicas.....	187
7.3.6.	Sentença da demanda antecedente e processo arbitral.....	188
7.3.7.	Honorários na demanda antecedente e processo arbitral	189
7.3.8.	Reconhecimento de prescrição ou decadência na demanda antecedente	190
7.4.	Tutela de urgência na demanda de execução específica de cláusula compromissória.....	194

7.5.	Tutelas de urgência concedidas por juízes brasileiros em auxílio a processos arbitrais estrangeiros	195
7.6.	Estabilização da tutela de urgência no projeto do Código de Processo Civil	197
8.	TUTELAS DE URGÊNCIA PERANTE ÁRBITROS DE EMERGÊNCIA.	200
8.1.	Considerações iniciais	200
8.2.	Competência dos árbitros de emergência e papel das cortes estatais.....	202
8.3.	Regulamentação dos processos perante árbitros de emergência.....	205
8.4.	Revisão das principais questões sobre árbitros de emergência.....	206
8.4.1.	Manifestação de vontade específica (<i>opt in</i> e <i>opt out</i>).....	206
8.4.2.	Indicação do árbitro de emergência	208
8.4.3.	Impugnação do árbitro de emergência.....	209
8.4.4.	Papel do árbitro de emergência depois do processo pré-arbitral	209
8.4.5.	Jurisdição <i>prima facie</i> e termo final de atuação	210
8.4.6.	Tutela de urgência <i>ex parte</i>	211
8.4.7.	Forma do ato de concessão de tutela de urgência.....	211
8.4.8.	Revisão das tutelas de urgência	212
8.4.9.	Cumprimento e efetivação da tutela de urgência.....	213
9.	TUTELAS DE URGÊNCIA PERANTE O TRIBUNAL ARBITRAL.....	214
9.1.	Considerações iniciais	214
9.2.	Verificação <i>prima facie</i> de jurisdição	215
9.3.	Limites da demanda e da jurisdição arbitral	218
9.4.	Tutelas de urgência <i>ex officio</i>	219
9.5.	Tutelas de urgência <i>ex parte</i>	221
9.6.	Flexibilidade sobre os pressupostos das tutelas de urgência.....	229
9.7.	Pressupostos para a concessão das tutelas de urgência.....	232
9.8.	Forma do ato de concessão das tutelas de urgência	235
9.9.	Tutelas de urgência concedidas no mesmo ato da sentença arbitral	239
9.10.	Impugnação da tutela de urgência	239
9.11.	Revisão das tutelas de urgência.....	243
9.12.	Prestação de caução	247
9.13.	Responsabilidade pela fruição da tutela de urgência.....	248

10. CUMPRIMENTO E EFETIVAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA CONCEDIDAS POR ÁRBITROS	252
10.1. Cumprimento voluntário	252
10.2. Sanções aplicáveis pelos árbitros	256
10.2.1. Multas coercitivas	259
10.2.2. Inferência adversa	264
10.2.3. Acréscimo de despesas processuais	268
10.2.4. Danos processuais	270
10.2.5. Impossibilidade de prisão civil ou penal	271
10.3. Diferentes graus de efetividade e de necessidade de assistência do juiz....	273
10.4. Papel das cortes estatais para efetivação das tutelas de urgência.....	276
10.5. Modelos de efetivação das tutelas de urgência.....	279
10.5.1. Modelo da efetivação direta	280
10.5.2. Modelo da assistência	282
10.5.3. Modelo do <i>exequatur</i>	284
10.6. Efetivação das tutelas de urgência nacionais.....	286
10.6.1. Foro competente para a efetivação.....	287
10.6.2. Solicitação de assistência	288
10.6.3. Impossibilidade de revisão do mérito da tutela de urgência	291
10.6.4. Fundamentos para recusar o auxílio.....	292
10.6.5. Medidas de apoio ordenadas pelo juiz	294
10.7. Reconhecimento e efetivação das tutelas de urgência estrangeiras.....	295
10.7.1. Homologação de tutelas de urgência arbitrais estrangeiras	297
10.7.2. <i>Exequatur</i> de tutelas de urgência arbitrais estrangeiras	301
11. CONCLUSÕES.....	309
12. BIBLIOGRAFIA	315

AGRADECIMENTOS

*Ninguém cruza nosso caminho por acaso e
nós não entramos na vida de alguém sem
nenhuma razão.*

FRANCISCO XAVIER

Tenho especial apreço pela leitura da seção de agradecimentos dos livros que leio. Nela, creio eu, o autor geralmente consegue se desvencilhar um pouco do rigor técnico do trabalho científico e deixar transparecer um pouco mais de sua personalidade. Aliás, agora que concluí esta dissertação, possuo a certeza absoluta de que as frases normalmente incluídas em quase todos os trabalhos acadêmicos lá estão porque representam a mais pura verdade.

É absolutamente verdade que um trabalho acadêmico “só pode se realizar com o apoio e compreensão de muitos” e “nunca é solitário”, faz com que “se percam noites de sono, sábados, domingos e feriados”, faz o autor “pensar em desistir”, o que não ocorre porque “sempre há alguém que acredita em você mais do que você mesmo naquele momento”, “priva seus amigos e familiares de sua convivência por um longo período”. Também é abusurdamente verdade que o “trabalho nunca termina, mas o prazo para entregá-lo sim” e, finalmente, que “a perfeição é divina”. Enfim, se ninguém cruza nosso caminho por acaso, este é o momento de ter o prazer de agradecer!

Agradeço às minhas famílias (de sangue e de coração) pelo amor, suporte e compreensão. Se os momentos de lazer não foram muitos nos últimos anos, a qualidade dos momentos com certeza compensou (e muito!). Agradecimento especial ao meu pai e à minha mãe, que são meus exemplos no campo profissional e, principalmente, pessoal. Palavras não conseguem expressar tudo o que devo a eles. Agradecimento especial também à Maria Paula, meu amor, que incrivelmente ilumina

tudo e todos. Ela é a pessoa que acredita mais em mim do que eu mesmo em muitos momentos.

Pela orientação e amizade, agradeço ao Prof. CARLOS ALBERTO CARMONA. Como poucos, ele possui a impressionante capacidade de estimular novas ideias e desafios. Mesmo antes de ser orientador oficial desta dissertação, o Prof. CARMONA, com a generosidade que só pode ser encontrada nos grandes mestres, já havia aceitado me ajudar nessa grande empreitada. Seu constante apoio e incentivo à troca de ideias foram essenciais para que esta dissertação pudesse ser concluída.

Agradeço também aos Profs. PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE e MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONICIO pelas oportunidades que tive de auxiliá-los nas atividades docentes. Pelas críticas e pertinentes sugestões durante a banca de qualificação, agradeço imensamente aos Profs. HEITOR VITOR MENDONÇA SICA e JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI.

Desde os primeiros passos do mestrado tive a felicidade de compartilhar inúmeros momentos com a LIA BATISTA e com o BRUNO BARBOSA. Logo em seguida, juntou-se a nós o VILSON BERTELLI. A juventude de espírito do VILSON uniu-se à educação inglesa do BRUNO e ao coração gigantesco da LIA e o resultado foi um grupo de amigos sensacional. Momentos que serão guardados pra sempre.

Também são inesquecíveis os momentos de monitoria (e fora dela também!) que compartilhei com meus amigos CARLOS ELIAS, RICARDO APRIGLIANO, FERNANDA LEÃO, LILIAN MARQUES e PEDRO LEITE por diversas manhãs nesses últimos anos. As experiências não são mensuráveis (muito trabalho e estudo, mas sempre com muita diversão!). Pelo companheirismo nos seminários e pela amizade, agradeço ao FELIPE WLADECK e GUILHERME SANCHES.

Pelas trocas de ideias e revisões dos textos, estarei sempre em débito com ALFRED SIOUFI FILHO, CARLO VERONA, CARLOS ELIAS, GUILHERME RECENA, PAULO MACEDO e RICARDO APRIGLIANO. Foram diversas dúvidas e, com isso, diversas oportunidades que tive de aprender um pouco mais com eles.

Pela compreensão e apoio nos momentos de ausência do escritório, agradeço ao PEDRO SOARES MACIEL, à LETÍCIA GHELER e à JULIA KLARMANN. Nesses momentos de dificuldades que vemos a força do trabalho em equipe. Pela generosidade e inúmeras lições de arbitragem internacional (na prática!), um agradecimento especial vai ao querido amigo HARRY BURNETT.

Também estou em débito com os acadêmicos DANIELA DINIZ, GUSTAVO ALVES, IGOR CASTRO, NATASHA ROSSET e SIMONE NATAL. Esta última merece um agradecimento duplicado por ter me ajudado em diversas fases desta dissertação. Pela revisão de português aos quarenta e cinco minutos do segundo tempo, sou extremamente grato à REBECA GOMES. Todos os eventuais erros, todavia, são exclusivamente meus.

Como realmente acredito que *ninguém cruza nosso caminho por acaso*, agradeço a todos que cruzaram o meu caminho e, de uma forma ou de outra, contribuíram para que esta dissertação fosse concluída..

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho possui o objetivo de identificar as particularidades relacionadas à utilização das tutelas de urgência nos casos em que as partes convencionam submeter os seus litígios atuais ou futuros à jurisdição arbitral (*i.e.*, tutelas de urgência arbitrais) e explorar o seu tratamento sob a perspectiva do direito brasileiro.

A relação entre tempo e processo é de constante confronto. Para julgar-se com segurança, é inevitável o transcurso de tempo. Mesmo em um cenário ideal, no qual o método de trabalho seja extremamente eficiente, o respeito a certas garantias processuais básicas pode fazer com que o tempo se torne corrosivo de direitos.

Se não é possível abrir mão da segurança para julgamentos finais, admite-se a utilização de técnicas processuais a fim de assegurar que, durante o curso do processo, uma das partes reconquiste a posição de equilíbrio inicial por meio de tutelas de urgência com características conservativas ou satisfativas. Para que o processo seja efetivo, ele deve alcançar o resultado desejado pelo direito material sem se esquecer de observar o equilíbrio entre os valores da segurança e celeridade.

Mesmo no caso de as partes decidirem por um método adequado de resolução de litígio, como a arbitragem, no qual julgadores privados são escolhidos especialmente para julgar aquele caso concreto, não está afastada a necessidade de se lutar contra os danos decorrentes do tempo. Por esse motivo, as tutelas de urgência arbitrais adquirem crescente importância para o desenvolvimento do instituto da arbitragem.

Ainda que o processo arbitral tenha sido pensado para começar, desenvolver-se e terminar por si mesmo, sem a necessidade de contato com a jurisdição

estatal, a prática demonstra a necessidade de cooperação entre juízes (cortes estatais) e árbitros (tribunais arbitrais) em alguns assuntos. Talvez o tema das tutelas de urgência arbitrais seja um dos principais pontos de cooperação, demandando que, em alguns casos, juízes concedam tutelas de urgência com a finalidade de garantir a efetividade da tutela jurisdicional definitiva dos árbitros e, em outros casos, juízes apoiem o árbitro de forma a garantir a efetivação coercitiva do provimento arbitral. A relação harmônica que deve existir entre essas duas jurisdições é ressaltada no tema das tutelas de urgência arbitrais.

Esta dissertação é dividida em dez capítulos, incluindo-se neste número a presente introdução.

Os capítulos 2 e 3 são dedicados ao plano inicial do estudo. O capítulo 2 apresenta breves notas sobre o desenvolvimento da arbitragem, passando pela justificativa do termo processo arbitral e sua influência neste estudo, inclusive com breves comentários sobre os princípios fundamentais do processo arbitral. Nele são desenvolvidas ainda as questões sobre a influência do tempo no processo e sobre efetividade do processo arbitral, com destaque para a relação entre árbitros e juízes. O capítulo 3 expõe as principais características e tipos de tutelas de urgência arbitrais.

Os capítulos 4 e 5 são dedicados, principalmente, ao desenvolvimento das bases teóricas para a compreensão da competência dos árbitros para tutelas de urgência. O capítulo 4 mostra as fontes e limites da competência dos árbitros, dando especial atenção à autonomia da vontade das partes, à *lex arbitri* e às teorias de poderes inerentes e implícitos, explicando os fundamentos de cada uma. Especial atenção foi dada aos limites da autonomia da vontade e à utilização dessa autonomia para exclusão da competência dos árbitros para concessão de tutelas de urgência arbitrais. O capítulo 5 explica os modelos adotados em relação à competência do árbitro e os limites materiais e jurídicos dessa competência. Esse capítulo também aborda os modelos existentes de competência durante o curso do processo arbitral, com esclarecimentos posteriores sobre a relação entre o uso das cortes estatais e a convenção de arbitragem.

O capítulo 6 utiliza-se dos conceitos teóricos desenvolvidos nos capítulos anteriores para demonstrar o cenário do direito brasileiro. Embora este capítulo tenha um enfoque inicialmente teórico, procura-se nele apresentar a importância prática das investigações conduzidas anteriormente, inclusive com base em julgados das cortes estatais brasileiras. É neste capítulo que se apresentam, de forma organizada, os fundamentos da competência do árbitro no direito brasileiro, que é uma das questões mais relevantes deste estudo.

Os capítulos 7 e 8 são dedicados, em essência, à fase pré-arbitral (ou seja, aquela em que o tribunal arbitral ou o árbitro único ainda não aceitaram o encargo). No capítulo 7 são abordados os desafios enfrentados ao bom desenvolvimento da arbitragem quando o juiz é chamado a intervir, inclusive analisando-se as interpretações que devem ser realizadas quanto aos aspectos procedimentais. No entanto, não se pode esquecer que a busca por ajuda das cortes estatais, em princípio, vai de encontro à intenção inicial das partes de ver o seu litígio resolvido de forma autônoma, sem a interferência das cortes estatais. O capítulo 8, assim, estuda o mecanismo processual pré-arbitral criado pelas instituições arbitrais para viabilizar a solução de questões urgentes, enfrentando as principais peculiaridades de alguns regulamentos arbitrais.

O capítulo 9 analisa a atividade das tutelas de urgência durante o processo arbitral. Com a consolidação do entendimento de que os árbitros são os julgadores naturais para tutelas de urgência, faz-se essencial estudar as questões polêmicas que podem surgir nessa fase, desde os limites da jurisdição do árbitro até a sua competência para responsabilizar a parte beneficiada por tutela de urgência que ao final mostrou-se indevida.

Por último, o capítulo 10 trata da hipótese na qual os juízes são chamados a auxiliar na efetivação de tutelas de urgência proferidas por árbitros em arbitragens nacionais e estrangeiras, incluindo a análise de eventuais sanções que podem ser impostas pelo árbitro, e o comportamento dos juízes diante de pedido de assistência advindo do árbitro.

Este trabalho diz respeito a arbitragens cujo local (ou sede) de prolação da sentença arbitral seja o Brasil, independentemente do local onde foram praticados fisicamente os atos, nos termos do art. 34, par. único, da Lei de Arbitragem.¹ Isso sem prejuízo da comparação do tratamento de determinados assuntos em outros países.

Por fim, apesar de este trabalho ser sobre arbitragem, em diversos momentos faz-se referência ao Código de Processo Civil, notadamente quando se fala de atos de cooperação entre as jurisdições arbitral e estatal. Assim, mesmo nesta época de mudanças constantes e insegurança quanto ao futuro do processo civil estatal, procurou-se fazer referência aos dispositivos do projeto do Código de Processo Civil, de acordo com relatório final da Câmara dos Deputados, apresentado em 17.09.2012, que é a versão mais atual disponível.

¹. Existe interessante discussão sobre as expressões *local de proferimento da sentença arbitral* (ou laudo) e *sede da arbitragem*. Para fins específicos deste trabalho, segue-se posicionamento de ADRIANA BRAGHETTA, para quem as expressões local de proferimento da sentença e sede da arbitragem “devem ser tidas como equivalentes, de modo que se deve considerar proferido o laudo na sede da arbitragem, ainda que tenha disso assinado pelos árbitros em local ou locais diferentes” (cf. *A importância da sede da arbitragem*, p. 16 e ss.). Lei de Arbitragem, art. 34, par. único: “Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

2.1. BREVES NOTAS SOBRE O DESENVOLVIMENTO DA ARBITRAGEM

A arbitragem existe há muito tempo como mecanismo de resolução de litígios. Pode-se dizer que a história da arbitragem é tão antiga quanto o próprio conceito de resolução de controvérsias.² DOMKE, por exemplo, relata sua forte presença, de forma rudimentar, nos primeiros escritos do Egito Antigo e Assíria e, depois disso, na Grécia e Roma.³

Não seria exagero ver certa forma de arbitragem até mesmo na mitologia.⁴ No famoso episódio que deu origem à Guerra de Tróia, explica-se que, ao pastor Paris, foi confiada a tarefa de decidir qual seria a deusa mais bela (Hera, Atena ou Afrodite) e, conseqüentemente, qual receberia o pomo de ouro deixado invisivelmente por Éris no banquete de casamento de Peleu e Tétis.⁵

Percebe-se, assim, para surpresa de alguns, que a arbitragem, como método de resolução de litígios, surgiu antes mesmo da jurisdição estatal.⁶

Metodologicamente, pode-se dividir o desenvolvimento da arbitragem, com formato mais próximo do conhecido atualmente, em três grandes fases: (i) do início da Idade Média (século V) até o século XVIII; (ii) do século XVIII até

². Para uma análise histórica dos meios alternativos de resolução de disputa, com visão desde a antiguidade, cf. BARRETT-BARRETT, *A history of alternative dispute resolution*, *passim*.

³. Cf. Domke *on commercial arbitration*, p. 2-1 e ss. Cf. ainda JOSÉ DELGADO, “Arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual”, p. 222.

⁴. DOMKE, *Domke on commercial arbitration*, p. 2-1.

⁵. COMMELIN, *Mitologia grega e romana*, *passim*.

⁶. CARMONA, “Arbitragem e jurisdição”, p. 33.

aproximadamente meados do século XX; e (iii) de meados do século XX até a atualidade.⁷

A primeira fase (do início da Idade Média até o século XVIII) foi marcada pela livre utilização da arbitragem, sem a intervenção de mecanismos judiciais ou leis nacionais. A arbitragem existia talvez esquecida pelos Estados soberanos. Sua utilização era essencialmente para resolver as necessidades específicas de uma atividade econômica ou comunidade em particular, sem a preocupação com tecnicidade ou leis locais.⁸ Dois mercadores, buscando a solução para uma disputa sobre preço ou qualidade do produto, simplesmente escolheriam um terceiro, em quem confiavam, para resolver a disputa. Essa era a conduta esperada por eles naquela comunidade, sem demora ou maiores formalidades.⁹

A segunda fase (do século XVIII até meados do século XX) foi marcada por hostilidades e tentativa de verdadeiro controle da arbitragem pelos Estados. Nesta fase, a arbitragem era vista com desagrado e não se permitia que um mecanismo privado fosse capaz de reduzir a autoridade das cortes estatais. Foi nessa época que surgiu o *English Arbitration Act* 1698, a legislação francesa de arbitragem no Código de Processo Civil de 1806 e a legislação alemã de arbitragem no Código de Processo Civil de 1879.¹⁰

Especificamente no que diz respeito à Inglaterra, ROY GOODE informa que o Poder Judiciário procurava proteger seu domínio contra eventuais invasões à sua jurisdição.¹¹ Os Estados Unidos da América, por sua vez, como relata DOMKE, seguiam

⁷. DOMKE, *Domke on commercial arbitration*, n. 2-6 e ss.; JULIAN LEW, “Achieving the dream: autonomous arbitration”, p. 181 e ss.

⁸. JULIAN LEW, “Achieving the dream: autonomous arbitration”, pp. 181.

⁹. BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER, *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 1.09, p. 5. Pode-se dizer que essa seria a origem da *lex mercatoria* (cf. BRUNO OPPETIT, *Teoría del arbitraje*, p. 208 e ss.; LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 18-46, p. 453 e ss.).

¹⁰. JULIAN LEW, “Achieving the dream: autonomous arbitration”, pp. 182.

¹¹. Cf. “The role of the *lex loci arbitri* in international commercial arbitration”, p. 18.

a mesma linha de seus pares ingleses, utilizando-se inclusive de argumentos de ordem pública para impedir o desenvolvimento da arbitragem.¹²

A base do controle judicial era triplo: (a) qualquer atividade ocorrida em um determinado Estado deveria estar no âmbito de controle da jurisdição estatal e das leis locais; (b) o Estado poderia perder sua autoridade e respeito ao permitir que a última palavra sobre determinada questão não fosse dada por seu Poder Judiciário; e (c) mecanismos alternativos de resolução de litígios não poderiam ser mais efetivos e eficientes que a própria jurisdição estatal.¹³

A última e atual fase (de meados do século XX até a atualidade) é marcada, em regra, pelo maior reconhecimento da autonomia da vontade das partes e autoridade dos árbitros na regulamentação da arbitragem.¹⁴ Passou-se a reconhecer que, para o comércio internacional, a mera existência de legislações nacionais favoráveis ao instituto da arbitragem não seria suficiente para incentivar a ampla utilização da arbitragem. Era preciso uma maior uniformização das regras, a fim de facilitar as relações comerciais.¹⁵

O movimento que havia começado com (a) o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais, de 1923 (“Protocolo de Genebra”); e (b) a Convenção de Genebra sobre Execução de Sentenças Arbitrais, de 1927 (“Convenção de Genebra”), ganhou notadamente maior força com (c) a Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais de Nova Iorque de 1958 (“Convenção de Nova Iorque”); (d) a Convenção sobre a Resolução de Conflitos Relativos a Investimentos entre Estado e Nacionais de outros Estados, de Washington de 1965 (“Convenção de Washington” ou “Convenção ICSID”); (e) o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, de 1976; e (f) Lei Modelo da UNCITRAL, de 1985.

¹². Cf. *Domke on commercial arbitration*, p. 2-9 e ss. O tema da ordem pública continua até hoje de extrema relevância à arbitragem, mas com feições completamente distintas. Sobre o assunto, cf. RICARDO APRIGLIANO, *Ordem pública e processo*, p. 41 e ss.

¹³. DOMKE, *Domke on commercial arbitration*, p. 2-10 e ss.

¹⁴. JULIAN LEW, “Achieving the dream: autonomous arbitration”, pp. 181-184.

¹⁵. Sobre o movimento harmonização ou globalização do processo arbitral, cf. GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, “Globalization of arbitral procedure”, p. 1314 e ss.

Como se pode perceber do movimento relatado acima, os últimos 60 anos foram extremamente relevantes para o desenvolvimento da arbitragem no cenário internacional.¹⁶

Malgrado haja previsão de arbitragem no ordenamento positivo brasileiro desde a Constituição Imperial de 1824 (art. 160), passando, dentre outras previsões, pelo Código Comercial de 1850 (arts. 20, 294), Código Civil de 1916 (art. 1037 e ss.), Código de Processo Civil de 1939 (art. 1031 e ss.) e Código de Processo Civil de 1973 (art. 1072 e ss.), foi apenas recentemente que a utilização da arbitragem ganhou maiores proporções, com a entrada em vigor de legislação específica sobre o assunto, a lei n. 9.307/96 (“Lei de Arbitragem”).

A Lei de Arbitragem foi a grande responsável pelo impulso que a arbitragem sofreu no ordenamento pátrio. Embora a legislação seja de 1996, pode-se dizer que a sua ampla utilização começou depois do julgamento do Supremo Tribunal Federal que eliminou qualquer dúvida sobre a constitucionalidade da lei, em 2001.¹⁷

¹⁶. DOMKE cita que o apoio dos bancos acadêmicos ao estudo e desenvolvimento da arbitragem só surgiu na década de 70 do século passado (cf. *Domke on commercial arbitration*, p. 2-12 e ss).

¹⁷. “Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de ‘guarda da Constituição’ - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31)” (STF, SE 5206 AgR, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12.12.2001, DJ 30.04.2004 p. 29). Sobre o assunto, cf. PEDRO BATISTA MARTINS, “Embaraços na implementação da arbitragem no Brasil, até o advento da Lei n. 9.307/96 e a pseudo-inconstitucionalidade do instituto”, p. 27 e ss.).

A Lei de Arbitragem, inspirando-se em parte na Lei Modelo da UNCITRAL (*infra*, n. 5.3.1) e em parte na moderna legislação espanhola então vigente, trouxe relevantes e decisivas inovações ao instituto da arbitragem.¹⁸

Podem-se mencionar dois grandes obstáculos, existentes no Código de Processo Civil de 1973, que a Lei de Arbitragem eliminou.¹⁹

Na fase pré-arbitral, a legislação arbitral valorizou a cláusula compromissória. A cláusula compromissória (que durante vários anos foi entendida apenas como sendo um mero *pactum de compromittendo*,²⁰ sem o efeito de afastar a jurisdição estatal), com a Lei de Arbitragem foi equiparada ao compromisso arbitral, para fins de instituição do juízo arbitral, passando a ser espécie do gênero convenção de arbitragem (art. 3.º). Se, antes, a cláusula compromissória inadimplida só se resolveria em perdas e danos de difícil liquidação, a Lei de Arbitragem lhe concedeu caráter obrigatório. No caso de essa cláusula ser vazia, é possível inclusive sua execução específica, de modo que o juiz substitui a vontade da parte para fins de viabilizar a constituição do juízo arbitral (*infra*, nn. 7.3.5-7.4).

Na fase pós-arbitral, a Lei de Arbitragem eliminou a necessidade de homologação da sentença arbitral nacional pelo juiz, cuja consequência era devastadora à arbitragem. As partes optavam pela jurisdição arbitral para ter o seu litígio resolvido, mas, ao final, dependiam de *exequatur* das cortes estatais para que a decisão dos árbitros pudesse ter os mesmos efeitos da sentença estatal.²¹

¹⁸. Sobre a *operação arbitrer*, cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 9.

¹⁹. CARMONA, *Arbitragem e processo*, pp. 4-5.

²⁰. De acordo com CLÓVIS BEVILÁQUA, “a cláusula compromissória, no direito pátrio, cria apenas uma obrigação de fazer. É um pacto preliminar, cujo objeto é a realização de um compromisso. E como obrigação de fazer, desde que *nemo potest precise cogi ad factum* não obriga as partes a celebração do compromisso, embora o não celebrá-lo constitua infração do contrato, que dará lugar à responsabilidade civil.” (cf. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. IV, p. 191). CARMONA aponta como exceção, naquela época, a hipótese pouco utilizada de cláusula compromissória relacionada a contratos comerciais internacionais entre países signatários do Protocolo de Genebra, acima já referido (cf. *Arbitragem e processo*, pp. 77 e 96-97).

²¹. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 5. Sobre a homologação das sentenças sob o regime do Código de Processo Civil de 1973, cf. PONTES DE MIRANDA, *Comentários do Código de Processo Civil*, vol. XV, p. 335 e ss.

Além disso, a fim de conferir maior segurança jurídica à arbitragem, a Lei de Arbitragem, dentre outras coisas, estabeleceu: (a) a separação da cláusula compromissória do contrato no qual está inserida;²² (b) a competência do árbitros para decidir prioritariamente sobre a sua própria competência (*kompetenz-kompetenz*);²³ (c) mecanismos excepcionais de controle pelo Poder Judiciário de sentenças arbitrais;²⁴ e (d) o mecanismo de reconhecimento e homologação da sentença arbitral estrangeira, eliminando-se necessidade de duplo *exequatur*.²⁵

No que diz respeito ao objeto deste trabalho, a Lei de Arbitragem, pela primeira vez, concedeu competência aos árbitros para concessão de tutelas de urgência (*infra*, n. 6.3).²⁶

Desde a entrada em vigor da legislação, diversos artigos foram escritos na doutrina nacional sobre a relação entre tutelas de urgência na arbitragem e, atualmente, já existem monografias específicas sobre o assunto.²⁷

²². Sobre o assunto, cf. PEDRO BATISTA MARTINS, *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*, p. 135.

²³. Sobre o assunto, cf. RAFAEL ALVES, *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*, p. 139 e ss.; MICHELE LYRA TOSTES, *Tutela de urgência e arbitragem: mecanismos de acesso à justiça*, p. 131 e ss.

²⁴. Sobre o assunto, cf. FELIPE WLADECK, *Meios de controle judicial da sentença arbitral nacional, passim*; RICARDO RANZOLIN, *Controle judicial da arbitragem*, p. 137 e ss.

²⁵. ANDRÉ ABBUD, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, p. 166 e ss.; RENATA GASPAR, *Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil*, p. 60 e ss.

²⁶. Tutelas de urgência também serão referidas como medidas ou medidas de urgência. A palavra *medida* é aqui utilizada como sinônimo de provimento, decisão. DINAMARCO ensina que é equivocado o uso da palavra *medida* para designar *processo* ou *demand*. A parte limita-se a *pedir a medida* e é o juiz ou o árbitro quem a concederá ou negará (cf. DINAMARCO, *Vocabulário do processo civil*, n. 133, p. 232).

²⁷. Existem, na doutrina nacional, inúmeros artigos sobre o assunto das tutelas de urgência arbitrais, que serão mencionados ao longo deste trabalho. Com relação a trabalhos monográficos, pesquisa revelou a existência de três monografias dedicadas ao assunto na doutrina nacional: a dissertação de mestrado, na área de direito internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, de RENATO LAZZARINI (cf. *Tutelas urgentes na arbitragem internacional*); a tese de doutorado de RENATO RODRIGUES FILHO, defendida na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (cf. *Tutelas de urgência na arbitragem*); e a dissertação de mestrado de ALEXANDRE CATRAMBY, defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e publicada no Brasil (cf. *Das relações entre o tribunal arbitral e o Poder Judiciário para a adoção de medidas cautelares*). Como se pode perceber, o campo de estudo do tema é fértil.

Algumas características da arbitragem também foram essenciais para sua ampla aceitação, tais como a celeridade com que a decisão final é proferida em comparação à via estatal, a maior especialização dos árbitros, a possibilidade de confidencialidade, além de interessante custo-benefício para litígios envolvendo questões complexas.²⁸

A resistência daqueles que não confiavam no desenvolvimento dos meios adequados de resolução de controvérsias foi quebrada. A arbitragem deixou de ser vista como uma possível fonte de insegurança jurídica e, de forma natural, conquistou a simpatia da comunidade empresarial brasileira.

Boa parte do rápido desenvolvimento da arbitragem no país deve-se ao fato da existência de uma cultura favorável à arbitragem, principalmente por parte do Superior Tribunal de Justiça, com decisões geralmente bem técnicas sobre assuntos arbitrais.²⁹ O controle da jurisdição estatal sobre a arbitral pode existir, mas apenas nos casos autorizados pela Lei de Arbitragem, sob pena de se incentivarem aventuras jurídicas que podem desestimular o uso desse importante mecanismo privado de solução de controvérsias.

2.2. PROCESSO ARBITRAL

Este trabalho tem por objeto o *processo arbitral*, em vez de referir-se genericamente à *arbitragem*. A opção é justificada por diversos motivos, sendo que, sem a pretensão de ser exaustivo, apresentam-se abaixo quatro deles.

²⁸. Sobre as vantagens da arbitragem, cf. SALLES, *Arbitragem em contratos administrativos*, n. 2.2.3, p. 46 e ss.; PEDRO BATISTA MARTINS, “Acesso à justiça”, pp. 10-11.

²⁹. ARNOLDO WALD, “A recente evolução da arbitragem no direito brasileiro (1996-2001)”, p. 143 e ss.; ARNOLDO WALD, “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação às sentenças arbitrais”, p. 7 e ss.; RODRIGO FONSECA, “A arbitragem na jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça”, p. 16 e ss. Mais recentemente, cf. CARMONA, “Superior Tribunal de Justiça, segurança jurídica e arbitragem”, p. 97 e ss. Deve-se lembrar que cultura favorável à arbitragem não deve ser confundida cultura sempre favorável às decisões arbitrais, pois árbitros também cometem erros. Anular sentenças arbitrais, nos casos pertinentes, também significa favorecer o instituto da arbitragem.

Em primeiro lugar, o instituto da arbitragem, de uma forma geral, envolve diversos assuntos jurídicos, sendo boa parte deles de direito privado.³⁰ Para tanto, basta recordar-se, exemplificativamente, que a arbitragem (a) nasce inegavelmente da autonomia da vontade das partes (fonte contratual); (b) é voltada principalmente às relações comerciais,³¹ internas ou internacionais; e (c) possui intensa relação com normas de direito internacional.³² Tratando-se de trabalho com pretensão de investigar as tutelas de urgência aplicáveis ao método de resolução de litígios, o vocábulo processo arbitral parece mais fiel ao objeto de estudo.

Em segundo lugar, a referência a processo arbitral também possui a finalidade, em razão da necessidade de precisão terminológica inerente a trabalhos científicos, de diferenciar processo de procedimento.³³

Conceitualmente, *processo* não pode ser confundido com procedimento porque o primeiro é “entidade complexa, que deve ser encarada pelo duplice aspecto da relação entre seus atos (*procedimento*) e também da relação entre seus sujeitos (relação jurídica processual)”, como lembra DINAMARCO.³⁴

Na realidade, *procedimento* é apenas o elemento visível do processo, ou seja, a caminhada avante.³⁵ O *procedimento* estabelece quais atos precisam ser praticados, a forma como esses atos devem ser praticados, a ordem sequencial da sua realização.³⁶ Afirma-se, assim, com CARMONA, que o *procedimento* está contido no

³⁰. PARENTE, *Processo arbitral e sistema*, p. 93.

³¹. Conforme ensina a doutrina, “the term commercial should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not” (cf. BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER, *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 1.36, p. 14).

³². DOMKE, *Domke on commercial arbitration*, p. 1-1 e ss.

³³. Nos dizeres de TERESA WAMBIER: “as palavras, em linguagem técnica, devem referir-se a um só objeto. É de todo inconveniente, porque pode dar margem a confusões, usar o mesmo termo para designar-se mais de uma realidade. A cada significante deve corresponder um significado” (cf. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 97). Cf. ainda DINAMARCO, *Vocabulário do processo civil*, p. 23.

³⁴. Cf. *Vocabulário do processo civil*, p. 223.

³⁵. DINAMARCO, *Instituição de direito processual civil*, vol. II, n. 387, p. 26.

³⁶. DINAMARCO, *Instituição de direito processual civil*, vol. II, n. 387, p. 26. O Mestre ainda afirma, para não deixar nenhuma dúvida em sua explicação, que “um historiador, examinando um processo em

conceito de *processo*, mas com ele não se confunde, pois processo é “procedimento animado pela relação jurídica processual”.³⁷ Nesse aspecto, os conceitos de *processo* e *procedimento* são os mesmos na esfera arbitral e estatal, servindo cada termo para designar uma realidade diferente.³⁸

SERGIO BERMUDEZ, por exemplo, ao comentar o título do capítulo IV da Lei de Arbitragem, aponta a confusão de termos e afirma que se trata, na realidade, de processo arbitral e que “seria ilógico falar-se só em procedimento, que será um insólito movimento sem móvel”.³⁹

Em terceiro lugar, a menção ao termo *processo arbitral* serve para lembrar que existe verdadeira equivalência entre as “esferas estatal e arbitral como mecanismos jurisdicionais nos quais juiz e árbitro exercem as mesmas funções”.⁴⁰

De fato, adotando-se a premissa de que jurisdição, conforme clássica lição de CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, é poder, função e atividade, não se pode negar caráter jurisdicional ao *processo arbitral*.⁴¹ Não se pode negar que o árbitro possui (a) o *poder* de decidir um litígio específico, aplicando o direito ao caso concreto de forma obrigatória; (b) a essencial *função* jurisdicional, que é pacificar com justiça, eliminando conflitos;⁴² (c) a *atividade* de conhecer as questões de fato e de direito, mediante o

particular, seria capaz de identificar um a um os atos realizados, dia e lugar em que o foram, que os realizou etc. (cf. Idem, *Instituição de direito processual civil*, vol. II, n. 387, p. 26).

³⁷. CARMONA, “Considerações sobre a evolução conceitual de processo”, p. 52.

³⁸. PARENTE, *Processo arbitral e sistema*, n. 2.1.1.1, p. 49.

³⁹. Cf. “Medidas coercitivas e cautelares no processo arbitral”, p. 278.

⁴⁰. PARENTE, *Processo arbitral e sistema*, n. 2.2.1, p. 91.

⁴¹. Cf. *Teoria geral do processo*, n. 60, p. 147 e ss.

⁴². DINAMARCO lembra, em sua clássica tese de titularidade, que a jurisdição possui escopos sociais, políticos e jurídicos (cf. *A instrumentalidade do processo*, n. 19, p. 182 e ss.). Todos esses escopos estão presentes na arbitragem. Mais recentemente, em parecer ainda não publicado, escreveu o Mestre: “penso que a jurisdicionalidade desta é inerente a ela própria, prescindindo das vicissitudes da legislação ou mesmo das opções do legislador. Assumindo enfaticamente que a jurisdição tem por escopo magno a pacificação de sujeitos conflitantes, dissipando os conflitos que os envolvem, e sendo essa a razão última pela qual o Estado a exerce, não sinto dificuldade alguma para afirmar que também os árbitros exercem jurisdição, uma vez que sua atividade consiste precisamente em pacificar com justiça, eliminando conflitos. Também outro relevantíssimo escopo social da jurisdição, que é o da educação para o exercício dos direitos e cumprimento das obrigações, está presente na função arbitral” (cf. parecer inédito, item n. 8).

devido processo legal.⁴³ Aliás, como bem lembrava BRUNO OPPETIT, “a justiça estatal e a arbitragem buscam, por vias distintas, mas complementares, o mesmo ideal de justiça”.⁴⁴

Embora ainda haja vozes negando o seu caráter jurisdicional, ninguém nega que a arbitragem se desenvolve com a “garantia do devido processo legal e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial”.⁴⁵ Pode-se considerar, hoje, que a discussão sobre a natureza jurídica da arbitragem encontra-se ultrapassada e possui pouca relevância prática.⁴⁶

Além do mais, falar que o processo arbitral tem natureza jurisdicional não impede de aceitá-lo, também, como um sistema autônomo de resolução de litígios.⁴⁷ O reconhecimento da autonomia da arbitragem possui como principais escopos, nos dizeres de JULIAN LEW, (a) remover o processo arbitral do controle das cortes estatais, pois este só poderá ocorrer em situações excepcionais e expressamente previstas;⁴⁸ e (b)

⁴³. CARMONA, *A arbitragem no processo civil brasileiro*, pp. 33-35.

⁴⁴. Cf. *Teoría del arbitraje*, p. 44. Logo adiante, BRUNO OPPETIT afirma que “tanto el árbitro como el juez extraen, así sea en proporciones variables, su *ratio decidendi* de fuentes idénticas, ya sea de la ley, de los usos, de la equidad o de los principios generales de derecho, y ambos están legalmente obligados a conformarse al orden público” (cf. *Teoría del arbitraje*, p. 61).

⁴⁵. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 27.

⁴⁶. LA CHINA, *L'arbitrato*, pp. 24-25.

⁴⁷. Conforme afirma JULIAN LEW, cuja lição possui pertinência para ser transcrita: “This does not deny or detract from the circumstances in which national law allows state courts to intervene in the arbitral process. Under all the major rules, in the absence of contrary agreement of the parties, arbitrators have the power and authority to decide how the arbitration should be organised, and the procedure to be used. This autonomous theory recognises arbitration as a stand-alone mechanism for dispute settlement in international business transactions (cf. “Achieving the dream: autonomous arbitration”, p. 186). Segundo PARENTE, trata-se de dois sistemas distintos, porém relacionados por meio de fechamento operacional e abertura cognitiva (cf. *Processo arbitral e sistema*, p. 40 e ss.).

⁴⁸. O controle excepcional atualmente é exercido, na grande maioria de países, apenas para violações a princípios fundamentais do processo arbitral. Conforme BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER: “judicial control of errors of law in international commercial arbitration has been virtually abandoned, leaving courts the limited role of policing procedural due process, such as the obligation of the tribunal to give each party a fair hearing” (cf. *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 7.04, pp. 439-440).

desvincular o processo arbitral das leis processuais nacionais.⁴⁹ Este segundo ponto merece melhores explicações.

Aceitar que o método de resolução de conflito pela via arbitral trata-se de *processo* e que este é *jurisdicional* não significa, todavia, que ele deva ser “judiciarizado”.⁵⁰

É bem verdade que as partes podem estabelecer, em razão da autonomia da vontade, a utilização de alguma lei processual nacional, tal como o Código de Processo Civil ou a Lei dos Juizados Especiais, para reger o seu processo arbitral. Esta prática, porém, é de todo desaconselhável para arbitragens internas e, principalmente, para arbitragens internacionais.⁵¹

É um contrassenso trazer para a arbitragem vicissitudes do ambiente estatal.⁵² Ao escolherem um método extrajudicial de resolução de litígios, as partes geralmente estão em busca de um ambiente cujas regras são mais flexíveis e voltadas

⁴⁹. JULIAN LEW, “Achieving the dream: autonomous arbitration”, p. 194 (“As already indicated, the effect of the autonomy of international arbitration is to remove the process from the control of national law and courts”).

⁵⁰. Conforme ressalta MARCOS PAULO SALLES, “judiciarizar a arbitragem é admitir que sua escolha se estaria dando como um substituto a um poder similar, quando na verdade não há limites de similitude na solução dada pelo legislador à lei especial, para atribuir à decisão arbitral o caráter jurisdicional que lhe é próprio, recebendo no ambiente processual estatal apenas a condição de título executivo, a decisão proferida pelo árbitro. Assim, convenientemente dotada da força necessária para legitimar quem venha a ver resistida a satisfação espontânea da pretensão solutória” (cf. “Efeitos da judiarização da arbitragem”, p. 36).

⁵¹. Como lembram POUDRET-BESSON, “the former doctrine pursuant to which the law of civil procedure (...) in force at the place of the seat of the arbitration was binding on the arbitration in the absence of procedural agreements of the parties is no longer followed” (cf. *Comparative law of international arbitration*, par. 532, pp. 463-464). Sobre o assunto, abordando as vantagens do processo arbitral, problemas de sua judiciarização e a aplicabilidade da *procedural soft law* na arbitragem, cf. WILLIAM PARK, “The procedural soft law of international arbitration: non-governmental instruments”, p. 141 e ss. Na doutrina nacional, sobre o processualismo excessivo e a arbitragem, cf. HAROLDO VERÇOSA, “Doze anos da lei de arbitragem: alguns aspectos ainda relevantes”, p. 25 e ss.

⁵². Conforme pertinente lição de POUDRET-BESSON, “If the parties decide to submit to a law of civil procedure which normally apply before courts, they reintroduce into arbitration the formalism which this method of dispute resolution aims to avoid. In addition, the application of such a law risks raising serious difficulties due to the fact that it is integrated in the judicial organization of a country and is not adapted to arbitration” (cf. *Comparative law of international arbitration*, par. 529, p. 460).

para discutir o que realmente possui interesse, que é o direito material controvertido.⁵³ Devem-se afastarem infundáveis discussões sobre filigranas processuais ou procedimentais e verdadeiras patologias, como as sentenças terminativas.⁵⁴

O *processo arbitral* pode receber, do processo estatal, conceitos e princípios, sempre de forma consciente e tendo em mente as diferenças inerentes a esses dois tipos de métodos de trabalho.⁵⁵ Não deve haver, portanto, transposição de *regras* do processo estatal para o arbitral.⁵⁶

Em quarto lugar, o *processo arbitral* está sujeito a *princípios informativos* tanto quanto o processo estatal. De acordo com esses princípios, o processo deve ser (a) *econômico*, com a maior produção de resultados em relação aos recursos despendidos; (b) *lógico*, por meio da utilização de meios eficazes à descoberta da verdade; (c) *jurídico*, com a igualdade no processo e a busca da fidelidade do julgamento ao direito material; e (d) *político*, com objetivo de proporcionar o máximo de garantia social.⁵⁷

⁵³. Sobre o assunto, cf. MARCOS MONTORO, *Flexibilidade do procedimento arbitral*, n. 13.1 p. 223 e ss.; CARMONA, “Flexibilização do procedimento arbitral”, p. 7 e ss.

⁵⁴. BEDAQUE afirma, mesmo sob a ótica do processo estatal, que consequência “dessa visão equivocada da técnica é o grande número de sentenças de extinção do processo sem julgamento do mérito, como se essa fosse a melhor utilidade possível a ser extraída da atividade jurisdicional” (cf. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 42). Para um breve exame da patologia das sentenças terminativas no campo arbitral, cf. PARENTE, *Processo arbitral e sistema*, p. 269.

⁵⁵. PARENTE, *Processo e sistema*, p. 91. Para uma análise sobre essas diferenças sob a perspectiva “de la filosofía política”, cf. BRUNO OPPETIT, *Teoría del arbitraje*, p. 35 e ss.

⁵⁶. Muito embora não possuam características idênticas, pode-se dizer que regras e princípios são espécies do gênero norma jurídica (cf. NOBERTO BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 158). Regras são normas jurídicas que regulam determinadas *condutas* ou *situações*, enquanto princípios são normas jurídicas que positivam *valores*. Em outras palavras, regras são aplicáveis na modalidade *tudo-ou-nada*. Se os fatos estipulados por uma regra, em sua hipótese concreta, tem incidência, a resposta dada pela norma deve ser positiva, sendo realizada. Por outro lado, caso a regra seja inválida para aquela situação, ela não poderá contribuir para o caso. Essa é a lição do jurista americano RONALD DWORKIN: “Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision” (cf. *Taking rights seriously*, p. 24).

⁵⁷. Apesar da denominação utilizada, não se trata de princípios propriamente ditos, mas sim de regras técnicas (cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, n. 77, p. 201. Cf. ainda CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, n. 17, pp. 56-57.

Todas estas preocupações estão presentes no *processo arbitral*. O princípio *econômico* está presente mediante, por exemplo, técnicas de administração do caso, tal como previsto pelo Regulamento da CCI (anexo IV).⁵⁸ O princípio *lógico* está presente por meio de processo moldado de acordo com as necessidades do caso concreto. O princípio *jurídico* é observado no tratamento de igualdade das partes (art. 21, § 2.º) e julgamentos que devem corresponder ao direito material tanto ao julgar-se por direito quanto por equidade, mas em ambos os casos o julgamento deve ser *com* equidade.⁵⁹ Por fim, o princípio político está presente quando se observa que a decisão do árbitro visa à pacificação do conflito.

2.3. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO ARBITRAL

Existem certas garantias destinadas a assegurar que o processo arbitral se inicie e se desenvolva de forma justa. É o que a doutrina costuma denominar de direito ao *fair arbitration*.⁶⁰ Não são todas as garantias presentes no processo estatal, aplicáveis ao processo arbitral, mas o núcleo essencial é o mesmo, o qual representa uma redução mínima da garantia do *devido processo legal arbitral*.⁶¹

O art. 21, § 2.º, da Lei da Arbitragem prevê que “serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

Por influência da Lei Modelo da UNCITRAL, cujo papel e importância serão abordados posteriormente (*infra*, n. 5.3.1), pode-se dizer que semelhante fórmula encontra-se positivada em diversas legislações arbitrais: “as partes devem ser tratadas

⁵⁸. Salvo ressalva em sentido contrário, referência será feita sempre à versão de 2012 do Regulamento CCI.

⁵⁹. BRUNO OPPETIT, *Teoría del arbitraje*, p. 61. Todos julgamentos devem observar a equidade, ou seja, a busca pelo julgamento justo; julgar por equidade é diferente e significa que os julgadores podem (embora não devam) afastar-se do direito posto (CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 65).

⁶⁰. GEORGIOS PETROCHILOS, *Procedural law in international arbitration*, par. 4-50, p. 130.

⁶¹. Isso leva VINCENZO VIGORITI a afirmar, por exemplo, a necessidade de “respeito às regras fundamentais dos juízos cíveis, tradicionalmente resumidas na fórmula do *procedural due process*” (cf. “Em busca de um direito comum arbitral”, p. 13).

com igualdade e deve ser dada a cada uma delas a possibilidade de apresentarem seu caso”.⁶²

Mesmo em países que não seguem o padrão da Lei Modelo da UNCITRAL, como é o caso da Itália, há previsão de que no desenvolvimento do processo deve ser assegurado o princípio do contraditório, concedendo às partes razoáveis e equivalentes possibilidades de defesa (*codice di procedura civile*, art. 816-*bis*).⁶³

Essa fórmula mínima também é assegurada, no âmbito internacional, pela Convenção de Nova Iorque, cujo art. V(1)(b) estabelece, como fundamento para recusa de reconhecimento e execução, o fato de a sentença arbitral ter sido proferida sem notificação apropriada da indicação de árbitro ou do processo arbitral ou em desrespeito ao direito de defesa.⁶⁴

Retornando ao art. 21, § 2.º da Lei da Arbitragem, um esclarecimento inicial deve ser feito. Embora o legislador tenha previsto a necessidade de respeito desses princípios no procedimento arbitral, a garantia, na realidade, é ao *processo arbitral*, uma vez que essa se aplica não apenas à caminhada de atos do processo (procedimento), mas também à relação jurídica entre árbitros e partes.⁶⁵

Passa-se então à breve análise dos princípios eleitos pelo legislador ao processo arbitral.

O primeiro princípio mencionado pela lei é o do contraditório, o qual garante o direito de a parte interessada ser informada e a faculdade de reagir e participar

⁶². Eis a redação original do art. 18: “The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case”. De forma semelhante, o *English Arbitration Act 1996* prevê, em seu art. 33(1), que “the tribunal shall act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent”.

⁶³. Para comentários sobre o assunto, cf. CHIRGA, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, p. 188 e ss.

⁶⁴. Sobre o assunto, cf. EDUARDO GREBLER, “A recusa de reconhecimento à sentença arbitral estrangeira com base no artigo V, (1), alíneas ‘a’ e ‘b’ da Convenção de Nova Iorque”, p. 205 e ss.

⁶⁵. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 295.

do processo, com eficientes oportunidades para influir, pelos modos adequados, na formação do convencimento do julgador.⁶⁶ Trata-se, na fórmula utilizada pela Lei Modelo da UNCITRAL, do direito de ser ouvido. Como bem lembra CARMONA, o princípio do contraditório determina que o julgador “não tome decisões acerca de pontos fundamentais do litígio sem provocar debate a respeito, pois somente assim será assegurada às partes oportunidade de influir no resultado do julgamento”.⁶⁷

O segundo princípio mencionado pela lei é o da igualdade das partes. A necessidade de tratamento paritário está presente na totalidade dos regulamentos arbitrais internacionais modernos.⁶⁸ A aplicação está estritamente ligada ao exercício do contraditório, uma vez que a todas as partes devem ser dadas, em regra, oportunidades iguais de apresentar o seu caso em todos os seus aspectos.⁶⁹

O terceiro princípio mencionado pela lei é a imparcialidade do árbitro. Este princípio está intimamente ligado com o princípio da igualdade das partes, tratado acima. Julgadores parciais quanto a um dos participantes (ou ambos) ou quanto ao resultado da demanda, seja em razão das partes ou por convicções pessoais, tendem a decidir de forma parcial.⁷⁰ O árbitro deve manter-se imparcial durante todo o curso do processo arbitral.

⁶⁶. BEDAQUE, “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”, p. 13 e ss.

⁶⁷. Cf. *Arbitragem e processo*, p. 295. Sobre o assunto, cf. CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, p. 106 e ss.

⁶⁸. GEORGIOS PETROCHILOS, *Procedural law in international arbitration*, par. 4-85, p. 144, nota de rodapé n. 160 (com menção a quinze regulamentos arbitrais amplamente utilizados na prática arbitral).

⁶⁹. GEORGIOS PETROCHILOS, *Procedural law in international arbitration*, par. 4-86, p. 145; JOHANNES TRAPPE, “The arbitration proceedings: fundamental principles and rights of the parties”, p. 97; RAFAEL ALVES, “O devido processo legal na arbitragem”, p. 399 e ss.

⁷⁰. GEORGIOS PETROCHILOS, *Procedural law in international arbitration*, par. 4-55, p. 131 e ss. JOHANNES TRAPPE lembra hipótese importante no que diz respeito à pessoa jurídica no processo arbitral: “In such a case it goes without saying that a representative of that party, manager, shareholder or the like, may not be appointed and act as arbitrator, except of course if both parties, being on an equal footing, are in agreement on the appointment of such person” (cf. “The arbitration proceedings: fundamental principles and rights of the parties”, pp. 97-98).

O quarto princípio mencionado pela lei é o livre convencimento. Trata-se de *poder inerente* à atividade do árbitro.⁷¹ Sem ele, não existe efetivamente processo arbitral justo.

Por um lado, o julgador está livre de limitações ou fórmulas pré-estabelecidas para determinado julgamento.⁷² Por outro lado, está vedado o extremo oposto, por meio do qual o julgador poderia julgar simplesmente *secundum conscientiam* e está livre para decidir, por exemplo, sem levar em consideração as provas produzidas ou até mesmo em sentido contrário a elas.⁷³ No meio termo (e esse foi o princípio escolhido pela lei), está o livre convencimento, que deve ser sempre, no direito brasileiro, motivado.⁷⁴

2.4. TEMPO E PROCESSO

Conforme alerta feito por CRUZ E TUCCI, em monografia específica sobre o assunto, “tempo e processo são duas vertentes que estão em constante confronto”.⁷⁵

O processo, como método de resolução de litígios, demanda necessariamente o decurso de tempo para que seja possível julgar adequadamente. A finalidade é “garantir que o comando judicial seja o mais fiel possível aos desígnios do direito objetivo”.⁷⁶

⁷¹. A questão dos poderes inerentes é desenvolvida com maiores detalhes no capítulo sobre as fontes de competência dos árbitros (*infra*, n. 4.4).

⁷². CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 298.

⁷³. CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, n. 26, p. 73.

⁷⁴. CRUZ E TUCCI, *A motivação da sentença no processo civil*, p. 102 e ss. Sobre o assunto na esfera arbitral, cf. RAFAEL ALVES, “O devido processo legal na arbitragem”, p. 410.

⁷⁵. Cf. *Tempo e processo*, p. 6.

⁷⁶. YARSELL, “‘Efetivação’ da tutela antecipada: uma nova execução civil?”, p. 330. Esse raciocínio foi originariamente descrito por DINAMARCO, ao falar sobre o escopo jurídico do processo (cf. *A instrumentalidade do processo*, p. 318).

Para julgar-se com segurança, é preciso assegurar o contraditório e a ampla defesa, com a sequência de diversos atos procedimentais, o que, inevitavelmente, faz com que a resolução do litígio não seja imediata. Para que seja possível julgar com segurança, é imprescindível o transcurso de tempo. Como já mencionava CARNELUTTI, “se a justiça é segura não é rápida”.⁷⁷

No entanto, o “valor que o tempo tem no processo é imenso e, em grande parte, desconhecido. Não seria arriscado comparar – dizia CARNELUTTI – o tempo a um inimigo, contra o qual o juiz luta incessantemente”.⁷⁸ A influência que o tempo exerce sobre qualquer processo é enorme, chegando-se a afirmar que ele significa verdadeiramente justiça.⁷⁹

De fato, os males que o decurso do tempo pode trazer à tutela jurisdicional são tão graves que, atualmente, se afirma que a tutela só é efetiva quando for tempestiva.⁸⁰

Embora uma das vantagens da arbitragem seja exatamente a sua celeridade em comparação ao processo estatal, fato é que, em princípio, para entrega da tutela jurisdicional, um processo com cognição plena e exauriente faz-se essencial, em busca da verdade dos fatos.⁸¹ Trata-se da já mencionada busca pelo julgamento fiel ao designios do direito material, em busca do *escopo jurídico* do processo arbitral.

⁷⁷. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, n. 95, p. 154 (“se la giustizia è sicura non è rapida”).

⁷⁸. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, n. 232, p. 354 (“che il tempo ha nel processo è immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a un nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa”).

⁷⁹. Essa é a ideia da epígrafe do trabalho de CRUZ E TUCCI, extraída de EDUARDO COUTURE (cf. *Tempo e processo*, epígrafe).

⁸⁰. VICENZO VIGORITI publicou estudo, na década de 80, sobre os desafios do processo na Itália, mas que reflete problema generalizado em inúmeros países até os dias atuais (cf. “Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália”, p. 142 e ss.).

⁸¹. TARUFFO, *La semplice verità*, p. 85; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 593.

Além do mais, alega-se que o aumento da complexidade técnica e jurídica das questões submetidas aos árbitros, assim como sua maior relevância econômica, contribui para a maior demora do processo arbitral.⁸²

Em qualquer fase do processo arbitral (e, notadamente, na fase antecedente à existência do processo arbitral), determinada parte pode ver-se diante da necessidade de assegurar que o resultado do processo não acabe prejudicado ou se tornando ineficaz em razão de omissão ou conduta da outra parte.

Como tutela jurisdicional prestada de forma tardia “de nada ou pouco adianta para a parte que tem razão”,⁸³ muitas vezes é preciso acelerar os resultados do processo. Determinadas situações urgentes requerem remédios compatíveis, também urgentes. Como lembra BEDAQUE, “quanto mais demorar a tutela jurisdicional, maior a probabilidade de a satisfação por ela proporcionada não ser completa”.⁸⁴

Se, há algum tempo, o tema era deixado em segundo plano no contexto das arbitragens, cada vez mais a comunidade arbitral possui consciência da crescente importância das tutelas de urgência.⁸⁵

⁸². Segundo LUCIANA LAUDISA, “Di fatto i tempi dell’ arbitrato non sempre sono brevi soprattutto quando si tratta di arbitrato internazionale: la complessità delle questioni trattate e il ricorso ai mezzi di impugnazione, senza considerare manovre dilatorie delle parti, possono comportare ritardi notevoli” (cf. “Arbitrato internazionale e tutela cautelare”, p. 455 e ss.). Cf. também, dentre outros, CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, p. 4; MARISTELA BASSO, “Procedimento arbitral atual: necessidade de um diálogo de reforma?”, p. 11 e ss. CRAIG-PARK-PAULSSON indicam, em livro publicado há mais de uma década (2000), que o tempo médio de duração de uma arbitragem sob administração da CCI era de um a dois anos (cf. *International Chamber of Commerce arbitration*, par. 1.08, p. 14).

⁸³. LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, p. 171.

⁸⁴. Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 118.

⁸⁵. PIERO BERNARDINI, “The powers of the arbitrator”, p. 22. Como afirma YESILIRMAK, “The importance of and the need for interim protection of right in arbitration has grown immensely in over the last twenty years” (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, p. 14). PIETER SANDERS afirmava, na década de 70 do século passado, que “the question of interim measures only occasionally presents itself in an arbitration” (cf. “Procedures and practices under the UNCITRAL Rules”, p. 453-454).

2.5. EFETIVIDADE DO PROCESSO ARBITRAL

De acordo com a clássica e sempre atual lição de CHIOVENDA, “a necessidade de servir-se do processo para obter razão não deve reverter em dano a quem tem razão”.⁸⁶

A ideia de processo efetivo está ligada aos resultados que ele produz e não apenas ao instrumento em si mesmo. Pode-se afirmar, assim, que “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”.⁸⁷

A razão para que a arbitragem tenha sobrevivido por tanto tempo é simples e pragmática: ela é útil aos seus usuários. A comunidade empresarial enxerga na arbitragem um mecanismo adequado de resolução de litígio.⁸⁸ Para que esse mecanismo continue a ser adequado, todavia, ele deve fornecer meios para assegurar a efetiva entrega da tutela jurisdicional.⁸⁹

Por um lado, o processo arbitral, como método para resolução de litígios, possibilita um processo mais simples, com menos formalidades e que possa melhor se adequar às necessidades das partes.⁹⁰ Consequência desse ambiente e também da

⁸⁶. CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, n. 34, p. 159. Essa afirmação foi feita pela primeira vez, pelo próprio CHIOVENDA, em 1911, no artigo “Dell’azione nascente dal contratto preliminare”, p. 110.

⁸⁷. BEDAQUE, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 49.

⁸⁸. JULIAN LEW, *Achieving the dream: autonomous arbitration*, p. 179. Por isso se diz atualmente, de forma correta, que a arbitragem deve ser vista como um *adequate dispute resolution*, em vez de *alternative dispute resolution* (cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 32-33).

⁸⁹. LIEBMAN apontava que “só tem direito a tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente” (cf. *Manual de direito processual civil*, vol. I, p. 195). DINAMARCO entende, na mesma linha, que tutela jurisdicional é outorgada apenas a quem tem razão num litígio deduzido em processo, mas ressalta que a “tutela jurisdicional de que se trata pela óptica do *processo civil de resultados* não é uma tutela a *direitos*, mas a *pessoas*” ou a grupos de pessoas (cf. “Tutela jurisdicional”, n. 181, p. 379). YARSHELL, por sua vez, amplia esse conceito para dizer que o vencido também é tutelado: “Aceita a premissa anterior (tutela contida nos meios que conduzem ao resultado), é inafastável existir tutela para ambos os sujeitos parciais do processo”, pois “a superação da controvérsia, e mesmo a estabilidade do regramento imposto pelo provimento estatal, significam formas de tutela também para o vencido” (cf. *Tutela jurisdicional*, pp. 26-27 e 33).

⁹⁰. MARCOS MONTORO, *Flexibilidade do procedimento arbitral*, n. 5.4, p. 73 e ss.

especialidade dos julgadores é a produção de sentenças qualitativamente diferenciadas, contribuindo para proporcionar às partes o resultado desejado pelo direito material.⁹¹

Inexiste dúvida de que os provimentos finais arbitrais possuem alto grau de efetividade. Em virtude da Convenção de Nova Iorque, ratificada pela grande maioria de países do mundo, o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais ao redor do mundo é uniforme e geralmente efetiva. Também em virtude da Convenção de Nova Iorque, em diversos países a execução de sentenças arbitrais é mais fácil do que a execução de sentenças judiciais estrangeiras.⁹²

Por outro lado, de nada adianta que o resultado final seja qualitativamente diferenciado e efetivo se, durante o curso do processo, uma das partes puder frustra o resultado final.

Por esse motivo, as tutelas de urgência arbitrais adquirem cada vez maior importância para o desenvolvimento da arbitragem.⁹³ Trata-se de arma na luta contra a “corrosão de direitos”.⁹⁴ As tutelas de urgência são, assim, técnicas adequadas para “a realização, em toda plenitude possível, do princípio da efetividade do processo”.⁹⁵

Seguindo a lição de CALAMANDREI, “entre fazer logo porém mal e fazer bem mas tardiamente, os provimentos cautelares visam sobretudo a fazer logo, deixando

⁹¹. PARENTE, *Processo arbitral e sistema*, p. 133.

⁹². A Convenção de Nova Iorque é sem dúvida a Convenção mais importante para o desenvolvimento da arbitragem no âmbito internacional. De acordo com informações das Nações Unidas, ela já foi ratificada por 148 países (informação disponível em janeiro de 2013). O Brasil promulgou a Convenção de Nova Iorque tardiamente, depois de 44 anos da sua elaboração, por meio do Decreto Executivo n. 4.311, de 23.7.2002, que já havia sido aprovado pelo Congresso por meio do Decreto Legislativo n. 52 de 25.4.2002. Para uma breve exposição sobre o assunto, cf. ARNOLDO WALD, “A Convenção de Nova Iorque: passado, presente e futuro”, p. 15.

⁹³. PIERO BERNARDINI, “The powers of the arbitrator”, p. 22 (“The subject of conservatory and provisional measures is acquiring increasing importance for the development of international arbitration”).

⁹⁴. DINAMARCO, “O regime jurídico das medidas urgentes”, p. 72.

⁹⁵. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 133-134.

o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido mais tarde”.⁹⁶

2.6. RELAÇÃO ENTRE ÁRBITROS E JUÍZES

LA CHINA, a título de provocação, começa o seu livro questionando se as jurisdições arbitral e estatal são “dois mundos, em contraste um com o outro, e em tal caso qual deve prevalecer sobre o outro, ou podem coexistir, e, se sim, como e em quais condições”.⁹⁷ Aliás, a relação entre as jurisdições é tão interessante e, em alguns casos, problemática que recebeu, recentemente, a sugestiva denominação de *the never ending story*.⁹⁸

A resposta à provocação de LA CHINA, na atual fase de desenvolvimento do instituto da arbitragem, é evidente: são dois mundos que podem e devem coexistir de forma harmônica.⁹⁹ Ambas as jurisdições, como destacado por BRUNO OPPETIT, mantêm relação de confiança e cooperação e estão envolvidas no mesmo conceito comum de justiça.¹⁰⁰

Lord MUSTILL, por exemplo, descreveu os litígios submetidos à arbitragem como uma corrida de revezamento, na qual as cortes estatais começam a corrida com o bastão até o momento em que o juízo arbitral é constituído. Assim que

⁹⁶. Cf. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 20.

⁹⁷. Cf. *L'arbitrato*, p. 18-19 (“due mondi, in contrasto tra loro, ed in tal caso quale deve prevalere sull'altro, o possono coesistere, e come ed a che condizioni”). Para BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER: “The relationship between national courts and arbitral tribunals swings between forced cohabitation and true partnership” (cf. *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 7.01, p. 439).

⁹⁸. Essa denominação ocorreu no Congresso da ICCA (International Council for Commercial Arbitration), ocorrido em 2000, em Nova Deli, Índia, por meio do qual foram discutidas as formas de relação entre o Judiciário e a arbitragem: *International arbitration and national courts: the never ending story*, e está disponível no relatório do Congresso, publicado em 2001. Sobre o assunto, cf. YVES FORTIER, “International arbitration and national courts: who has the last word?”, pp. 69-70.

⁹⁹. Para uma breve análise histórica da arbitragem, cf. *supra*, n. 2.1. Conforme PARENTE, a coexistência desses dois mundos ocorre mediante abertura cognitiva, por meio da qual os dois sistemas se comunicam, trocando mútuos influxos (cf. *Processo arbitral e sistema*, n. 2.1.2, p. 58 e ss.).

¹⁰⁰. BRUNO OPPETIT, *Teoría del arbitraje*, p. 60. Sobre a relação entre árbitro e juiz, cf. ainda MAURO BOVE, “Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale”, p. 357 e ss.

ocorre a constituição, o bastão passa para as mãos dos árbitros, que, por fim, novamente passam o bastão às cortes estatais no estágio final de execução da sentença arbitral.¹⁰¹

Em um mundo ideal, quando as partes escolhem a jurisdição arbitral, esse método de resolução de litígios é programado para começar, desenvolver-se e terminar por si mesmo, sem a necessidade de contato com a jurisdição estatal.¹⁰² Na prática, todavia, isso não é sempre viável. Para que a arbitragem possa ser um meio efetivo de resolução de litígios, é preciso que os juízes cooperem com os árbitros em alguns momentos.¹⁰³

A necessidade de cooperação entre as jurisdições arbitral e estatal é um fenômeno generalizado, intimamente relacionado com a coexistência desses métodos de resolução de litígios.¹⁰⁴ Exemplificativamente, na realidade espanhola, levando-se em consideração a *Ley de Arbitraje* (lei 60/2003) em vigor, pode-se afirmar que a cooperação eventualmente ocorre nos seguintes momentos: (a) concessão ou efetivação de tutelas de urgência (art. 8.º); (b) nomeação, remoção e substituição dos árbitros (arts. 15, 19 e 20); (c) assistência para a prática de atos probatórios (art. 33); (d) controle e anulação da sentença arbitral (arts. 40-43); (e) execução das sentenças nacionais (arts. 44-45); e (f) reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras (art. 46).¹⁰⁵

Não por acaso, no direito brasileiro, a relação de questões de cooperação é praticamente idêntica. Por ordem topológica, podem-se citar alguns exemplos da Lei de Arbitragem: (a) substituição judicial do árbitro (art. 6.º, par. único); (b) execução específica da cláusula compromissória (art. 7.º); (c) fixação de honorários dos árbitros (art. 11, par. único); (d) nomeação judicial de árbitros para formação de tribunal em

¹⁰¹. Cf. “Commentaires et conclusions”, pp. 123-124.

¹⁰². BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER fazem questão de ressaltar a “increasing independence of arbitration” (cf. *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 7.04, p. 440). Cf. ainda CARLEVARI, *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, p. 33.

¹⁰³. Como lembra CARMONA, coordenação não pode se confundir com subordinação (cf. “Das boas relações entre os juízes e os árbitros”, pp. 17-24).

¹⁰⁴. SÉBASTIEN BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires*, p. 53 e ss.

¹⁰⁵. MAIRINA HERNÁN, “La intervención judicial en el arbitraje en la Ley 11/2011 y en la Ley Orgánica 5/2011, de reforma de la legislación arbitral”, p. 700-701.

número ímpar (art. 13, § 2.º); (e) nomeação de árbitros substitutos (art. 16, § 2.º); (f) efetivação de tutelas de urgência e decisões instrutórias (art. 22, §§ 2.º e 4.º); (g) execução de sentença arbitral nacional (art. 31); (h) controle e anulação de sentença arbitral (arts. 32-33); e (i) reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras (art. 34).

De todas as questões mencionadas, talvez a que demonstre de forma mais clara a necessidade de cooperação entre as jurisdições seja a questão das tutelas de urgência. Por um lado, juízes possuem o dever de assistir os árbitros. Por outro lado, também devem exercer controle formal dos atos praticados pelos árbitros. O contato entre juízes e árbitros acaba sendo, por vezes, inevitável.

Conforme será explicado neste trabalho, em alguns momentos, antes da constituição do tribunal arbitral, a corte estatal pode ser a única capaz de analisar e conceder tutelas de urgência (*infra*, n. 5.5.1). Durante o curso do processo arbitral, mesmo com a constituição do tribunal arbitral, as cortes estatais também podem ser obrigadas a analisar e conceder tutelas de urgência (*infra*, nn. 5.5.2-5.5.3) ou colaborar com sua efetivação (*infra*, n. 10.6). Em todos os casos em que forem chamadas a cooperar, as cortes estatais poderão exercer um controle formal dos atos dos árbitros (*infra*, n. 10.6.4). A necessidade de cooperação entre árbitros e juízes atinge seu ápice quando o assunto é tutela de urgência.¹⁰⁶

A melhor forma de utilizar-se da cooperação entre árbitros e juízes de forma eficaz e sem criar confusões é estar ciente que o escopo de atuação dos últimos deve ser sempre limitado.

Como premissa de todo e qualquer raciocínio, juízes devem lembrar que (a) a arbitragem é um sistema autônomo de resolução de litígios; (b) a vontade das partes, de resolver o mérito desses litígios por meio da arbitragem, deve ser respeitada; (c) as partes desejam a mínima interferência possível de juízes; e (d) devem prestar

¹⁰⁶. Como lembra ROSA ALCAMÍ: “la denegación del poder de los jueces para intervenir en materia cautelar en apoyo de un arbitraje implicaría, en algunos casos, la vulneración de la tutela judicial efectiva de alguna de las partes” (cf. *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 110).

auxílio aos árbitros em hipóteses excepcionais, quando houver alguma limitação material ou jurídica à competência dos árbitros para tutelas de urgência, sob pena de denegação de justiça.¹⁰⁷

Ter em mente a necessidade de coexistência entre jurisdições arbitral e estatal é essencial para o presente trabalho, que procura estudar a relação de poderes e cooperação entre o Poder Judiciário e a arbitragem, por meio da concessão de tutelas de urgência.

¹⁰⁷. LIRA GOSWAMI, “Interim reliefs: the role of the courts”, p. 113; TOMMASEO, “Lex fori e tutela cautelare nell’arbitrato commerciale internazionale”, p. 10; YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-37, pp. 82-83.

3. TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO ARBITRAL

3.1. TUTELAS DE URGÊNCIA

As tutelas de urgência são consideradas, conforme indica RÉGIS BISMUTH, um daqueles “princípios gerais de direito comum a todos os ordenamentos jurídicos” e uma “arte inerente da função judicial de todas as cortes estatais”.¹⁰⁸

A afirmação não parece exagerada quando se percebe a sua utilização, de alguma forma, desde os primórdios do direito romano, passando pela Idade Média e Renascença até os dias atuais.¹⁰⁹

Atualmente, as tutelas de urgência são habitualmente aplicadas no direito internacional. A Corte Permanente de Justiça Internacional reconhece que tutelas de urgência são um “princípio universalmente aceito por tribunais internacionais”.¹¹⁰ Praticamente todos os tribunais arbitrais mistos (*mixed arbitral tribunals*) criados por tratados de paz depois da Primeira Guerra Mundial continham regras permitindo a concessão de tutelas de urgência e, mesmo quando não as previam, isso não impedia a concessão dessas medidas.¹¹¹

¹⁰⁸. Cf. “Anatomy of the law and practice of interim protective measures in international investment arbitration”, p. 773. De acordo com LAWRENCE COLLINS, em seu ensaio clássico sobre tutelas de urgência: “There can be no doubt that the procedural power to grant provisional or protective measures reflects a general principle of law, and that principle nowadays is based on the need to prevent the judgment of the court from being prejudiced or frustrated by actions of the parties. That general principle of law is reflected in the practice of national courts, administrative bodies, arbitral tribunals, and international courts” (cf. “Provisional and protective measures in international litigation”, p. 7 e ss.)

¹⁰⁹. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 31 e ss.; ALVARO DE OLIVEIRA, “Perfil dogmático da tutela de urgência”, p. 13 e ss.; OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, p. 5; GUERRERO, “Tutela de urgência e arbitragem”, p. 23 e ss.

¹¹⁰. BIN CHENG, *General principles of law as applied by international courts and tribunals*, p. 268. Cf. ainda LIAKOPOULOS-ROMANI, *Tutela cautelare nel diritto processuale internazionale e privato*, p. 35.

¹¹¹. BIN CHENG, *General principles of law as applied by international courts and tribunals*, pp. 268-269.

As tutelas de urgência também estão presentes nos Princípios Transnacionais de Processo Civil do ALI-UNIDROIT, em seu art. 8.1, cuja redação possui a intenção de ser “genérica”, de forma a abranger diversos tipos de medidas.¹¹²

As justificativas acima expostas servem para demonstrar que, mesmo com árbitros de diferentes culturas jurídicas e sem aplicar as regras de nenhum Código de Processo Civil, é possível haver consenso sobre a possibilidade de utilização de tutelas de urgência em um processo arbitral.

A despeito da ampla utilização e reconhecimento, as tutelas de urgência, no direito internacional, “assumem várias formas, são compreendidas e aplicadas diferentemente e podem incluir conceitos diferentes em sistemas legais diferentes”.¹¹³ Mesmo quando o tema é analisado apenas sob a perspectiva do direito brasileiro, trata-se de campo “envolvendo várias modalidades de tutelas jurisdicionais substancialmente diversas”, como lembra BEDAQUE.¹¹⁴

Buscando-se extrair um *denominador comum*,¹¹⁵ pode-se dizer que essas medidas visam de modo não definitivo à proteção de “determinada situação ou bem, mediante cognição sumária, a fim de que o tempo necessário ao desenvolvimento do devido processo legal não comprometa a efetividade do instrumento”.¹¹⁶

¹¹². Eis a redação original: “The court may grant provisional relief when necessary to preserve the ability to grant effective relief by final judgment or to maintain or otherwise regulate the status quo”. Cf. ainda comentários que acompanham o texto dos Princípios Transnacionais de Processo Civil do ALI-UNIDROIT, p. 772.

¹¹³. LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-3, p. 585 (“interim measures take various forms, are understood and applied differently and may encompass different concepts in different legal systems”). De acordo com relatório do *Working Group II*: “Different legal systems have characterized interim measures of protection in different ways and using different classification. In addition, the scope and variety of interim measures available differ from country to country (cf. A/CN.9/WG.II/WP.111, pp. 2-3).

¹¹⁴. Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 253.

¹¹⁵. CHASE-HERSHOFF-SILBERMAN-TANIGUCHI-VARANO-ZUCKERMAN, *Civil litigation in comparative context*, p. 294.

¹¹⁶. BEDAQUE, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 507. De forma semelhante, cf. CHASE-HERSHOFF-SILBERMAN-TANIGUCHI-VARANO-ZUCKERMAN, *Civil litigation in comparative context*, pp. 294-295. De acordo com GEORGE BERMANN “the aims of provisional relief are essentially the same whether the need arises in transnational or purely domestic litigation (...) Put in still broader terms,

Este trabalho optou pelo uso do vocábulo *tutelas de urgência* por ser um termo amplo, consagrado no direito brasileiro, que reflete com precisão o objeto deste trabalho, que engloba tanto medidas conservatórias (cautelares) quanto antecipatórias (satisfativas) utilizadas para combater o mal do tempo em razão de urgência.¹¹⁷ Tentar separar em campos diversos e bem delineados medidas cautelares e satisfativas não faz nenhum sentido no direito processual moderno e, como destaca HUMBERTO THEODORO JR., é tarefa que apenas o direito brasileiro almejou.¹¹⁸

Interessante notar que a doutrina arbitralista estrangeira, de um modo geral, não se apega tanto a denominações para designar o mesmo fenômeno aqui tratado. No entanto, aqueles que se debruçam sobre o tema ressaltam a falta de harmonização. FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN, por exemplo, mencionam que a “terminologia geralmente utilizada nesse contexto não é sempre útil”.¹¹⁹

Em língua espanhola, essas medidas são geralmente denominadas de *cautelares*.¹²⁰ Em italiano, normalmente designadas simplesmente de *cautelares*, mas há casos de uso do termo *provvedimento d’urgenza*.¹²¹ Em francês, é comum o uso do vocábulo *measures provisoires*.¹²² Em Portugal, prevalece a utilização do vocábulo *cautelares*.¹²³

provisional relief may be thought of simply as a means of enhancing in some fashion the effectiveness of pending litigation” (cf. “Provisional relief in transnational litigation”, pp. 558-559)

¹¹⁷. Existem outros tipos de tutelas sumárias capazes de debelar o mal do tempo sem urgência, como, por exemplo, aquelas decorrentes simplesmente do abuso do processo. Sobre o assunto, cf. BRUNO LOPES, *Tutela antecipada sancionatória*, n. 8, p. 49 e ss

¹¹⁸. Cf. *Processo cautelar*, p. 463.

¹¹⁹. Cf. *on International commercial arbitration*, par. 1303, p. 708.

¹²⁰. Cf. NÚRIA MIRET (cf. *Medidas cautelares y arbitraje*), SILVIA VILAR (cf. *Medidas cautelares en el arbitraje*) e ROSA ALCAMÍ (*La intervención judicial en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional em 2002 e Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional em 2008*).

¹²¹. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, *passim*.

¹²². SÉBASTIEN BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires*, *passim*.

¹²³. GONÇALO MALHEIRO, *Os poderes concorrenciais dos tribunais arbitrais e dos tribunais comuns para o decretamento de providência cautelares*, *passim*.

Em língua inglesa, vocábulos como *provisional and protective measures*, *interim measures*, *interim measures of protection*, *interim or conservatory measures*, *preliminary measures*, *preliminary injunctive measures*, *urgent measures*, *precautionary measures*, and *holding measures* são utilizados indistintamente tanto pela doutrina quanto pelas legislações e regulamentos arbitrais.¹²⁴ Os poucos doutrinadores que procuram maior precisão terminológica apontam que os vocábulos *provisional*, *interim*, *interlocutory*, *preliminary*, and *urgent* dizem respeito à natureza dessas medidas. Por outro lado, vocábulos como *protective* e *conservatory* fazem referência à finalidade das medidas.¹²⁵

Nesse contexto, talvez mais importante do que justificar a terminologia empregada é demonstrar quais são as principais características das tutelas que são objeto deste trabalho. Por meio das suas características, o objeto de análise será demonstrado.

3.2. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Em razão da sua natureza jurídica, as tutelas de urgência possuem características próprias, que são capazes de facilitar a compreensão do fenômeno. As características apontadas nos subitens abaixo são aplicáveis a tutelas de urgência relacionadas a processos estatais ou arbitrais.

Antes de se analisarem propriamente as características das tutelas de urgência concedidas por árbitros, três observações devem ser feitas. As tutelas de urgência concedidas por árbitros estão restritas (a) aos limites objetivos da jurisdição do árbitro, não podendo abranger assuntos fora dos limites da convenção de arbitragem ou do processo arbitral (*infra*, n. 9.3); (b) aos limites subjetivos da jurisdição do árbitro,

¹²⁴. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 1-8, p. 8.

¹²⁵. Sobre o assunto, cf. FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *on International commercial arbitration*, par. 1336, p. 726; YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 1-8, p. 8; REGIS BISMUTH, “Anatomy of the law and practice of interim protective measures in international investment arbitration”, p. 774.

estando limitada às partes do processo arbitral (*infra*, n. 5.5.3); (c) à declaração da medida (*iuris dicto*), uma vez que o árbitro não possui *imperium* (*infra*, n. 5.5.4).

Essas diferenças estão mais ligadas à natureza da jurisdição privada do árbitro do que propriamente às características das tutelas de urgência concedidas pelos árbitros e serão abordadas em maiores detalhes posteriormente. A ressalva neste momento, todavia, parece pertinente.

3.2.1. Sumariedade de cognição

O processo, como método de resolução de conflitos, é sempre um instrumento sofisticado e razoavelmente complexo, que deve obedecer a certas formalidades para assegurar, de forma completa e adequada, o devido processo legal.¹²⁶ O seu curso regular, mesmo em casos de simplificação processual, leva um período razoável de duração, em razão da necessidade de cognição para busca da verdade (*supra*, n. 2.4).¹²⁷

A cognição do órgão julgador pode ser analisada em duas direções: (a) no sentido horizontal, no qual a cognição pode ser plena ou parcial; e (b) no sentido vertical, no qual a cognição pode ser exauriente, sumária e superficial.¹²⁸

Em substituição ao processo de curso regular e cognição exauriente, e a fim de possibilitar à parte obter antecipadamente o resultado almejado, surge a possibilidade de sumarizar-se a cognição.¹²⁹ Característica comum a todas as tutelas sumárias é o objetivo de tentar propiciar, com a máxima efetividade possível, o direito à tutela jurisdicional.¹³⁰

¹²⁶. ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, p. 28 e ss.

¹²⁷. TARUFFO, *La semplice verità*, pp. 85-88.

¹²⁸. KAZUO WATANABE, *Da cognição no processo civil*, p. 127 e ss.

¹²⁹. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 119.

¹³⁰. ARIETA-DE SANTIS-MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*, n. 299, p. 627. É preciso notar, porém, ainda de acordo com os mesmos autores, que “non esiste un modello unico di ‘sommarietà’

Nesse contexto aparecerem as tutelas de urgência. É preciso lembrar, todavia, que se todas as tutelas urgentes são fundadas em cognição sumária, nem todas as tutelas sumárias prescindem da urgência.

Existem diversas tutelas sumárias que não demandam urgência. Pode-se citar, a título de exemplo, a hipótese na qual a tutela sumária satisfaz-se com a demonstração de abuso do direito. Neste caso, apesar de sumária, a sua concessão não demanda urgência.¹³¹ Aliás, para determinados casos e desde que preenchidos os requisitos legais, o legislador pode dispensar a própria cognição, tal como ocorre com os títulos executivos extrajudiciais.¹³²

Obviamente, se fosse necessária a prática de todos os atos para a cognição exauriente, isso levaria tempo e a tutela deixaria de ser concedida em caráter de urgência.¹³³

As tutelas de urgência, tendo em vista o seu próprio caráter emergencial, são sempre tomadas com base em cognição sumária e, portanto, qualificadas como incompletas e superficiais. Dizem-se incompletas porque, no momento em que a medida é proferida, não foram produzidos todos os atos processuais que deveriam ter sido, tomando-se como base o curso regular de processo. A qualificação superficial, por sua vez, decorre do fato de a medida ser fundada em uma avaliação de probabilidade acerca da existência do direito objeto da tutela.¹³⁴

prevalendo, di volta in volta, una delle possibili diverse caratteristiche che la identificano in relazione alle esigenze che la legge processuale vuole prioritariamente realizzare” (cf. *Corso base di diritto processuale civile*, n. 299, p. 628).

¹³¹. BRUNO LOPES, *Tutela antecipada sancionatória*, n. 8, p. 49 e ss. Cf. ainda DINAMARCO, *Vocabulário do processo civil*, n. 158, p. 277-278.

¹³². BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 120.

¹³³. DINAMARCO, “Do regime jurídico das medidas urgentes”, p. 73.

¹³⁴. ARIETA-DE SANTIS-MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*, n. 299, p. 628.

Além da sumariedade da cognição, é preciso lembrar-se da sumariedade do procedimento.¹³⁵ Isso se aplica tanto à tutela de urgência requerida em caráter antecedente quanto à requerida incidentalmente. No caso desta, a despeito de ser formulada em processo cujo objetivo é a ampla cognição, o incidente de resolução do pedido de tutela de urgência também é sumário, tendo em vista a necessidade de agilidade para apreciação do pedido.¹³⁶

Em razão da sumariedade de cognição, o julgador deve considerar, para concessão da tutela de urgência, a razoável probabilidade ou verossimilhança da existência do direito.¹³⁷

3.2.2. Perigo de dano

Perigo de dano é expressão utilizada pela doutrina para caracterizar o agravamento do dano já causado pela necessidade de servir-se do processo para obter razão. A tutela de urgência, como aponta BEDAQUE, “pressupõe a existência de perigo para a efetividade do provimento definitivo e, conseqüentemente, para o direito deduzido em juízo”.¹³⁸

O afastamento do perigo de dano, assim, pode ser dividido na forma de dois principais aspectos: a necessidade de afastamento do *pericolo di infruttuosità* e da *tardività*, que são duas espécies consideradas no *periculum in mora*.¹³⁹

¹³⁵. ALVARO DE OLIVEIRA classifica a sumariedade quanto à cognição como material e quanto ao procedimento como formal (cf. “Perfil dogmático da tutela de urgência”, pp. 24-25).

¹³⁶. Nos dizeres de PROTO PISANI, “la tecnica della tutela cautelare consiste nel conferire alla parte il potere di chiedere al giudice l’emanazione di un *provvedimento sommario* a termine di un procedimento (o de un subprocedimento ove il provvedimento sia chiesto non prima dell’instaurazione, ma nel corso del giudizio a cognizione piena) egualmente sommario” (cf. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 598).

¹³⁷. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 63.

¹³⁸. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 169. ALVARO DE OLIVEIRA afirma, de forma enfática, que “não há dúvida, portanto, de que tanto a tutela cautelar típica quanto a antecipatória têm como função precípua prevenir o dano, pois ambas estão vinculadas à urgência” (cf. “Perfil dogmático da tutela de urgência”, p. 19).

¹³⁹. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 55 e ss.

Entende-se o *pericolo di infruttuosità* como aquele que decorre da necessidade de garantir o resultado útil da tutela durante o tempo necessário para desenvolvimento do processo. Esse perigo é, em regra, combativo por meio de medidas conservativas.¹⁴⁰ Veja-se o exemplo do arresto, o qual visa apenas a manter a integridade do bem para servir de garantia à futura execução.

Por sua vez, entende-se o *pericolo da tardività* como aquele causado pela demora na entrega da prestação voltada à própria satisfação do direito que é combatido, em regra, com antecipações provisórias dos efeitos da própria tutela definitiva.¹⁴¹ Neste caso, o *pericolo da tardività* aparece “pela permanência do estado de insatisfação do direito, objeto do futuro juízo de mérito, receio de lesão este que só pode ser prevenido com a antecipação dos efeitos da própria sentença final”.¹⁴²

Ambas as hipóteses estão caracterizadas pela necessidade de afastarem-se os males do tempo *corrosivo de direitos*.¹⁴³

3.2.3. Provisoriedade

As tutelas de urgência são temporárias porque possuem duração limitada no tempo. Temporário é simplesmente aquilo que não dura para sempre.¹⁴⁴

No entanto, mais do que temporárias, as tutelas de urgência são provisórias porque os seus efeitos jurídicos têm duração limitada ao período de tempo que vai até a prolação do provimento definitivo. Provisório, nesse sentido, equivale a

¹⁴⁰. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 600.

¹⁴¹. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 601.

¹⁴². ALVARO DE OLIVEIRA, “Perfil dogmático da tutela de urgência”, p. 19.

¹⁴³. Expressão de DINAMARCO, “Do regime jurídico das medidas urgentes”, p. 69.

¹⁴⁴. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 9 e ss.

interinal.¹⁴⁵ Em outras palavras, “provisório é aquilo que se destina a durar até que sobrevenha um evento posterior, em vista e à espera do qual permanece, entretanto, o estado de provisoriedade”.¹⁴⁶

A despeito de ambos os termos apontarem limitação no tempo, temporário significa “duração limitada no tempo, enquanto provisório implica interinidade, ou seja, duração até a superveniência de evento sucessivo”.¹⁴⁷

O termo provisório é aqui utilizado, como lembra PROTO PISANI, com relação ao provimento em si mesmo considerado, pois as tutelas de urgência são inidôneas para regular a disciplina definitiva de um litígio controvertido.¹⁴⁸ Enquanto o provimento é sempre provisório, os efeitos do provimento não o são necessariamente. Eventuais efeitos verificados no plano material, todavia, são apenas fáticos, pois se limitam a antecipar provisoriamente os efeitos do provimento final.¹⁴⁹

Consequência natural da temporariedade e provisoriedade é que as tutelas de urgência não possuem a capacidade de transitarem em julgado materialmente e devem ser obrigatoriamente revistas pelo árbitro, ao menos, no momento da sentença arbitral final (*infra*, n. 9.11).¹⁵⁰

¹⁴⁵. Cf. “In questo senso, *provvisorio* equivale a *interinale*: ambedue le espressioni indicano ciò che è destinato a durare solamente in quel tempo *intermedio* che precede l’evento ateso” (cf. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 168).

¹⁴⁶. TESHEINER, *Medidas cautelares*, p. 59.

¹⁴⁷. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 129.

¹⁴⁸. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 599. Em sentido contrário, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo civil*, vol. III, p. 49 e ss.; MARINONI-ARENHART, *Curso de processo civil: processo cautelar*, vol. 4, p. 30 e ss.; GUILHERME RECENA COSTA, “Entre função e estrutura: passado, presente e futuro da tutela de urgência no Brasil”, p. 659 e ss.

¹⁴⁹. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 146.

¹⁵⁰. Cf. relatório do *Working Group II*, A/CN.9/WG.II/WP.108, p. 16. Como mencionam ARIETA-DE SANTIS-MONTESANO “Il naturale assorbimento della cautela nella decisione di merito (ovvero la sopravvenuta inefficacia della stessa) esaltano gli effetti di provisorietà del provvedimento cautelare, che vengono comunque a cessare al momento della decisione di merito” (cf. *Corso base di diritto processuale civile*, n. 302, p. 638). Em relação ao processo arbitral, como lembra YESILIRMAK, “the interim nature of the protection dictates that an interim measure could be reviewed, modified, or terminated prior to final determination of a dispute “if the circumstances of the case or the progress of arbitral [or judicial] proceedings require” (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 1-7, p. 6).

3.2.4. Instrumentalidade

As tutelas de urgência, independentemente do seu conteúdo conservativo ou antecipatório, são sempre instrumentais, pois funcionam como instrumento para garantir a tutela do direito. Isso ocorre com as medidas concedidas em processos antecedentes, mas também ocorre com as medidas incidentais.¹⁵¹ Em ambos os casos, as tutelas de urgência não possuem um fim em si mesmo.¹⁵² A tutela de urgência funciona com base na perspectiva da tutela final e “sua concessão subordina-se à probabilidade do conteúdo da tutela final”.¹⁵³ Elas são voltadas, no campo arbitral, para assegurar a utilidade da tutela definitiva a ser concedida pelo árbitro.

A sua função instrumental, nos dizeres de CALAMANDREI, reside na condição de dar à disputa solução provisória que mais se aproxime daquela que será a tutela definitiva.¹⁵⁴ Então, enquanto as tutelas cognitiva e executiva visam a eliminar a crise no plano material por meio de declaração do direito ou a sua atuação coercitiva, as tutelas de urgência possuem o escopo específico de assegurar a efetividade da tutela do direito.¹⁵⁵

3.2.5. Reversibilidade

Característica importante das tutelas de urgência também é a reversibilidade. Não se pode esquecer que a tutela de urgência é proferida de forma provisória e, dessa forma, não afasta a necessidade de julgamento final, cuja conclusão

¹⁵¹. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 599.

¹⁵². “No plano da eficácia e do efeito, tanto na providência cautelar, quanto na providência antecipatória, verifica-se ontológica e estruturalmente provisoriedade e instrumentalidade, já que os seus respectivos efeitos tendem a ser provisórios e podem caducar a qualquer momento” (cf. ALVARO DE OLIVEIRA, “Perfil dogmático da tutela de urgência”, p. 26). Cf. ainda SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 4, p. 21).

¹⁵³. TALAMINI, “Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro”, p. 13 e ss.

¹⁵⁴. Cf. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 187.

¹⁵⁵. GIOVANNI ARIETA, *I provvedimenti d’urgenza*, p. 40.

pode ser diversa daquela tomada inicialmente.¹⁵⁶ Em razão da sumariedade de cognição inerente às tutelas de urgência, é natural o risco de erro e, consequentemente, a necessidade de que essas medidas fiquem sujeitas a eventual desfazimento.¹⁵⁷

A irreversibilidade da medida significaria aceitar o tão criticado *processo civil do autor*, segundo o qual toda preocupação se volta à figura do autor, em absoluta despreocupação com a figura do réu.¹⁵⁸

Se, por um lado, é importante que o processo não se reverta em dano a quem tem razão,¹⁵⁹ por outro lado, deve-se ter em mente a “necessidade de salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental à segurança jurídica do réu”.¹⁶⁰

E aqui não se está falando da reversibilidade do próprio provimento, mas dos efeitos. Toda decisão judicial, como ato processual, é reversível, pois pode ser perfeitamente substituída por outra.¹⁶¹ A preocupação deve ser com os efeitos definitivos que essas decisões podem causar no plano dos fatos.

3.3. PRINCIPAIS TIPOS DE TUTELAS DE URGÊNCIA ARBITRAIS

Os árbitros possuem, de uma forma geral, liberdade quanto ao tipo de tutela de urgência que, diante do caso concreto, melhor se adapta à proteção do direito material envolvido em litígio.¹⁶²

¹⁵⁶. TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, n. 15.2, p. 350.

¹⁵⁷. DINAMARCO, “O regime jurídico das medidas urgentes”, n. 54, p. 111.

¹⁵⁸. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, n. 39, pp. 107 e ss. Para um estudo aprofundado sobre a posição do réu no processo estatal e valiosa tentativa de eliminar posições anti-isonômicas, cf. HEITOR SICA, *O direito de defesa no processo civil brasileiro*, n. 10.1, p. 205 e ss.

¹⁵⁹. Mais uma vez, cf. CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, n. 34, p. 159; Idem, “Dell’azione nascente dal contratto preliminare”, p. 110.

¹⁶⁰. BEDAQUE, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 833.

¹⁶¹. SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 4, p. 21; BRUNO LOPES, *Tutela antecipada sancionatória*, n. 23, p. 97.

¹⁶². CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, p. 407. Cf. relatório do *Working Group II*, A/CN.9/WG.II/W.P.108, p. 16.

Essa liberdade decorre principalmente do fato de que os árbitros não estão sujeitos à *lex fori* e, portanto, não precisam se apegar aos tipos de medidas (medidas típica ou nominadas) previstos em determinada legislação nacional ou até mesmo aos requisitos específicos para concessão de alguns tipos de medidas (*infra*, n. 9.2). Não são todos os países que possuem uma cláusula de poder geral de cautela, como é o caso do direito brasileiro.¹⁶³

Costuma-se dizer, assim, que os árbitros não apenas podem conceder qualquer medida que normalmente seria concedida em arbitragens, mas devem encontrar uma solução justa e comercialmente viável às partes do processo arbitral.¹⁶⁴ Esta é uma das vantagens de escolher-se um *expert* no assunto em litígio.

A maioria das legislações arbitrais, até mesmo por influência do art. 17 da Lei Modelo da UNCITRAL (versão 1985), garante aos árbitros a competência para proferir tutelas de urgência, sem entrar em detalhes quanto aos tipos de medidas (*infra*, n. 5.3.1).¹⁶⁵

Com relação aos regulamentos arbitrais, a constatação é idêntica (*infra*, n. 4.2.2). A título exemplificativo, YESILIRMAK aponta que, de setenta regulamentos arbitrais pesquisados, trinta deles dispõem que o tribunal arbitral pode proferir *toda e qualquer* decisão que considere adequada.¹⁶⁶

¹⁶³. Cf. exemplo dessa maior liberdade dado por LEW-MISTELIS-KRÖLL: “An arbitration tribunal with its seat in Germany, for example, may be empowered to order an English type freezing order blocking the assets of one of the parties while a German court cannot make such an order” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-34, p. 594). Sobre o assunto do poder geral de cautela no processo estatal, cf. SYDNEY SANCHES, *Poder cautelar geral do juiz*, *passim*.

¹⁶⁴. CRAIG-PARK-PAULSSON, *International Chamber of Commerce arbitration*, par. 26.05, p. 462. No mesmo sentido, cf. LEW-MISTELIS-KRÖLL, “what interim measures are appropriate in international commercial arbitration is determined according to the specific facts of each dispute and the arbitrators’ subjective perception of the risks involved” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-3, p. 585).

¹⁶⁵. Sobre o assunto, cf. GRENNBERG-KEE-WEERAMANTRY, *International commercial arbitration*, par. 7.175, p. 358.

¹⁶⁶. Cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 5-69, pp. 203-204. É o exemplo do art. 28 do Regulamento CCI 2012 “A menos que as partes tenham convencionado diferentemente, o tribunal arbitral poderá, tão logo esteja na posse dos autos, e a pedido de uma das

É tendência do direito processual moderno a *atipização* das tutelas de urgência.¹⁶⁷ Com o crescente aumento da complexidade das questões de direito material submetidas a litígio, não é possível prever todas as hipotéticas situações da vida e estabelecer *a priori* uma solução específica para cada uma. BARBOSA MOREIRA lembra que “apenas *in concreto*, tomando em consideração as variáveis peculiaridades do caso, é que se poderá escolher o caminho adequado”.¹⁶⁸⁻¹⁶⁹

Algumas legislações recentes, a despeito de manterem as tutelas de urgência atipizadas, criam *categorias amplas* para tentar exemplificar quais seriam os tipos de tutelas de urgência que o árbitro poderia conceder. Esse é o caso da Lei Modelo da UNCITRAL, conforme revisão de 2006, cujos incisos serão utilizados exemplificativamente nos subitens abaixo.¹⁷⁰

Deve-se tomar cuidado, todavia, para que as categorias criadas por essas modernas legislações não criem obstáculos à proteção das partes, limitando a competência dos árbitros e, conseqüentemente, a proteção das partes.

Exceção bastante relevante neste cenário de ampla liberdade dos árbitros para tutelas de urgência arbitrais é o *English Arbitration Act* 1996. Essa legislação

partes, determinar a *adoção de qualquer medida cautelar ou provisória que julgar apropriada*”. Cf. ainda a título de exemplo o art. 21 do Regulamento da ICDR-AAA.

¹⁶⁷. MITIDIERO, “Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória”, p. 57.

¹⁶⁸. BARBOSA MOREIRA, “Tutela de urgência e efetividade do direito”, p. 291. DINAMARCO faz questão de lembrar que a *adaptabilidade* de processos, provimentos e procedimentos “é inerente à condição instrumental do processo” (cf. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 163). Como lembra BEDAQUE, “o direito processual deve adaptar-se às necessidades específicas de seu objeto, apresentando formas de tutela e de procedimentos adequadas às situações de vantagem asseguradas pela norma substancial” (cf. *Direito e processo*, p. 21).

¹⁶⁹. SCARPINELLA BUENO entende que o sistema processual civil atual “não precisa de qualquer tipificação para o que é chamado ‘processo cautelar’ ou, mais amplamente, ‘tutela jurisdicional preventiva’” (cf. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 4, pp. 252-253). O projeto do Código de Processo Civil mantém essa tendência de atipização das tutelas de urgência e elimina todas as cautelares típicas previstas atualmente no Código de Processo Civil.

¹⁷⁰. GRENNBERG-KEE-WEERAMANTRY apontam, na experiência asiática, a moderna legislação da Cingapura (*Singapore International Arbitration Act*), cujo art. 12(1) estabelece a competência do tribunal arbitral para concessão de tutelas de urgência e possui em seu rol nove categorias abrangentes (cf. *International commercial arbitration*, par. 7.180, p. 360).

estabelece, como regra, alguns tipos de medidas cuja competência é dos árbitros (art. 38), e outras medidas, incluindo a competência para tutelas de urgência a respeito de pagamentos antecipados e disposição de bens, que só podem ser concedidas com autorização expressa (*opt in*) das partes (art. 39).¹⁷¹ Outras medidas, como as chamadas *mareva injunctions* e *anton pillar orders*, ao que parece, permanecem sob a competência das cortes estatais.¹⁷² A experiência inglesa ilustra, de forma clara, que a exclusão de qualquer tipo de tutela de urgência da esfera de competência do árbitro, quando é o caso, ocorre de forma expressa.

O objetivo deste item é trazer um pouco da prática arbitral e apresentar, por meio do escopo da finalidade, os principais tipos de tutelas de urgência arbitrais de forma ilustrativa, sem a pretensão de abordar todos os tipos de tutela de urgência ou explorar o assunto de forma exaustiva.

Um esclarecimento deve ser feito: apesar de o foco principal deste capítulo ser a prática arbitral e o papel dos árbitros no contexto dessas medidas, nada impede que as mesmas questões jurídicas sejam levadas às cortes estatais, por exemplo, na fase antecedente à constituição do tribunal arbitral.

3.3.1. Medidas para regular a relação das partes

No processo estatal, em geral, a experiência demonstra que não são comuns situações nas quais um litígio é iniciado e as partes mantêm de forma normal o seu relacionamento comercial. Na arbitragem, por sua vez, afirma-se que a base

¹⁷¹. MARGARET MOSES, *The principles and practice of international commercial arbitration*, pp. 107-108.

¹⁷². Essa é a opinião de JAN SCHAEFER: “it should be noted that opting-out of court protection under section 44 will strip the parties of access to ex parte Mareva injunctions and Anton Piller orders (after Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.) as these are remedies an arbitrator cannot grant even if the parties conferred power to him under section 39” (cf. “New solutions for interim measures of protection in international commercial arbitration: English, German and Hong Kong law compared”, p. 12). *Mareva injunctions* e *anton pillar orders* são, grosso modo, medidas equivalentes ao arresto e sequestro, respectivamente, do direito brasileiro.

consensual a torna “menos disruptiva da relação entre as partes, propiciando facilidades para o prosseguimento do relacionamento entre elas”.¹⁷³

Nesse contexto, é relativamente comum que árbitros adotem medidas para regular a relação das partes. Em geral, esses tipos de medidas constituem obrigações de fazer ou não fazer de acordo com as obrigações contratuais assumidas pelas partes ou pelas obrigações legais e, em sua maioria, servem para manter o *status quo* ou prevenir dano irreparável.¹⁷⁴

A Lei Modelo da UNCITRAL, em seu art. 17(2)(a), menciona expressamente que são possíveis medidas para “manter ou restabelecer o *status quo* enquanto pendente o resultado da disputa”.¹⁷⁵

São diversos os exemplos dessas medidas para regular a relação das partes na prática arbitral: (a) determinação de transferência de bens de um lugar para outro com a finalidade de evitar seu perecimento; (b) permissão ou proibição de uso de determinados bens durante o curso do processo arbitral; (c) determinação para abertura de conta garantia para depósito de valores provenientes de carta de crédito.¹⁷⁶

¹⁷³. SALLES, *A arbitragem em contratos administrativos*, n. 2.2.1, p. 34.

¹⁷⁴ LEW-MISTELIS-KRÖLL, depois de afirmarem que ordens que afetam apenas o objeto da disputa são amplamente aceitas, indicam que ordens determinando determinada conduta durante o curso do processo arbitral são mais problemáticas e que essas medidas seriam necessárias quando a tutela ressarcitória não for suficiente: “Measures which do not directly deal with the property in dispute, but rather order a party to stop or to continue doing certain action pending the award, are more problematic. Such measures may be necessary where damages would not be sufficient to fully compensate a party for the loss it would suffer during the proceedings if the other party were allowed to continue its action or nonaction” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-39, pp. 595-596). No entanto, pelo menos sob a visão do direito brasileiro, a prioridade deve ser sempre a conduta específica, privilegiando a vontade inicial das partes (cf. PROTO PISANI, *Lezione di diritto processuale civile*, p. 692). Nesse sentido, correta a afirmação de BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER: “There are many cases in which an award of damages, however substantial, does not fully compensate the injured party for the loss that has been sustained” (cf. *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 7.46, p. 455). Cf. ainda *infra*, n. 10.2.

¹⁷⁵. Eis a redação original: “An interim measure is any temporary measure, whether in the form of an award or in another form, by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party to: (a) Maintain or restore the status quo pending determination of the dispute”.

¹⁷⁶. Cf. exemplos de forma detalhada em YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 5-73, p. 207.

Também não é incomum que (d) em contratos de construção civil, subcontratados sejam obrigados a continuar prestando serviços durante o trâmite do processo arbitral; (e) em contratos de licença de software, determinada parte seja obrigada a manter o software em funcionamento até a decisão final do tribunal arbitral;¹⁷⁷ (f) em contratos com troca de informações sigilosas, aquele que recebeu a informação seja obrigado a não divulgar nada até sentença arbitral; e, (g) em disputas societárias, o direito de voto de um acionista continue sendo computado.¹⁷⁸

Tratando-se de medidas que envolvem uma conduta (fazer ou não fazer), é possível que a imposição do tribunal arbitral seja acompanhada de multa coercitiva ou de outras sanções para caso de descumprimento da ordem (*infra*, n. 10.2).

3.3.2. Medidas para preservação de provas

Durante o processo, a parte deve ter a oportunidade de alegar e provar as suas afirmações, pois alegação sem prova equivale à alegação inexistente.¹⁷⁹ O ônus de provar está diretamente ligado à garantia do contraditório (ampla defesa) e assume inegável papel no sucesso da demanda.¹⁸⁰ Em razão dessa importância, às partes devem ser assegurados meios para “instrução adequada da causa”.¹⁸¹

Nesse cenário, a preservação de provas possui o escopo de “documentar algum fato cujo desaparecimento seja provável”, a fim de que as provas possam ser utilizadas para o livre convencimento do árbitro no julgamento do mérito do litígio.¹⁸² Essas medidas são geralmente pleiteadas quando há o risco de que, se uma medida

¹⁷⁷. Cf. exemplos em LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-39, pp. 595-596.

¹⁷⁸. Cf. exemplos em GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1994.

¹⁷⁹. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 792, p. 70.

¹⁸⁰. YARSHELL, *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, p. 49.

¹⁸¹. MARINONI-ARENHART, *Curso de processo civil: processo cautelar*, vol. 4, pp. 255.

¹⁸². OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, p. 436.

urgente não for tomada, o *direito à prova* (e não o direito material) será prejudicado.¹⁸³ A finalidade é facilitar a condução adequada do processo.¹⁸⁴

De acordo com YESILIRMAK, essas medidas são adotadas com poucas dificuldades no processo arbitral.¹⁸⁵ A Lei Modelo da UNCITRAL estabeleceu, de forma expressa, a possibilidade de o tribunal arbitral determinar a preservação de provas que podem ser relevantes para a resolução da disputa (art. 17(2)(d)).¹⁸⁶

São exemplos geralmente mencionados na prática arbitral: (a) verificação da qualidade dos produtos antes de serem vendidos ou perecerem; (b) oitiva de testemunha importante em grave estado de saúde ou em estado terminal; (c) análise de resultados financeiros e levantamento de documentos contábeis que precisam ser preservados; (d) verificação do estado de determinada obra ou construção.¹⁸⁷

Os atos materiais de preservação de provas podem ser conduzidos diretamente pelos árbitros ou por terceiros. Nos casos em que um conhecimento técnico específico está presente, normalmente há a indicação de um perito independente (pessoa física ou jurídica) para inspecionar e relatar tecnicamente o resultado da análise.¹⁸⁸

Especificamente para o caso de preservação de provas, deve-se lembrar de que os árbitros não possuem *imperium* mesmo com relação às partes (*infra*, n. 5.5.4). Pode ser necessário, dependendo da situação concreta, o pedido de auxílio das cortes

¹⁸³. MEDINA, *Código de Processo Civil comentado*, p. 992. Neste caso, ocorre uma antecipação do momento em que a prova seria produzida em razão da urgência, que é diferente do direito autônomo à prova, que dispensa urgência (cf. YARSHELL, *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, p. 339).

¹⁸⁴. HUMBERTO THEODORO JR., *Processo cautelar*, p. 317. Sobre o assunto no processo arbitral, cf. ainda YARSHELL, “Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada da prova na arbitragem”, p. 52 e ss.

¹⁸⁵. Cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 5-72, p. 206.

¹⁸⁶. Eis a redação original: “An interim measure is any temporary measure, whether in the form of an award or in another form, by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party to: (...) (d) Preserve evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute”.

¹⁸⁷. LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-36, pp. 594-595; BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER, *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 7.38, p. 452.

¹⁸⁸. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 2005.

estatais para obter a exibição de determinado documento ou coisa a fim de ser analisado (*infra*, n. 10.6). Se o documento ou a coisa estiver em posse de terceiro, a mesma limitação se aplica, mas, neste caso, os árbitros não têm competência para ordenar àquele terceiro a exibição de documento ou coisa (*infra*, n. 5.5.3).¹⁸⁹

3.3.3. Medidas para garantir futura execução da sentença arbitral

Enquanto se aguarda o provimento final do processo arbitral, existe a possibilidade de uma parte tentar frustrar a tutela do direito por meio de atos de transferência de ativos para longe do alcance do tribunal arbitral e da parte adversa, de forma a inviabilizar a futura execução da sentença arbitral.¹⁹⁰

A proteção contra esse tipo de situação ocorre, geralmente, por meio de apreensão (a) de bens, em valor suficiente, a garantir a realização de créditos monetários; ou, (b) de coisa certa para posterior entrega ao interessado.¹⁹¹ Ainda que não haja a necessidade de rotulação dessas medidas na prática arbitral, elas podem em regra ser denominadas, respectivamente, arresto ou sequestro.¹⁹²

Adicionalmente, a situação financeira de determinada parte pode levantar dúvidas razoáveis sobre a capacidade de cumprir futura condenação ressarcitória a ser estabelecida no provimento final. Nesse caso, pode ser necessário (c) determinar, em favor da parte interessada, segurança adequada sob a forma de garantia.¹⁹³

¹⁸⁹. FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN, *on International commercial arbitration*, par. 1336, p. 726.

¹⁹⁰. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, pp. 2003.

¹⁹¹. LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-42, pp. 596-597. De forma semelhante no processo estatal, cf. LOPES DA COSTA, *Medidas preventivas*, p. 62 e ss. e p. 87 e ss.; HUMBERTO THEODORO JR., *Processo cautelar*, pp. 257-258; MARINONI-ARENHART, *Curso de processo civil: processo cautelar*, vol. 4, pp. 203-224.

¹⁹². Não há nenhum prejuízo em denominar essas medidas de arresto e sequestro, mas, no que diz respeito ao árbitro, o rótulo não influirá na análise dos requisitos para a concessão da medida, diferentemente do que ocorre no Código de Processo Civil (*infra*, n. 9.2). No projeto do Código de Processo Civil, como não haverá mais medidas típicas, a rotulação também não terá mais importância.

¹⁹³. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, pp. 2001-2002.

Medidas para garantir futura execução são utilizadas e reconhecidas há muito tempo no processo. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, por exemplo, fazendo referência ao arresto, menciona que esta é, sem dúvida, “a mais conhecida e uma das mais importantes medidas cautelares, praticadas universalmente”.¹⁹⁴ A Lei Modelo da UNCITRAL fez constar expressamente, do seu art. 17(2)(c), a possibilidade de o tribunal arbitral conceder medidas para garantir futura execução da sentença arbitral.¹⁹⁵

Obviamente que a possibilidade em tese dessas medidas não significa, na prática, que a parte terá sucesso em seu pedido. Como relatado por YESILIRMAK, no caso CCI, laudo interino n. 8786/1996, uma parte (requerido-reconvinte) pediu que o tribunal arbitral determinasse que a parte adversa prestasse garantia sob a alegação de que as chances de execução da sentença arbitral em determinado Estado eram ínfimas. O tribunal arbitral recusou o pedido sob o fundamento de que o requerido-reconvinte não foi capaz de fundamentar suficientemente a existência de prejuízo irreparável e de de que não havia urgência.¹⁹⁶

Além das medidas mais tradicionais, como sequestro de imóvel ou veículo objeto da disputa,¹⁹⁷ a prática arbitral registra também, por exemplo, a hipótese de ordens proibindo a alienação de ações de empresa cujo direito sobre as ações está em disputa.¹⁹⁸

Existem opiniões doutrinárias no sentido de que medidas de arresto e sequestro só poderiam ser concedidas por juízes, uma vez que demandam geralmente a

¹⁹⁴. Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, p. 259. O autor relata que o arresto é praticado desde o direito medieval, e o sequestro desde o direito romano (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, p. 326).

¹⁹⁵. Eis a redação original: “An interim measure is any temporary measure, whether in the form of an award or in another form, by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party to: (...) (c) Provide a means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied”.

¹⁹⁶. Cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 5-81, pp. 212-213.

¹⁹⁷. Exemplos citados por CALAMANDREI na sua clássica obra *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelare*, p. 35.

¹⁹⁸. LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-45, p. 597.

utilização de atos coercitivos para sua efetivação. Não há, todavia, nenhuma justificativa para excluírem-se, *a priori*, do campo de competência dos árbitros, essas medidas de garantia da futura execução da sentença arbitral (*infra*, n. 5.5.4).

3.3.4. Medidas para pagamentos antecipados

O quarto tipo de medida a ser analisado diz respeito aos denominados pagamentos antecipados. Na prática, essa medida nada mais é do que uma antecipação parcial dos efeitos da tutela condenatória para ressarcimento pecuniário.

Não há dúvida, no atual estágio de desenvolvimento da ciência processual, de que todas as formas de tutelas jurisdicionais podem ter os seus efeitos parcial ou totalmente antecipados.¹⁹⁹ Trata-se de antecipação provisória da própria pretensão. Em regra, tribunais arbitrais consideram que esse tipo de medidas pode ser concedido sempre que não houver nenhuma norma cogente dispondo de forma contrária.²⁰⁰

Esses tipos de medidas normalmente são pleiteados em relações comerciais continuadas nas quais uma das partes demonstra que precisa dos pagamentos para permanecer fazendo negócios.²⁰¹ O art. 39(2)(a) do *English Arbitration Act 1996* prevê expressamente esse tipo de medida.²⁰²

Como essa medida possui natureza antecipatória, árbitros devem ter atenção para não prejudicar ou esvaziar o mérito do litígio (*infra*, n. 9.7). Conforme o

¹⁹⁹. MITIDIERO, *Antecipação da tutela*, p. 143.

²⁰⁰. Conforme narrado por YESILIRMAK, “in ICC case 7544, an arbitral tribunal found that interim payment on account is not prohibited by the ICC Arbitration Rules and thus, where no mandatory provision to contrary existed under the applicable law, the tribunal could allow a payment on account” (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 5-87, p. 217). Cf. ainda LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-56, p. 601.

²⁰¹. LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-55, p. 601.

²⁰². Depois de falar sobre a concessão de competência ao tribunal arbitral pelas partes, a lei de arbitragem menciona essa hipótese: “(a) a provisional order for the payment of money or the disposition of property as between the parties”.

caso, os árbitros também podem solicitar prestação de caução, a fim de manter o equilíbrio entre as partes (*infra*, n. 9.12).

Por fim, esta tutela de urgência não deve ser confundida com a hipótese de sentença parcial. Esta só é possível caso não haja, por exemplo, controvérsia sobre determinados pedidos ou valores objeto da demanda, fazendo com que os árbitros entreguem, desde logo, parte do bem da vida esperado pelo autor.²⁰³ No caso aqui tratado, há apenas antecipação provisória dos efeitos da tutela final, que pode ser rejeitada posteriormente.

3.3.5. Medidas antiarbitragem

O último tipo de medida a ser analisado, na realidade, não está contido no conceito das tutelas de urgência objeto deste estudo, mas será aqui brevemente analisado pela sua relevância no meio arbitral e para justificar o motivo dessa afirmação.

Este trabalho possui por objeto tutelas de urgência que visam a preservar o resultado útil do provimento arbitral final e do direito material da parte interessada (*supra*, n. 3.1). No caso das medidas antiarbitrais, todavia, a arbitragem deixa de ser método de resolução de litígios e passa a ser, ela própria, objeto do litígio.²⁰⁴⁻²⁰⁵ Na grande maioria das vezes, são medidas verdadeiramente patológicas.

²⁰³. Sobre o assunto das sentenças parciais, cf. o trabalho monográfico de GUILHERME SANCHES, *Sentença parcial no processo arbitral*, *passim*. Cf. ainda CARMONA, “Ensaio sobre a sentença arbitral parcial”, p. 7 e ss.; PEDRO BATISTA MARTINS, “A arbitragem e o mito da sentença parcial”, p. 267 e ss. Para uma visão geral do assunto na esfera estatal, cf. BRUNO BARBOSA, *Julgamentos parciais de mérito no processo civil individual brasileiro*, *passim*.

²⁰⁴. CLÁVIO VALENÇA FILHO, “Tutela judicial de urgência e a lide objeto de convenção de arbitragem”, p. 157.

²⁰⁵. Merece transcrição completa o raciocínio de YESILIRMAK, com conclusão idêntica à aqui apresentada: “it should be noted that *antisuit injunctions*, ordering a party to discontinue with proceedings it initiated in another forum should not be considered one of the traditional provisional measures in arbitration. That is because the main aim of such injunction is to directly protect the jurisdiction of the forum rendering such injunction” (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, p. 9, nota de rodapé n. 44).

De acordo com THIAGO NUNES, as medidas antiarbitragem (ou, conforme amplamente conhecidas, *anti-suit injunctions*) são “medidas segundo as quais, a pedido de uma parte, um juiz estatal proíbe a parte adversa de iniciar ou de prosseguir um processo perante uma outra jurisdição”.²⁰⁶

Essas ordens podem vir tanto das cortes estatais do local da arbitragem quanto de cortes estatais estrangeiras. Por exemplo, em processo arbitral a ser iniciado ou já em trâmite no Brasil, envolvendo uma sociedade brasileira e outra inglesa, a parte inglesa pode pedir às cortes estatais da Inglaterra uma ordem para proibir o início ou continuidade da arbitragem. Por esse motivo, EMMANUEL GAILLARD explica que “a corte que mantém sua jurisdição ou antecipa que assim o fará, procura proteger a sua jurisdição ou, mais geralmente, a jurisdição do foro que considere a mais adequada”.²⁰⁷

As medidas antiarbitragem têm raízes profundas nos países do *common law*. A sua origem está diretamente ligada à evolução dos tribunais ingleses e de sua colônia norte-americana.²⁰⁸ No entanto, em razão da prática cada vez mais recorrente da arbitragem, essas medidas passaram a existir também em países do *civil law*.²⁰⁹

As hipóteses mais comuns de medidas antiarbitragem, como explica RAFAEL ALVES, dizem respeito a alegações de (a) inexistência, invalidade e ineficácia da convenção de arbitragem; e (b) inexistência, invalidade e ineficácia do contrato em que está inserida a convenção de arbitragem.²¹⁰

²⁰⁶. Cf. “A prática das anti-suit injunctions no procedimento arbitral e seu recente desenvolvimento no direito brasileiro”, p. 15. Semelhante é o conceito de ARNOLDO WALD, “As anti-suit injunctions no direito brasileiro”, p. 30.

²⁰⁷. Cf. “Reflections on the use of anti-suit injunctions in international arbitration”, p. 204 (“The court that retains its jurisdiction or anticipates that it will do so thus seeks to protect its jurisdiction or, more generally, the jurisdiction of the forum it deems to be the most appropriate”).

²⁰⁸. MICHELE LYRA TOSTES, *Tutela de urgência e arbitragem: mecanismos de acesso à justiça*, p. 88 e ss.

²⁰⁹. MICHELE LYRA TOSTES, *Tutela de urgência e arbitragem: mecanismos de acesso à justiça*, p. 92.

²¹⁰. RAFAEL ALVES, *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*, p. 3. Cf. ainda lista de casos brasileiros apresentadas por RAFAEL ALVES no Anexo de seu trabalho (cf. Idem, *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*, p. 253 e ss.) e a lista de casos internacionais apresentados por MICHELE LYRA TOSTES (cf. *Tutela de urgência e arbitragem: mecanismos de acesso à justiça*, pp. 95-108).

As medidas antiarbitragem constituem um ponto sensível da relação entre árbitros e juízes, pois, por meio delas, pode-se colocar sério obstáculo ao desenvolvimento do processo arbitral, levando a objetivo completamente diverso ao pretendido inicialmente pelas partes.²¹¹ Medidas antiarbitragem são ineficientes e perigosas.²¹²

A solução da questão passa pela adequada compreensão do efeito negativo da convenção de arbitragem (*infra*, 5.8.1), da autonomia da cláusula compromissória (Lei de Arbitragem, art. 8.º) e do princípio *kompetenz-kompetenz* (Lei de Arbitragem, art. 8.º, par. único).²¹³

A conjugação dessas normas leva à conclusão de que “as jurisdições estaduais só podem intervir após o pronunciamento dos árbitros sobre essas questões”.²¹⁴ Dificilmente haverá uma situação que realmente justifique uma medida antiarbitragem.²¹⁵

Pode-se dizer, assim, seguindo opinião de RAFAEL ALVES, que “as medidas antiarbitragem representam violação ao art. 8.º, parágrafo único, da Lei 9.307/96”, uma vez que contrariam o “poder concedido ao árbitro para analisar com prioridade sua própria competência”.²¹⁶

²¹¹. RAFAEL ALVES. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*, p. 1.

²¹². EMMANUEL GAILLARD, “Reflections on the use of anti-suit injunctions in international arbitration”, p. 204.

²¹³. O princípio *kompetenz-kompetenz*, apesar de mencionado aqui no contexto da arbitragem, não é desconhecido do processo estatal. Na lição de DINAMARCO, “é a competência da competência (*kompetenz-kompetenz*), que exclui a competência originária dos tribunais para o controle da competência dos juízes inferiores” (cf. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 456). FREDIE DIDIER JR. afirma que todo juiz possui, sempre e pelo menos, uma competência mínima, ou seja, a competência para controle de sua própria competência, por mais incompetente que seja o órgão jurisdicional (cf. *Curso de direito processual civil*, vol. I, p. 123). Cf. ainda ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Jurisdição e competência*, p. 213.

²¹⁴. MATHIEU DE BOISSESON, “As anti-suit injunctions e o princípio da competência-competência”, p. 139.

²¹⁵. JULIAN LEW, “Does national court involvement undermine the international arbitration process?”, p. 509.

²¹⁶. Cf. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*, p. 217.

Chamado a manifestar-se sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça apresenta decisões muito positivas, inibindo medidas com propósito único de procrastinar o processo arbitral e ratificando que “na arbitragem vigora a regra da *Kompetenz-Kompetenz*, atribuindo-se poderes ao árbitro para analisar sua própria competência para o julgamento da causa que lhe é submetida a exame”.²¹⁷

Variações do mesmo fenômeno são as eventuais medidas antiprocessos proferidas por árbitros. Na realidade, mais do que variações, são uma contrarreação. Geralmente são medidas ordenadas para contrapor eventual medida antiarbitragem proferida pelas cortes estatais e, assim, resguardar a competência prioritária dos árbitros.

As medidas antiprocessos também são polêmicas. Questiona-se até que ponto seria legítimo ao árbitro dizer às cortes estatais o que fazer ou ordenar uma das partes a abster-se de procurar as cortes estatais.²¹⁸ De fato, no contexto de cooperação e

²¹⁷. Recentemente, o Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO proferiu decisão paradigmática sobre o assunto: “Outrossim, o impasse referente ao juízo arbitral competente para dirimir a controvérsia surgida pode ser perfeitamente solucionado pela via eleita pelas próprias partes para a solução de seus conflitos, porquanto também na arbitragem vigora a regra da *Kompetenz-Kompetenz*, atribuindo-se poderes ao árbitro para analisar sua própria competência para o julgamento da causa que lhe é submetida a exame” (STJ, MC 17.868/BA, Decisão monocrática, j. 01.07.2011). Sobre assunto, cf. comentários de RICARDO MARQUES, “O STJ, as medidas antiarbitragem e o princípio da competência-competência na lei 9307/1996: comentários às decisões da MC 17.868/BA”, p. 275 e ss. Também merece transcrição a recente decisão do Min. SIDNEI BENETI: “A arguição de nulidade da cláusula arbitral deve ser submetida obrigatoriamente ao próprio árbitro antes da judicialização da questão, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 9.307/1996. O entendimento é aplicável indistintamente tanto à cláusula compromissória instituída em acordo judicial homologado quanto àquela firmada em contrato. O parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem determina que caberá ao árbitro decidir as questões referentes à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato como um todo. Assim, por expressa previsão legal, não pode a parte ajuizar ação anulatória para desconstituir acordo judicial homologado com base na nulidade da cláusula compromissória ali presente antes de submeter o assunto ao árbitro. Isso não significa que o Judiciário não poderá apreciar a questão em momento posterior; pois, segundo o art. 33, § 3º, da Lei de Arbitragem, poderá ser arguida a nulidade mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do CPC se houver execução judicial” (STJ, REsp 1.302.900-MG, Rel. Min. SIDNEI BENETI, julgado em 9.10.2012).

²¹⁸. Os questionamentos formulados por PIERRE KARRER compreendem de forma clara o fenômeno: “it is highly doubtful whether an arbitral tribunal should be allowed to tell another arbitral tribunal or a state court what to do, or whether it should be allowed to interfere indirectly with the workings of another arbitral tribunal by ordering one of the parties what to do in the other arbitration or litigation” (cf. “Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory, please”, p. 106).

coexistência aqui já abordado (*supra*, n. 2.6), verdadeira guerra de liminares em nada contribui para o desenvolvimento da arbitragem.²¹⁹

Apenas em casos excepcionais, estaria o tribunal arbitral autorizado a emitir uma medida antiprocessos (em forma de ordem ou recomendação), devendo tomar cuidado para que não haja determinações no sentido de desistência de demandas judiciais, pois isso poderia infringir direito fundamental em determinados países, como é o caso do Brasil.²²⁰

Na arbitragem ICSID *Holiday Inns v. Morocco*, o tribunal arbitral, em vez de simplesmente ordenar Morocco a desistir da demanda judicial, emitiu várias recomendações, sendo que em uma delas fez questão de consignar que levaria em consideração todas as objeções de jurisdição apresentadas pelo governo.²²¹

A despeito de toda a polêmica acima relatada, fato é que da Lei Modelo da UNCITRAL incluiu, em seu art. 17(2)(b), a possibilidade de o tribunal arbitral adotar medidas para evitar prejuízos ao processo arbitral em razão de demandas paralelas, em referência clara às medidas antiprocessos.²²²

De qualquer forma, a exposição realizada neste subitem apenas reforça que as denominadas medidas antiarbitrais e antiprocessos, posto que de grande relevância no cenário arbitral em razão de efeitos graves sobre o instituto da arbitragem, não estão compreendidas no escopo deste trabalho.

²¹⁹. Conforme lembra MICHELE LYRA TOSTES: “Nem mesmo essa utilização, porém, é aconselhável. A concessão dessas medidas por árbitros (como uma mera recomendação) ou por juízes estatais podem violar tratados internacionais, como a Convenção de Nova Iorque” (cf. *Tutela de urgência e arbitragem: mecanismos de acesso à justiça*, p. 183). Cf. ainda PIERRE KARRER, “Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory, please”, p. 105.

²²⁰. Conforme alerta de LAURENT LÉVY: “unless a matter has been referred to it, an arbitral tribunal may not order a party to withdraw a court action, which would be tantamount to depriving a party of its substantive rights” (cf. “*Anti-suit injunctions issued by arbitrators*”, p. 119).

²²¹. Para ampla informação sobre o caso, cf. PAUL FRIEDLAND, “Provisional measures and ICSID arbitration”, p. 340 e ss.

²²². Eis a redação original: “An interim measure is any temporary measure, whether in the form of an award or in another form, by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party to: (b) Take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm or prejudice to the arbitral process itself”.

4. FONTES E LIMITES DA COMPETÊNCIA DO ÁRBITRO PARA TUTELAS DE URGÊNCIA

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Existem diferentes formas de se outorgar competência aos árbitros para a concessão de tutelas de urgência. As duas fontes mais relevantes, conforme aponta a doutrina, são a autonomia da vontade (*infra*, n. 4.2) e a lei que governa o processo arbitral, também denominada pela doutrina de *lex arbitri* (*infra*, n. 4.3).²²³

A autonomia da vontade se manifesta, nesse aspecto, de forma expressa e direta, por meio de concessão de poderes na convenção de arbitragem (*infra*, n. 4.2.1), ou de forma expressa e indireta, decorrente de incorporação por referência (*infra*, 4.2.2). Mesmo para os casos em que não há manifestação expressa, ainda existem teorias por meio das quais se sustenta que os árbitros teoricamente possuiriam poderes inerentes (*infra*, n. 4.4) ou poderes implícitos (*infra*, n. 4.5).

Depois de analisar as formas de *concessão* de competência aos árbitros, este trabalho passará a analisar outra vertente, sob dois aspectos: a exclusão da competência arbitral para tutelas de urgência pelas partes (*infra*, n. 4.6) e, em seguida, a tormentosa hipótese em que haja a concessão de poderes aos árbitros pelas partes em sentido contrário à proibição ou restrição da *lex arbitri* (*infra*, n. 4.7).

²²³. Conforme LEW-MISTELIS-KRÖLL: “the power to order interim relief depends on the authority of the tribunal as agreed by the parties. This may be done expressly in the arbitration agreement or by the choice of arbitration rules which allow arbitrators to order such relief. In many cases the power to order interim relief is implied by the applicable arbitration law, provided the parties have not excluded it” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-8, pp. 586-587). No mesmo sentido é a opinião de PIERRE KARRER, “the true basis of the arbitral tribunal's powers to issue interim measures is not a matter of civil procedure, it is the *lex arbitri* itself or the parties' specific agreement to give this power to the arbitral tribunal in conjunction with the *lex arbitri*'s permission to the parties to make such an agreement” (cf. “Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory, please”, p. 103).

4.2. AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia da vontade é reconhecidamente o princípio mais relevante da arbitragem. Ela é a razão da existência do processo arbitral e seu princípio fundamental.²²⁴

A arbitragem, como técnica heterocompositiva e extrajudicial de resolução de litígios, pode ser instituída por livre escolha dos envolvidos no litígio ou por imposição legal. Trata-se a primeira de arbitragem voluntária e a segunda de arbitragem obrigatória.²²⁵

No direito brasileiro, em razão do art. 5.º, inc. XXXV, da Constituição Federal, só pode haver arbitragem decorrente da livre autonomia da vontade.²²⁶⁻²²⁷ Essa

²²⁴. FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *on International commercial arbitration*, par. 46, pp. 31 e ss. MARCOS MONTORO apresenta a mesma conclusão com ampla referência de doutrina nacional (cf. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, n. 4.1, p. 50, nota de rodapé n. 84).

²²⁵. Em Portugal, por exemplo, há a Lei de Arbitragem Voluntária (atualmente, lei n. 63, de 14 de dezembro 2011, com nítida inspiração na Lei Modelo da UNCITRAL) e diversas outras previsões esparsas de arbitragem obrigatória. Nestes casos o legislador português entendeu que o litígio seria melhor julgado, por razões de especial técnica ou de conveniências de outra natureza, por árbitros (cf. MANUEL BARROCAS, *Manual de arbitragem*, pp. 89-92). No campo internacional, o exemplo mais claro era o da arbitragem obrigatória para os países da Europa Central e Oriental, onde a arbitragem era usada para resolução de disputas sob as regras da Convenção de Moscou de 1972 (cf. BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER, *Redfern and Hunter on international arbitration*, p. 86).

²²⁶. RAFAEL ALVES relata, com ampla referência doutrinária, existir intenso debate conceitual a respeito da utilização dos termos “autonomia da vontade”, “autonomia privada” e “autonomia negocial”, demonstrando que seria mais correto atualmente o uso do termo “autonomia privada” (cf. “A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro: autonomia privada ou devido processo legal”, p. 115). Prefere-se adotar neste trabalho, simplesmente em razão de sua ampla utilização, o termo “autonomia da vontade”.

²²⁷. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 36. Sobre o assunto, cf. os comentários de PEDRO BATISTA MARTINS sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem brasileira (cf. “Embaraços na implementação da arbitragem no Brasil, até o advento da Lei n. 9.307/96 e a pseudo-inconstitucionalidade do instituto”, p. 27 e ss.). Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal afirmou: “A convenção de arbitragem é a fonte ordinária do direito processual arbitral, espécie destinada à solução privada dos conflitos de interesses e que tem por fundamento maior a autonomia da vontade das partes. Estas, espontaneamente, optam em submeter os litígios existentes ou que venham a surgir nas relações negociais à decisão de um árbitro, dispondo da jurisdição estatal comum. (...) Tal possibilidade, aplicável aos conflitos envolvendo interesses disponíveis, traduz-se, na realidade, em exclusão da jurisdição estatal. Deve, por isso mesmo, diante de sua excepcionalidade e importância, revestir-se de expressa e manifesta vontade dos contratantes, na forma do que estabelecem os art. 4.º, 5.º e 6.º da Lei de Arbitragem” (STF, SEC 6753-7,

escolha deve ser realizada por pessoas capazes de contratar (capacidade civil) e dizer respeito a conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis (Lei de Arbitragem, art. 1.º).²²⁸

As partes têm liberdade para decidir como será a solução do litígio sob o aspecto material, inclusive escolhendo se a decisão dos árbitros será por equidade²²⁹ ou com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio (Lei de Arbitragem, art. 2.º).

A autonomia das vontades também possui grande relevância sobre o aspecto processual (Lei de Arbitragem, art. 5.º). Em razão dela, as partes são livres para decidir o local e a forma como o processo arbitral será conduzido.²³⁰

4.2.1. Manifestação de vontade direta: construção da convenção de arbitragem

Consequência direta da autonomia da vontade no processo arbitral é a possibilidade de as partes estabelecerem o meio pelo qual desejam a resolução do seu conflito por meio da convenção de arbitragem.²³¹

O compromisso arbitral, além de observar a forma escrita (art. 9.º, Lei de Arbitragem), precisa conter, obrigatoriamente, a qualificação das partes, a qualificação dos árbitros, a matéria objeto da arbitragem e o lugar em que será proferida a sentença arbitral (art. 10.º, Lei de Arbitragem).

Rel. Ministro MAURICIO CORRÊA, j. 13.06.2002). Houve, no ordenamento brasileiro, na vigência do Código Comercial de 1850, arbitragem obrigatória para determinadas questões comerciais.

²²⁸. Sobre a questão de direitos patrimoniais disponíveis, cf. EDUARDO DAMIÃO GONÇALVES, *Arbitrabilidade objetiva, passim*. Cf. ainda SALLES, *Arbitragem em contratos administrativos*, p. 218 e ss.

²²⁹. Sobre a questão das decisões por equidade no processo arbitral, cf. DELLA VALLE, *Arbitragem e equidade, passim*.

²³⁰. LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative law of international arbitration*, par. 2-44, pp. 27-28; STAVROS BREKOULAKIS, *Arbitration and third parties*, p. 165.

²³¹. Como lembram BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER: “A ‘direct’ conferment of powers takes place when the parties agree expressly upon the powers they wish the arbitrators to exercise, possibly by setting them out in the terms of appointment, or some other special agreement to cover these matters such as a submission agreement” (cf. *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 5.09, p. 315).

Com relação à cláusula compromissória, apesar de as partes possuírem maior liberdade, é preciso, a fim de viabilizar a instituição da arbitragem sem a necessidade de prévia intervenção das cortes estatais, que ela estabeleça pelo menos a forma de nomeação dos árbitros.²³²

O ideal, porém, é que as cláusulas sejam mais completas, estabelecendo, pelo menos, (a) se a arbitragem será administrada por uma instituição ou *ad hoc*; (b) qual regra procedimental (regulamento) será utilizada (ou seja, a da própria instituição ou outra regra geral e desvinculada, tal como o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL); (c) a quantidade de árbitros e a sua forma de nomeação; (d) a lei substancial a ser aplicada; (e) o idioma da arbitragem; (f) o local de prolação da sentença arbitral.²³³

Especificamente com relação às tutelas de urgência, as partes podem estabelecer, na convenção de arbitragem,²³⁴ de forma clara e expressa, competência para o tribunal arbitral as concederem. Com isso é possível desenhar a questão da melhor forma possível, de acordo com a vontade das partes contratantes.

Muito embora na prática não seja usual verificar a atribuição de competência expressa aos árbitros para tutelas de urgência,²³⁵ essa possibilidade é o reconhecimento do fundamento segundo o qual as partes são livres, em princípio, para decidir o escopo de sua convenção de arbitragem e, conseqüentemente, do processo arbitral, de acordo com sua vontade.²³⁶

²³². CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 143.

²³³. SELMA LEMES, “Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes”. pp. 188-189; RICARDO APRIGLIANO, “Cláusula compromissória: aspectos contratuais”, p. 182 e ss.

²³⁴. Menciona-se aqui convenção de arbitragem por ser o primeiro momento em que as partes podem conferir expressamente essa competência, mas nada impede que isso ocorra em momento posterior, tal como no termo de arbitragem.

²³⁵. Pesquisa empírica conduzida por CHRISTOPHER DRAHOZAL relevou que em apenas três contratos de franquia, de trinta e quatro contratos analisados (ou seja, em apenas 8,8%), havia cláusula compromissória concedendo expressamente competência ao tribunal arbitral para tutelas de urgência (cf. “Party autonomy and interim measures in international commercial arbitration”, p. 181).

²³⁶. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, p. 56.

4.2.2. Manifestação de vontade indireta: incorporação por referência

Nem sempre as partes possuem tempo, interesse ou atenção suficientes para a redação de convenção de arbitragem contendo todos os aspectos relevantes relacionados ao processo arbitral. As cláusulas compromissórias, em razão de geralmente serem deixadas em último lugar nas negociações do contrato, comumente recebem a denominação de *midnight clauses*. Nesse momento, a experiência demonstra que, naturalmente, as partes não desejam gastar mais tempo e dinheiro desenhando a melhor forma de resolução para um eventual conflito futuro.²³⁷

O mais comum, assim, é que as partes se valham de um conjunto de regras já estabelecidas por alguma instituição arbitral renomada ou, principalmente em casos de arbitragens *ad hoc*, de outra regra geral, tal como o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL.²³⁸ É o caso da incorporação por referência ou *per relationem*, muito utilizada e com vantagem prática inegável.²³⁹ Esses regulamentos arbitrais estabelecem, entre outras coisas, um quadro procedimental básico e já testado pela experiência de anos, para desenvolvimento dos processos arbitrais.²⁴⁰

Ao optarem por esse formato, as partes contratantes incorporam e aceitam todas as previsões estabelecidas em um determinado regulamento arbitral, que servirá para guiá-las. Se as partes não desejarem aderir a alguma regra específica do

²³⁷. Sobre o assunto, cf. RICARDO APRIGLIANO, “Cláusula compromissória: aspectos contratuais”, p. 174 e ss. Não se menciona aqui do compromisso arbitral porque, nesse caso, a situação seria diferente em razão de já existir conflito entre as partes. Sua utilidade atualmente, todavia, como lembra PEDRO BATISTA MARTINS, é notadamente reduzida, sendo certo que a grande maioria das arbitragens é instaurada mediante cláusula compromissória (cf. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*, p. 166).

²³⁸. O Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL possui, tal como a Lei Modelo da UNCITRAL, grande relevância no cenário internacional, influenciando diversas instituições arbitrais (cf. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1958).

²³⁹. Confere-se, neste caso, poderes indiretamente. Como mais uma vez esclarecem BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER: “An ‘indirect’ conferment of powers takes place when the arbitration is conducted according to rules of arbitration, whether institutional or ad hoc, which set out the powers of the tribunal” (cf. *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 5.09, p. 315).

²⁴⁰. GARY BORN, *International commercial arbitration*, 2001, p. 11. Sobre o assunto, cf. ainda PARENTE, *Processo arbitral e sistema*, n. 2.2.3.5, p. 124 e ss.

regulamento arbitral escolhido, não há nenhum impedimento que se faça a ressalva na convenção de arbitragem.²⁴¹

Conforme já visto, não se nega, em tese, a possibilidade de as partes estabelecerem como regulamento para determinada arbitragem alguma lei processual nacional, tal como o Código de Processo Civil ou a Lei dos Juizados Especiais. Essa escolha está dentro do campo de autonomia da vontade. Na prática, todavia, não se vê isso ocorrer porque é um contrassenso trazer para o processo arbitral as vicissitudes do ambiente estatal (*supra*, 2.2).

Esses mesmos regulamentos, atualmente, servem como fonte de competência para os árbitros proferirem tutelas de urgência.²⁴²

A partir do momento em que as partes escolhem determinado regulamento e ele preveja a competência do árbitro para a concessão de tutelas de urgência, não há dúvidas de que as partes estão expressamente, embora de forma indireta, concedendo competência aos árbitros.

Os principais regulamentos arbitrais preveem hoje a competência dos árbitros. De fato, pesquisa realizada por YESILIRMAK concluiu que, de setenta regulamentos arbitrais pesquisados internacionalmente, quarenta e quatro outorgam competência para os árbitros concederem tutelas de urgência, o que representa notícia muito positiva para a arbitragem, principalmente porque os principais regulamentos de

²⁴¹. A autonomia da vontade das partes prevalece mais uma vez. Como lembra CARMONA, “o procedimento dos órgãos arbitrais pode sofrer alterações, a critério das partes: prazos podem ser reduzidos ou aumentados, audiências podem ser suprimidas, debates podem ser dispensados, etc”. (cf. “O processo arbitral”, p. 21-31). Deve-se tomar muita atenção, porém, para não se criarem patologias. Apenas a título de exemplo, imagine-se hipótese em que as partes escolhem a administração e o regulamento da CCI, mas decidem excluir o exame prévio (escrutínio) da sentença arbitral (art. 33 do Regulamento CCI 2012). Sabendo-se que o exame prévio é um dos diferenciais da CCI, o risco de a CCI negar-se a administrar o processo arbitral é real. Sobre o assunto, cf. CRAIG-PARK-PAULSSON, *International Chamber of Commerce arbitration*, par. 20-01, p. 375 e ss. e par. 38-08, p. 715.

²⁴². ROSA ALCAMÍ concorda que as partes podem conferir competência ao árbitro, de forma indireta, para concessão de tutelas de urgência, por meio do regulamento arbitral escolhido, mas entende que esse seria o caso de atribuição de “poder de forma implícita” (cf. *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 223). Embora o enquadramento dado pela autora seja diferente do deste trabalho, a conclusão em ambos os casos é idêntica.

arbitragem estão dentre aqueles em que há previsão de competência arbitral para a concessão de tutelas de urgência.²⁴³

Apenas a título exemplificativo e porque pertinente ao trabalho, transcreve-se a previsão dos principais regulamentos internacionais:

- (a) UNCITRAL: “O tribunal arbitral poderá, a pedido de uma parte, conceder tutela de urgência” (art. 26.1);²⁴⁴
- (b) CCI: “A menos que as partes tenham convencionado diferentemente, o tribunal arbitral poderá, tão logo esteja na posse dos autos, e a pedido de uma das partes, determinar a adoção de qualquer medida cautelar ou provisória que julgar apropriada” (art. 28.1);
- (c) ICDR-AAA: “A pedido de qualquer parte, o tribunal arbitral poderá conceder quaisquer tutelas de urgência ele considere necessárias, incluindo antecipações e medidas de proteção e conservação de propriedade” (art. 21.1);²⁴⁵
- (d) LCIA: “A pedido de qualquer parte, o tribunal arbitral poderá conceder quaisquer tutelas de urgência ele considere necessárias, incluindo antecipações e medidas de proteção e conservação de propriedade” (art. 25.1(c));²⁴⁶
- (e) SCC: “O tribunal arbitral pode, a pedido da parte, conceder qualquer *interim measures* ele considere apropriada” (art. 32.1).²⁴⁷

²⁴³. Cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, p. 54.

²⁴⁴. Eis a versão original: “The arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures”.

²⁴⁵. Eis a versão original: “At the request of any party, the tribunal may take whatever interim measures it deems necessary, including injunctive relief and measures for the protection or conservation of property”.

²⁴⁶. Eis a versão original: “At the request of any party, the tribunal may take whatever interim measures it deems necessary, including injunctive relief and measures for the protection or conservation of property”.

²⁴⁷. Eis a versão original: “The arbitral tribunal may, at the request of a party, grant any interim measures it deems appropriate”.

Essa tendência é verificada da mesma forma no Brasil, onde as instituições arbitrais, em regra,²⁴⁸ também estabelecem competência aos árbitros para proferir tutelas de urgência:

- (a) CCBC: “O Tribunal Arbitral adotará as medidas necessárias e convenientes para o correto desenvolvimento do procedimento e, quando oportuno, requererá à autoridade judiciária competente a adoção de medidas cautelares e coercitivas” (art. 9.18);
- (b) CAM: “Após a constituição do Tribunal Arbitral, as partes poderão a qualquer tempo, antes de proferida sentença arbitral, requerer a adoção de medidas conservatórias ou reparatórias a fim de preservar bens ou direitos” (art. 5.2);
- (c) AMCHAM: “Por solicitação das partes, ou a seu exclusivo critério, o Tribunal Arbitral poderá determinar medidas cautelares, coercitivas ou antecipatórias” (art. 10.1);
- (d) FIESP-CIESP: “O Tribunal Arbitral adotará as medidas necessárias e possíveis para o correto desenvolvimento do procedimento arbitral e, quando oportuno, requererá à autoridade judiciária competente a adoção de medidas cautelares e coercitivas” (art. 12.1);
- (e) CAMARB: “O Tribunal Arbitral, mediante requerimento de qualquer das partes ou quando julgar apropriado, poderá, por decisão devidamente fundamentada, determinar medidas de urgência, cautelares ou antecipatórias de mérito” (art. 9.1).

²⁴⁸. Ressalva deve ser feita ao atual Regulamento da FGV, que, curiosamente, ainda é omissivo sobre o assunto.

Pode-se concluir, assim, que a autonomia da vontade (neste caso, indiretamente e por referência) possui papel relevante para a concessão de competência aos árbitros.

4.3. LEX ARBITRI

Outra fonte relevante de poder dos árbitros é a *lex arbitri*, ou seja, a lei que governa o processo arbitral.²⁴⁹

A *lex arbitri* pode ser, por vezes, idêntica à que governa a substância da disputa, mas com ela não se confunde. As partes estão livres para escolher duas leis diferentes: uma para decidir as questões materiais, outra para regular o processo. Hoje essa afirmação parece ser pacífica, mas no passado foi fonte de intenso debate.²⁵⁰ A escolha de uma não significa, necessariamente, a escolha da outra.²⁵¹

Principalmente em arbitragens internacionais, não é incomum que as partes escolham um país neutro para ser o local da arbitragem. Ao proceder dessa forma, as partes não estão necessariamente escolhendo a lei que governa o processo arbitral (*lex arbitri*) para reger também o mérito da disputa.

²⁴⁹. A utilização do vocábulo *lex arbitri*, com apenas um “i”, como sinônimo de lei que governa a arbitragem ou o processo arbitral é muito comum na prática arbitral e foi adotado neste trabalho. Não se deve esquecer, porém, de alerta feito por EMMANUEL GAILLARD sobre essa terminologia, explicando que o correto seria a utilização da expressão com dois “ii”, pois o vocábulo *lex arbitri* significa a lei do árbitro: “It is noteworthy that, both in legal scholarship and in practice, reference is often made to ‘*lex arbitri*’, literally ‘the law of the arbitrator’, and not the ‘*lex arbitrii*’, literally ‘the law of the arbitration’. In this Course, reference will be made to ‘*lex arbitri*’, which is the terminology generally used in international arbitration, although the author recognizes that the accurate terminology, should one agree with the underlying idea, would be ‘*lex arbitrii*’” (cf. *Legal theory of international arbitration*, par. 15, p. 20, nota de rodapé n. 58).

²⁵⁰. MAURO RUBINO-SAMMARTANO afirma que essa é uma “conclusion which nowadays may seem obvious, but which was a real struggle to reach” (cf. *International arbitration law and practice*, n. 17.1, p. 475 e ss.).

²⁵¹. FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN observam que “the parties can choose to submit their main contract and the arbitral procedure to two different laws. Further, where the parties have not chosen a procedural law, the arbitrators are not obliged to apply the law which the parties, or the arbitrators themselves, have chosen to govern the main contract” (cf. *on International commercial arbitration*, par. 1173, p. 633).

É mencionado, inclusive, que a separação entre lei aplicável ao processo arbitral e lei aplicável ao mérito do litígio foi a primeira manifestação de autonomia da arbitragem em relação aos ordenamentos jurídicos nacionais.²⁵²

Para BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER, a *lex arbitri* pode ser definida como a norma que estabelece um conjunto de regras exteriores à convenção de arbitragem e o desejo das partes sobre a forma de condução do processo arbitral, prevendo, por exemplo, regras para (i) a concessão de tutelas de urgência; (ii) o exercício, pelo juízo estatal, de medidas relacionadas à composição do tribunal arbitral; ou (iii) o exercício, pelo juízo estatal, da supervisão do processo arbitral.²⁵³

A *lex arbitri* é geralmente compreendida como a lei do local da arbitragem, embora haja relato de que tribunais arbitrais, em diversos casos, não façam referência a nenhuma lei para decidir sobre a sua própria competência para concessão de tutelas de urgência.²⁵⁴

²⁵². EMMANUEL GAILLARD, *Legal theory of international arbitration*, par. 87, p. 93. PIERO BERNARDINI bem ressalta que “Salvo i limiti segnati dall’ordinamento applicabile, tra cui, in primo luogo, il necessario rispetto dell’ordine pubblico, l’autonomia della volontà riceve il massimo rilievo proprio nella disciplina dei rapporti commerciali internazionali” (cf. *L’arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, p. 183).

²⁵³. *Redfern and Hunter on international arbitration*, p. 175, citando a decisão do caso *Smith Ltd. v. H International* [1991], 2 Lloyd’s Rep 127, p. 130. POUDRET-BESSON apresentam visão mais ampla da *lex arbitri*, a qual, de acordo com os autores, pode ser definida como a lei que governa a arbitragem em um determinado país, em especial a validade formal da convenção de arbitragem, a arbitrabilidade do litígio, a composição do tribunal arbitral, as garantias processuais fundamentais, a assistência das cortes estatais e a revisão da sentença arbitral (“The arbitration law (*lex arbitri*) encompasses all provisions governing arbitration in a given country, particularly the formal validity of the arbitration agreement, the arbitrability of the dispute, the composition of the arbitral tribunal, fundamental procedures guarantees, assistance from the courts and judicial review of the award”, cf. *Comparative law of international arbitration*, par. 112, p. 83). Cf. ainda GRENNBERG-KEE-WEERAMANTRY, *International commercial arbitration*, par. 2.12, p. 58 e ss.; MARGARET MOSES, *The principles and practice of international commercial arbitration*, p. 68. No mesmo sentido, KANAGA DHARMANANDA afirma que “it is self-evident that the law governing arbitration, which deals with matters such as interim remedies and the form and validity of the award, can significantly affect the substantive rights of the parties” (cf. “The unconscious choice: reflections on determining the *lex arbitri*”, p. 151).

²⁵⁴. BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER, *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 3.34, p. 173. Para LEW-MISTELIS-KRÖLL “The power to order interim relief is generally classified as a matter of procedure and therefore governed primarily by the law governing the arbitration. This is generally the law of the place of arbitration, though a number of tribunals have not referred to any law when deciding on their power to order interim relief. In addition regard may also be taken of the law of the place where the interim measure is to be enforced” (cf. *Comparative law of international arbitration*, par. 23-8, p. 586). Conforme lição de GARY BORN, “The law governing the arbitration proceedings (almost always that of the arbitral seat) is the most natural legal system governing the powers of an

De acordo com POUURET-BESSON, a *lex arbitri* não se confunde com o regulamento arbitral escolhido pelas partes para a condução do processo perante os árbitros, pois a autonomia da vontade das partes só pode influir nesta última, mas não naquela.²⁵⁵

Lex arbitri também não se confunde com *lex fori*.²⁵⁶ É amplamente aceito que o árbitro, tanto em arbitragens internacionais quanto internas, não possua foro.²⁵⁷

Em sentido oposto ao que ocorre com o juiz estatal, o árbitro não julga em razão do monopólio estatal, mas sim pela vontade das partes manifestada na

arbitral tribunal and, absent contrary agreement, is that legal system most likely intended by the parties to govern the powers of the tribunal” (cf. *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1962).

²⁵⁵. POUURET-BESSON, *Comparative law of international arbitration*, par. 113, p. 84. Seguindo o raciocínio dos autores mencionados, “the parties can in principle freely choose the rules which apply to the arbitral procedure, they cannot choose the *lex arbitri*” (cf. *Comparative law of international arbitration*, par. 113, p. 84). FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, por outro lado, lecionam que a escolha do local da arbitragem não necessariamente faz com que o processo seja governado pela lei daquela jurisdição: “It is widely accepted today that the seat of the arbitration, often chosen for reasons of convenience or because of the neutrality of the country in question, does not necessarily cause the procedure to be governed by the law of that jurisdiction” (cf. *on International commercial arbitration*, par. 1178, p. 634). No mesmo sentido, cf. MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *International arbitration law and practice*, n. 17.2, p. 478, esp. p. 482. Por outro lado, BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER entendem essa opção de difícil compreensão, pois, de acordo com esses autores, traria complicação desnecessária ao processo arbitral: “It is not easy to understand why parties might wish to complicate the conduct of an arbitration in this way (unless, as is possible, they do not understand what they are doing). It means that the parties and the arbitral tribunal would need to have regard to two procedural laws” (cf. *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 3.64, p. 173). Para justificar essa afirmação, BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER oferecem o exemplo de uma arbitragem com local na Suíça, na qual as partes acordam a escolha da lei processual da Alemanha. Neste caso, embora a lei Suíça reconheça essa possibilidade (Lei de Arbitragem Internacional da Suíça, art. 182), a escolha das partes significa que ao menos as normas imperativas da Suíça deverão ser respeitadas (cf. *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 3.64, p. 173).

²⁵⁶. *Lex fori* significa literalmente “lei do lugar – ou lei do foro. Essa expressão refere-se à lei processual e não à lei material. Refere-se exclusivamente à ‘lei do país no qual o processo se realiza’” (cf. DINAMARCO, *Vocabulário do processo civil*, n. 350, p. 361; BRYAN GARNER, *Black’s law dictionary*, p. 929).

²⁵⁷. Mais uma vez cita-se POUURET-BESSON, cuja opinião é enfática ao afirmar que “an arbitration does not, strictly speaking, have a forum” (cf. *Comparative law of international arbitration*, par. 113, p. 84). FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, depois de também afirmarem que a arbitragem não tem foro, dizem que seria igualmente correto afirmar que “the forum of an international arbitrator consists of all legal systems willing, under certain conditions, to recognize an award made by the arbitrator” (cf. *on International commercial arbitration*, par. 1181, pp. 636-637).

convenção de arbitragem. A sua preocupação principal deve ser com a vontade das partes.²⁵⁸

O árbitro não possui o dever de aplicar a legislação do local da arbitragem ao mérito da disputa. Além disso, não há a “obrigação da adoção da regra de conflito da sede para a resolução de determinada questão, muito menos o recurso às leis processuais do local da arbitragem”.²⁵⁹

Quando se fala do papel da *lex arbitri*, portanto, não se fala de regras do Código de Processo Civil ou de qualquer outra legislação equivalente, como o Lei do Juizado Especial, uma vez que essas regras, em princípio, vinculam apenas para o juiz.²⁶⁰

A competência para concessão de tutelas de urgência arbitrais está geralmente prevista, de forma mais ou menos detalhada, na *lex arbitri*. Muito embora a vontade das partes seja importante para determinar a competência do árbitro para concessão de tutelas de urgência, não se pode esquecer que a *lex arbitri* também possui papel muito relevante, de forma a conceder, limitar ou até mesmo negar competência do árbitro.²⁶¹

Com isso não se pretende negar o papel essencial da autonomia da vontade das partes, mas apenas verificar os limites em que pode ser exercida, dependendo do caso concreto. Existe item específico para análise dos limites da

²⁵⁸. THIAGO NUNES, *Análise dos efeitos da prescrição extintiva na arbitragem interna e internacional, com visão a partir do direito brasileiro*, p. 65.

²⁵⁹. THIAGO NUNES, *Análise dos efeitos da prescrição extintiva na arbitragem interna e internacional, com visão a partir do direito brasileiro*, p. 67. Conforme lição de GARY BORN: “In most international commercial arbitrations, there is no pre-existing or generally-applicable code of procedural rules that govern conduct of the arbitral proceedings. As discussed elsewhere, it is well-settled in virtually all developed jurisdictions that arbitrators are not required to apply local civil procedure rules applicable in national court litigation, in an international arbitration” (cf. *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1782).

²⁶⁰. PARENTE, *Processo arbitral e sistema*, p. 74 e ss.

²⁶¹. PIERRE KARRER, “Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory, please”, p. 98.

autonomia da vontade e *lex arbitri* com relação à concessão de competência para os árbitros (*infra*, n. 4.7).

4.4. PODERES INERENTES

Se a convenção de arbitragem (por meio de manifestação de vontade direta ou indireta) e a *lex arbitri* não conferem expressamente poderes aos árbitros para concederem tutelas de urgência, mas também não excluem essa possibilidade, poderia dizer-se que os árbitros possuem *poderes inerentes*²⁶² para a concessão de tutelas de urgência?

A teoria dos poderes inerentes possui a sua origem nos países de *common law*. De acordo com essa teoria, a fonte dos poderes inerentes não é a lei que governa a arbitragem nem a convenção de arbitragem, mas sim o *status* que os árbitros possuem para a condução do processo e resolução do litígio.²⁶³

A competência para concessão de tutelas de urgência é, assim, considerada como um *acessório natural* à competência para conhecer o mérito do assunto. Ou seja, essa teoria possui como pressuposto “que a autoridade investida sobre o mérito de uma controvérsia inclua todos os poderes necessários ao exercício da função”.²⁶⁴

Até mesmo por raciocínio lógico, o fato de ter sido escolhido para proferir decisão final do caso também propicia ao árbitro o poder de proferir decisões

²⁶². O vocábulo inerente, de acordo com o Dicionário Eletrônico Aurélio, significa aquilo “que está por natureza inseparavelmente ligado a alguma coisa ou pessoa”. De forma semelhante, o Dicionário Eletrônico Houaiss define inerente como o “que existe como um constitutivo ou uma característica essencial de alguém ou de algo”.

²⁶³. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, p. 56.

²⁶⁴. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 55 (“che l'autorità investita del merito di una controversia possieda tutti i poteri necessari all'esercizio della funzione”). Logo adiante, o autor faz diferenciação entre poder inerente e poder implícito (este último analisado no tópico abaixo): “A differenza dai poteri impliciti, i poteri inerente si fondano dunque sulle caratteristiche intrinseche della stessa funzione arbitrale, e non presuppongono una implicita o presunta volontà delle parti” (cf. *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 56).

durante o curso do processo arbitral. Quem pode o mais (decisões definitivas), pode o menos (decisões provisórias). A competência do árbitro englobaria, portanto, essencialmente, todas as questões necessárias para resolver aquela determinada controvérsia.²⁶⁵

A partir do momento em que as partes pactuam a convenção de arbitragem e escolhem os árbitros para a resolução de determinado litígio – de acordo com a teoria dos poderes inerentes –, deve-se entender que esses árbitros exercem a sua função em toda sua plenitude, adotando todas as medidas processuais necessárias ao exercício de sua função, incluindo-se aí a concessão de tutelas de urgência.²⁶⁶

Não é incomum a adoção dessa teoria por árbitros. FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN apontam que essa postura foi adotada por diversos tribunais arbitrais quando da vigência do Regulamento da CCI de 1988, cujas normas não previam expressamente a autoridade para concessão de tutelas de urgência. A base do raciocínio era a mesma indicada acima: ao se outorgar jurisdição para o árbitro decidir o mérito do litígio, também se estaria outorgando autoridade para que o árbitro tomasse todas as medidas necessárias para assegurar os direitos das partes e a efetividade da tutela jurisdicional final.²⁶⁷

A teoria dos poderes inerentes, todavia, a despeito de possuir fundamentos rigorosamente corretos, peca por equiparar o árbitro a um juiz em todos os

²⁶⁵. ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 229.

²⁶⁶. ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 230.

²⁶⁷. Cf. *International commercial arbitration*, p. 592-593. Essa afirmação também é feita por CRAIG-PARK-PAULSSON: “ICC arbitrators have the inherent power to make interlocutory orders relevant to the arbitration and addresses to the parties” (cf. *International Chamber of Commerce arbitration*, par. 26.05, p. 460). Tendo em vista que o Regulamento ICC 1998 (tal como ocorre com o regulamento atual, de 2012), utilizado pelos autores para fazer a afirmação acima, prevê expressamente a competência dos árbitros, o uso da teoria de poderes inerentes (ou até mesmo implícitos) é de todo desnecessário para arbitragens que possuem por incorporação o Regulamento ICC. Conforme já mencionado, a perquirição de poderes inerentes ou implícitos só há razão de existir quando as partes direta ou indiretamente não optaram pela competência e quando a *lex arbitri* é omissa com relação às tutelas de urgência arbitrais.

sentidos, o que é de todo desaconselhável por trazer complicações e confusões desnecessárias à arbitragem.²⁶⁸

Em primeiro lugar, não se pode ignorar que determinadas legislações arbitrais negam expressamente os poderes de concessão de tutelas de urgência aos árbitros. É o que ocorre, por exemplo, com as legislações italiana e chinesa, conforme será posteriormente analisado em mais detalhes (*infra*, n. 5.2).

Não se conhece, por outro lado, ordenamento jurídico estatal que negue ao juiz a possibilidade de concessão de tutelas de urgência (mesmo que com denominação diversa; *supra*, n. 3.1), o que efetivamente justifica considerar esse poder dos juízes como inerente – diversamente do que ocorre com o árbitro em caso de *lex arbitri* restritiva.²⁶⁹

Para que se pudesse considerar um poder realmente inerente ao árbitro, obviamente não poderia ocorrer a exclusão ou restrição pela *lex arbitri*.

Em segundo lugar, conforme também será exposto (*infra*, n. 4.6), a competência para a concessão de tutelas de urgência pelo árbitro deve estar sempre sujeita à vontade das partes.

O fundamento utilizado para justificar o poder inerente parece, nesse aspecto, entrar em conflito com a própria base voluntária da arbitragem. Caso se estivesse diante de um poder inerente do árbitro, as partes acabariam privadas de qualquer possibilidade de ingerência sobre a questão.²⁷⁰

²⁶⁸. CARMONA também faz esse alerta: “Árbitro não é juiz, é árbitro! Equiparar um ao outro é criar confusão desnecessária, trazendo ranço do Estado para a atividade privada” (cf. “Em torno do árbitro”, p. 51).

²⁶⁹. RÉGIS BISMUTH faz a interessante observação de que as tutelas de urgência seriam uma “arte inerente da função das cortes estatais” (cf. “Anatomy of the law and practice of interim protective measures in international investment arbitration”, p. 773). Neste caso o vocábulo inerente é empregado com exatidão, significando uma característica ligada de modo íntimo à atividade das cortes estatais e à competência dos juízes.

²⁷⁰. ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 231-232.

Definir a competência do árbitro para concessão de tutelas de urgência como inerente está longe de possuir efeito meramente teórico. O efeito prático é bem relevante. Entendendo-se que o árbitro teria poder inerente, não se poderia aceitar eventual intenção das partes de restrição ou exclusão da competência do árbitro.²⁷¹

Por esse mesmo motivo, não se pode concordar com entendimento de que o poder do árbitro seria simplesmente decorrente de “poderes assemelhados aos dos juízes estatais”.²⁷² Se assim realmente o fosse, um dos fundamentos basilares da arbitragem, que é a autonomia da vontade, seria gravemente ferido.²⁷³

A teoria dos poderes inerentes, portanto, apresenta inconvenientes capazes de não permitir a sua aceitação no campo privado da arbitragem.

4.5. PODERES IMPLÍCITOS

Afastada a hipótese de os árbitros possuírem poderes inerentes, existe ainda outra hipótese que merece ser investigada: os árbitros eventualmente possuiriam poderes implícitos²⁷⁴ para a concessão de tutelas de urgência?

Os poderes implícitos, diferentemente do que ocorre com os poderes inerentes, são derivados da manifestação de vontade das partes (fonte contratual).²⁷⁵ De

²⁷¹. Deve-se notar, todavia, a opinião de ALEXIS MOURRE, afirmando ser possível a existência de um poder inerente que pode ser excluído pela autonomia da vontade da partes (cf. “Judicial penalties and specific performance in international arbitration”, p. 59).

²⁷². Em sentido contrário ao aqui defendido, cf. RENATO RODRIGUES FILHO, *Tutelas de urgência na arbitragem*, p. 76.

²⁷³. Seria a negação, portanto, da autonomia da vontade das partes, sob o aspecto processual, tão valorizada, de forma correta, pela doutrina arbitralista. De acordo com STAVROS BREKOULAKIS, “Particular attention is focused on the principle of *procedural party autonomy*, according to which the parties have the freedom to choose the forum where they will have their disputes resolved and to determine the procedure applicable to the resolution of their disputes. Thus, procedural party autonomy gives the parties the right to regulate their procedural relationships in a way that best serves their commercial interests” (cf. *Arbitration and third parties*, p. 165).

²⁷⁴. O vocábulo implícito, de acordo com o Dicionário Eletrônico Aurélio, significa o “que está envolvido, mas não de modo claro; tácito, subentendido”. De forma semelhante, o Dicionário Eletrônico Houaiss fala que implícito é aquilo “contido numa proposição mas não expresso formalmente; não manifestamente declarado; subentendido, tácito”.

acordo com essa teoria, as partes, ao acordarem a submissão dos seus litígios à jurisdição arbitral, estão implicitamente concedendo poderes para a concessão de tutelas de urgência.²⁷⁶

Os poderes implícitos são, assim, derivados de uma interpretação extensiva da convenção de arbitragem, concedendo ao árbitro todos os meios que ele precisa para decidir o litígio.²⁷⁷

Melhor explicando: se as partes concedem competência para os árbitros proferirem tutelas de urgência de forma expressa (direta ou indiretamente), não há necessidade, por razões óbvias, de se realizar interpretação extensiva. Por outro lado, se as partes o negam expressamente, tampouco existe qualquer justificativa para sua utilização. A manifestação clara de vontade das partes, em um sentido ou em outro, deve prevalecer.

Do mesmo modo, não é possível a interpretação extensiva do poder concedido ao árbitro no caso de legislações que adotam o sistema de interpretação restritiva. Apenas a título exemplificativo, deve-se mencionar o caso da lei de arbitragem inglesa.²⁷⁸ O *Arbitration Act* 1996, por força de previsão legal do art. 39(1),

²⁷⁵. Conforme esclarece DONALD DONOVAN, a competência para concessão de tutelas de urgência deriva da mesma fonte contratual que dá origem ao poder de proferir sentença: “the authority to issue interim measures derives from the same source as the authority to render the award: the parties’ contractual consent to have their dispute resolved by the arbitral tribunal before which they are appearing” (“The scope and enforceability of provisional measures in international commercial arbitration a survey of jurisdictions, the work of UNCITRAL and proposals for moving forward”, p. 82)

²⁷⁶. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, p. 56.

²⁷⁷. GARY BORN reporta interessante caso (*Charles Construction Company v. Derderian*) em que houve confusão conceitual entre poderes inerentes e implícitos, mas, na prática, pelos fundamentos, pode-se perceber o reconhecimento de poderes implícitos ao se fundamentar a decisão com base na intenção razoável das partes: “We agree in general that, in the absence of an agreement or statute to the contrary, an arbitrator has inherent authority to order a party to provide security while the arbitration is continuing. It is reasonable to assume that parties, in agreement to arbitration, implicitly intended that arbitration not be fruitless and that interim orders to preserve the status quo or to make meaningful relief possible would be proper. In such a circumstance, the arbitrator’s authority to act would reasonably be implied from the agreement to arbitrate itself” (cf. *International commercial arbitration*, 2001, p. 927 e ss.).

²⁷⁸. De acordo com PIERRE KARRER, a Inglaterra tem a tradição de interpretação restritiva: “in England, the power to issue summary awards is not considered to be implied in the agreement, but English arbitration law as the *lex arbitri* allows the parties to agree to that effect. Thus, while English law sometimes uses the theory of implied terms, it does not resort to it in arbitration” (cf. “Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory, please”, p. 98).

estabelece que os árbitros não possuem poderes de forma padrão para concessão de *provisional reliefs*, a não ser que as partes assim decidam (*opt in*) de forma expressa.²⁷⁹

Apenas em casos de omissão, há lugar à análise sobre a existência de poderes implícitos.²⁸⁰

Mas por que se deve interpretar a omissão como concessão de competência aos árbitros, e não o contrário? A resposta é simples.

Quando as partes, mediante convenção de arbitragem, expressamente concordam com a resolução final do litígio por meio de árbitros, estão implicitamente consentindo também com que os árbitros tomem todas as medidas necessárias para que a resolução final do litígio seja possível de forma efetiva.²⁸¹ Aliás, seria paradoxal, em princípio, imaginar que as partes estejam de acordo com julgamento definitivo do litígio pelos árbitros, mas sejam contrárias à possibilidade de se julgar questões provisórias.²⁸²

²⁷⁹. Eis a redação do art. 39(1), que requer a manifestação expressa das partes para que o árbitro possa conceder tutelas de urgência: “The parties are free to agree that the tribunal shall have power to order on a provisional basis any relief which it would have power to grant in a final award”. Deve-se mencionar, todavia, que para outros tipos de medidas há previsão de competência no art. 38(2) e parágrafos seguintes: “(2) Unless otherwise agreed by the parties the tribunal has the following powers. (3) The tribunal may order a claimant to provide security for the costs of the arbitration (...). (4) The tribunal may give directions in relation to any property which is the subject of the proceedings or as to which any question arises in the proceedings, and which is owned by or is in the possession of a party to the proceedings (...). (5) The tribunal may direct that a party or witness shall be examined on oath or affirmation, and may for that purpose administer any necessary oath or take any necessary affirmation. (6) The tribunal may give directions to a party for the preservation for the purposes of the proceedings of any evidence in his custody or control”.

²⁸⁰. ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 222 e ss.

²⁸¹. Essa parece ser a opinião de CARMONA ao mencionar que “para configurar tal competência não é preciso encontrar na convenção arbitral poderes expressos para proferir decisão que diga respeito a tutela cautelar. Insisto neste ponto: se as partes concederam poderes ao árbitro para resolver suas pendências acerca de um determinado contrato, para solucionar uma disputa entre sócios de determinada companhia, para estabelecer a responsabilidade pela prática de dado ato, estes poderes também envolvem os decorrentes da tutela cautelar (eventual e instrumental)” (cf. *Arbitragem e processo*, p. 325). Conforme se pode perceber, CARMONA fundamenta esse poder na *autonomia da vontade das partes*, o que equivale ao uso de poderes implícitos.

²⁸². ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 228. Irrepreensível a lição de GARY BORN, ao afirmar que não se pode esperar de pessoas razoáveis que o mecanismo de resolução de litígios escolhido por elas seja inefetivo por ausência de proteção processual: “reasonable parties cannot be presumed to intend that their chosen dispute resolution mechanism should lack important procedural protections, or should reward dilatory tactics by one party, or should require recourse to national courts for effective relief. Accordingly, absent explicit contrary indication in the parties' agreement, it is both sensible and necessary to presume that arbitration agreements include a grant

O raciocínio é que “por meio da convenção de arbitragem as partes outorgam ao tribunal arbitral todos os poderes necessários para resolver sua disputa”.²⁸³ A diferença dos poderes inerentes e implícitos, portanto, está no fato de que o primeiro decorre simplesmente da condição (*status*) de árbitro; o segundo procura seu embasamento na vontade das partes.

A questão dos poderes implícitos também foi discutida pelo grupo de trabalho responsável pela atual redação do art. 17 da Lei Modelo da UNCITRAL. A conclusão do grupo foi de que, salvo acordo em contrário das partes, deve-se considerar implícito o poder de concessão de tutelas de urgência.²⁸⁴

Na hipótese de haver omissão das partes (seja diretamente na redação da convenção ou indiretamente por meio da escolha de regulamentos omissos) e também da *lex arbitri* na regulamentação do assunto, os árbitros possuirão, por meio da teoria dos poderes implícitos, competência para a concessão de tutelas de urgência em razão de interpretação da vontade das partes.

4.6. EXCLUSÃO DA COMPETÊNCIA DOS ÁRBITROS

Deve-se lembrar de que a autonomia da vontade das partes não permite apenas a concessão de poderes aos árbitros, mas também a sua exclusão parcial ou total.

of authority to order interim relief” (cf. *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1953). Com ampla referência doutrinária portuguesa, JOSÉ MIGUEL JÚDICE afirma que “as partes, ao estabelecerem na convenção de arbitragem a competência dos árbitros para dirimir o litígio em causa, estarão desde logo a atribuir, também, implicitamente aos árbitros o poder para decretarem as respectivas medidas cautelares” (cf. “As providências cautelares e a arbitragem: em que estamos?”, p. 12).

²⁸³. De acordo com LEW-MISTELIS-KRÖLL, “The underlying rationale for this view is that by the arbitration agreement the parties give the tribunal the powers necessary to settle their dispute. This also includes the power to order any measure of provisional relief which is necessary to safeguard the rights of the parties and the efficiency of the tribunal’s decision making” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-30, p. 592).

²⁸⁴. Cf. relatório do *Working Group II*, A/CN.9/245, p. 162.

A base dessa faculdade está no fato de que as partes são livres para decidir o escopo da convenção de arbitragem de acordo com sua autonomia da vontade.²⁸⁵ Assim como as partes podem pactuar a atribuição de competência aos árbitros para tutelas de urgência arbitrais, podem acordar a sua restrição ou exclusão.²⁸⁶

Mesmo que a *lex arbitri* preveja de forma expressa a competência dos árbitros para a concessão de tutelas de urgência, não há impedimento ou ilegalidade nenhuma na sua exclusão.²⁸⁷ Da mesma forma, nada obsta a adoção de determinado regulamento arbitral em que haja a previsão de competência dos árbitros para sua concessão, mas as partes decidam fazer ressalva expressa de que não desejam a aplicação daquela regra.

Muito embora esse tipo de escolha não seja comum na prática, até mesmo porque as partes geralmente desejam que os árbitros possam conceder tutelas de urgência, não se pode negar sua viabilidade teórica.²⁸⁸ Restará à parte interessada a possibilidade de dirigir-se às cortes estatais para obtenção da tutela de urgência.²⁸⁹

A autonomia da vontade, nesse caso, ganha relevância com a prática de um verdadeiro *opt out* da jurisdição arbitral para concessão de tutelas de urgência.²⁹⁰ Tendo em vista a relevância que a autonomia da vontade possui no campo da arbitragem, absolutamente nada obsta essa escolha.²⁹¹

²⁸⁵. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, p. 56; SILVIA VILAR, *Medidas cautelares en el arbitraje*, p. 150; CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 326; PEDRO BATISTA MARTINS, *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*, p. 246; RAFAEL ALVES, “Devido processo legal na arbitragem”, p. 409.

²⁸⁶. ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, pp. 223 e 243.

²⁸⁷. FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *on International commercial arbitration*, par. 1319, pp. 717-718.

²⁸⁸. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, pp. 1973-1974.

²⁸⁹. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 270.

²⁹⁰. PIERRE KARRER, “Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory, please”, p. 98. O que não se admite, ao menos sob a perspectiva do ordenamento brasileiro, é acordo no sentido de não existir nenhuma via competente para a concessão das tutelas de urgência, sob pena de infringir a garantia constitucional de inafastabilidade do controle jurisdicional. Esse assunto será objeto de análise mais detida em capítulo específico (*infra*, n. 8.1 e ss).

²⁹¹. Em sentido contrário, MARCELO VILELA defende que “ainda que se admita a autonomia da vontade das partes para a redação da convenção de arbitragem, inválida será a previsão que pretenda cindir o poder jurisdicional do árbitro retirando-lhe o poder de conceder medidas cautelares, A opção pelo juízo

Deve-se tomar cuidado, todavia, para esse tipo de escolha não criar indesejada patologia, como a eventual exclusão de competência do tribunal arbitral em locais onde as cortes estatais não se sentem à vontade para a concessão de tutelas de urgência durante o curso do processo arbitral.²⁹²

Caso a exclusão da competência arbitral seja parcial (apenas para determinados tipos de tutelas de urgência), há o risco real de aparecerem graves dúvidas sobre os limites da competência de cada órgão.

Imagine-se a hipótese na qual as partes decidem excluir a competência dos árbitros para qualquer tipo de tutela de natureza antecipada, mantendo-a apenas para tutelas conservativas. Não se pode esquecer que há “hipóteses situadas numa ‘zona cinzenta’, ou na faixa de fronteira, onde se torna difícil saber com precisão em que território se está pisando”.²⁹³

Tendo em vista a dificuldade, no caso concreto, de estabelecer qual tipo de medida está sendo pleiteada, é fácil antever que as partes e os árbitros enfretarão problemas graves.²⁹⁴ Esse tipo de escolha é de todo desaconselhável e pode gerar complicações desnecessárias.²⁹⁵

arbitral implica, necessariamente, a outorga de poderes jurisdicionais para a tutela cautelar” (cf. “Reflexões sobre a tutela cautelar na arbitragem”, p. 34).

²⁹². Essa preocupação, apenas a título de exemplo, é notada pelas cortes estatais de Hong Kong, que, de acordo com KAPLAN-MORGAN, podem se negar a apreciar pedidos de tutela de urgência durante o curso do processo arbitral por entenderem que a matéria está sujeita a convenção de arbitragem e o tribunal arbitral já está constituído: “The court may decline to make a relevant order on the ground that the matter is currently the subject of arbitration proceedings and that the court considers it more appropriate for the matter to be dealt with by the arbitral tribunal (Sect. 2GC(6))” (cf. KAPLAN-MORGAN, “National report for Hong Kong (1999)”, p. 56). Com a mesma afirmação, cf. relatório do *Working Group II A/CN.9/WG.II/WP.108*, p. 18. Essa posição geralmente é adotada pelos países que seguem o modelo do acesso restrito (*infra*, n. 5.7.2).

²⁹³. BARBOSA MOREIRA, “Tutela de urgência e efetividade do direito”, p. 294.

²⁹⁴. Sobre as denominadas *áreas cinzentas*, com vários exemplos de divergência entre alguns dos maiores processualistas brasileiros sobre a natureza cautelar ou antecipatória de várias medidas, cf. TALAMINI, “Medidas urgentes (‘cautelares’ e ‘antecipadas’): a Lei 10.444/02 e o início de correção de rota para um regime jurídico único”, pp. 24-27.

²⁹⁵. FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *on International commercial arbitration*, par. 1319, pp. 717.

4.7. LIMITES À AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia da vontade é a forma mais comum de outorgar-se competência aos árbitros para a concessão de tutelas de urgência (*supra*, n. 4.2). Essa mesma autonomia da vontade é capaz de, até mesmo, excluir eventual competência dos árbitros no que diz respeito às tutelas de urgência quando prevista essa competência padrão (*default rule*) no regulamento adotado ou pela *lex arbitri*, em ato de verdadeiro *opt out* (*supra*, n. 4.6).

Precisa-se analisar, ainda, interessante questão: diante de uma *lex arbitri* proibitiva ou restritiva quanto ao poder de concessão de tutelas de urgência, qual conduta deve ser adotada pelos árbitros? Se a lei aplicável estabelecer que os árbitros não possuem competência para a concessão de tutelas de urgência, mas as partes dispuserem em sentido contrário, os árbitros podem ignorar a *lex arbitri* e cumprir a sua função de forma a responder às expectativas das partes?

A prática demonstra que os árbitros, em regra, obedecem à limitação imposta pela *lex arbitri*.²⁹⁶ Evidentemente, não é desejável aos árbitros a inobservância de lei que rege o processo arbitral conduzido por eles.

Como eventual decisão proferida em conflito com norma de caráter imperativo ou cogente, em princípio, pode ser impugnada no local em que foi proferida, parece desaconselhável a sua concessão, notadamente por ir de encontro com a preocupação de celeridade e efetividade do processo arbitral.²⁹⁷ De nada adiantaria o desperdício de tempo e dinheiro das partes com decisões arbitrais inócuas.

²⁹⁶. Conforme ressalta YESILIRMAK, a prática da arbitragem internacional se desenvolveu, ao longo dos anos, exatamente por evitar conflito com as legislações nacionais (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, p. 59, nota de rodapé n. 52). GARY BORN faz afirmação semelhante e informa que um “arbitrator will seldom grant provisional relief unless he is satisfied that the national arbitration legislation applicable to the arbitral proceedings (typically, the arbitration legislation of the arbitral seat) allows him to do so” (cf. *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1949).

²⁹⁷. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, pp. 59-60; ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 245.

A partir do momento em que a *lex arbitri*, de forma expressa, proíbe ou restringe os poderes dos árbitros para a concessão de tutelas de urgência, pode-se dizer que essa norma possui caráter imperativo ou cogente, retirando do campo da autonomia da vontade das partes a possibilidade da sua utilização ou não.²⁹⁸

O campo de manobra das partes está restrito ao que a doutrina denomina de leis dispositivas ou facultativas, que “se limitam a *permitir* ação ou abstenção, ou a suprir declaração de vontade inexistente”.²⁹⁹

Por esse motivo, BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER mencionam que a competência para concessão de tutelas de urgência pelo tribunal arbitral está dentro dos limites permitidos pela lei aplicável.³⁰⁰

PIERRE KARRER possui idêntica posição, afirmando que se a *lex arbitri* é restritiva à concessão de tutelas de urgência pelo tribunal arbitral, a “autonomia da vontade, incluindo a referência a regulamentos arbitrais, para concessão de medidas de urgência, não fará nenhum bem”.³⁰¹

²⁹⁸. De acordo com lição de LEW-MISTELIS-KRÖLL, “limitations on the autonomy of the parties and the tribunal to regulate the procedure may result from the mandatory provisions of the law of the place of arbitration. These mandatory rules of the place of arbitration define the outer boundaries within which parties and arbitrators may operate” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 21-14, p. 524). No mesmo sentido, GOFFREDO TELLES JUNIOR, “As leis impositivas – também denominadas *absolutas, cogentes (jus cogens), leis de ordem pública* – são as que ordenam ou proíbem da maneira absoluta, em determinadas circunstâncias. São leis que, em circunstâncias certas, mandam fazer ou deixar de fazer, ou fixam o estado das pessoas, sem admitir alternativa. Nas condições para as quais são promulgadas, estas leis não deixam margem para o arbítrio das pessoas” (cf. *Iniciação na ciência do direito*, p. 155). ROQUE KOMATSU faz questão de mencionar, todavia, que saber “se uma norma é cogente ou dispositiva é questão de interpretação” (cf. *Da invalidade no processo civil*, p. 145 e ss.)

²⁹⁹. GOFFREDO TELLES JUNIOR, *Iniciação na ciência do direito*, p. 157.

³⁰⁰. Cf. *Redfern and Hunter on international arbitration*, p. 366 e ss.

³⁰¹. Cf. “Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory please”, p. 98. Na versão original: “party autonomy, including a reference in arbitration rules to issue interim measures, will do no good”. No mesmo sentido: CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, p. 46 e ss. As normas cogentes ou imperativas atuam, pelo aspecto negativo, conforme lembrado por MARCOS MONTORO, como “um limitador, uma cerca”, de forma a impedir a flexibilização (construção ou adaptação) do procedimento arbitral pelas partes (cf. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, n. 11, p. 190).

CARLEVARIS, ao falar sobre a legislação italiana, que possui proibição à concessão de tutelas de urgência por árbitros (*infra*, n. 5.2.1), afirma que a reserva da competência às cortes estatais possui natureza inderrogável.³⁰² Como consequência, afirma que a posição majoritária da doutrina é de que qualquer acordo no sentido contrário à proibição legislativa seria ineficaz, de forma a não eliminar a competência do juiz para decidir sobre o assunto e, ao mesmo tempo, não possibilitar a assistência do aparato estatal para a efetivação da medida.³⁰³

A solução acima apresentada (da direta limitação da vontade das partes pela *lex arbitri*), cuja aplicabilidade é mais tranquila quando se trata de arbitragem interna, merece um comentário adicional no caso de arbitragem internacional.

Não se pode ignorar que as decisões arbitrais possam ter alcance extraterritorial. Restringir a sua análise aos limites territoriais do local onde foi proferida significa ignorar relevante papel das decisões arbitrais, notadamente em arbitragens internacionais.³⁰⁴

Mesmo nos casos em que a *lex arbitri* proíbe ou restringe a utilização de tutelas de urgência arbitral, os árbitros podem ver-se diante de cenário no qual a medida urgente será executada em local diverso daquele em que a tutela de urgência é proferida.

Exemplificando: a medida de urgência arbitral proferida em uma arbitragem com local em território italiano (onde há proibição expressa de concessão de tutelas de urgência arbitral, *infra* n. 5.2.1) pode vir a ser executada em algum outro país

³⁰². CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 272. A *Corte di Cassazione* considera que eventual concessão de tutelas de urgência pelo árbitro violaria a ordem pública italiana, cf. *Corte di Cassazione*, sentenza 23.746 (10.11.2009).

³⁰³. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 272. Apenas a título de esclarecimento, menciona-se que TOMMASEO, por exemplo, defende que essa previsão não seria ineficaz, mas sim nula (cf. “Lex fori e tutela cautelare nell'arbitrato commerciale internazionale”, p. 24). Essa discussão, todavia, não possui relevância para este tópico.

³⁰⁴. Eis a pertinente observação de EMMANUEL GAILLARD: “The fact that, at times, the country of the seat would also be the country or one of the countries of enforcement does not mean, from an analytical point of view, that one should not evaluate the respective weight of each of these two distinct titles in contemplating the situation in which they do not coincide” (cf. *Legal theory of international arbitration*, par. 36, p. 32).

(onde há bens que serão indisponibilizados). Mesmo que praticamente impossível a execução dessa medida em território italiano, não se deve ignorar o fato de que outros países podem, em razão da sua legislação interna, optar por reconhecer e efetivar essa medida – ignorando a previsão anacrônica da legislação italiana.³⁰⁵

Muito embora não seja usual que árbitros adotem medidas em sentido contrário ao da *lex arbitri*, não se pode descartar situação em que, por causa dos valores envolvidos, haja a necessidade de decretação de uma tutela de urgência para execução em outro país, principalmente porque esse tipo de proibição não corresponde atualmente às expectativas da comunidade empresarial.³⁰⁶

Da mesma forma, pode ocorrer de as partes não possuírem nenhuma ligação com o local da arbitragem (sede neutra), de forma que a tutela de urgência pleiteada não estará sujeita à efetivação no local em que existe a previsão restritiva. Ficará sob o campo da soberania do país que receber a decisão arbitral reconhecê-la e executá-la ou não.³⁰⁷

³⁰⁵. Irrepreensível a observação de JULIAN LEW, voltada para arbitragem internacional, mas que deve ser aplicada para qualquer modalidade de arbitragem: “The ideal and expectation is for international arbitration to be established and conducted according to internationally accepted practices, free from the controls of parochial national laws, and without the interference or review of national courts. Arbitration agreements and awards should be recognised and given effect, with little or no complication or review, by national courts”. (cf. “Achieving the dream: autonomous arbitration”, p. 179 e ss.)

³⁰⁶. Muito embora GARY BORN afirme, como já demonstrado acima, que árbitros raramente concedem tutela de urgência em desacordo com a legislação aplicável, ressalta que a proibição geral para concessão de tutelas de urgência, em desacordo com a vontade das partes, vai de encontro à Convenção de Nova Iorque, pois esta proíbe que Estados signatários simplesmente neguem efeito às convenções de arbitragem que concedem competência aos árbitros para tutelas de urgência arbitrais: “where the parties have expressly granted the arbitrators power to order provisional measures, the law of the arbitral seat should generally be regarded as violating the New York Convention's requirement that Contracting States recognize international arbitration agreements, including with regard to the arbitral procedure” (cf. *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1962 e também na p. 1948, nota de rodapé 28).

³⁰⁷. Mais uma vez, deve-se lembrar que países signatários da Convenção de Nova Iorque possuem a obrigação de garantir efetividade às convenções de arbitragem. Como pondera GARY BORN: “the better view is that the text and structure of the New York Convention forbid Contracting States from simply denying effect to all arbitration agreements empowering arbitrators to grant provisional measures” (cf. *International commercial arbitration*, vol. II, pp. 1947-1948).

As restrições impostas pela *lex arbitri* não possuem a capacidade de proibir os árbitros de emitirem decisões não vinculantes relacionadas ao pedido de tutela de urgência, tal como uma mera recomendação.³⁰⁸

Embora essa decisão possa não ser passível de efetivação no local da arbitragem, para determinadas situações em que não haja a necessidade de intervenção das cortes estatais (*infra*, n. 10.3), a simples recomendação do tribunal arbitral pode ser suficiente. Em via de regra, decisões proferidas pelos tribunais arbitrais são cumpridas voluntariamente (*infra*, n. 10.1).³⁰⁹

De qualquer forma, a despeito do interesse teórico das duas ressalvas acima expostas, fato é que, na prática, será muito mais simples a utilização das cortes estatais. Para os casos em que a *lex arbitri* proíbe ou restringe os árbitros de decretar tutelas de urgência, o papel das cortes estatais acaba sendo essencial e primário.

³⁰⁸. Essa afirmação é feita por CARLEVARIS ao opinar sobre o assunto sob a perspectiva do ordenamento italiano (cf. *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 273).

³⁰⁹. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, p. 59, nota de rodapé n. 50.

5. COMPETÊNCIA PARA AS TUTELAS DE URGÊNCIA ARBITRAIS

5.1. JUÍZO COMPETENTE PARA CONCESSÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA ARBITRAIS

Uma das questões mais polêmicas e interessantes quando se estuda o tema das tutelas de urgência arbitrais é, sem dúvida, a definição de qual órgão jurisdicional seria competente para apreciação e concessão da tutela pleiteada.³¹⁰

Existem, tradicionalmente, duas vias para apreciação e concessão dessas tutelas de urgência: a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral.³¹¹ Essas vias, como será visto, podem ser utilizadas de forma exclusiva, alternativa ou até mesmo concorrente, dependendo do regime adotado.

³¹⁰. A análise de qual desses órgãos pode ou não conceder tutelas de urgência é, em regra, uma questão de competência. Quando as partes firmam convenção de arbitragem, outorgam jurisdição aos árbitros (ou seja, concedem a eles o poder de impor sua decisão) e, ao mesmo tempo, subtraem a competência do juiz togado (cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 79; ROQUE CAIVANO, *Arbitraje*, p. 236). Dentro desse cenário, é preciso verificar qual é a capacidade (*i.e.*, competência) para exercício desse poder (cf. CELSO NEVES, *Estrutura fundamental do processo civil*, p. 56). CARLEVARIS reconhece que a questão das tutelas de urgência refere-se a competência, mas prefere utilizar a relação entre poder e competência de forma diversa: “benché le due nozioni di ‘competenza’ e di ‘potere’ cautelari siano spesso usate indifferenteemente, si preferisce infatti riservare la nozione di poteri alle modalità di esercizio della stessa competenza” (cf. *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, p. 44, nota de rodapé n. 36). PEDRO BATISTA MARTINS e CLÁVIO VALENÇA FILHO, por sua vez, entendem que a relação entre órgãos para a concessão de tutelas de urgência é uma questão de jurisdição, e não de competência (cf. respectivamente *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*, p. 77; “Tutela judicial de urgência e a lide objeto da convenção de arbitragem”, pp. 159-160). Interessante notar, todavia, observação de LA CHINA, admitindo a relação de competência entre as vias, mas ressaltando sua pouca relevância no campo da arbitragem: “Della complessa architettura che la dottrina processualciviltistica ha creato per la comprensione ed organizzazione del processo davanti ai giudici non v’è, a ben guardare, reale necessità nello studio del processo arbitrale (...). Ed è appunto in virtù di questo diverso e più semplice appoggio alla materia quando si tratti del processo arbitrale che il discorso primario su giurisdizione e competenza (...). Compete agli arbitri tutto e solo ciò che le parti, pattuendo la convenzione arbitrale, hanno deciso di sottoporre al loro giudizio (...)” E complementa: “gli arbitri ricevono e trattano la lite ad essi deferita non perché vi abbiano giurisdizione anziché competenza, o giurisdizione e poi competenza, ma per nessun altro titolo che la volontà delle parti formalizzata nel compromesso o nella clausola compromissoria” (cf. *L’arbitrato*, p. 105).

³¹¹. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, p. 47.

Este capítulo possui a finalidade de abordar os aspectos teóricos e práticos relacionados à competência para a concessão de tutelas de urgência arbitrais. Em um primeiro momento, demonstrar-se-á a evolução no que diz respeito à escolha do órgão, em regra, competente para a concessão das tutelas de urgência, começando pela competência exclusiva dos juízes (*infra*, n. 5.2), até a o momento atual de competência dos árbitros para a concessão de tutelas de urgência (*infra*, n. 5.3), abordando ainda, de forma rápida, um terceiro e diverso regime no qual existe competência exclusiva dos árbitros (*infra*, n. 5.4). Tudo isso a fim de possibilitar uma perspectiva histórica e comparada sobre os principais regimes de competência para tutelas de urgência arbitral.

Em seguida, serão explicadas as limitações materiais ou jurídicas inerentes à atividade dos árbitros, que afetam a possibilidade de concessão de tutelas de urgência e possuem relevância na escolha do órgão competente (*infra*, n. 5.5).

Com base nas constatações anteriores, o trabalho abordará o papel das cortes estatais durante o curso do processo arbitral (*infra*, n. 5.6), analisando os dois modelos existentes: modelo da liberdade de escolha e modelo do acesso restrito às cortes estatais, abordando as suas vantagens e desvantagens. Consequência natural de qual modelo se adote é a postura que se deve ter com relação a eventuais conflitos de competência e de decisões entre árbitros e juízes (*infra*, n. 5.7). Este capítulo também relata a questão do efeito negativo da convenção de arbitragem e de eventual renúncia à jurisdição arbitral com a intervenção das cortes estatais para proferir tutelas de urgência (*infra*, n. 5.8).

5.2. VISÃO DO PASSADO: COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DOS JUÍZES

Tradicionalmente, a competência para conceder tutelas de urgência, em litígios submetidos à jurisdição arbitral, era exercida com exclusividade pelas cortes estatais.³¹²

³¹². Em 1971 SALVATORE SATTA afirmava “che gli arbitri non possano concedere o imporre provvedimenti cautelari è antico e universalmente riconosciuto principio” (*apud* POZZI, “Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici”, p. 17).

Conforme já mencionado, durante o transcorrer do século XVIII até meados do século XX, viu-se a adoção de legislações arbitrais por diversos países (*supra*, n. 2.1).³¹³ Esse movimento, porém, em vez de fortalecer o desenvolvimento da arbitragem, trouxe em contrapartida hostilidade. A arbitragem era vista com desagrado. Não era admitido que um mecanismo privado de resolução de litígios pudesse substituir o controle e diminuir a autoridade do Poder Judiciário.³¹⁴

Essa postura das cortes estatais poderia ser resumida em três pontos: (a) qualquer atividade ocorrida em um determinado Estado deveria estar no âmbito de controle da jurisdição estatal e das leis locais; (b) o Estado poderia perder sua autoridade e respeito ao permitir que a última palavra sobre determinada questão não fosse dada por seu Poder Judiciário; (c) mecanismos alternativos de resolução de litígios não poderiam ser mais efetivos e eficientes que a própria jurisdição estatal.³¹⁵

De acordo com ROY GOODE, essa hostilidade não era restrita ao Poder Judiciário da Inglaterra, mas era fenômeno generalizado.³¹⁶ Um dos aspectos desse fenômeno era a ampla necessidade de controle (quase irrestrito) estatal de eventuais decisões arbitrais que pudessem afetar diretamente a vida das pessoas.³¹⁷ Nas palavras expressivas de JULIAN LEW, a “arbitragem era permitida como uma exceção, não como um direito”.³¹⁸

³¹³. JULIAN LEW, “Achieving the dream: autonomous arbitration”, pp. 181-184.

³¹⁴. MARTIM DOMKE, *Domke on commercial arbitration*, par. 2-10 e ss.

³¹⁵. JULIAN LEW, “Achieving the dream: autonomous arbitration”, p. 182; ROY GOODE, “The role of the *lex loci arbitri* in international commercial arbitration”, p. 18.

³¹⁶. ROY GOODE, “The role of the *lex loci arbitri* in international commercial arbitration”, pp. 18-19.

³¹⁷. WILLIAM PARK cita o exemplo da lei inglesa anterior a 1979 para afirmar que, naquela época, o Poder Judiciário literalmente supervisionava o processo arbitral para “assegurar” resultados legalmente corretos (cf. “*Lex loci arbitri* and international commercial arbitration”, p. 21).

³¹⁸. JULIAN LEW, “Achieving the dream: autonomous arbitration”, pp. 182-183 (tradução livre).

Os poderes do árbitro deveriam ser limitados, pois, se assim não fossem, isso faria dele um “julgador em tudo e por tudo idêntico, em extensão e qualidade de poderes, ao juiz ordinário, quase um juiz paralelo”.³¹⁹

Consequência dessa linha de pensamento era a necessidade de verdadeiro domínio, pelas cortes estatais, de atos que pudessem afetar imediatamente a vida das pessoas.³²⁰ Seria inadmissível que árbitros pudessem emitir decisões com base em cognição sumária, sob pena de privar as partes das supostas garantias oferecidas pela jurisdição estatal.³²¹

Por mais que se admitisse uma cognição sumária exercida por julgadores privados, o uso da coerção não poderia (como, de fato, não pode) ser exercida por eles. Somente juízes ou autoridades estatais podem exercer atos de autoridade, pois estes poderes decorrem de atos de soberania, cujo monopólio é do Estado.³²²

A questão, porém, não se limitou à ausência de *imperium* (competência executiva) dos árbitros.³²³ Da impossibilidade de os árbitros exercerem poderes de autoridade, passou-se a inferir uma suposta impossibilidade de concessão de tutelas de urgência.³²⁴

³¹⁹. LA CHINA, *L'arbitrato*, pp. 146-147. Na redação original: “La *ratio di* tale atteggiamento del legislatore è la sua contrarietà ad investire gli arbitri di potere accedenti la mera cognizione (di accertamento, costitutiva, do condanna), ed a farne quindi un soggetto giudicante in tutto e per tutto identico, per estensione e qualità di poteri, al giudice ordinario, quasi un giudice parallelo”.

³²⁰. ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 77.

³²¹. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 255.

³²². LA CHINA, *L'arbitrato*, p. 147; ROQUE CAIVANO, *Arbitraje*, 235. LEONARDO GRECO depois de apontar, de forma interessante, “que a soberania é um conceito em crise, principalmente no atual contexto de formação dos chamados blocos econômicos, cujo mais singular exemplo é a União Europeia”, relata que o poder de coerção (*imperium*) “encontra a sua expressão mais forte na atividade jurisdicional de execução”, e essa se desdobra nos “poderes de apreensão, expropriação e administração”. (cf. *Instituições de processo civil*, vol. I, n. 4, p. 109 e 111).

³²³. ZANZUCCHI afirma que a jurisdição compreenderia três faculdades (i) faculdade de decisão (*notio*); (ii) faculdade de documentação; e (iii) faculdade de coerção (*imperium*). O árbitro não está dotado apenas da última faculdade (cf. *Diritto processuale civile*, vol. I, p. 15).

³²⁴. PAULA COSTA E SILVA, “A arbitrabilidade de medidas cautelares”, p. 211 e ss.

Percebe-se, assim, uma verdadeira tautologia, com mistura entre momentos distintos da atividade jurisdicional. De acordo com essa interpretação absolutamente equivocada, como os árbitros não possuem *imperium* para executar as suas decisões, não poderiam decretá-las. E não poderiam decretá-las porque não possuem *imperium* para executá-las.³²⁵

Assumindo a incorreta premissa de que os árbitros não poderiam conceder tutelas provisórias e urgentes porque efetivamente não possuiriam competência para executá-las, poderia chegar-se ao absurdo de negar ao árbitro também o poder de conceder tutelas definitivas (sentenças) porque não poderiam executá-las.³²⁶ A confusão entre *iuris dictio* e *imperium* era evidente.³²⁷

A despeito de essa postura representar, sem dúvida alguma, o espírito de legisladores do passado, ainda hoje existem (poucas) legislações arbitrais mantendo esse anacronismo injustificável.³²⁸

³²⁵. Irrepreensível o raciocínio feito por PAULA COSTA E SILVA: “Ora, se os tribunais arbitrais não têm competência executória, estando-lhes vedado praticar directamente actos de autoridade, eles têm competência declarativa, pelo que podem ser admitidos a pronunciar-se sobre a admissibilidade e a procedência da providência, apesar de esta poder visar, como resultado último, a realização de actos daquele tipo” (cf. “A arbitralidade de medidas cautelares”, p. 211 e ss).

³²⁶. Essa constatação não passou despercebida por ROQUE CAIVANO, ao tecer críticas sobre essa confusão: “Así como el laudo es dictado por los árbitros pero ejecutado por los jueces del Estado, sería lógicamente posible admitir que las medidas cautelares pueden correr igual suerte” (cf. *Arbitraje*, n. 7.1, p. 236). De forma bem firme, FRANCESCO LUISO também utiliza o mesmo argumento: “E se gli arbitri, quantunque sforniti di imperium, possono incidere in modo definitivo nella sfera giuridica delle parti, non si vede perché non vi possano incidere in modo provvisorio” (cf. “Appunti sull’arbitrato societario”, p. 724).

³²⁷. A distinção entre cognição e execução situa-se, essencialmente, na finalidade que cada uma possui. Conforme clássica definição de LIEBMAN, na cognição busca-se “descobrir e formular regra jurídica concreta que deve regular o caso”, e na execução o objetivo é “efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade de modo a que se realize a coincidência entre a regra e os fatos” (cf. *Processo de execução*, n. 18, p. 43). Em outras palavras, ao árbitro é permitida apenas tutela de conhecimento ou cognição, que “visa predominantemente a superar a crise de certeza do direito material, mediante a investigação do direito e do fato jurídico, daí decorrendo o possível reconhecimento da eficácia determinada pelo direito material, objeto da pretensão processual” (cf. ALVARO DE OLIVEIRA, “Perfil dogmático da tutela de urgência”, p. 17).

³²⁸. Interessante notar que na monografia de YESILIRMAK, publicada em 2005, citava-se, além de Itália e China, que serão objeto de análise mais detida abaixo, a legislação da Austria, Republica Checa, El Salvador, Finlândia, Principado de Liechtenstein, Malásia, Omã, Panamá e Província de Quebec. Atualmente, conforme se pesquisou para fins deste trabalho, todos esses países já possuem legislação permitindo a concessão de tutelas de urgência arbitrais. A Argentina não constava da lista acima, mas o art. 753 do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* dispõe negativamente: “Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”. A despeito de

5.2.1. Itália

A Itália é talvez o maior exemplo de legislação apegada a valores do passado no que diz respeito à possibilidade de o árbitro conceder tutela de urgência. Mesmo com alteração legislativa bem recente no capítulo do Código de Processo Civil dedicado à arbitragem (*decreto delegato* n. 40/2006), o legislador italiano manteve a famigerada proibição de os árbitros concederem tutelas de urgência.

O art. 818 do *codice di procedura civile* estabelece que “os árbitros não podem conceder sequestro, nem outros provimentos cautelares, salvo disposição contrária de lei”.³²⁹

Por sua vez, o art. 669-*quinquies* possui previsão de que, no caso de controvérsia objeto de convenção de arbitragem, a demanda antecedente “propõe-se ao juiz que seria competente para conhecer do mérito”.³³⁰⁻³³¹ A competência para declarar a ineficácia do provimento, assim como para revogá-lo ou modificá-lo também permanece estabelecida em lei com exclusividade ao juiz (art. 669-*novies* e art. 669-*decies*).

Os motivos utilizados para justificar a proibição, no caso italiano, em nada divergem dos já expostos acima para demonstrar o modo de se pensar daqueles

haver doutrina afirmando a competência dos árbitros mesmo diante da redação legal (cf., por exemplo, ROQUE CAIVANO, *Arbitraje*, p. 238), JOÃO BOSCO LEE cita precedentes das cortes estatais daquele país reconhecendo a ausência de competência dos árbitros (cf. *Arbitragem comercial internacional nos países do mercosul*, p. 161 e ss.).

³²⁹. Eis a redação original: “Gli arbitri non possono concedere sequestri, ne’altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge”.

³³⁰. Eis a redação original: “Se la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri anche non rituali o se è pendente il giudizio arbitrale, la domanda si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito”.

³³¹. De acordo com AULETTA, ao falar sobre a proibição do direito italiano, o limite negativo do art. 818 do c.p.c. italiano se resolve em positivo na dicção do art. 669-*quinquies* (cf. “Cognizione sommaria e giudizio arbitrale”, p. 493).

apegados ao passado: impossibilidade de o árbitro proferir decisões com base em cognição sumária e ausência de poder coercitivo (*supra*, n. 5.2).³³²

Os autores italianos, atualmente, cientes da ausência de motivos jurídicos ou políticos suficientes para justificar a posição legislativa, apontam que a razão para essa proibição é de opção de política legislativa, que poderia muito bem ter sido outra.³³³

O escopo da proibição da legislação italiana também já foi objeto de debates. A letra da lei, todavia, ao mencionar que os árbitros não podem determinar “sequestro, nem outros provimentos cautelares”, não parece deixar espaço para interpretações restritivas.³³⁴

Para LA CHINA, a única exceção do art. 818 estaria no campo das medidas de instrução preventiva (oitiva antecipada de testemunhas e avaliação técnica preventiva), pois estas escapariam dos limites previstos em lei.³³⁵ Mesmo assim, CARLEVARIS indica que, de acordo com a doutrina italiana, essa opinião é minoritária e de difícil aceitação, pois ignoraria a função tipicamente cautelar da instrução preventiva.³³⁶

³³². Adicionalmente a esses dois fundamentos, menciona-se também, na doutrina italiana, que não é de se estranhar a atribuição de competência cautelar a órgão diverso, motivo pelo qual a competência exclusiva do juízo estatal não representaria nenhum problema: “è estraneo all’ordinamento vigente un potere generale di cautela esercitabile dai singoli giudice che sono o saranno investiti della causa di merito in funzione di generica garanzia di effettività della tutela giurisdizionale” (cf. GIOVANNI ARIETA, “Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale e tutela cautelare”, p. 744 e ss.).

³³³. Conforme informa CHIRGA: “la ragione di questa esclusione andrebbe individuata in scelte di politica legislativa, che ben avrebbero potuto cadere su una soluzione diversa, del resto caldeggiata da autorevole dottrina anche sull’esempio di esperienze straniere” (cf. *La nuova disciplina dell’arbitrato*, p. 311). No mesmo sentido, cf. AULETTA, “Cognizione sommaria e giudizio arbitrale”, p. 498.

³³⁴. Cf. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, p. 264, inclusive nota de rodapé n. 43. Tudo isso a despeito da boa vontade de alguns doutrinadores de fazer interpretação restritiva da proibição legal, na tentativa, ao que parece, de “corrigir” a opção do legislador (cf. STEPHEN BOND, “La nature des mesures conservatoires et provisoires”, p. 10).

³³⁵. LA CHINA, *L’arbitrato*, p. 146.

³³⁶. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, p. 267. Esse problema pode ser resolvido facilmente, ao que parece, com a flexibilidade que o procedimento arbitral permite. O processo pode ser adaptado às necessidades do caso concreto, inclusive com inversão dos atos procedimentais, trazendo a instrução para o momento inicial do processo, se necessário (cf. MARCOS MONTORO, *Flexibilidade do procedimento arbitral*, n. 5.4, p. 73 e ss.).

O único sinal concreto de evolução no cenário das tutelas de urgência arbitrais, no ordenamento italiano, diz respeito à arbitragem societária. O art. 35, *quinto comma*, da lei de direito societário (*decreto delegato* n. 5/2003), permite a adoção específica de um único tipo de tutela de urgência pelos árbitros: a suspensão de decisão assemblear.³³⁷

Se a previsão da lei de direito societário, de 2003, poderia sinalizar avanço do legislador italiano em relação às tutelas de urgência, o posterior *decreto delegato* n. 40/2006, acima mencionado, ignorou solenemente os anseios da comunidade arbitral italiana. Na presença de convenção de arbitragem, com exceção do único e específico caso de suspensão de decisão assemblear, portanto, a competência para tutelas de urgência arbitrais na Itália é exclusiva das cortes estatais.

5.2.2. China

A lei de arbitragem da China, em vigor desde 1995, também não permite ao árbitro a concessão de tutelas de urgência. A peculiaridade desta lei em relação ao regime italiano, porém, está na forma procedimental como o pedido de tutela de urgência deve ser processado.

Em vez de simplesmente negar aos árbitros a competência, tal como fez o *codice di procedura civile* italiano, o legislador chinês optou por estabelecer uma forma inusitada e, até onde se possui conhecimento, única de cooperação entre tribunal arbitral e corte estatal.

De acordo com o art. 28 daquela lei de arbitragem, se houver a necessidade de proteção de propriedade por meio de tutela de urgência, a parte

³³⁷. Conforme lição de LA CHINA, “nell’articolo si può leggere pur sempre una regola generale – gli arbitri non concedono misure cautelare – e una eccezione – gli arbitri le concedono se una disposizione di legge diversa dal divieto, come quella ora citata dall’arbitrato societario, lo consente” (cf. *L’arbitrato*, p. 146). Sobre o tema, cf. FRANCESCO LUISO, “Appunti sull’arbitrato societario”, p. 705 e ss.

interessada a pleiteará ao tribunal arbitral e este, então, deverá transmitir o pedido para apreciação pela corte estatal.³³⁸

O papel do tribunal arbitral, assim, seria muito semelhante ao de um carteiro, responsável apenas por receber e transmitir a correspondência. A competência para apreciar e deferir (ou não) o pedido, de acordo com as regras do Código de Processo Civil chinês, é exclusivo do juiz.³³⁹

Em resumo, são três os passos a serem percorridos quando a parte precisa de uma tutela de urgência na China: (a) a parte interessada deverá apresentar seu pedido ao tribunal arbitral; (b) sem nenhuma análise prévia, o pedido da parte deverá ser remetido à corte estatal do local em que está localizada a propriedade ou prova; (c) levando em consideração o quanto disposto no Código de Processo Civil, o juiz decidirá sobre a pretensão apresentada.³⁴⁰

Estranha opção. Os árbitros não podem apreciar o pedido, mas podem recebê-lo para, então, encaminhá-lo ao juiz competente. Note-se que, de acordo com relato de JINGZHOU TAO, essas medidas de urgência são utilizadas quase que exclusivamente para circunstâncias de eventual possibilidade de destruição ou produção antecipada de prova e, em casos excepcionais, execução antecipada.³⁴¹ A opção legislativa, dessa forma, acaba sendo a mais demorada possível, apesar de dar segurança

³³⁸. Eis a versão em inglês do art. 28 da lei de arbitragem chinesa: “If a party applies for interim measures of protection of property, the arbitration commission shall submit the party's application to a People's Court in accordance with the relevant provisions of the Civil Procedure Law”.

³³⁹. Conforme relatado por GE LIU, “UNCITRAL Model Law v. Chinese Law and practice: a discussion on interim measures of protection”, p. 280-281. JINGZHOU TAO explica, de forma sucinta, como funciona a análise do pedido de acordo com o Código de Processo Civil chinês: “The Civil Procedure Law details the procedures applicable to the submission of applications for property preservation and advanced execution. Property preservation measures may be granted where that party believes: (a) that the execution of a judgment may become impossible or difficult because of the actions of the other party or for other reasons, or (b) that in the absence of an immediate property preservation order his/her legitimate rights and interests would suffer irretrievable damage” (cf. *Arbitration law and practice in China*, p. 126).

³⁴⁰. GE LIU, “UNCITRAL Model Law v. Chinese Law and practice: a discussion on interim measures of protection”, p. 280-281.

³⁴¹. Cf. explicação de JINGZHOU TAO: “Chinese law does not provide for a general competence of the People's Court to order preservation measures other than the preservation of property, of evidence and advanced execution described above, as for example Mareva injunctions, anti-suit injunctions, etc. (cf. *Arbitration law and practice in China*, pp. 127-128).

quanto à inexistência de processos paralelos perante tribunais arbitrais e cortes estatais para a mesma finalidade.

Na mesma linha da lei de arbitragem chinesa, o Regulamento CIETAC 2005, no seu art. 18, estabelecia que, ao receber um pedido de medida de urgência para preservação de prova, a instituição arbitral deveria encaminhá-lo à corte estatal do local onde a prova está localizada.³⁴² Como se pode perceber, essa regra repetia de forma integral a previsão da lei de arbitragem.

Embora a lei de arbitragem chinesa mantenha-se inalterada, em 2012 o Regulamento CIETAC sofreu alterações no que diz respeito às tutelas de urgência, passando a distinguir a questão da competência para tutelas de urgência conforme a lei aplicável ao processo arbitral. A principal alteração foi a inclusão do art. 21(2). De acordo com esse novo artigo, o tribunal arbitral tem competência para proferir as tutelas de urgência que entender adequadas.³⁴³ No entanto, redação semelhante à do antigo art. 18, proibindo a concessão de tutelas de urgência, foi mantida no art. 21(1).³⁴⁴

Em uma análise menos detida, poderia dizer-se que tais previsões são contraditórias. A aparente contradição, todavia, é resolvida quando se percebe que a proibição do art. 21(1) continua válida para pedidos de tutela de urgência “de acordo com as leis da República Popular da China”. Nesses casos, os árbitros continuam com a obrigação de remeter o pedido para a corte estatal competente.

³⁴². JINGZHOU TAO, *Arbitration law and practice in China*, p. 125 e ss. Eis a versão em inglês do art. 18 do Regulamento CIETAC 2005: “When a party applies for the protection of evidence, the CIETAC shall forward the party's application for a ruling to the competent court at the place where the evidence is located”. Conforme observação de LEW-MISTELIS-KRÖLL, “a serious limitation on the arbitrators' power to order interim relief exists in the CIETAC Rules. (...) A tribunal cannot order any type of interim relief as an application from one of the parties would be transferred by CIETAC to the local courts” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-28, p. 592).

³⁴³. Eis a redação em inglês do novo art. 21(2) do Regulamento CIETAC 2012: 2. At the request of a party, the arbitral tribunal may order any interim measure it deems necessary or proper in accordance with the applicable law, and may require the requesting party to provide appropriate security in connection with the measure. The order of an interim measure by the arbitral tribunal may take the form of a procedural order or an interlocutory award”.

³⁴⁴. Eis a redação em inglês do novo art. 21(1) do Regulamento CIETAC 2012: “1. Where a party applies for conservatory measures pursuant to the laws of the People's Republic of China, the secretariat of CIETAC shall forward the party's application to the competent court designated by that party in accordance with the law”.

A previsão do art. 21(2) possui aplicabilidade para arbitragens com local outro que não a China continental.³⁴⁵ De acordo com SONG LU, “é possível que a *lex arbitri* nesse caso permita ao tribunal adotar tutelas de urgência”. A justificativa para esse mudança seria a possibilidade de concessão de tutelas de urgência, por exemplo, em arbitragem, posto que administrada pela CIETAC, com local em Hong Kong, onde as tutelas de urgência não são proibidas pela *lex arbitri*.³⁴⁶

Como se pode perceber, a despeito dos esforços da CIETAC para modernizar o cenário das tutelas de urgência e da doutrina para tentar abrandar os termos da lei de arbitragem chinesa para alguns tipos de tutelas de urgência,³⁴⁷ fato é que, em arbitragens com local na China continental, a conduta esperada dos árbitros, ao receber o pleito de tutelas de urgência, é encaminhá-lo à análise das cortes estatais.

5.3. VISÃO DO PRESENTE: COMPETÊNCIA DOS ÁRBITROS

Com o maior desenvolvimento das relações comerciais, passou-se a ver que a escolha de outro sujeito, diverso do juiz estatal, para resolver determinados litígios, não significaria violação da soberania estatal.

Percebeu-se, assim, que os mecanismos alternativos (*i.e.*, adequados) de resolução de litígios não podem ser considerados como formas de exclusão ou limitação

³⁴⁵. Utiliza-se a expressão “China continental” para evidenciar a exclusão de Hong Kong e Macau, que possuem elevado grau de autonomia.

³⁴⁶. Conforme opinião no original: “if an arbitration case is administered by CIETAC and the place of arbitration is in a country or region other than mainland China, whether as a result of the parties’ agreement or as designated by CIETAC, it is possible that the *lex arbitri* in that case may permit the tribunal to take interim measures. One example is where the place of arbitration is agreed or designated to be the Hong Kong” (cf. SONG LU, “The new CIETAC arbitration rules of 2012”, p. 306). No mesmo sentido, cf. THOMAS SO, “New CIETAC arbitration rules”, p. 102.

³⁴⁷. É o que tenta, por exemplo, SONG LU ao afirmar que a proibição da lei de arbitragem não excluiria todos os tipos de tutelas de urgência, mas apenas alguns deles (cf. “The new CIETAC arbitration rules of 2012”, pp. 306-307).

à jurisdição estatal, mas sim, conforme bem lembrado por SALLES, como novos mecanismos para dar “efetividade à garantia de prestação do serviço judiciário”.³⁴⁸

Ultrapassados os preconceitos e confusões do passado, reconhece-se atualmente, de forma ampla, que a via arbitral é, em regra, a competente para a concessão de tutelas de urgência arbitrais.³⁴⁹ GARY BORN, por exemplo, chega até mesmo a afirmar que a interferência do Poder Judiciário, para esses tipos de medidas, é geralmente contraproducente.³⁵⁰

Mas por que os árbitros devem possuir competência para a concessão de tutelas de urgência? A resposta, apesar de simples, compreende diversos fatores.

Em primeiro lugar, a vontade das partes, manifestada por meio da convenção de arbitragem, é a base da arbitragem. A partir do momento em que as partes decidem que quaisquer litígios (decorrentes de uma relação específica)³⁵¹ serão

³⁴⁸. Cf. “Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada”, p. 782. O mesmo autor aponta, com razão, que os mecanismos alternativos de solução de controvérsias “deixam de ser considerados como formas de exclusão ou limitação da jurisdição estatal para passarem a ser vistos como instrumentos uxiliares desta última no atingimento de seu objetivo de prestar universalmente serviços de solução de controvérsias” (cf. “Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada”, p. 782 e ss.).

³⁴⁹. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 270. De acordo com LEW-MISTELIS-KRÖLL, “it is now widely recognized that the arbitration tribunal will often be the best forum to determine the appropriateness of specific interim measures for each case” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, p. 588). O jurista português MANUEL BARROCAS afirma que a principal fonte propulsora desse movimento foi a Lei Modelo da UNCITRAL de 1985, cuja redação do art. 17 já estabelecia a competência dos árbitros para a concessão de tutelas de urgência (cf. *Manual de arbitragem*, p. 241). A Lei Modelo da UNCITRAL será objeto de análise específica em seguida (*infra*, n. 5.3.1). Cf. ainda SÉBASTIEN BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires*, p. 56 e ss.

³⁵⁰. Depois de afirmar que a maioria das legislações arbitrais desenvolvidas seguiram o movimento de permitir a concessão de tutelas de urgência pelos árbitros, BORN aponta que esse movimento reflete o reconhecimento de que “interlocutory judicial interference in the arbitral process is often counterproductive” (cf. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1951). Sobre a não interferência do Poder Judiciário nas arbitragens, de forma mais detalhada, cf. do mesmo autor, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1776 e ss.

³⁵¹. A lei de arbitragem italiana fala expressamente em convenção de arbitragem para matérias não contratuais no art. 806-bis do *Codice di Procedura Civile*: “Le parti possono stabilire, con apposita convenzione, che siano decise da arbitri le controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati” (cf. CESARE CAVALLINI, *L’arbitrato rituale*, p. 57 e ss.)

resolvidos por meio da via arbitral, deve-se evitar qualquer outro meio de resolução de litígio por respeito à “santidade do contrato”.³⁵²

De fato, ao utilizarem-se da via arbitral também para as tutelas de urgência, as partes estão respeitando a própria vontade anteriormente manifestada por meio da convenção de arbitragem. Como aponta LA CHINA, com absoluta razão, depois da escolha da via arbitral, as partes não querem mais se ver em um mecanismo diferente de resolução de litígios “por razões práticas e psicológicas antes mesmo do que jurídicas”.³⁵³

Em segundo lugar, a utilização da via arbitral para a concessão de tutelas de urgência demonstra respeito à alocação de riscos acordada pelas partes quando da assinatura do contrato.³⁵⁴ É evidente que a escolha da forma de resolução de litígios é um fator relevante levado em consideração inclusive para a precificação do negócio a ser concluído. Quanto maiores os riscos, naturalmente maiores devem ser os possíveis lucros envolvidos.³⁵⁵

Ao escolherem a arbitragem, as partes contratantes levam em consideração, dentre outros fatores: tempo de duração do processo, possibilidade de escolha dos seus próprios julgadores, especialidade desses julgadores, neutralidade do local, escolha da lei aplicável à controvérsia.³⁵⁶ Notadamente quando o contrato possui

³⁵². YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, pp. 48-49.

³⁵³. Cf. *L'arbitrato*, pp. XX-XXI. No original: “per le accennate ragioni pratiche e psicologiche prima ancora che giuridiche”. ANDREA CARLEVARIS explica que um dos fundamentos para limitar o papel do juízo estatal na concessão de tutelas de urgência é exatamente a possibilidade de frustração do “stesso principio di autonomia e la volontà compromissoria delle parti che ne è la manifestazione” (cf. *La tutela cautelare nell' arbitrato internazionale*, p. 37). No mesmo sentido, LIRA GOSWAMI relembra que a arbitragem é uma escolha geralmente feita para evitar a intervenção das cortes estatais e, portanto, “it is necessary to limit the court's role and/or to balance the legitimate role of the court vis-à-vis the need to respect the party's choice” (cf. “Interim reliefs: the role of the courts”, p. 113).

³⁵⁴. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, p. 49.

³⁵⁵. Muito embora esse trabalho não tenha por finalidade analisar os aspectos econômicos do direito, não se pode esquecer que esse fator está sempre presente, notadamente em contratos vultosos. Para um estudo aprofundado sobre *law and economics*, cf. o clássico RICHARD POSNER, *Economic analysis of law*, *passim*.

³⁵⁶. Relação parecida das reais vantagens da via arbitral foi feita por CARMONA, há muito tempo, em sua tese de doutorado (cf. *A arbitragem no processo civil brasileiro*, p. 73-75). Sobre o assunto, cf. também

caráter internacional, esses fatores podem ser determinantes para a conclusão do negócio.³⁵⁷ Mais uma vez, a vontade das partes deve ser preservada.

Em terceiro lugar, se a resolução final e definitiva do litígio foi confiada aos árbitros, não é lógico supor que esses não tenham poderes para regular provisoriamente as mesmas questões.³⁵⁸ Se os árbitros podem proferir decisões vinculantes e definitivas, por que não o teriam para decisões provisórias? Mais uma vez, presumir o contrário feriria o bom senso.³⁵⁹

Em quarto lugar, os árbitros, de uma forma geral, durante o curso do processo arbitral, estão em melhor posição do que os juízes para identificar se determinado pedido de tutela de urgência é genuinamente necessário ou se está sendo utilizado como *abusive weapon*.³⁶⁰ Com efeito, como os árbitros são responsáveis por julgar o mérito do litígio, é natural que, em comparação ao juiz, eles possuam maior conhecimento dos fatos e das peculiaridades da disputa, podendo, com isso, verificar com mais propriedade a necessidade ou não da tutela de urgência.³⁶¹

Em quinto lugar, a especialidade dos árbitros naquele determinado assunto em litígio faz com que a arbitragem seja mais adequada para lidar com o pedido de tutela de urgência de forma mais efetiva.³⁶² Realmente, não se pode esquecer que a especialidade dos árbitros é um dos fatores determinantes para a escolha da via

LIGIA PINTO e HEITOR SICA, “Reflexões sobre arbitragem no Brasil e a arbitragem internacional”, p. 26-27; e SALLES, *Arbitragem em contratos administrativos*, n. 2.2, p. 33 e ss.

³⁵⁷. Como lembra JULIAN LEW, “it should never be ignored that the arbitration agreement is itself a definitive contract, often commercially driven (such as price, payment and delivery terms, and warranties), the specific purpose of which is to exclude national courts being involved in disputes between the parties” (cf. “Achieving the dream: autonomous arbitration”, pp. 179-180).

³⁵⁸. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, p. 49.

³⁵⁹. PIERRE KARRER, “Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory, please”, p. 98; ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 120.

³⁶⁰. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, p. 50.

³⁶¹. Para análise da questão sob a perspectiva do processo estatal, mas que pode ser aplicável geralmente ao processo arbitral, cf. HELENA ABDO, *O abuso do processo, passim*; BRUNELA DE VICENZI, *A boa-fé no processual civil*, p. 77 e ss.

³⁶². Cf. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, p. 51.

arbitral.³⁶³ Da mesma forma que essa especialidade facilita a tutela final, facilita naturalmente a apreciação das tutelas de urgência.

Em sexto lugar, existe o argumento de que a decisão do árbitro possui um efeito menos destrutivo à relação comercial das partes. Levar a disputa do campo arbitral para o estatal pode possuir um “efeito inflamatório” na forma de resolução de litígio.³⁶⁴ Apesar desse ponto ser de difícil constatação prática e não haja comprovação empírica, parece razoável supor que a decisão advinda de alguém escolhido pelas próprias partes deve ter maior grau de aceitação. Afinal, as partes geralmente nomeiam árbitros em quem confiam e a decisão deles (sobre tutelas de urgência ou sobre o mérito) se impõe às partes em razão da confiança depositada neles.³⁶⁵

Em sétimo lugar, o pedido de tutela de urgência perante os árbitros, assim como os seus argumentos, e, em alguns casos, a própria existência do processo, podem ser mantidos confidenciais, enquanto na via estatal isso nem sempre ocorre porque processos judiciais são geralmente públicos.³⁶⁶

De fato, a Lei de Arbitragem é silente sobre o dever de sigilo ou confidencialidade na arbitragem.³⁶⁷ A única previsão que parece chegar perto desse

³⁶³. SALLES, *Arbitragem em contratos administrativos*, p. 49 e ss.

³⁶⁴. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, p. 51.

³⁶⁵. De acordo com SALLES, a base consensual da arbitragem a torna “menos disruptiva da relação entre as partes, propiciando facilidades para o prosseguimento do relacionamento entre elas, bem como para o cumprimento voluntário da decisão” (cf. *A arbitragem em contratos administrativos*, n. 2.2.1, p. 34). Com isso, não se desconhece a existência de estudos demonstrando que a satisfação (ou insatisfação) com o método de resolução de litígio é afetado muito mais pela percepção de ter tido um tratamento igualitário e justo do que pelo resultado final (cf. TOM TYLER, “Public trust and confidence in legal authorities: what do majority and minority group members want from the law and legal institutions?”, p. 215 e ss.). A primeira linha de argumento, porém, não exclui a segunda. De uma forma geral, como o processo arbitral deve sempre ser tratado como único, a percepção de ter sido tratado de modo justo e igualitário é maior.

³⁶⁶. YESILIRMAK destaca que “in regard of judicial measures, however, confidentiality cannot always be assured because most court proceedings are public” (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, pp. 51-52).

³⁶⁷. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 246. Em sentido contrário, JOSÉ EMILIO NUNES PINTO entende que “a confidencialidade é uma expectativa das partes ao elegerem a via arbitral para a solução de suas controvérsias” e que essa expectativa advém da boa-fé nas relações contratuais (“A confidencialidade na arbitragem”, p. 25 e ss.). Por sua vez, SALLES menciona que existe no processo arbitral “tendência à confidencialidade” (cf. *Arbitragem em contratos administrativos*, p. 54 e ss.). Com relação à arbitragem envolvendo o poder público, PAULO AMARAL diz que o sigilo “mostra-se incompatível com litígios arbitrais envolvendo entes públicos – ainda que a disputa se dê em torno de direitos patrimoniais

assunto é o art. 13, § 6.º, cuja redação determina aos árbitros o dever de guardar, no desempenho de sua função, discrição. No entanto, as partes sempre podem estabelecer sigilo expressamente ou por incorporação a um determinado regulamento. O mesmo sigilo não ocorre, necessariamente, no processo judicial, pois depende de análise do juiz quanto à presença dos requisitos estabelecidos no Código de Processo Civil.³⁶⁸⁻³⁶⁹

Se a possibilidade de manter as informações do processo arbitral sob confidencialidade é uma vantagem da arbitragem, a manutenção dessa confidencialidade no caso de tutelas de urgência também é mais um motivo para justificar a via arbitral como a mais adequada para apreciação desses pedidos.

Em oitavo lugar, há o argumento de que as tutelas de urgência arbitrais geralmente podem ser mais flexíveis e desenhadas para determinada situação específica. Com isso, elas seriam mais adequadas, levando em consideração as especificidades do caso concreto.³⁷⁰

Muito embora os juízes possam, em razão do poder geral de cautela, proferir tutelas de urgência adequadas, levando em consideração as especificidades do

disponíveis” (cf. *Arbitragem e poder público*, pp. 65-66). Para CARMONA o princípio da transparência deve ser observado, permitindo “acesso aos interessados à decisão e aos atos essenciais do processo arbitral (quando necessário), preservando-se, porém, o sigilo dos debates e a confidencialidade dos documentos que instruíram o processo arbitral” (cf. *Arbitragem e processo*, p. 52). LEW-MISTELIS-KRÖLL lecionam, com base nas legislações arbitrais em vigor, que “without an explicit agreement between the parties there will be no obligation of confidentiality under most arbitration law” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 8-45, p. 176).

³⁶⁸. No que diz respeito ao processo estatal, o princípio da publicidade dos atos processuais é garantido pela Constituição Federal (art. 93, inc. IX). O segredo de justiça pode ser decretado em casos em que o interesse público exigir (CPC, art. 155, inc. I) ou que digam respeito ao direito à intimidade (CPC, art. 155, inc. II). Para ambos os casos, sempre haverá a necessidade de “o juiz traduzi-la [a exigência legal] à vista das peculiaridades do caso e por meio de decisão motivada” (cf. NELTON DOS SANTOS, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 433). PARENTE menciona a importância de o juiz, com base em seu poder geral de cautela, “determine segredo de justiça à demanda após a demonstração de necessidade pelo autor” (cf. *Sistema e processo arbitral*, n. 2.1.2.2.2, p. 76, nota de rodapé n. 125). É de se notar, por outro lado, que há, na nova lei de arbitragem da Costa Rica (vigente a partir de 25 de maio de 2011), previsão legal para que, em processos judiciais relacionados a arbitragens, apenas as partes e seus advogados tenham acesso aos autos (Cf. DIETMAR PRAGER, “Costa Rica has a new arbitration law”, *passim*).

³⁶⁹. Esse cenário pode mudar em breve. De acordo com o art. 170, inc. IV, do projeto de Código de Processo Civil, corre em segredo de justiça os processos “que dizem respeito à arbitragem, inclusive ao cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”.

³⁷⁰. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, p. 52.

caso concreto (direito material),³⁷¹ observa-se na prática que eles, em regra, não possuem tempo e estrutura funcional para a adequada análise e reflexão sobre determinados casos mais complexos, a fim de efetivamente utilizar todas as armas que estão em suas mãos.³⁷² Isso não ocorre em regra com os árbitros, que são especialmente contratados para julgar determinado caso.³⁷³ Pode-se dizer que tutelas de urgência concedidas por árbitros tendem a ser mais bem desenhadas para uma determinada situação e, portanto, mais adequadas ao caso concreto.

Finalmente, em nono lugar, pode-se dizer que as tutelas de urgência arbitrais são geralmente menos custosas do que as judiciais, pois não preveem a possibilidade de recurso e o procedimento para a sua análise pode ser mais bem adaptado pelos árbitros.³⁷⁴ Realmente, se já existe um tribunal arbitral constituído para a análise do mérito do litígio, iniciar um processo judicial paralelo a fim de verificar pedido de tutela de urgência, com novos custos e todas suas vicissitudes, não parece ser a melhor relação de custo e benefício. Essa afirmação, todavia, não é absoluta e pode variar de acordo com a forma de remuneração dos árbitros e da instituição que administra o processo arbitral (no caso de arbitragens institucionais).

Em razão do cenário acima indicado, é cada vez mais comum, nas legislações arbitrais, o reconhecimento de que os árbitros possuem competência para a concessão de tutelas de urgência. Isso será analisado em maiores detalhes no tópico seguinte.

³⁷¹. Com base no poder geral de cautela, “sempre que necessária a tutela urgente, ainda que para proteger situação não prevista de forma específica, pode a parte dirigir-se ao juiz, que possui poder para determinar a medida adequada à eliminação do perigo de dano ao direito (cfr. CPC, art. 798)” (cf. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 224 e ss.).

³⁷². CARMONA, “Em torno do árbitro”, p. 48.

³⁷³. Fazendo referência a diversos autores brasileiros e estrangeiros, MARCOS MONTORO observa que uma das grandes vantagens da arbitragem é exatamente a flexibilidade do procedimento arbitral, que pode ser adaptado a cada caso concreto (cf. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, n. 5.4, p. 73 e ss.). Esse ambiente mais arejado e flexível inevitavelmente possuirá reflexos no conteúdo da decisão arbitral também.

³⁷⁴. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, pp. 52-53.

5.3.1. Lei Modelo da UNCITRAL

A Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional (“UNCITRAL”) foi estabelecida por meio de Assembleia Geral em 1966. A principal função da UNCITRAL é promover a progressiva harmonização e unificação do direito comercial internacional. Nesse contexto, a arbitragem comercial internacional e a conciliação estão dentre os temas tratados pela UNCITRAL.

Um dos grandes empreendimentos, nessa área, foi a Lei Modelo da UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional, que foi editada em 1985.³⁷⁵ Apesar de não se tratar, como a própria denominação indica, de uma legislação propriamente dita, serve de modelo para diversas legislações arbitrais no mundo todo. O seu papel é guiar a revisão e atualização das legislações nacionais sobre arbitragem.

A ideia de uma Lei Modelo origina-se, de um lado, na aceitação da importância da arbitragem como método para solução de litígio e, de outro lado, na constatação de que leis nacionais muito díspares podem ocasionar incertezas e, ao fim, frear o desenvolvimento do instituto.³⁷⁶

De acordo com informações disponíveis do *site* da UNCITRAL, a Lei Modelo já foi adotada, de forma integral ou com adaptações, por diversos países.³⁷⁷

³⁷⁵. GARY BORN, *International commercial arbitration*, 2001, p. 45; CRAIG-PARK-PAULSSON, *International Chamber of Commerce arbitration*, par. 29.01, p. 519 e ss. Não se pode esquecer de mencionar também o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, adotado anteriormente, em 1976, para servir de guia à harmonização de diversos regulamentos arbitrais. Sobre o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, cf. *supra*, n 4.2.2.

³⁷⁶. PIERO BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, pp. 32-33.

³⁷⁷. De acordo com informações da UNCITRAL, os seguintes países adotam total ou parcialmente a Lei Modelo: Alemanha, Armênia, Austrália (New South Wales, Northern Territory, South Australia, Tasmania e Victoria), Áustria, Azerbaijão, Bahrain, Bangladesh, Bielorrússia, Brunei Darussalam, Bulgária, Camboja, Canadá (Alberta, British Columbia, Labrador, Manitoba, New Brunswick, Newfoundland, Northwest Territories, Nova Scotia, Nunavut, Ontario, Prince Edward Island, Quebec, Saskatchewan e Yukon), Chile, China (Hong Kong e Macau), Chipre, Cingapura, Coreia do Sul, Costa Rica, Croácia, Dinamarca, Egito, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos da América (Califórnia, Connecticut, Flórida, Illinois, Louisiana, Oregon e Texas), Estônia, Filipinas, Geórgia, Grécia, Guatemala, Honduras, Hungria, Índia, Irã, Irlanda, Japão, Jordânia, Quênia, Lituânia, Macedônia, Madagascar, Malásia, Malta, Maurício, México, Nova Zelândia, Nicarágua, Nigéria, Noruega, Omã, Paraguai, Peru, Polônia, Reino Unido (Bermuda e Escócia), República Dominicana, Rússia, Ruanda,

Dessa forma, boas práticas arbitrais descritas pela Lei Modelo acabam sendo largamente adotadas de forma integral ou servem, ao menos, de inspiração para legislações nacionais.

No que diz respeito especificamente ao objeto deste trabalho, a Lei Modelo da UNCITRAL, desde a sua primeira versão, em 1985, já estabelecia de forma expressa, no seu art. 17, a competência dos árbitros para a concessão de tutelas de urgência, dispondo que:

A menos que as partes acordem de forma diferente, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma parte, ordenar a qualquer delas que tome as tutelas de urgência que o tribunal arbitral considere necessário tomar em relação ao objeto do litígio. O tribunal arbitral pode exigir a qualquer das partes que, em conexão com essas medidas, preste uma garantia adequada”.³⁷⁸

Essa previsão dava ao tribunal arbitral um poder geral de ordenar tutelas de urgência. Note-se que, de acordo com o que previa a Lei Modelo da UNCITRAL, o tribunal arbitral não estava limitado a medidas específicas ou nominadas. Qual medida conceder dependia de avaliação sobre o caso concreto.

Chegou-se a mencionar que a redação do art. 17 colocaria certa restrição à atividade do tribunal arbitral quando se falava em *tutelas necessárias e em relação ao assunto em litígio*, mas prevaleceu o entendimento de que, devidamente interpretado, o art. 17 não constitui nenhum obstáculo à concessão de tutelas de urgência por tribunais arbitrais.³⁷⁹

Sérvia, Sri Lanka, Tailândia, Tunísia, Turquia, Ucrânia, Uganda, Venezuela, Zâmbia e Zimbábue. Acesso em 14.03.2012.

³⁷⁸. Eis a redação original: “Unless otherwise agreed by the parties, the arbitration tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the arbitration tribunal may consider necessary in respect of the subject-matter of the dispute”.

³⁷⁹. São expressivas, nesse sentido, as seguintes palavras de GARY BORN, explicando que a correta interpretação do art. 17 permite larga atividade do tribunal arbitral desde que a medida seja necessária e tenha razoável relação com o assunto em litígio: “Properly interpreted, Article 17’s original limitation to provisional measures “in respect of the subject matter of the dispute” does not restrict the arbitral tribunal to orders presenting or detaining a particular item of disputed property (e.g., a shipment of goods or parcel of real property). Rather, as discussed below, the original text of Article 17 permits such orders as one example of available provisional relief, but more broadly allows any provisional measures that the tribunal considers “necessary,” provided that such measures have a reasonable relation to the subject matter of the dispute” (cf. *Internacional commercial arbitration*, vol. II, pp. 1951-1952).

Considerando a importância do assunto para o desenvolvimento do instituto da arbitragem, em 2000 a UNCITRAL criou grupos de trabalho, envolvendo diversos especialistas, para tentar criar um regime mais adequado para o assunto.³⁸⁰ Em 2006, depois de intensos debates, a Lei Modelo da UNCITRAL sofreu significativas alterações no que diz respeito às tutelas de urgência arbitrais.

Atualmente, o art. 17(1) da Lei Modelo dispõe que, “salvo acordo em contrário pelas partes, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma parte, conceder tutelas de urgência”.³⁸¹ A regra, assim, é que os árbitros possuam competência salvo acordo em sentido contrário pelas partes. Ou seja, as partes podem exercer sua autonomia da vontade para o *opt out* (*supra*, n. 4.6).

A Lei Modelo criou um regime detalhado para as tutelas de urgência arbitrais, dedicando onze artigos ao assunto (além do tradicional art. 17, há do art. 17-A ao 17-J). Disciplinaram-se diversos aspectos: desde o conceito até questões relacionadas ao reconhecimento e execução.³⁸²

Essa postura da Lei Modelo da UNCITRAL é consistente com as expectativas das partes que acordaram resolver suas disputas por meio de arbitragem. Tratando-se de arbitragem interna ou internacional, a expectativa das partes é, uma vez respeitados os limites objetivos acordados, ter um meio efetivo para resolver todas as questões relacionadas.³⁸³

³⁸⁰. Todas as reuniões são registradas por meio de atas disponíveis no site da UNCITRAL e serão referidas neste trabalho conforme relevantes para o desenvolvimento dos temas tratados. Não se desenvolverá o tema neste tópico para evitarem-se repetições.

³⁸¹. Eis a redação original: “Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures”.

³⁸². Este trabalho fará referência à Lei Modelo da UNCITRAL sempre que seja pertinente ao desenvolvimento do tema abordado. Não se desenvolverá o tema de forma mais extensiva neste tópico para evitarem-se repetições desnecessárias.

³⁸³. GARY BORN, *Internacional commercial arbitration*, vol. II, p. 1953.

A Lei Modelo da UNCITRAL, portanto, é fonte propulsora e inspiradora desse movimento de ampliação da competência arbitral para a concessão de tutelas de urgência.³⁸⁴

5.4. OUTRA VISÃO: COMPETÊNCIA EXCLUSIVA E ABSOLUTA DOS ÁRBITROS

Admite-se atualmente que os árbitros possuem competência para a concessão de tutelas de urgência arbitrais, mas também se reconhece que nem sempre o árbitro estará em posição de conceder a tutela de urgência arbitral (*infra*, 5.5). A constatação de que a competência dos árbitros para a concessão de tutelas de urgência nem sempre poderá ser exercida chega a ser intuitiva quando se verifica que, até onde se possui conhecimento, nenhuma legislação nacional de arbitragem outorga competência absoluta ao árbitro para concessão de tutelas de urgência.³⁸⁵

Exceção encontrada, estabelecendo competência exclusiva e absoluta dos árbitros, independentemente do momento em que se esteja de resolução do litígio (fase pré-arbitral ou arbitral), está no campo diverso das arbitragens de investimento submetidas à Convenção sobre a Resolução de Conflitos Relativos a Investimentos entre Estado e Nacionais de outros Estados, assinada em Washington em 18 de março de 1965 (“Convenção de Washington” ou “Convenção ICSID”).

Trata-se do principal mecanismo internacional de incentivo e proteção a investimentos e a sua utilização é crescente. Embora o Brasil não seja signatário da Convenção de Washington, nada impede a sua utilização por pessoas físicas e jurídicas brasileiras ao investirem em território de Estados contratantes.³⁸⁶

³⁸⁴. CRAIG-PARK-PAULSSON, *International Chamber of Commerce arbitration*, par. 29.01, p. 519; MANUEL BARROCAS, *Manual de arbitragem*, p. 241.

³⁸⁵. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, p. 60. ROSA ALCAMÍ chega a afirmar que “no hay ningún sistema, ni estatal ni institucional, que prevea una competencia exclusiva de los árbitros para la adopción de las medidas cautelares” (cf. *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, pp. 44-45).

³⁸⁶. ALFRED SIOUFI FILHO, “Denegação de justiça”, p. 57 e ss.; LEONARDO MELO, “Introdução às arbitragens de investimento perante o sistema ICSID”, p. 55 e ss.

O art. 26 da Convenção de Washington prevê que “o consentimento das partes à arbitragem sob esta Convenção deverá, salvo acordo em contrário, ser considerada como renúncia a qualquer outro remédio”.³⁸⁷ Ao mesmo tempo, o art. 47 da mesma Convenção garante competência ao tribunal arbitral para concessão de tutelas de urgência.³⁸⁸

Por sua vez, o art. 39 do Regulamento do *International Centre For Settlement of Investment Disputes* (Regulamento ICSID) também prevê a competência para tutelas de urgência arbitrais e, no inciso (5), dispõe que o pedido de tutelas de urgência perante o Poder Judiciário ou qualquer outro tipo de autoridade, *antes ou durante o curso do processo arbitral*, só será permitido caso as partes tenham estipulado expressamente nesse sentido.³⁸⁹ Ou seja, salvo acordo em sentido contrário, a competência dos árbitros é absoluta, mesmo para momentos em que o tribunal arbitral não puder agir de forma tempestiva ou efetiva.

³⁸⁷. Eis a redação original: “Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention”.

³⁸⁸. Eis a redação original: “Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party”. Interessante notar que houve, no passado, em virtude do vocábulo “recomendação” no art. 47 da Convenção, dúvidas se a decisão do tribunal arbitral seria vinculante às partes. Conforme decisão do caso *Occidental Petroleum Corp. v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/06/11): “The Tribunal wishes to make clear for the avoidance of doubt that, although Article 47 of the ICSID Convention uses the word ‘recommend,’ the Tribunal is, in fact, empowered to order provisional measures. This has been recognized by numerous international tribunals”. Disponível em <http://icsid.worldbank.org>, acesso em 26 de maio de 2012.

³⁸⁹. Eis a redação original: “Nothing in this Rule shall prevent the parties, provided that they have so stipulated in the agreement recording their consent, from requesting any judicial or other authority to order provisional measures, prior to the institution of the proceeding, or during the proceeding, for the preservation of their respective rights and interests”. A previsão do art. 39(5) já foi objeto de decisão no caso *Tokios Tokelés v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/02/18): “In becoming a party to the Convention, Ukraine has committed itself to the principle of exclusivity of ICSID proceedings, and, hence, to the exclusion of domestic judicial or administrative remedies. Pursuant to this principle, which lies at the very heart of the ICSID institution and mechanism, once the parties have consented to ICSID arbitration, they must refrain from initiating or pursuing proceedings in any other forum in respect of the subject matter of the dispute before ICSID. As stated in paragraph 32 of the Report of the Executive Directors: It may be presumed that when a State and an investor agree to have recourse to arbitration, and do not reserve the right to have recourse to other remedies or require the prior exhaustion of local remedies, the intention of the parties is to have recourse to arbitration to the exclusion of any other remedy”. Disponível em <http://icsid.worldbank.org>, acesso em 26 de maio de 2012.

A principal vantagem desse formato é que todos os tipos de decisões relacionadas aquele determinado litígio serão resolvidos por apenas um juízo (no caso, o arbitral).³⁹⁰ No entanto, sabendo-se que os árbitros nem sempre estarão em posição para conceder tutelas de urgência em razão de limitações materiais e jurídicas, e que isso poderá prejudicar as partes do processo arbitral (*infra*, n. 5.5), qual seria o motivo justificador dessa diferente e relevante opção?

A resposta é simples. O objetivo de tais normas é evitar a *politização* dos litígios submetidos ao ICSID. Aliás, conforme pertinente lição de REED-PAULSSON-BLACKABY, “a Convenção ICSID estabelece que a lei de arbitragem do local (ou sede) da arbitragem, onde quer que seja, não tem impacto nenhum sobre o processo. O processo ICSID é autocontido e deslocalizado”.³⁹¹

O principal motivo para essa necessidade de autocontenção é porque, em regra, os litígios ocorrem entre um Estado e um nacional de outro Estado signatário da Convenção Washington.³⁹² Quando o litígio puder impactar diretamente o interesse de determinado Estado (ou de ente da administração pública daquele Estado), aumenta-se exponencialmente a possibilidade de decisões particularmente suspeitas serem proferidas pelas cortes estatais daquele mesmo Estado.³⁹³

Em resumo, a competência das cortes estatais para tutelas de urgência poderia dar lugar a perigosas intervenções do Poder Judiciário, de forma a impedir que a escolha inicial das partes fosse respeitada.

³⁹⁰. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-16, p. 61.

³⁹¹. REED-PAULSSON-BLACKABY, *Guide to ICSID arbitration*, p. 14.

³⁹². Menciona-se em regra porque um Estado signatário também pode autorizar entes da administração pública a se tornarem partes de arbitragens ICSID (cf. REED-PAULSSON-BLACKABY, *Guide to ICSID arbitration*, p. 13).

³⁹³. Essa observação é feita com propriedade por JULIAN LEW, dando exemplo de medidas antiarbitragens nesse contexto: “Matters become particularly suspicious when one party is a state or state entity, which seeks and obtains an injunction from its own state court. There have been several unfortunate cases of this kind. Himpurna California Energy v. Republic of Indonesia is the infamous case of an Indonesian court issuing an anti-arbitration injunction to stop an arbitral tribunal from rendering an award against an Indonesian state-owned corporation” (cf. “Does national court involvement undermine the international arbitration process?”, p. 511).

A razão de ser dessa exceção, assim, ao que se pode compreender, não reside propriamente na afirmação jurídica da necessidade de competência exclusiva dos árbitros no campo das tutelas de urgência arbitrais, mas sim na necessidade de despolitização dos litígios de investimento e da necessária exclusão total da competência das cortes estatais no campo das arbitragens de investimento. As arbitragens de investimento não são objeto deste trabalho, mas a situação aqui descrita serve de exemplo bastante ilustrativo de caso em que a competência é exclusiva e absoluta dos árbitros.³⁹⁴

5.5. LIMITAÇÕES MATERIAIS E JURÍDICAS À COMPETÊNCIA DOS ÁRBITROS

Conforme demonstrado, reconhece-se, atualmente, que a competência para a concessão de tutela de urgência é, em princípio, dos árbitros. Existem diversas vantagens em favor desta opção (*supra*, n. 5.3). Não se pode esquecer, porém, que a via arbitral também possui limitações à concessão de tutelas de urgência. Essas limitações são inerentes ao próprio instituto da arbitragem como método de resolução de disputas.³⁹⁵

Se, por um lado, se aceita a competência dos árbitros para analisar e conceder tutelas de urgência, por outro lado não é aconselhável eliminar totalmente o papel do juiz nessa importante técnica de garantia de proteção aos direitos das partes.³⁹⁶

Conquanto não haja na doutrina convergência sobre quais são exatamente essas limitações, até mesmo pela classificação heterogênea realizada pelos autores,³⁹⁷

³⁹⁴. FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *on International commercial arbitration*, par. 1309, pp. 713-714.

³⁹⁵. PIERO BERNARDINI, “The powers of arbitrator”, p. 21; MODY-ARVIND, “Redeeming Sisyphus: the need to invigorate interim relief in international commercial arbitration”, p. 126; SÉBASTIEN BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires*, p. 57 e ss.

³⁹⁶. Conforme pertinente advertência de CARLEVARIS, “agli argomenti riassunti nel paragrafo precedente, che inducono a riconoscere la competenza cautelare degli arbitri nei termini più ampi, se ne contrappongono tuttavia di altrettanto validi, che suggeriscono di non privare i giudici di tale competenza” (cf. *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, p. 69).

³⁹⁷. Apenas a título exemplificativo, pode-se notar que YESILIRMAK aponta oito limitações (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-24, p. 67 e ss.), BLACKABY-

parece ser possível extrair com segurança quatro relevantes hipóteses em que a jurisdição arbitral sofre limitações para outorgar à parte interessada tutelas de urgência: (i) impossibilidade de agir antes da constituição do tribunal arbitral; (ii) impossibilidade de agir tempestiva e efetivamente durante o curso do processo arbitral; (iii) ausência de poder do tribunal arbitral com relação a terceiros; e, (iv) ausência de poderes coercitivos.³⁹⁸ Essas quatro hipóteses serão objeto de análise mais detida nos subitens seguintes.

5.5.1. Tribunal arbitral não constituído

Na estrutura das cortes estatais existe, de forma predefinida e permanente, o juiz natural e a atribuição do seu campo de competência. O direito constitucional brasileiro, por exemplo, estabelece a competência dos órgãos jurisdicionais (Constituição Federal, art. 102 e ss.) e o Código de Processo Civil a organiza dentro dos limites constitucionais. O órgão jurisdicional adequado e permanente já existe ao tempo do fato ocorrido para surgimento da pretensão. Nesse contexto, a vedação à constituição de tribunal *post facto* é da essência da garantia do juiz natural.³⁹⁹

No campo privado, o tribunal arbitral não é um órgão permanente, que está sempre à disposição das partes no momento em que eventual pretensão surgir. Ou

PARTASIDES-REDFERN-HUNTER listam cinco (cf. *Redfern and Hunter on international arbitration*, n. 7.14, p. 445 e ss.), ROSA ALCAMÍ indica quatro (cf. *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 130 e ss.) e CARLEVARIS menciona apenas três (cf. *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 69 e ss.).

³⁹⁸. Essas quatro hipóteses estão narradas no texto de LIRA GOSWAMI. De acordo com a autora, há a necessidade de intervenção das cortes estatais “when interim orders are urgently required by a party to the arbitration and the arbitrators are not in a position to grant such relief either because the arbitral tribunal is not yet constituted or because it lacks jurisdiction to pass the order or because the arbitral tribunal is not able to act immediately” (cf. “Interim reliefs: the role of the courts”, p. 111). E complementa o raciocínio acima: “The arbitrators do not possess the coercive powers for enforcing their orders. Often, the arbitrators are not able to act swiftly, particularly for purposes of granting interim reliefs. Further, the arbitrators have no jurisdiction over third parties, even where third parties may be in possession of property or money, which is the subject matter of the dispute. The court's intervention therefore becomes necessary” (cf. “Interim reliefs: the role of the courts”, p. 110).

³⁹⁹. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, p. 8.

seja, os tribunais arbitrais são criados *a posteriori* e em função de um determinado litígio já existente.⁴⁰⁰

Antes de o árbitro aceitar o encargo (Lei de Arbitragem, art. 19),⁴⁰¹ não há tribunal arbitral constituído e, conseqüentemente, órgão para a concessão de medidas urgentes. Trata-se de um limite *material* à possibilidade de concessão de tutelas de urgência por árbitros.⁴⁰²

Ao contrário do que se poderia imaginar, a experiência demonstra que a constituição do tribunal arbitral pode, dependendo da situação concreta, levar diversos meses.

Considerando que, em regra, existe a necessidade de cada parte indicar um árbitro e que, em seguida, esses ainda indicarão em conjunto o presidente do tribunal arbitral, a demora pode ser significativa, notadamente em arbitragens internacionais.⁴⁰³ Isso sem mencionar os casos patológicos nos quais uma das partes opta por não indicar árbitro, deixando esta escolha para a instituição arbitral ou para a *appointing authority*.

⁴⁰⁰. ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 161. A escolha da via arbitral como método de resolução de conflito pode ser anterior (cláusula compromissória) ou posterior (compromisso arbitral) ao surgimento do litígio, mas a constituição do órgão julgado será sempre posterior.

⁴⁰¹. Em alguns casos, mesmo com a aceitação do encargo pelos árbitros, ainda é preciso esperar a remessa dos autos para análise da tutela de urgência pleiteada, o que só ocorrerá se os custos da arbitragem tiverem sido pagos. Cf. art. 16 do Regulamento CCI 2012: “A Secretaria transmitirá os autos ao tribunal arbitral tão logo este tenha sido constituído, e desde que o pagamento da provisão para os custos da arbitragem exigido pela Secretaria nesta fase do processo tenha sido efetuado”.

⁴⁰². Nos dizeres de BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER: “The point may seem so obvious as to be hardly worth mentioning. Yet it is important and frequently overlooked until a crisis arises. It takes time to establish an arbitral tribunal and during that time, vital evidences or assets may disappear (cf. *Redfern and Hunter on international arbitration*, n. 7.14, p. 445).”

⁴⁰³. Deve-se mencionar que a forma de indicação acima mencionada, apesar de muito usual, não é a única possível. Além disso, em alguns regulamentos, a regra é que o árbitro presidente ou árbitro único seja de nacionalidade diferente das partes. Cf. art. 13.5 do Regulamento CCI 2012: “O árbitro único, ou o presidente do tribunal arbitral, deverá ser de nacionalidade diferente das partes (...)”.

Não se podem esquecer eventuais atrasos causados pela impugnação do árbitro pelas partes.⁴⁰⁴ Nessas situações, cria-se um verdadeiro incidente processual, com amplo contraditório, para apuração da existência ou não de motivo para aquela impugnação.⁴⁰⁵ Uma decisão sobre esse assunto também pode levar meses.

Tudo isso com a consequência prática – justificada ou injustificadamente – de atrasar-se a constituição do tribunal arbitral.

Percebe-se assim que, do momento de surgimento do litígio até o momento em que os árbitros estão, de fato, em posição para analisar o pedido urgente, pode-se levar muito tempo e significaria verdadeiro vácuo de proteção jurídica à parte interessada (denegação de justiça).⁴⁰⁶

A experiência demonstra que a necessidade de tutela de urgência surge, na sua grande maioria, na fase em que surge o litígio.⁴⁰⁷ Exatamente nessa fase pré-arbitral⁴⁰⁸ há a impossibilidade material de que os pedidos de tutela de urgência sejam apreciados e proferidos pelos árbitros, uma vez que eles ainda não existem como tais. Alguém só passa a ser árbitro a partir do momento em que aceita o encargo.

Para amenizar esse problema, há a possibilidade de as partes acordarem, previamente, a solução dessas questões por meio de árbitro de emergência, hipótese que será estudada melhor em capítulo específico (*infra*, n. 8).

⁴⁰⁴. TOMMASEO, “Lex fori e tutela cautelare nell’arbitrato commerciale internazionale”, p. 9.

⁴⁰⁵. A título de exemplo, cf. art. 14.3 do Regulamento CCI 2012: “Compete à Corte pronunciar-se sobre a admissibilidade e, se necessário, sobre os fundamentos da impugnação, após a Secretaria ter dado a oportunidade, ao árbitro impugnado, à outra ou às outras partes e a quaisquer outros membros do tribunal arbitral de se manifestarem, por escrito, em prazo adequado. Estas manifestações devem ser comunicadas às partes e aos árbitros”.

⁴⁰⁶. Sobre o conceito de denegação de justiça no âmbito do direito internacional, cf. ALFRED SIOUFI FILHO, “Denegação de justiça”, p. 57 e ss.

⁴⁰⁷. Essa afirmação é feita, exemplificadamente, por JAN SCHAEFER, “New solutions for interim measures of protection in international commercial arbitration: English, German and Hong Kong law compared”, p. 20 e ss.; CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, p. 76; ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 162.

⁴⁰⁸. Sobre a fase pré-arbitral, cf. PEDRO BATISTA MARTINS, “As três fases da arbitragem”, p. 88 e ss. A denominação pré arbitral, como se pode perceber, utiliza-se como ponto de referência o momento de constituição do tribunal arbitral.

Não havendo a escolha de árbitros de emergência, a competência deve ser da jurisdição estatal, que é a única opção disponível naquele momento.⁴⁰⁹ Essa opção não significa renúncia à jurisdição arbitral (*infra*, n. 5.8.2). Muito ao contrário. Apenas dessa forma estará assegurado o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (Constituição Federal, art. 5.º, inc. XXXV), garantindo que haja proteção jurisdicional pelo Poder Judiciário para os casos em que a via arbitral não esteja disponível.

Uma vez constituído o tribunal arbitral, a competência para as tutelas de urgência passa a ser exercida, em regra, pelos árbitros (*infra*, n. 5.6.3).

Para demonstrar boa-fé e que a via estatal está sendo usada em caráter de urgência e porque o órgão originariamente competente não está disponível, a parte interessada deve, inclusive, a despeito da intervenção da jurisdição estatal, indicar a existência de convenção de arbitragem e que já providenciou ou providenciará todas as medidas necessárias para instituição do tribunal arbitral no prazo legal (*infra*, n. 7.3.3).

De qualquer forma, antes que se inicie o processo arbitral com a aceitação do encargo pelos árbitros, geralmente só resta à parte socorrer-se das cortes estatais em caso de urgência. A cooperação do Poder Judiciário não é apenas necessária, mas sim essencial para esses casos.⁴¹⁰

⁴⁰⁹. Cf. DONALD DONOVAN: “For the most obvious example, interim measures may be required at the outset of a case, before an arbitral tribunal has been constituted, so that the court is the only option (cf. “The allocation of authority between courts and arbitral tribunals to order interim measures: a survey of jurisdictions, the work of UNCITRAL and a model proposal”, p. 203).

⁴¹⁰. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, pp. 2038-2039.

5.5.2. Tribunal arbitral impossibilitado de agir de forma tempestiva ou efetiva depois de constituído

Eventuais limitações à possibilidade de os árbitros adotarem tutelas de urgência não existem exclusivamente na fase anterior à aceitação do encargo pelos árbitros. Embora de forma muito mais rara, há situações em que, mesmo com a constituição do tribunal arbitral, a intervenção das cortes estatais pode ser essencial.

Essas situações podem ser resumidas em duas categorias: (i) impossibilidade momentânea de agir tempestivamente; ou (ii) impossibilidade de proferir decisão efetiva diante do caso concreto.⁴¹¹

A primeira categoria é de fácil percepção e aplicabilidade. Trata-se de hipótese de *limitação material* à atividade dos árbitros. Isso ocorre em qualquer situação na qual a análise do pedido de tutela de urgência não seja possível. Exemplificativamente, pode-se mencionar caso em que a indicação do árbitro foi impugnada, houve a renúncia do árbitro ou até mesmo casos de doença grave ou morte dele. Pode ocorrer, ainda, de a instituição arbitral ou o árbitro estar de férias ou totalmente inacessível por qualquer motivo.⁴¹²

No caso de arbitragem conduzida por árbitro único, não há nenhuma dúvida de que a parte interessada deverá socorrer-se das cortes estatais diante da impossibilidade momentânea de o árbitro único agir tempestivamente.

No caso de processo arbitral conduzido por mais de um árbitro (geralmente três árbitros), certo é que as decisões devem ser tomadas de forma

⁴¹¹. Grosso modo, esses parecem ser os critérios apontados por YESILIRMAK com base em decisões CCI (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-62, p. 94 e ss). DERAINS-SCHWARTZ parecem seguir a mesma linha de pensamento: “Once the Arbitral Tribunal has been seized, except possibly in cases of extreme urgency or where it is clear that the Arbitral Tribunal could not grant the relief required, the prudent course would therefore probably be to seek the Arbitral Tribunal's intervention first” (cf. *Guide to the ICC rules of arbitration*, p. 299). CRAIG-PARK-PAULSON, por outro lado, parecem seguir uma linha mais branda, mas sempre com base em casos concretos (cf. *International Chamber of Commerce arbitration*, par. 27.02, p. 473).

⁴¹². CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 328.

colegiada. Caso um dos árbitros esteja impossibilitado momentaneamente de agir, a análise do pedido de tutela de urgência também deve ser direcionada às cortes estatais.

Salvo acordo em sentido contrário pelas partes ou previsão de regulamento arbitral concedendo, por exemplo, competência para o presidente do tribunal arbitral decidir em nome de todos os árbitros *ad referendum*, não é possível que os árbitros remanescentes decidam sozinhos a questão.⁴¹³ Embora essa solução possa ser contestada sob o argumento de que, no caso de ausência de apenas um árbitro, a decisão dos demais seria suficiente para constituir maioria, esse argumento não pode ser aceito, sob pena de subverter a vontade das partes de ter seu pedido de tutela (provisória ou definitiva) decidido com a devida participação de todos os árbitros.⁴¹⁴

Os exemplos são talvez pouco usuais, mas que não podem ser ignorados pelo estudioso. Nessas circunstâncias, a parte interessada estará legitimada a procurar as cortes estatais. Para tanto, precisa apenas demonstrar, de forma sumária, que a via arbitral não está disponível momentaneamente.

A segunda categoria é de trato mais complexo e a sua aferição só será possível diante do caso concreto. Trata-se de casos em que existe *limitação jurídica* à efetividade da decisão dos árbitros.

A despeito de o tribunal arbitral estar constituído, eventual decisão tomada pelos árbitros pode eventualmente não ser efetiva. O que permite essa exceção à regra é a urgência.⁴¹⁵ Como diz DONALD DONOVAN, “quando o tribunal não puder agir

⁴¹³ . CARMONA menciona, de forma semelhante, que o presidente do tribunal arbitral “por diversas vezes haverá de tomar decisões interlocutórias sozinho”, mas, ao que parece, também faz a ressalva sobre a necessidade de previsão dessa possibilidade pelas partes ou regulamento (cf. *Arbitragem e processo*, p. 218). Em sentido contrário, admitindo a competência de o presidente do tribunal arbitral decidir sozinho, porém sem maiores justificativas, cf. PIERRE KARRER, “Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory, please”, p. 108.

⁴¹⁴ . A moderna visão do contraditório estabelece que ele só estará assegurado com a devida participação não apenas das partes, mas também dos julgadores (cf. DINAMARCO, “O princípio do contraditório e sua dupla destinação”, p. 517 e ss.). A hipótese aqui tratada não se confunde com o caso em que os árbitros deliberam conjuntamente, mas, por qualquer motivo, a decisão é assinada apenas pelo presidente, em nome de todos os árbitros.

⁴¹⁵ . CHARLES PRICE, “Conflict with state courts”, p. 39.

rapidamente o suficiente para conceder tutela efetiva, as partes devem ter a opção de pedir diretamente às cortes”.⁴¹⁶

A urgência, todavia, não pode ser simplesmente a mesma necessária à concessão de tutela de urgência. É preciso que ela seja qualificada ou de grau superior. Nas palavras de BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER, a urgência deve ser “extrema”.⁴¹⁷ Falando da experiência CCI, YESILIRMAK classifica essa urgência como “extraordinária ou talvez excepcional”.⁴¹⁸ De fato, caso assim não fosse, a exceção passaria a ser a regra, de forma totalmente invertida e indesejada.

Exemplo comum dessa situação de urgência ocorre quando a efetivação de determinada tutela de urgência, uma vez concedida, *deva ser realizada em outro país, fora dos limites do local da arbitragem*.⁴¹⁹ Mesmo que o tribunal arbitral atue de forma tempestiva, a efetividade da medida estará prejudicada em razão do lento trâmite internacional para fazer com que aquela medida seja cumprida em outro local. Não são todas as jurisdições que estão preparadas para dar efetividade às tutelas de urgência proferidas fora dos seus limites territoriais.⁴²⁰ Isso sem mencionar os problemas que podem decorrer do fato de alguns países não aceitarem ou não possuírem previsão para reconhecimento e execução de tutelas de urgência arbitrais advindas de outras jurisdições.⁴²¹

⁴¹⁶. Confira-se o raciocínio integral do autor: “Unlike a court, an arbitral tribunal is not a standing body and may take longer to convene to rule upon a request. Where the tribunal cannot act quickly enough to provide effective relief, parties should have the option of applying directly to the courts” (cf. “The allocation of authority between courts and arbitral tribunals to order interim measures: a survey of jurisdictions, the work of UNCITRAL and a model proposal”, p. 238).

⁴¹⁷. Cf. *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 7.23, p. 446.

⁴¹⁸. Cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-62, p. 94

⁴¹⁹. PIERO BERNARDINI: “It may prove that, in certain situations, it would be more convenient for a party to resort directly to the state court rather than first to the arbitrator and then to the court in order to obtain the enforcement of the arbitrator's order... [particularly when] the order in question is to be enforced abroad or when urgency suggests avoiding a double-stage procedure” (cf. “The powers of the arbitrator”, p. 29). Falando também sobre dificuldades de execução para medidas fora dos limites do local da arbitragem, cf. BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER, *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 7.20, p. 446.

⁴²⁰. CHARLES PRICE, “Conflict with state courts”, p. 40.

⁴²¹. Sobre os desafios internacionais enfrentados para a execução de tutelas de urgência fora do local da arbitragem e a experiência brasileira, cf. *infra*, n. 10.5. Sobre o papel das cortes estatais brasileiras para a cooperação arbitragens em trâmite no exterior, cf. *infra*, n. 7.6.

Outro exemplo em que pode ser justificável a intervenção das cortes estatais durante o curso do processo arbitral diz respeito ao caso no qual *a parte requerente precisará, como consequência da tutela concedida e em caráter de urgência, inevitavelmente de atos de coerção direta praticados contra o requerido.*⁴²²

Neste caso, mesmo que haja atuação tempestiva do tribunal arbitral, a necessidade essencial de atos de coerção faz com que o procedimento – de primeiro decidir a questão para depois enviar requerimento de assistência às cortes estatais – possa ser demasiadamente demorado, de forma a aconselhar que o pedido seja formulado diretamente ao juiz.⁴²³ Imagine-se hipótese em que a parte interessada consiga demonstrar claramente que a parte adversa está na iminência de destruir determinada prova relevante ao caso ou de desfazer-se de determinado bem, o qual é objeto da controvérsia.⁴²⁴ Não se pode negar que eventuais ordens de busca e apreensão ou de sequestro, respectivamente, demandam neste caso essencialmente a prática de atos de coerção. Como consequência, devem-se admitir, em caráter excepcional e diante das pertinentes justificativas de urgência, pedidos dirigidos diretamente ao juiz.

Há casos em que o simples conhecimento do pedido, pela parte adversa, é capaz de ocasionar a inefetividade de eventual medida concedida pelos árbitros.⁴²⁵ Existe, atualmente, forte discussão sobre o cabimento, no processo arbitral, de tutelas de urgência concedidas sem a oitiva da parte contrária (*infra*, n. 9.5). Se, no caso concreto, não houver previsão pelas partes ou pelo regulamento arbitral de medidas *ex parte*, este fator, cumulado com a urgência, pode justificar que o pedido seja formulado perante as

⁴²². DONALD DONOVAN: “Instead of applying to an arbitral tribunal for a decision about interim measures and then to a court to enforce the arbitral order, there may be cases where it would be more convenient, or even necessary, for a party to apply to courts directly for an order of interim measures” (cf. “The allocation of authority between courts and arbitral tribunals to order interim measures: a survey of jurisdictions, the work of UNCITRAL and a model proposal”, p. 204).

⁴²³. CHARLES PRICE, “Conflict with state courts”, p. 47.

⁴²⁴. GRIERSON-VAN HOOFT apresentam a mesma opinião, citando hipótese em que é pouco provável de a parte cumprir voluntariamente: “Where an order is sought that will likely require immediate enforcement by a national court because the party is unlikely to comply with it voluntarily (e.g., an asset-freezing order)” (cf. *Arbitrating under the 2012 ICC rules*, pp. 157-158).

⁴²⁵. BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER, *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 7.22, p. 447; PIERO BERNARDINI, “The powers of the arbitrator”, p. 21.

cortes estatais.⁴²⁶ A parte interessada precisa apenas comprovar, com o pedido formulado perante a corte estatal, a impossibilidade de formular tal pedido de forma *ex parte* na via arbitral e o risco de ineficácia do provimento caso a parte adversa tome conhecimento prévio do pedido.

Essas duas categorias de exceções, todavia, devem ser sempre enfrentadas com muita cautela pelos juízes.⁴²⁷ A cooperação estatal é essencial para os casos em que realmente exista extrema urgência, mas pode ir de encontro à vontade das partes se mal utilizada. As cortes estatais, portanto, precisam exercer essa competência excepcional com extremo cuidado e devem rejeitar pedidos abusivos.⁴²⁸

A boa fé processual determina, inclusive, que haja a comunicação imediata ao tribunal arbitral dos atos tomados perante as cortes estatais, de modo que os árbitros possam, assim que cessada a incapacidade momentânea ou a situação de extrema urgência, reassumir a sua competência no assunto.⁴²⁹ A competência das cortes estatais é precária e restrita ao tempo absolutamente essencial para responder à urgência do caso concreto.

⁴²⁶. GRIERSON-VAN HOOFT afirmam que, de acordo com o Regulamento CCI 2012, em regra não é permitida a adoção de medidas sem oitiva da parte contrária: “Where an order may be useless unless it can be granted without the party against whom it is granted knowing that it has been applied for (e.g., an order for the preservation of evidence, where that party may simply expedite the destruction of the evidence if it learns about the application). In such cases, an *ex parte* application will be required, which generally can be made only to a national court and not to an arbitral tribunal operating under the ICC Rules”. (cf. *Arbitrating under the 2012 ICC rules*, pp. 157-158). Cf. ainda CHARLES PRICE, “Conflict with state courts”, p. 47.

⁴²⁷. LEW-MISTELIS-KRÖLL reforçam o caráter excepcional da intervenção das cortes estatais: “In any case the court shall act only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-126, p. 623).

⁴²⁸. Essa advertência também é feita por YESILIRMAK: “courts should have the power to grant provisional measures but they should exercise utmost caution in exercising such power and should deny oppressive and vexatious applications” (cf. *Provisional measures on international arbitration*, n. 3.4.2, p. 79).

⁴²⁹. É o que determina, a título de exemplo, a parte final do art. 28(2) do Regulamento CCI 2012: “Quaisquer pedidos ou medidas adotadas pela autoridade judicial deverão ser notificados sem demora à Secretaria, devendo esta informar o tribunal arbitral”.

5.5.3. Tutela de urgência e terceiros

Eventual necessidade de tutelas de urgência no que diz respeito a terceiros é questão interessante e também deve ser levada em consideração para estabelecer os limites de atuação do tribunal arbitral.

É amplamente aceito que a arbitragem é mecanismo de resolução de litígios vinculante apenas aqueles que manifestam a sua vontade (consenso) em tal sentido.⁴³⁰ Por isso afirma-se que o processo arbitral possui um intrínseco limite *ratione personae* e que os árbitros não possuem, em regra, autoridade sobre terceiros.⁴³¹

Melhor explicando: se a fonte de jurisdição do árbitro é exatamente a manifestação de vontade, sem que esta exista o árbitro não passa de um indivíduo qualquer, cujas ordens ou decisões são juridicamente irrelevantes em relação aqueles que não consentiram com o método de resolução de litígio.⁴³²

Na esfera arbitral, portanto, no momento em que se estabelece a convenção de arbitragem, as partes contratantes possuem a liberdade prévia de determinar quem poderá participar do processo arbitral. Embora um terceiro possa ter

⁴³⁰. LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 7-3; FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *on International commercial arbitration*, par. 498, p. 280.

⁴³¹. Cf., dentre outros, LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 23.31, p. 593; FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *on International commercial arbitration*, par. 1336, p. 726; BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER, *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 7.19, p. 446; GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1964; CRAIG-PARK-PAULSSON, *International Chamber of Commerce arbitration*, par. 26.05, p. 460; YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-24 p. 68; DONALD DONOVAN, “The allocation of authority between courts and arbitral tribunals to order interim measures: a survey of jurisdictions, the work of UNCITRAL and a model proposal”, p. 204; ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 162; CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, p. 10; LIRA GOSWAMI, “Interim reliefs: the role of the courts”, p. 111. Sobre o tema na doutrina nacional, cf. PEDRO BATISTA MARTINS, “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro”, p. 362; NATHALIA MAZZONETTO, *Partes e terceiros na arbitragem*, *passim*.

⁴³². De acordo com DONALD DONOVAN, “since an arbitral tribunal's authority depends on the consent of the parties, the arbitrators have no authority over third parties. For that reason, arbitral tribunals will lack the power to order third parties such as banks to act or refrain from acting in relation to certain property, even if that property is the subject matter of the arbitration” (cf. “The allocation of authority between courts and arbitral tribunals to order interim measures: a survey of jurisdictions, the work of UNCITRAL and a model proposal”, p. 204).

interesse jurídico ou econômico em determinada demanda arbitral, esse interesse é em regra irrelevante.⁴³³

Não se pretende, com base nas afirmações acima, ignorar elegante debate doutrinário e jurisprudencial existente sobre terceiros na arbitragem, com discussões sobre falsos terceiros, “extensão” subjetiva da convenção de arbitragem,⁴³⁴ desconsideração da personalidade jurídica *etc.*⁴³⁵ Essas discussões, porém, fugiriam completamente do objeto deste trabalho e, ao final, acabariam por desembocar na questão do consentimento.⁴³⁶

Além da questão dos limites subjetivos do processo arbitral em decorrência da convenção de arbitragem, ainda há o crucial problema da impossibilidade de atingir-se diretamente a esfera jurídica daqueles que não participam do processo arbitral. A ausência absoluta de contraditório impede a legitimidade da decisão arbitral.⁴³⁷

⁴³³. Conforme bem anota STAVROS BREKOULAKIS: “The principle of procedural party autonomy provides parties with the freedom to determine in their contract the circle of the persons that can participate in the arbitral proceedings. Parties not bound by an arbitration agreement, i.e. third parties, are excluded from the arbitration process. Any legal or financial interest that a third party might have in the dispute between the parties bound by the arbitration agreement is in principle irrelevant” (cf. *Arbitration and third parties*, p. 5).

⁴³⁴. O vocábulo extensão é utilizado aqui entre aspas porque, na realidade, não se trata de extensão da convenção de arbitragem, mas sim da definição de quem realmente é parte. Sobre o assunto, inclusive fazendo a mesma observação, cf. CRISTINA JABARDO, “*Extensão*” da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários, *passim*.

⁴³⁵. Sobre o assunto, dentre outros, cf. STAVROS BREKOULAKIS, *Arbitration and third parties*, *passim*; BERNARD HANOTIAU, *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*, *passim*.

⁴³⁶. Essa é a conclusão de CARMONA, ao afirmar, categoricamente, que a “convenção arbitral, que produz efeitos contundentes, tem como contrapartida que demonstrar cabal, clara e inequívoca vontade dos contratantes de entregar a solução do litígio (atual ou futuro, não importa) à solução dos árbitros. O efeito severo de afastar a jurisdição do estado não pode ser deduzido, imaginado, intuído ou estendido. O consentimento dos interessados é essencial” (cf. *Arbitragem e processo*, p. 83).

⁴³⁷. Conforme opinião de CARLEVARIS, “l’applicabilità soggettiva della convenzione arbitrale è condizione necessaria, ma non sufficiente, dell’efficacia vincolante del provvedimento cautelare nei confronti di un soggetto, efficacia che richiede tuttavia anche l’effettiva partecipazione al procedimento” (cf. *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, pp. 103-104).

Trata-se, portanto, de dois tipos de terceiros: (a) aqueles que não são partes da convenção de arbitragem; (b) aqueles que, independentemente de serem partes ou não da convenção de arbitragem, não são partes do processo arbitral.⁴³⁸

Por outro lado, é inquestionável que, em determinadas situações, as tutelas de urgência precisarão ter alcance mais amplo do que aquele estabelecido pela convenção de arbitragem para serem efetivas.

É o caso, por exemplo, de pedido de tutela de urgência que envolva alguma ação ou omissão no que diz respeito a garantias bancárias. A instituição financeira, que não é parte da convenção de arbitragem nem do processo arbitral, não está legalmente obrigada a cumprir a decisão dos árbitros.⁴³⁹

Como relatado por ROSA ALCAMÍ, foi isso que ocorreu no caso CCI, laudo n. 5721/1990, no qual o próprio tribunal arbitral se declarou incompetente para determinar à instituição financeira “que negue uma determinada garantia bancária porque se tratava de terceiro alheio à convenção de arbitragem”.⁴⁴⁰ A autora também relata mais um caso CCI, laudo n. 7889/1994, no qual uma das partes buscou nas cortes estatais tutelas de urgência para assegurar o recebimento de comissões relacionadas à venda de determinados produtos, com o “embargo de depósitos bancários do devedor”. A corte estatal concedeu as medidas. A parte adversa apresentou ao tribunal arbitral pedido de responsabilização da parte autora pelas medidas solicitadas nas cortes estatais, mas esse pedido foi negado pelo tribunal arbitral sob o fundamento de que,

⁴³⁸. É relevante estabelecer esse esclarecimento sobre os termos “parte” e “terceiro” com relação ao processo arbitral porque, como afirma LIA BATISTA, “não existem partes e terceiros em termos absolutos porque parte só é parte em relação a um todo”. E completa com precisão: “nenhum sentido há em dizer ‘sou parte’. Sempre surgirá a pergunta ‘de quê?’” (cf. *Assistência no processo civil brasileiro*, n. 5.6, p. 100).

⁴³⁹. Conforme observação de BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER, especificamente com relação ao exemplo da instituição financeira: “A third party order, for example, addressed to a bank holding deposits of a party would not be enforceable against the bank” (cf. *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 7.19, p. 445).

⁴⁴⁰. Cf. *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 131.

como as medidas eram contra terceiros, os juízes estavam legitimados para a sua concessão.⁴⁴¹

O mesmo problema ocorre caso o árbitro determine, por exemplo, à junta comercial que se abstenha de registrar determinada alteração de contrato social ou aos órgãos de proteção ao crédito que sustentem um protesto.

A efetividade de uma tutela de urgência arbitral acaba sempre limitada quando recai sobre bens ou direitos de terceiros. Na prática, “os efeitos que a decisão arbitral produz sobre a posição de terceiros não são mais do que consequências indiretas do provimento”.⁴⁴² É o que a doutrina denomina de eficácia reflexa do julgado.⁴⁴³

É exatamente por conta dessa eficácia reflexa que os árbitros poderão conceder tutelas de urgência, embora com grau de efetividade prática supostamente menor, satisfatoriamente efetivas para determinadas situações.⁴⁴⁴ Com isso não se pretende negar a possibilidade de a parte interessada defender o seu interesse perante as

⁴⁴¹. ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, pp. 132-133.

⁴⁴². CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, pp. 100-101. Eis o trecho completo no original: “Tavolta gli effetti che una decisione arbitrale produce sulla posizione di terzi non sono che conseguenze indirette del provvedimento, come nel caso di decisione relativa all'esistenza di un'obbligazione dedotta in arbitrato, che necessariamente si ripercuote sulla posizione del terzo garante, o della decisione che accerti la responsabilità dell'assicurato, i cui riflessi coinvolgono gli obblighi del terzo assicuratore”. Essa é a afirmação também de YESILIRMAK “despite the fact that an arbitral tribunal does not have any power, as indicated above, to issue a provisional measure over a guarantor who is not a party to the arbitration agreement, an arbitral decision on the main obligation unavoidably affects the guarantor” (cf. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-24, p. 69).

⁴⁴³. Conforme explica CRUZ E TUCCI, em raciocínio aplicável ao processo arbitral, “verifica-se a possibilidade de repercussão menos ou mais intensa da eficácia da sentença ou mesmo da coisa julgada a um terceiro”, denominados *terceiros titulares de um interesse de fato* ou esses terceiros “sofrem prejuízo jurídico decorrente da eficácia da sentença *inter alios*, quando são titulares de um interesse incompatível com o objeto da decisão (*terceiros juridicamente interessados*)” (cf. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*, p. 347). CARMONA, ao falar sobre dificuldades no cumprimento das decisões arbitrais, ressalta que a “decisão arbitral certamente afetará terceiros de forma mais ou menos intensa, de forma que o estudo ampliado da extensão subjetiva da coisa julgada é de rigor para a solução dos problemas que nesse campo inevitavelmente serão criados” (cf. *Arbitragem e processo*, p. 59). Sobre o assunto, cf. ainda PARENTE, *Processo arbitral e sistema*, p. 291 e ss.

⁴⁴⁴. Os efeitos reflexos da sentença, como diz DINAMARCO, se projetam a terceiros “como consequência natural da vida em sociedade e dos intrincados modos como pessoas e as próprias relações jurídicas interagem e reciprocamente interferem uma nas outras” (cf. *Intervenção de terceiros*, p. 15). Pode-se dizer que esse raciocínio é integralmente válido para as tutelas de urgência.

cortes estatais, mas simplesmente demonstrar a viabilidade de provimentos arbitrais para algumas situações que envolvam terceiros.

Utilizando-se do mesmo exemplo acima indicado, em vez de a instituição financeira ser ordenada a negar determinada garantia bancária, o tribunal arbitral pode proferir decisão para que a parte se abstenha de executar ou praticar atos que possam ter como consequência a efetivação de determinada garantia bancária, sob pena de sanção pelo descumprimento (v.g., multas coercitivas e responsabilidade por danos e custas processuais).⁴⁴⁵

Caso haja colaboração da parte afetada pela tutela de urgência proferida (e o dever de colaboração e boa-fé assim o determina), a questão estará resolvida. Aliás, a instituição financeira poderá tomar as precauções devidas e até mesmo recusar o pedido ao tomar conhecimento, por informação do tribunal arbitral ou da parte beneficiada, de que existe essa ordem do tribunal arbitral.⁴⁴⁶

Com relação ao exemplo da junta comercial ou de órgão de proteção ao crédito, o tribunal arbitral pode ordenar que a parte se abstenha de levar a registro alteração de contrato social ou a protesto determinado título de crédito, também sob pena de sanção.

Além disso, não se pode negar a viabilidade de a medida ser deferida contra pessoa jurídica, mas que pessoas físicas sob o controle dessa pessoa jurídica também devam cumprir a decisão arbitral. Ou seja, conforme o caso, a medida pode afetar empregados, funcionários, agentes e representantes no exercício da função.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵. Existem tópicos específicos neste trabalho sobre a questão das sanções aplicáveis pelos árbitros (*infra*, n. 10.2 e ss).

⁴⁴⁶. ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, pp. 134-135.

⁴⁴⁷. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-24, p. 69. GARY BORN, embora reconhecendo a excepcionalidade, defende inclusive hipótese em que a tutela de urgência é concedida contra a sociedade controladora para que esta emita ordem para cumprimento pela sociedade controlada: “a corporate entity could be ordered to direct its subsidiary to take certain steps (e.g., return or preserve specified property, deliver or safeguard funds). Such orders test the limits of arbitral powers, but, in appropriate cases, where necessary to accomplish justice, a tribunal should be prepared to issue them” (cf. *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1965).

Obviamente que, em caso de descumprimento da ordem, a parte é quem será responsabilizada (*infra*, n. 10.2).⁴⁴⁸

Como se pode perceber, os argumentos aqui expostos, com relação ao processo arbitral, divergem de modo substancial da forma como o mesmo fenômeno é visto sob a ótica do processo estatal. Por mais que as decisões judiciais devam respeitar os limites subjetivos da demanda, todos possuem o dever de não criar embaraços às determinações dos juízes.

O Código de Processo Civil estabelece, no seu art. 14, inc. V, que são “deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo (...) não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”. Com essa ampla redação, explicitou-se, no processo estatal, o dever de colaboração que deve haver entre todos os participantes para que o processo alcance a sua finalidade de justa eliminação do litígio.⁴⁴⁹ Não se pode esquecer que o dever de “não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais” refere-se a “qualquer modalidade de tutela jurisdicional e diz respeito tanto a decisões antecipatórias quanto finais”.⁴⁵⁰

Em razão de previsão expressa do art. 341 do Código de Processo Civil, o terceiro também possui a obrigação de colaborar com o Poder Judiciário para, por exemplo, exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder.⁴⁵¹

⁴⁴⁸. A título de exemplo, não se pode esquecer que o Código Civil, em seu art. 932, dispõe sobre a responsabilidade civil do empregador por atos de seus empregados no exercício do trabalho ou em razão dele. Essa responsabilidade, como cita SERGIO CAVALIERI FILHO, é objetiva (cf. *Programa de responsabilidade civil*, n. 9.3, p. 38).

⁴⁴⁹. Sobre o dever de colaboração sob a perspectiva do processo estatal, mas que pode ser utilizada de forma semelhante no processo arbitral, cf. MITIDIERO, *Colaboração no processo civil*, p. 69 e ss.

⁴⁵⁰. BEDAQUE, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 54. BARBOSA MOREIRA, ao lecionar especificamente sobre tutelas mandamentais proferidas no processo estatal, afirma que “Em certos casos, bastará ao julgador dirigir a ordem a auxiliares do juízo; noutros, terá de endereçá-la a algum órgão da Administração Pública, competente para executar o ato (v.g., interditar estabelecimento industrial ou comercial). Não fica excluída, porém, a hipótese de determinação a terceiro, pessoa física ou jurídica de direito privado (por exemplo: empresa jornalística, de radiodifusão ou de televisão, à qual se ordene suspender a publicação ou a transmissão de anúncio encomendado pelo réu” (cf. “A sentença mandamental: da Alemanha ao Brasil”, pp. 67-68).

⁴⁵¹. FÁBIO TABOSA, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 1087.

O mesmo não ocorre com árbitros. Se determinado documento, de interesse das partes no processo arbitral, estiver em poder de terceiros, o árbitro até pode pedir a sua colaboração, mas o descumprimento da medida ordenada não lhe acarretará nenhuma consequência direta.⁴⁵²

Em resumo, na esfera arbitral, a despeito de notadamente existir o dever de colaboração, este está limitado aqueles que concordaram com o método de resolução de litígios, pois o poder jurisdicional dos árbitros advém do consentimento das partes. Caso um terceiro venha a ter a sua esfera jurídica atingida por decisão arbitral, poderá utilizar-se dos mesmos mecanismos regulares de defesa que teria caso a decisão fosse de um juiz, exercendo os seus interesses perante a via estatal.⁴⁵³

5.5.4. Ausência de poderes coercitivos

Árbitros, ao contrário de juízes estatais, não possuem poderes coercitivos (*imperium*) para executar as suas próprias decisões. A jurisdição do árbitro está limitada à fase de cognição (*supra*, n. 4.2; *infra*, n. 10.4).⁴⁵⁴

Essa limitação é inerente à atividade do árbitro. O poder de coerção (*imperium*) decorre da soberania do Estado e geralmente só é exercido por juízes ou por

⁴⁵². MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *International arbitration law and practice*, p. 631. Conforme ensinam FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN, apenas “a court can effectively compel a party to the proceedings or a third party to produce evidence which is considered to be essential in gaining an understanding of the case, or to provide witness testimony” (cf. *on International commercial arbitration*, par. 1336, p. 726). PAULO HOFFMAN tem posição contrária à aqui defendida, afirmando que o árbitro pode e deve utilizar-se de meios subrogatórios com relação a “testemunhas e demais terceiros” que devem participar do procedimento arbitral, com aplicação, ainda, do art. 14 do CPC” (cf. “Arbitragem: algumas dúvidas processuais quando o juízo estatal é chamado a intervir”, p. 315).

⁴⁵³. ALEXANDRE CATRAMBY, *Das relações entre o tribunal arbitral e o Poder Judiciário para a adoção de medidas cautelares*, p. 161 e ss.

⁴⁵⁴. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 324; PEDRO BATISTA MARTINS, “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro”, p. 361; ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, “Arbitragem: cláusula compromissória, cognição e imperium”, p. p. 42 e ss.

agentes de execução.⁴⁵⁵ Menciona-se, talvez com certo exagero, que outorgar esse tipo de atividade a um particular, como o árbitro, poderia causar anarquia.⁴⁵⁶

Mesmo se as partes tentassem, em razão da autonomia da vontade, atribuir *imperium* ao árbitro, a estipulação não teria nenhum efeito prático, pois este poder não se encontra no campo de disposição das partes. Em outras palavras, as partes não podem conferir um poder que não possuem.⁴⁵⁷

Apesar de os tribunais arbitrais não possuírem competência para efetivação (*execução*) da medida, em razão da impossibilidade de praticar atos de autoridade, não se lhes pode negar competência para apreciar e, conseqüentemente, deferir ou rejeitar o pedido de tutela de urgência. Caso a decisão do árbitro não seja cumprida voluntariamente, esta será passível de acarretar a realização de atos de autoridade pelas cortes estatais. Não existe nenhum ineditismo nisso, pois já é exatamente assim que ocorre com a sentença arbitral.⁴⁵⁸

Ao se falar em ausência de poderes coercitivos, é natural que se reflita sobre a viabilidade de adoção, pelo tribunal arbitral, de medidas que possuam, como característica essencial, a prática de atos de coerção, tal como o arresto e o sequestro.

Tendo em vista que essas medidas demandam, intrinsecamente, atos de coerção para a sua efetivação e sabendo-se que árbitros não possuem poderes

⁴⁵⁵. STEPHEN BOND, “La nature des mesures conservatoires et provisoires”, p. 14. Conforme lembrado por LEW-MISTELIS-KRÖLL, o árbitro “is not part of the judicial system of the place of arbitration and is not the guardian of state public policy” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 6-33, p. 110).

⁴⁵⁶. Cf. “Private parties like arbitrators are not empowered with *imperium*. That is because they are private individuals not judges or enforcement officers of a state. Nor do they hold any other post in the judiciary of or appointed by a state. Empowering a private party is thought to cause anarchy” (YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 1-7, p. 7, nota de rodapé n. 30)

⁴⁵⁷. Nos ordenamentos que adotam agentes de execução para a prática de atos executivos (cujos atos e omissões podem ser controlados pelo juiz), afirma-se que esse agente é um “misto de profissional liberal e funcionário público, cujo estatuto de auxiliar da justiça implica a detenção de poderes de autoridade no processo executivo” (cf. LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva*, p. 27)

⁴⁵⁸. Conforme acertadamente afirma PAULA COSTA E SILVA, “se os tribunais arbitrais, porque destituídos de poderes de autoridade, não podem adoptar condutas que supõem o exercício deste tipo de poderes, poderiam estes tribunais impor a prática destes actos através do proferimento de uma decisão” (cf. “A arbitralidade de medidas cautelares”, p. 211 e ss.).

coercitivos, seria correto afirmar que essa competência estaria, em tese, excluída da apreciação dos árbitros? A resposta só pode ser negativa. Não há absolutamente nenhuma justificativa relevante para, *a priori*, excluir essas medidas do campo de competência dos árbitros. Nestes casos, se não houver o cumprimento voluntário da decisão, nada impedirá que os árbitros se valham do auxílio das cortes estatais para a prática de atos de autoridade.⁴⁵⁹

A ausência de poderes de autoridade leva à afirmação, por parte de YESILIRMAK, de que os árbitros geralmente evitam proferir decisões que demandem intrinsecamente o uso de poderes coercitivos.⁴⁶⁰ Conquanto a afirmação possa ser, na prática, verdadeira, fato é que não há nenhum obstáculo jurídico para que os árbitros assim se comportem.⁴⁶¹

O próprio exemplo citado por YESILIRMAK, para justificar a afirmação acima, parece não ser pertinente. De acordo com esse autor, no caso CCI, laudo n. 7828/1995, foi afirmado pelo tribunal arbitral que “excede a competência do árbitro sujeitar o réu à penhora caso ele não pague a quantia ordenada dentro do período de duas semanas”.⁴⁶² Determinar a penhora de bens é ato de autoridade e, de fato, seria inócua determinação do árbitro nesse sentido. Mas isso nada tem a ver com a afirmação de que os árbitros evitam proferir decisões que demandem intrinsecamente o uso de poderes coercitivos. O ato de penhora é “técnica expropriativa”⁴⁶³ de bens e não se confunde com a cognição necessária para análise do pedido de tutela de urgência.

⁴⁵⁹. Essa conclusão é compartilhada por LEW-MISTELIS-KRÖLL, exemplificando o caso com base na legislação alemã, que em nada se diferencia da realidade brasileira: “For example, under German law the mere ordering of an attachment does not entail any direct intrusion on the parties' rights; the order of attachment requires an additional act of enforcement. The order can be granted by a tribunal but the actual attachment is reserved for the courts” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-50, p. 599).

⁴⁶⁰. Cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-24, p. 70.

⁴⁶¹. A praxe realmente demonstra certo cuidado dos árbitros para ordenar medidas que pressuponham essencialmente a prática de atos de coerção. No entanto, faltam estudos empíricos para confirmar essa afirmação.

⁴⁶². No original: “it exceeds the arbitrator's competence to subject the Defendant to attachment if he fails to pay the ordered amount within the period of two weeks” (citado por YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-24, p. 70, nota de rodapé n. 97).

⁴⁶³. ARAKEN DE ASSIS, *Manual da execução*, n. 213, p. 577.

Por fim, embora se possa admitir que a ausência de poderes coercitivos possa, em algumas hipóteses de extrema urgência, fazer com que as tutelas de urgência proferidas por árbitros percam um pouco da sua efetividade (*supra*, n. 5.5.2), a separação de órgãos para exercer atividades cognitiva e executiva não é de todo estranha, nem inovadora, até mesmo no âmbito dos processos estatais.

Essa separação já existia no passado em Roma. Conforme lição de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, o juiz privado (*iudex*), do procedimento formulário, e os magistrados, do processo extraordinário, limitavam-se a proferir decisões meramente declaratórias, sendo a atividade imperativa desenvolvida pelo *praetor* romano, que a exercia mediante interditos para atos executórios ou ordenando a prática ou abstenção de atos ou comportamentos.⁴⁶⁴

Atualmente, inúmeros países optaram por desjudicializar⁴⁶⁵ a atividade executiva e a transmitiram a um profissional diverso de um juiz.⁴⁶⁶ Nesses casos, o agente de execução pode “ordenar a penhora, a venda ou o pagamento ou extinguir a instância executiva”, sendo possível que a parte prejudicada apresente reclamação ao juiz em razão de atos ou omissões do agente de execução e responsabilidade do Estado.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴. Cf. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 9.

⁴⁶⁵. Não há nada de errado em desjudicializar a execução, permitindo que atos sejam praticados por pessoa que não o juiz estatal. O problema seria, ao menos sob a perspectiva brasileira, excluir a *supervisão* desses atos de um órgão jurisdicional. Sobre o tema da realização de atos materiais de execução por particulares e o devido processo legal, cf. EDUARDO YOSHIKAWA, *Execução extrajudicial e devido processo legal*, p. 119 e ss.

⁴⁶⁶. Possuem agentes de execução atualmente, por exemplo: França, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Grécia, Alemanha e Áustria. Nestes dois últimos países, o agente de execução (*Gerichtsvollzieher*) é funcionário judicial pago pelo erário público. Nos demais países aqui citados, o *Huissier* é funcionário de nomeação oficial, mas deve ser contratado pelo exequente. A Suécia também desjudicializou sua execução e a função é exercida por um organismo administrativo, o Serviço Público de Cobrança Forçada. Para melhor exposição sobre o assunto, inclusive com ampla referência doutrinária e de direito comparado, cf. LEBRE DE FREITAS, *A ação executiva*, p. 24 e ss.

⁴⁶⁷. LEBRE DE FREITAS, *A ação executiva*, pp. 25-27; PAULA COSTA E SILVA, “A arbitrabilidade de medidas cautelares”, p. 211 e ss.

Guardadas as devidas proporções, esse amplo movimento dos países europeus de permitir que, em princípio, agentes de execução pratiquem atos de satisfação no lugar de juízes, demonstra que nada há de errado em dissociar a competência para declarar e efetivar os provimentos.

No caso da arbitragem o raciocínio acaba muito mais fortalecido, pois a competência dos árbitros é restrita à fase de cognição e os seus atos podem ser controlados na fase de efetivação da medida (*infra*, n. 10.4.5). Mesmo sem a possibilidade de exercício de coerção, nota-se que as ordens dos árbitros são cumpridas geralmente de forma voluntária (espontânea ou induzidamente) por meio de mecanismos sancionatórios.

5.6. O PAPEL DAS CORTES ESTATAIS DURANTE O PROCESSO ARBITRAL

Tradicionalmente, as cortes estatais possuíam competência exclusiva para conceder tutelas de urgência em litígios submetidos à jurisdição arbitral. Essas cortes não queriam ter o seu papel reduzido por um meio privado de resolução de litígios e havia a necessidade de distanciar negativamente o árbitro do juiz (*supra*, n. 5.2). A ausência de poder coercitivo (*imperium*) dos árbitros era vista como óbice intransponível para a concessão de tutelas de urgência (*supra*, nn. 4.1 e 5.5.3)

Com o tempo, passou-se a admitir que os árbitros estão em melhor posição para analisar pedidos de tutela de urgência nos casos em que as partes decidiram submeter os seus litígios à via arbitral (*supra*, n. 5.3). É importante, para a comunidade empresarial, que se permita ao árbitro decidir, de forma imediata e provisória, as questões urgentes surgidas no curso do processo arbitral.⁴⁶⁸

⁴⁶⁸. GARY BORN lembra que essa cooperação para tutelas de urgência é peculiar, uma vez que, virtualmente em todos os demais aspectos, a competência do tribunal arbitral permanece exclusiva: “This overlapping jurisdiction of national courts and arbitral tribunals to order provisional measures is unusual (in that, in virtually all other respects, an agreement to arbitrate divests national courts of any competence over the parties’ dispute)” (cf. *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1973).

Por outro lado, é sabido que os árbitros possuem limitações inerentes a esse método de resolução de litígios (*supra*, n. 5.5). Se a sua competência fosse levada ao extremo, isso poderia causar mais prejuízos do que vantagens, pois a parte interessada poderia ficar, em algumas situações excepcionais, sem nenhum órgão jurisdicional para tutelar o seu direito, com evidente denegação de justiça.⁴⁶⁹

Tendo em vista o amplo reconhecimento da competência dos árbitros, mas, ao mesmo tempo, as limitações inerentes a esse método, os doutrinadores que escrevem sobre arbitragem internacional afirmam existir uma verdadeira *competência concorrente*⁴⁷⁰ entre as jurisdições arbitral e estatal no que diz respeito às tutelas de urgência arbitrais.⁴⁷¹

Ontologicamente, a posição adotada neste trabalho não diverge daquela exposta pela doutrina arbitralista. No entanto, a denominação *competência concorrente* não parece representar de forma completa o fenômeno. Ao se falar simplesmente em competência concorrente, dá-se a impressão de que sempre existe uma liberdade absoluta de escolha do órgão a ser utilizado, quando na verdade não é isso o que acontece na totalidade das vezes. É preciso muito cuidado, principalmente no atual estágio de desenvolvimento do instituto da arbitragem no país, com confusões terminológicas.

⁴⁶⁹. FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *on International commercial arbitration*, par. 685, p. 413. Com absoluta razão a afirmação de YESILIRMAK de que sem a possibilidade de assistência das cortes estatais a própria viabilidade da arbitragem como método de resolução de disputas estaria afetada: “To this end, it should be noted that without the assistance of a court, contracting parties would be extremely hesitant to choose arbitration as their dispute resolution mechanism due to the problems and shortcomings concerning arbitral jurisdiction for providing interim protection of rights” (cf. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-20, p. 65, nota de rodapé n. 81).

⁴⁷⁰. Na doutrina internacional, fala-se indistintamente de “poder concorrente”, “jurisdição concorrente” ou “competência concorrente”. Sobre o assunto, cf. *supra*, n. 5.1, primeira nota de rodapé deste capítulo.

⁴⁷¹. Conforme autorizada lição de FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN: “The various sources of arbitration law—statute, institutional rules, international conventions and arbitral awards—reveal a growing acceptance of the principle that courts and arbitral tribunals have concurrent powers to order provisional or protective measures” (cf. *on International commercial arbitration*, par. 1306, p. 709). GARY BORN, no mesmo sentido, afirma que “absent contrary agreement, the arbitration regimes in virtually all developed states contemplate concurrent authority of the arbitral tribunal and national courts to order provisional relief” (cf. *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1972). No mesmo sentido, afirmando a ampla aceitação da competência concorrente na maioria dos sistemas jurídicos desenvolvidos (cf. CHARLES PRICE, “Conflict with state courts”, p. 40). Não existe competência concorrente, obviamente, em ordenamentos que não aceitam a competência dos árbitros para tutelas de urgência, como o italiano, por exemplo (*supra*, n. 5.2.1).

Durante a fase em que o tribunal arbitral está constituído, a maior dificuldade é encontrar o equilíbrio entre a competência exclusiva dos árbitros para o mérito do litígio e a competência arbitral ou estatal para as tutelas de urgência.⁴⁷² O grau de aceitação de intervenção das cortes estatais varia significativamente de acordo com o modelo escolhido.

Uma análise das legislações arbitrais estrangeiras, assim, é essencial para a adequada e completa compreensão do fenómeno.

Há países que adotam o (i) modelo da competência concorrente (*liberdade de escolha*), no qual as partes estão livres para simplesmente escolher o órgão que melhor lhes interessa para as tutelas de urgência; (ii) modelo da competência absoluta do árbitro (*acesso restrito*), por meio do qual a competência é apenas do árbitro, cabendo às cortes estatais intervir somente em situações excepcionais, ou seja, apenas quando o tribunal arbitral não puder agir de forma tempestiva e efetiva.⁴⁷³ São esses dois modelos e as suas características principais que passam a ser analisados.

5.6.1. Modelo da competência concorrente

Existem ordenamentos que adotam o modelo da liberdade de escolha (ou *freedom of choice approach*), por meio do qual, resumidamente, a parte está totalmente livre para escolher, durante o curso do processo arbitral, o órgão que estiver em melhores condições para preservar seu direito.⁴⁷⁴

Trata-se de modelo em que há verdadeira competência concorrente entre cortes estatais e tribunais arbitrais. O ponto essencial desse modelo, como se percebe,

⁴⁷². ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, pp. 79-80.

⁴⁷³. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 36.

⁴⁷⁴. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-42, pp. 85-86.

seria a viabilidade de as partes livremente decidirem se devem solicitar a tutela de urgência aos tribunais arbitrais ou às cortes estatais.

A Lei Modelo da UNCITRAL, por exemplo, reconhece a possibilidade de tanto tribunais arbitrais quanto cortes estatais concederem tutelas de urgência. O art. 9.º, ao prever a compatibilidade da tutela de urgência e a convenção de arbitragem, coloca em destaque que as medidas podem ser pleiteadas perante as cortes estatais “antes ou durante o processo arbitral”.⁴⁷⁵

Apesar de a Lei Modelo em nenhum momento mencione expressamente que, durante o curso do processo arbitral, a parte interessada pode procurar as cortes estatais livremente, parte da doutrina entende que se trata de previsão implícita.⁴⁷⁶ Para outra parte da doutrina, o art. 9.º não confere liberdade de escolha das partes, mas apenas estabelece que as partes não estão proibidas de exercer esse direito caso a legislação arbitral nacional preveja a competência das cortes estatais para intervenção durante o curso do processo arbitral.⁴⁷⁷

A Lei Modelo também é silente no que concerne à coordenação da competência entre tribunais arbitrais e cortes estatais, mas, de acordo com os defensores do *freedom of choice approach*, a falta de regulamentação apenas reforça a conclusão de que não haveria necessidade de se estabelecerem limites à liberdade de escolha da parte

⁴⁷⁵. Apenas para facilitar a visualização da questão, transcreve-se novamente a versão original do art. 9.º da Lei Modelo de UNCITRAL, grifado na parte relevante: “It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, *before or during arbitral proceedings*, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure”.

⁴⁷⁶. Observação feita por DONALD DONOVAN: “This provision does not expressly confer power on courts to order interim measures, but that power is generally considered to be implicit in the provision” (cf. “The allocation of authority between courts and arbitral tribunals to order interim measures: a survey of jurisdictions, the work of UNCITRAL and a model proposal”, pp. 206).

⁴⁷⁷. Observação feita por ARON BROCHES: “Art. 9 does not purport to confer any such power on a court. It merely provides that if a court has such power under its national procedural law, it will not be precluded from exercising it because the parties to the dispute have concluded an arbitration agreement”. (cf. “UNCITRAL - commentary on the Model Law (1990)”, p. 85-86). No mesmo sentido MODY-ARVIND: “Whilst this article does not grant any positive powers to the courts, it embodies the principle that a petition for interim relief presented to a court in relation to a matter which is the subject of an arbitration agreement is not incompatible with the arbitration agreement” (cf. “Redeeming Sisyphus: the need to invigorate interim relief in international commercial arbitration”, p. 127).

interessada. Exatamente por esse motivo não haveria regulamentação.⁴⁷⁸ Não existiria, assim, de acordo com esse modelo, papel principal ou subsidiário às cortes estatais ou aos tribunais arbitrais.⁴⁷⁹

A título exemplificativo, na Espanha, que adotou o formato da Lei Modelo da UNCITRAL, a doutrina indica que “a competência para ordenar estas medidas recai indistintamente nas mãos de juízes e árbitros”.⁴⁸⁰

De acordo com SILVIA VILAR, quando se pretende a adoção de tutelas de urgência no processo arbitral, há uma via dupla aberta às partes: as cortes estatais, com fundamento nos arts. 8.3 e 11.3 da *Ley de Arbitraje*, ou tribunais arbitrais, com base no art. 23 da mesma lei.⁴⁸¹ Não existe, portanto, nenhum tipo de limitação a esse respeito.⁴⁸²

A Alemanha, conforme aponta a doutrina, também adota o *freedom of choice approach*, seguindo atualmente como base a Lei Modelo da UNCITRAL. O art.

⁴⁷⁸. Observação feita por YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3.42, p. 85 e ss.

⁴⁷⁹. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, pp. 37-38. Nesse mesmo sentido é a opinião de DONALD DONOVAN, relatando que a Lei Modelo da UNCITRAL não menciona em nenhum momento que o papel das cortes estatais deve ser subsidiário: “As to the relationship between the power of courts and tribunals to award interim measures, the text of the Model Law gives no indication about whether courts should play a subsidiary role to arbitral tribunals or vice versa. Instead, the Model Law appears page to give parties the freedom to choose between applying to courts or arbitral tribunals for interim measures of protection” (cf. “The allocation of authority between courts and arbitral tribunals to order interim measures: a survey of jurisdictions, the work of UNCITRAL and a model proposal”, pp. 206-207).

⁴⁸⁰. ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 285. Eis a redação do art. 11(3) da *Ley de Arbitraje* (lei 60/2003): “El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas”.

⁴⁸¹. Cf. *Medidas cautelares en el arbitraje*, p. 181.

⁴⁸². É a opinião de NÚRIA MIRET, ao afirmar que “La LA viene a clarificar las anteriores dudas interpretativas al admitir en su art. 11.3 la posibilidad de adoptar medidas cautelares ‘con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación’, sin establecer ningún tipo de limitación respecto a situaciones concretas” (cf. *Medidas cautelares y arbitraje*, p. 172).

1033 da *Zivilprozessordnung* (ZPO) alemã repete a redação adotada no art. 9.º da Lei Modelo.⁴⁸³

Essa previsão, ao ressaltar que as tutelas de urgência podem ser pleiteadas perante as cortes estatais antes ou durante o processo arbitral, leva a doutrina alemã a afirmar que, salvo na hipótese em que a parte opta por excluir a competência dos árbitros (*opt out*) para tutelas de urgência, essas medidas podem ser apreciadas e deferidas tanto por juízes quanto por árbitros, de forma livre.⁴⁸⁴

5.6.2. Críticas ao modelo da competência concorrente

Esse modelo, de aparente equilíbrio perfeito entre árbitros e juízes, adotado por diversos países em razão de influência exercida pela Lei Modelo da UNCITRAL, acaba recebendo, de um modo geral, fortes críticas da doutrina com fundamento em ao menos dois pontos.

Em primeiro lugar, argumenta-se, com razão, que esse modelo vai de encontro à vontade manifestada pelas partes ao assinarem a convenção de arbitragem. Ao árbitro cabe, em regra, decidir todos os assuntos durante o curso do processo arbitral. Se ao árbitro foram conferidos poderes para julgar o mérito do litígio, o modelo

⁴⁸³. Eis a redação em inglês: “§ 1033 - Arbitration Agreement and Interim Measures by Court. It is not incompatible with an arbitration agreement for a court to grant, before or during arbitral proceedings, an interim measure of protection relating to the subject-matter of the arbitration upon request of a party”.

⁴⁸⁴. De acordo com a lição de BÖCKSTIEGEL-KRÖLL-NACIMIENTO, “German arbitration law provides for concurrent jurisdiction of arbitral tribunals and courts for granting interim relief. This is meant to ensure that in all cases an effective protection can be obtained. Accordingly, in the absence of agreements to the contrary, an application for interim relief may now be made to both the state court and the arbitral tribunal. An arbitration agreement does not, in and of itself, exclude the possibility that a state court may issue interim relief either prior to or during the arbitration, on the application of one of the parties, concerning the subject matter of the arbitration (cf. *Arbitration in Germany*, p. 42). No mesmo sentido, em outro artigo, desta vez individual, BÖCKSTIEGEL informa que “As section 1033 already permits interim measures by the court, it is of high practical importance that section 1041 now too expressly authorizes the arbitral tribunal to issue interim measures” (cf. “An introduction to the new German Arbitration Act based on the UNCITRAL Model Law”, p. 24).

da liberdade de escolha para utilizar ou não o árbitro, durante o curso do processo arbitral, para tutelas de urgência, não parece ser o melhor.⁴⁸⁵

A competência para as tutelas de urgência, em regra, deve ser dos árbitros, sob pena de violar a vontade inicial das partes. Os árbitros, salvo raras exceções, estão em posição adequada e vantajosa para julgar as questões postas naquela demanda (*supra*, n. 5.3). Se fosse da intenção das partes excluir a competência do árbitro para tutelas de urgência durante o curso do processo, assim poderiam ter feito sem nenhum problema (*supra*, n. 4.6).

Todas as vantagens que as partes poderiam ter com a competência do árbitro estariam esvaziadas. Pela própria natureza voluntária da arbitragem, deve existir certo (e legítimo) favorecimento deste método, em prejuízo das cortes estatais.⁴⁸⁶ As cortes estatais, nesses casos, devem realizar autocontenção (*self-restraint*), de forma a preservar a vontade inicial de ambas as partes.

Em segundo lugar, aponta-se, também de forma correta, que permitir às partes, subjetivamente, sem nenhum critério razoável, escolher em qual via desejam apresentar o seu pedido pode significar abuso processual. De fato, estando o tribunal arbitral já constituído e habilitado para analisar questão urgente, não faz sentido permitir que a parte possa ordinariamente realizar o seu pleito de tutela de urgência às cortes estatais.

Os árbitros, durante o curso do processo arbitral, estão em melhor posição do que os juízes para identificar se determinado pedido de tutela de urgência é

⁴⁸⁵. Em regra, não parece haver nenhum motivo para tratar de forma diferente a competência do árbitro para tutelas finais e sumárias. Conforme lembram MODY-ARVIND: “There does not appear to be any specific ground to treat interim relief granted by arbitrators differentially as compared to final relief in terms of excluding the jurisdiction of the courts. (cf. “Redeeming sisyphus: the need to invigorate interim relief in international commercial arbitration”, p. 127).

⁴⁸⁶. Nas precisas palavras de YESILIRMAK, “Party autonomy demands prejudice toward arbitral jurisdiction. When parties agree on arbitration to resolve their disputes, this agreement should be upheld if and where it is possible” (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-44, p. 86).

genuinamente necessário ou se está sendo utilizado para abuso processual.⁴⁸⁷ Como os árbitros são responsáveis por julgar o mérito do litígio, é natural que eles estejam mais familiarizados com os fatos e com as peculiaridades da disputa, podendo, com isso, verificar com mais propriedade a necessidade ou não da tutela de urgência (*supra*, n. 5.3).

O modelo da liberdade de escolha, aliás, quando escolhido, deve acompanhar um contrapeso efetivo de responsabilidade por danos processuais, a ser suportado por aquele que usar esse modelo para conquistar vantagens processuais de forma indevida. Não se pode ignorar, todavia, que a Lei Modelo da UNCITRAL parece incentivar que esse modelo seja cada vez mais adotado.

5.6.3. Modelo da competência exclusiva do árbitro

O modelo da competência exclusiva ou do acesso restrito (*restricted-access approach*), também denominado pela doutrina como modelo da subsidiariedade das cortes estatais (*court-subsidiary approach*), apresenta posição mais ponderada sobre a relação de competência entre tribunais arbitrais e cortes estatais durante o curso do processo arbitral.

Ao contrário do que ocorre no *freedom of choice approach*, no modelo do acesso restrito, a intervenção das cortes estatais será permitida tão somente quando existir algum obstáculo material ou jurídico ao efetivo exercício da competência pelos árbitros.⁴⁸⁸ Pode-se dizer, assim, que a competência é do árbitro e o acesso à via estatal, durante o curso do processo arbitral, só é permitido em caráter excepcional nos casos

⁴⁸⁷. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-5, p. 50.

⁴⁸⁸. Conforme menciona ROSA ALCAMÍ, a legitimidade para intervenção das cortes estatais “puede derivar bien de la existencia de una limitación de carácter jurídico por parte de los árbitros; o bien, de la existencia de un obstáculo material al ejercicio del poder del árbitro” (cf. *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 184). O papel das cortes estatais só deve ser exercido, como lembrado por LIRA GOSWAMI, “when interim orders are urgently required by a party to the arbitration and the arbitrators are not in a position to grant such relief either because the arbitral tribunal is not yet constituted or because it lacks jurisdiction to pass the order or because the arbitral tribunal is not able to act immediately” (cf. “Interim reliefs: the role of the courts”, p. 111).

em que o órgão arbitral não possuir competência para proferir determinada tutela de urgência ou não puder agir de forma tempestiva ou efetiva (*supra*, n. 5.5).⁴⁸⁹

A arbitragem, como método de resolução de litígios, deve oferecer às partes a sensação de segurança jurídica e previsibilidade. Deixar as portas abertas para que qualquer julgador decida eventuais pedidos de tutela de urgência, em vez de apenas o julgador escolhido pelas partes (*o árbitro*), vai de encontro à segurança e à previsibilidade do processo arbitral.

Conforme lição de LEW-MISTELIS-KRÖLL, “dar às cortes estatais um poder ilimitado de conceder tutelas urgentes pode frustrar o acordo das partes de ter suas disputas resolvidas por arbitragem”.⁴⁹⁰ De fato, se não se tomarem os devidos cuidados, corre-se o risco de a convenção de arbitragem acabar sem efeito.⁴⁹¹

Por isso, durante o curso do processo arbitral, a competência deve ser apenas dos árbitros.⁴⁹² As cortes estatais assumem um papel precário, limitando-se a intervir nos casos excepcionais em que os tribunais arbitrais não puderem garantir efetiva proteção jurídica às partes.⁴⁹³

⁴⁸⁹ . ROSA ALCAMÍ afirma que, caso não haja manifestação de vontade em sentido contrário, parece mais aconselhável que o árbitro atue de forma principal e, apenas como último recurso, se recorra aos juízes estatais (cf. *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 184).

⁴⁹⁰ . Eis a passagem integral no original: “There are strong arguments in favour of making interim measures ordered by the tribunal the primary means of interim relief and to restrict the jurisdiction of the courts to cases where for some reason effective protection cannot be granted by the tribunal. To give state courts an unlimited power to grant interim relief may frustrate the parties agreement to have disputes determined by arbitration” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-121, p. 621).

⁴⁹¹ . ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 181.

⁴⁹² . CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 36 e ss.

⁴⁹³ . LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-121, p. 621. Ao tratar sobre essa questão, BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER alegam que, quando não houver legislação ou regulamento lidando claramente com a questão, a solução dependerá das circunstâncias particulares do caso. Percebe-se, todavia, que o exemplo citado obedece com clareza ao modelo do acesso restrito: “If, for example, the arbitral tribunal is not yet in existence (or, in an ICC case, has not yet received the file), and the matter is one of urgency, the only possibility is to apply to the relevant national court for interim measures, whilst at the same time taking steps to move the arbitration forward, so as to show that there is every intention of respecting the agreement to arbitrate. Where the arbitral tribunal is in existence, it is appropriate to apply first to that tribunal for interim measures, unless the measures sought are ones that the tribunal itself does not have the power to grant or if international enforcement may be required” (cf. *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 7-29, p. 450).

Na França, por exemplo, há muito tempo adota-se o modelo do acesso restrito e permite-se apenas um papel excepcional às cortes estatais durante o curso do processo arbitral. Assim, de acordo com sólida jurisprudência francesa, se o tribunal arbitral já está constituído, “as cortes devem apenas adotar aquelas medidas conservatórias que o tribunal arbitral não poderia adotar por causa dos limites da competência ou urgência do assunto”.⁴⁹⁴

A redação do recentemente alterado art. 1449 do *Nouveau Code de Procédure Civile* incorpora essa prática, ratificando que a existência da convenção de arbitragem não impedirá a parte de solicitar medidas de urgência perante as cortes estatais, mas isso apenas enquanto o tribunal arbitral não estiver constituído.⁴⁹⁵ Depois da constituição, a competência é dos árbitros.

Nos Estados Unidos da América, em razão do seu sistema federativo, cada estado possui a liberdade de legislar e regulamentar o uso da arbitragem, o que faz com que a tarefa de análise completa seja extremamente difícil.⁴⁹⁶ O *Federal Arbitration Act* 1925, por exemplo, nada diz a respeito de tutelas de urgência.⁴⁹⁷ A prática demonstra, todavia, que há um esforço para padronização das práticas arbitrais, tal como a adoção, por diversos Estados, da Lei Modelo da UNCITRAL e do *Revised Uniform Arbitration Act*.⁴⁹⁸

⁴⁹⁴. DERAINS-KIFFER, “National report for France (2010)”, p. 41. Eis o trecho completo da versão original: “According to well-established case law, even where an arbitration agreement exists, French courts consider that they have jurisdiction to take conservatory measures. However, if the arbitral tribunal is already seized of jurisdiction, the courts should only take those conservatory measures that the arbitral tribunal could not take due in particular to the limits of its powers or the urgency of the matter”.

⁴⁹⁵. Eis a redação do artigo art. 1449 do *Nouveau Code de Procédure Civile*, destacado na parte pertinente: “L’existence d’une convention d’arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n’est pas constitué, à ce qu’une partie saisisse une juridiction de l’Etat aux fins d’obtenir une mesure d’instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire”.

⁴⁹⁶. OSCAR CHASE ressalta esse fato ao afirmar que nos Estados Unidos há 51 sistemas judiciais diferentes, ou seja, 50 estados “soberanos” e um sistema judicial federal (cf. “Reflections on civil procedure reform in the United States: What has been learned? What has been accomplished?”, p. 163).

⁴⁹⁷. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1954.

⁴⁹⁸. De acordo com ALAN RAU, em artigo publicado em 2005, a versão original da lei de arbitragem uniforme foi adotada por 30 estados americanos e a versão atualizada por 8 estados àquela época: “The Uniform Arbitration Act was adopted by the National Conference of the Commissioners on Uniform State Laws in 1955, and is now in force with minor variations in 30 states. More recently, in 2000, the Conference promulgated the Revised Uniform Arbitration Act, which has so far been enacted in only eight states” (cf. “Provisional relief in arbitration: how things stand in the United States”, p. 1).

Especificamente no que diz respeito ao papel das cortes estatais durante o curso do processo arbitral, ALAN RAU relata que a tendência é, uma vez constituído o tribunal arbitral, as cortes estatais se absterem de proferir tutelas de urgência, exceto em circunstâncias excepcionais.⁴⁹⁹

Essa foi a conclusão adotada por comissão de juristas para a redação do art. 8(b)(2) do *Revised Uniform Arbitration Act*. Depois de constituído o tribunal arbitral, “a única hipótese em que uma parte pode requerer tutela de urgência da corte em vez do árbitro ocorre quando é um assunto urgente e o árbitro não pode agir de forma tempestiva ou não poderia conceder tutela de urgência efetiva”.⁵⁰⁰

São diversos os precedentes das cortes estatais dos Estados Unidos no sentido acima exposto.⁵⁰¹

No mesmo sentido há ainda, exemplificativamente, a Inglaterra, que, por meio do *English Arbitration Act* 1996, estabelece de forma detalhada o papel da intervenção das cortes estatais. Seguindo o modelo do acesso restrito, as cortes estatais

⁴⁹⁹. Cf. “Provisional relief in arbitration: how things stand in the United States”, p. 51.

⁵⁰⁰. Eis o comentário da comissão responsável pelo *Revised Uniform Arbitration Act*: “After the arbitrator is appointed and authorized and able to act, the only instance in which a party may seek relief from a court rather than the arbitrator is when the matter is an urgent one and the arbitrator could not act in a timely fashion or could not provide an effective provisional remedy. The notion of ‘urgency’ is from the 1996 English Arbitration Act § 44(1), (3), (4), (6). These circumstances of a party seeking provisional relief from a court rather than an arbitrator after the appointment process should be limited for the policy reasons previously discussed”.

⁵⁰¹. A título de exemplo, vejam-se três relevantes precedentes citados por ALAN RAU: (i) “*Simula, Inc. v. Autoliv, Inc.*, 175 F.3d 716 (9th Cir. 1999) (district court correctly denied request for preliminary injunction ‘since provisional relief is available [under ICC rules] from the Swiss Arbitral Tribunal’); (ii) “*Prudential Securities Inc. v. Schrimsher*, 179 F.Supp.2d 1306 (N.D. Ala. 2001) (court exercised its discretion to refuse to grant a preliminary injunction enjoining a former employee from soliciting the claimant’s clients; the court ‘should defer’ to the arbitral tribunal since the claimant ‘has conceded that it can obtain the same relief from the arbitrators that it can obtain from this court’); (iii) “*Ever-Gotesco Resources & Holdings, Inc. v. Pricesmart, Inc.*, 192 F.Supp.2d 1040 (S.D. Cal. 2002), for example, the court denied provisional relief on the grounds that ‘the arbitral tribunal has the power to grant it’” (cf. “Provisional relief in arbitration: how things stand in the United States”, p. 51 e ss., incluindo notas de rodapés).

inglesas podem intervir, em resumo, apenas quando o tribunal arbitral não estiver em condições de agir efetivamente.⁵⁰²

Esse é o teor do art. 44(5) do *English Arbitration Act* 1996, cuja redação é bem detalhada: “a corte agirá apenas se ou no limite que o tribunal arbitral, e qualquer instituição arbitral ou outra ou pessoa investida de poderes naquele sentido pelas partes, não tiver poderes ou não puder agir efetivamente naquele momento”.⁵⁰³

Ou seja, na Inglaterra, as cortes estatais estão autorizadas a agir tão somente se o tribunal arbitral não puder agir efetivamente, tal como nos casos em que o tribunal arbitral ainda não foi constituído ou nos quais há tamanha urgência que os árbitros não conseguem conceder medida efetiva.⁵⁰⁴

O *English Arbitration Act* 1996 ainda traz mais uma peculiaridade. Conforme já explicado, a lei de arbitragem inglesa atribui competência às cortes estatais para proferirem as chamadas *mareva injunctions* e *anton pillar orders* (*supra*, n. 3.3). Neste caso, naturalmente, a competência é dos juízes mesmo durante o curso do processo arbitral. Trata-se de competência estabelecida pelo tipo de medida pleiteada.

No campo dos regulamentos arbitrais, a fim de não tornar essa parte do trabalho muito repetitiva, analisar-se-á apenas o Regulamento CCI. A escolha não é por acaso. O Regulamento CCI é um ótimo paradigma de aplicabilidade prática do modelo de acesso restrito.⁵⁰⁵ Sem chegar ao modelo da lei inglesa de divisão detalhada de competência, o regulamento parece conseguir resultado bastante satisfatório.

⁵⁰². VEEDER, “National report for England (1997)”, p. 41. De acordo com PIERO BERNARDINI, o *English Arbitration Act* 1996 demonstra uma nova filosofia, na qual “le corti devono essere di ausilio per il procedimento arbitrale e non devono interferire con lo stesso” (cf. *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, p. 52).

⁵⁰³. Eis a redação original: “In any case the court shall act only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively”.

⁵⁰⁴. VEEDER, “National report for England (1997)” p. 41.

⁵⁰⁵. Menciona-se exemplificadamente o regulamento da CCI por sua ampla utilização, principalmente no Brasil, mas não se pode esquecer que o Regulamento LCIA possui dispositivo similar, estabelecendo a possibilidade de assistência das cortes estatais apenas quando o tribunal arbitral ainda não estiver constituído ou em casos excepcionais durante o curso do processo arbitral. Cf. art. 25.3: “The power of

De acordo com o art. 28(2) do Regulamento CCI, as partes podem “antes da remessa dos autos ao tribunal arbitral e posteriormente, em *circunstâncias apropriadas*, requerer a qualquer autoridade judicial competente que ordene as medidas cautelares ou provisórias pertinentes”.⁵⁰⁶

Do trecho acima transcrito, podem-se extrair duas relevantes afirmações, que se complementam, na hipótese de o tribunal arbitral já estar constituído: (a) o tribunal arbitral é o órgão competente para análise de pleitos de tutelas de urgência (essa é a regra); e (b) as cortes estatais podem intervir apenas caso existam “circunstâncias apropriadas” (essa é a exceção).

Com relação à regra, já foi dito diversas vezes que, de acordo com o modelo da competência exclusiva (acesso restrito), a competência é do tribunal arbitral. Essa é, aliás, a essência do modelo do acesso restrito.⁵⁰⁷

Com relação à exceção, cabe ainda investigar qual seria a intenção do regulamento quando se menciona o vocábulo “circunstâncias apropriadas”.⁵⁰⁸

the Arbitral Tribunal under Article 25.1 shall not prejudice howsoever any party's right to apply to any state court or other judicial authority for interim or conservatory measures *before the formation of the Arbitral Tribunal and, in exceptional cases, thereafter*. Any application and any order for such measures after the formation of the Arbitral Tribunal shall be promptly communicated by the applicant to the Arbitral Tribunal and all other parties. However, by agreeing to arbitration under these Rules, the parties shall be taken to have agreed not to apply to any state court or other judicial authority for any order for security for its legal or other costs available from the Arbitral Tribunal under Article 25.2”. Pode-se perceber, portanto, que o Regulamento LCIA adota, de forma clara, o modelo da competência dos árbitros.

⁵⁰⁶. Eis a redação integral do art. 28(2) do Regulamento CCI 2012: “As partes poderão, antes da remessa dos autos ao tribunal arbitral e posteriormente, *em circunstâncias apropriadas*, requerer a qualquer autoridade judicial competente que ordene as medidas cautelares ou provisórias pertinentes. O requerimento feito por uma das partes a uma autoridade judicial para obter tais medidas, ou a execução de medidas similares ordenadas por um tribunal arbitral, não será considerado como infração ou renúncia à convenção de arbitragem e não comprometerá a competência do tribunal arbitral a este título. Quaisquer pedidos ou medidas adotadas pela autoridade judicial deverão ser notificados sem demora à Secretaria, devendo esta informar o tribunal arbitral”. O art. 28(2) do Regulamento CCI 2012 repete de forma integral o quanto previsto anteriormente no art. 23(2) do Regulamento CCI 1998.

⁵⁰⁷. LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-108, p. 617; DERAIS-SCHWARTZ, *Guide to the ICC rules of arbitration*, p. 299.

⁵⁰⁸. O art. 25(3) do Regulamento LCIA 1998 fala em “casos excepcionais” (*exceptional cases*). O Regulamento ICC, anteriormente, utilizava-se da expressão “circunstâncias excepcionais” (*exceptional circumstances*). Como explica YESILIRMAK, “The ICC Rules state that parties may apply to the courts for

Circunstâncias apropriadas, como se pode perceber, é exemplo de norma tipicamente vaga. Esses tipos de normas são utilizados exatamente para conferir maior liberdade ao julgador. Por esse motivo, são melhor adaptáveis às necessidades do caso concreto. Evita-se, por assim dizer, o engessamento da norma, devendo ser observada a existência ou não de circunstâncias apropriadas no caso concreto.⁵⁰⁹

Deve-se tomar cuidado para que a exceção estabelecida pelo Regulamento CCI não se torne fruto de abusos. Simplesmente alegar que há circunstância apropriada quando existir urgência ou necessidade de prevenção de danos adicionais não parece contribuir muito para o estudo do assunto, uma vez que esses requisitos devem estar presentes para qualquer tutela de urgência (*supra*, n. 3.3).⁵¹⁰

De qualquer forma, diante de arbitragem CCI, os fundamentos que justificam a procura pela corte estatal durante o curso do processo arbitral são aqueles já expostos neste trabalho e podem ser divididos em duas categorias: (a) impossibilidade momentânea de agir tempestivamente; (b) impossibilidade de proferir decisão efetiva diante do caso concreto (*supra*, n. 5.5.2).⁵¹¹

Em quaisquer das situações acima, não se pode esquecer alerta feito por DONALD DONOVAN, lembrando que “a autoridade das cortes deve ser exercida de

provisional measures where the circumstances are ‘exceptional’ (under the 1975-1988 Rules) or ‘appropriate’ (under the 1998 Rules)” (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-58, p. 92). O termo “circunstâncias excepcionais” parece refletir com mais propriedade a ideia de acesso restrito às cortes estatais, mas o termo “circunstâncias apropriadas”, devidamente interpretado, alcança absolutamente a mesma conclusão. Maior relevância, como se pode perceber, não está no rótulo, mas sim em seu conteúdo.

⁵⁰⁹. JUDITH MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, n. 4.4, p. 355 e ss. Especificamente sobre a utilização de norma tipicamente vaga no caso, CHARLES PRICE afirma que parece existir um desejo de que os juízes possuam um certo grau de liberdade para apreciar a viabilidade ou não de se conceder tutela de urgência em cooperação a tribunal arbitral constituído. No original: “The precise circumstances in which the State court may so intervene remain nevertheless relatively ill-defined and there would appear to be a wish to allow the court to exercise a maximum degree of discretion in deciding whether or not it is appropriate for it to grant relief” (cf. “Conflict with state courts”, p. 47).

⁵¹⁰. Com entendimento diverso ao exposto aqui, confira passagem de MICHEL CALVO: “Although the ‘appropriate circumstances’ are not defined, a situation of urgency and/or the prevention of further damages, as well as any circumstances recognized as appropriate by any competent judicial authority, may be accepted” (cf. “The new ICC rules of arbitration: substantial and procedural changes”, p. 49).

⁵¹¹. As mesmas limitações permanecem no regulamento atual: cf. GRIERSON-VAN HOOFT, *Arbitrating under the 2012 ICC rules*, pp. 157-158.

maneira que preserve o acordo das partes de que a disputa seja resolvida por arbitragem”.⁵¹²

5.7. CONFLITO DE COMPETÊNCIA E DE DECISÕES ENTRE ÁRBITROS E JUÍZES

Compreender a existência dos dois modelos acima descritos não possui apenas a relevância de permitir a identificação de qual seria o juízo competente para tutela de urgência arbitral, mas também é muito importante para tentar encontrar a solução para as hipóteses de conflito de competência e de tutelas de urgência entre árbitros e juízes.⁵¹³

Considerando que no modelo da liberdade de escolha (*freedom of choice approach*), a parte está totalmente livre para escolher, durante o curso do processo arbitral, o órgão que estiver em melhores condições para preservar seu direito, o risco de conflito de competência ou de tutelas de urgência arbitrais incompatíveis é real.

Para aqueles que adotam o modelo do acesso restrito (*restrict access approach*), a compreensão de que a competência para tutelas de urgência é apenas dos árbitros contribui para a redução da quantidade de problemas decorrentes da competência concorrente. O modelo do acesso restrito, todavia, não elimina totalmente os potenciais problemas nesse campo. Pode ocorrer, em circunstâncias excepcionais, de eventualmente ser necessária a intervenção das cortes estatais ou, ainda que de forma indesejada, que juízes simplesmente ignorem o seu papel e resolvam proferir tutelas de urgência indevidamente.

⁵¹². Cf. “The allocation of authority between courts and arbitral tribunals to order interim measures: a survey of jurisdictions, the work of UNCITRAL and a model proposal”, p. 239. Na versão original: “the authority of the courts must be exercised in a manner that preserves the parties’ agreement that the dispute be resolved by arbitration”. O mesmo alerta é feito, dentre outros, por GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1952.

⁵¹³. MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *International arbitration law and practice*, n. 24.13, p. 651.

Procura-se aqui, como a maioria das legislações nacionais e regulamentos arbitrais não prevê uma clara solução dessas questões, estabelecer alguns critérios para contribuir com a solução de eventuais conflitos.

5.7.1. Modelo da competência concorrente

Em primeiro lugar, lembre-se de que o conflito de competência para tutelas de urgência arbitrais pode ser positivo ou negativo.⁵¹⁴

O conflito positivo ocorre na hipótese em que tanto o tribunal arbitral quanto a corte estatal, reconhecendo a sua competência no caso concreto, proferem tutelas de urgência arbitral. O conflito negativo, por sua vez, tem lugar quando tanto o tribunal arbitral quanto a corte estatal se negam a analisar o pedido, atribuindo competência a outro juízo.⁵¹⁵

Na prática arbitral, como bem observa CARLEVARIS, percebe-se que raramente ocorre o conflito negativo de competência para tutelas de urgência arbitrais solicitadas em países que adotam o modelo da competência concorrente. Tendo em vista a atribuição de competência a ambos os órgãos no modelo da liberdade de escolha, dificilmente haverá dupla negativa de competência para o caso concreto.⁵¹⁶

Problema que poderia ocorrer para dupla negativa de competência seria o equivocado entendimento de que a escolha da via arbitral significaria incompetência das cortes estatais para tutelas de urgência. Trata-se de consequência idêntica, mas com

⁵¹⁴. MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *International arbitration law and practice*, n. 24.13, p. 651. Fala-se aqui de conflito de competência porque se está no campo em que as partes possuem liberdade para escolher qual órgão será responsável pela análise do pedido de tutela de urgência arbitral. Com relação ao mérito do litígio propriamente dito, não é possível utilizar o mesmo conceito porque a competência é exclusiva do tribunal arbitral.

⁵¹⁵. O conceito de conflito de competência aqui posto em nada difere daquele utilizado pela doutrina processual estatal (cf., por todos, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Jurisdição e competência*, n. 135, p. 215).

⁵¹⁶. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, pp. 106-107.

fundamento diverso. Esse aspecto, todavia, não seria correto tecnicamente (*infra*, n. 5.8.1).

Por sua vez, em razão da liberdade de escolha entre ambos os órgãos, o conflito positivo acaba sendo fonte de maior preocupação.⁵¹⁷

Na Alemanha, onde se adota o modelo do *freedom of choice approach* (supra, n. 5.8.1) e não há restrição ao exercício da competência das cortes estatais para tutelas de urgência, o risco de conflito positivo é muito grande.⁵¹⁸ Embora não exista regra para impossibilitar pedidos concomitantes a ambos os juízos, há regra para impedir sua execução. De acordo com o art. 1041(2) da ZPO, as cortes estatais permitem a execução da tutela de urgência arbitral, mas apenas se ela não já tiver sido requerida à corte estatal.⁵¹⁹

Nesse caso, a solução legislativa encontrada para evitar o conflito positivo passa pelo controle da questão pelas cortes estatais, que verificará quem formulou primeiramente o pedido.⁵²⁰ Essa solução, todavia, não alcança casos em que não haja a necessidade de apoio das cortes estatais para execução da medida.

Outro país que adota o modelo do *freedom of choice approach* é a Suíça. Para prevenir decisões conflitantes, tribunais arbitrais e cortes estatais possuem entendimento de que as partes não podem pedir tutela de urgência em ambos os órgãos

⁵¹⁷. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 107.

⁵¹⁸. Conforme lembram LEW-MISTELIS-KRÖLL: “In Germany adoption of Article 9 Model Law containing no restrictions on courts jurisdiction is a clear decision in favour of true concurrent jurisdiction. It is stated that the jurisdiction of the state courts exists in its own right and does not depend on the non-availability of interim relief from the tribunal” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-124, p. 622).

⁵¹⁹. Eis a versão em inglês do art. 1041(2) da ZPO: “The court may, at the request of a party, permit enforcement of a measure referred to in subsection 1, unless application for a corresponding interim measure has already been made to a court. It may recast such an order if necessary for the purpose of enforcing the measure”.

⁵²⁰. Se há pedido de auxílio para execução da medida de urgência concedida por tribunal arbitral e a corte estatal estiver diante do idêntico pedido, indica-se a prevalência da última. Para KRÖLL, “where enforcement is nevertheless necessary, pursuant to Sect. 1041(2) ZPO the court may, at the request of a party permit enforcement of such a measure ordered by the arbitral tribunal unless application for a corresponding interim measure has already been made to a court” (cf. “National report for Germany (2007)”, p. 35).

ao mesmo tempo. Uma vez formulado o pedido perante um juízo, a parte fica impedida de fazer o mesmo pedido diante de outro órgão.⁵²¹ Essa solução também é adotada pela Espanha, onde se entende que as partes em nenhum caso poderão aproveitar-se da flexibilidade legislativa para duplicar suas chances de êxito.⁵²²

A prioridade para decidir seria, então, do primeiro juízo em que a tutela de urgência fosse solicitada (*first to come, first to serve*). Além disso, uma vez analisada a questão, opera uma espécie de efeito preclusivo que impede uma segunda análise, mesmo que por outro órgão, sobre o mesmo pedido.⁵²³

A solução do *first to come, first to serve*, tal como adotado pela Suíça, parece adequada para os países que escolhem o modelo do *freedom of choice approach*. De fato, se tanto os tribunais arbitrais quanto as cortes estatais possuem competência primária para a concessão de tutelas de urgência, deve-se evitar que essa opção seja exercida de forma abusiva. Aquele que primeiro receber o pedido é o competente, e fica vedado às partes reiterar idêntico pedido perante o outro órgão.

⁵²¹. Esse é o relato de MARKUS WIRTH, com base na legislação suíça de arbitragem internacional: “Where identical interim measures are requested both from the state courts and the arbitral tribunal, the competence to order the measures is deemed to lie with the body with which the request has first been filed” (cf. “Interim or preventive measures in support of international arbitration in Switzerland”, p. 42). No mesmo sentido, SEGESSER-KURTH explicam que “in order to prevent conflicting decisions and promote adjudicative efficiency, arbitral tribunals and courts often decide that a party may not apply for interim relief before two instances at the same time and, once a court has dismissed a request for interim relief, a party should not have a second chance to obtain the same interim relief from the arbitral tribunal” (cf. *International arbitration in Switzerland*, p. 85).

⁵²². NÚRIA MIRET, *Medidas cautelares y arbitraje*, p. 164.

⁵²³. MARKUS WIRTH explica que a decisão da corte estatal ou tribunal arbitral possui um tipo de efeito preclusivo em relação ao outro juízo: “If the state court orders or declines to order a measure, the parties cannot subsequently resort to the arbitral tribunal to obtain a more favorable ruling, and vice versa” (cf. “Interim or preventive measures in support of international arbitration in Switzerland”, p. 42). Citando recente arbitragem CCI com local na Suíça, SEGESSER-KURTH relatam caso em que o tribunal arbitral adotou exatamente essa postura: “In a recent ICC arbitration in Switzerland, it was held that a party should not be given a second chance to obtain interim measures from the arbitral tribunal where (a) the party had already applied unsuccessfully for identical interim relief before a court, (b) the application for interim relief before the arbitral tribunal was based upon the same facts and evidence as the one brought before the court, (c) the arbitral tribunal would apply the same standards in deciding on the application for interim relief as had the court, and (d) due process had been granted in the court proceedings. The arbitral tribunal held that it would, however, be appropriate to grant a second chance to apply for the interim relief if new facts had arisen since the decision of the court or new evidence had become available” (cf. *International arbitration in Switzerland*, p. 85).

5.7.2. Modelo da competência exclusiva do árbitro

Com exceção à hipótese em que as partes optam expressamente por excluir a competência do árbitro (*opt out*), este é o julgador natural para decidir sobre as tutelas de urgência arbitrais durante o curso do processo arbitral.

As cortes estatais, assim, devem abster-se de proferir tutelas de urgência durante o curso do processo arbitral, salvo se o caso concreto se encaixar em uma das situações excepcionais em que há uma limitação inerente da atividade dos árbitros (*supra*, n. 5.5).

Na hipótese de a corte estatal ser chamada a se manifestar excepcionalmente em razão de limitação do tribunal arbitral, assim que cessar a impossibilidade momentânea de agir (no caso de óbice material) ou ocorrer a análise urgente pelo juiz (no caso de impossibilidade jurídica de agir efetivamente), a competência precária da corte estatal cessa completamente.⁵²⁴

Os árbitros poderão, assim, para usar a analogia de Lord MUSTIL,⁵²⁵ retomar o bastão com a finalidade de manter, modificar, revogar ou até mesmo conceder a referida tutela de urgência.⁵²⁶ Isso porque, cessada a circunstância excepcional que gerou a competência precária das cortes estatais, nada mais natural do que a decisão dos árbitros prevalecer (*infra*, 9.9).⁵²⁷

⁵²⁴. CLÁVIO VALENÇA FILHO, “Tutela judicial de urgência e a lide objeto da convenção de arbitragem”, p. 166.

⁵²⁵. Cf. “Commentaires et conclusions”, pp. 123-124.

⁵²⁶. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 328.

⁵²⁷. FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN afirmam que, pela sua própria natureza provisória, é permitido ao tribunal arbitral rever a medida da corte estatal. Como o mérito pertence ao árbitro, ele, naturalmente, também possui a última palavra sobre as medidas urgentes, que são interinais. Pela pertinência da lição, pede-se licença para transcrevê-la em sua integralidade: “The provisional nature of interim orders enables the arbitrators to review measures taken by the courts. Thus, for example, where a court orders the continuation of works, but the arbitral tribunal considers that to be unwarranted, there is nothing to prevent the tribunal from subsequently ordering the works to cease. Where there is a conflict between provisional decisions of this kind, the decision of the arbitral tribunal, which has jurisdiction to rule on the merits of the dispute, should prevail. This is because the only justification for applying to the courts

Agora se, inexistindo qualquer hipótese excepcional, uma das partes resolve formular pedido de tutela de urgência perante um juiz e ele resolve conceder a medida, em desobediência ao seu papel subsidiário durante o curso do processo arbitral, qual solução deve ser adotada no caso?

A resposta é simples. Tratando-se de evidente patologia, os árbitros não precisam fazer nada além de ignorar a decisão, que não possui qualquer validade. Poderia cogitar-se eventual manifestação pelos árbitros sobre essa indevida tutela de urgência proferida pelo juiz, mas nesse caso se estaria, na realidade, obstando a devida continuidade da arbitragem para combater decisão claramente inválida, uma vez que tomada por juízo absolutamente incompetente. Eventuais interferências do juiz, neste caso, devem ser adequadamente impugnadas pela parte prejudicada apenas no campo do processo estatal, sem prejudicar o processo arbitral em andamento.

Como se pode perceber, não se tratou, em nenhuma das duas hipóteses deste item, propriamente de conflito de competência ou conflito de decisões. Como existe uma clara definição sobre a competência de cada órgão, evitam-se discussões sobre conflito de competência e de decisões.⁵²⁸

A solução, no caso do modelo do acesso restrito, é muito mais simples do que aquela mencionada no modelo da liberdade de escolha.⁵²⁹

lies in the presumption that they are equipped to take the protective measure required in the circumstances more rapidly” (cf. *on International commercial arbitration*, par. 1330, p. 722).

⁵²⁸. MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *International arbitration law and practice*, n. 24.9, p. 647.

⁵²⁹. Isso leva MAURO RUBINO-SAMMARTANO a afirmar, com razão, que o modelo de liberdade de escolha ou competência concorrente pura não é a solução ideal (cf. *International arbitration law and practice*, n. 24.13, p. 651).

5.8. TUTELAS DE URGÊNCIA ARBITRAIS E CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Consequência natural de compreender-se que os árbitros possuem limitações no que diz respeito às tutelas de urgência é aceitar, em resumo, que (i) a convenção de arbitragem não impede que as cortes estatais, em determinados casos, concedam tutelas de urgência; e (ii) o pleito de tutela de urgência, pela parte interessada, perante as cortes estatais, não significa renúncia à jurisdição arbitral.⁵³⁰ Passa-se então à análise mais detida de cada uma das hipóteses.

5.8.1. Efeito negativo da convenção de arbitragem e cooperação das cortes estatais para tutelas de urgência

A existência de convenção de arbitragem acarreta dois efeitos principais: (a) o efeito positivo, que faz com que as partes sejam obrigadas a solucionar litígio existente ou futuro pela jurisdição arbitral; e (b) o efeito negativo, cuja função é afastar a competência das cortes estatais para o conhecimento e solução de litígio existente ou futuro.⁵³¹ Neste momento interessa a análise do efeito negativo.

Quando se menciona que o efeito negativo da convenção de arbitragem acarreta a incompetência das cortes estatais, isso quer dizer que a competência é afastada para todos os assuntos relacionados àquele litígio que possam surgir?

⁵³⁰. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-88, p. 108.

⁵³¹. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 79; GUERRERO, *Convenção de arbitragem e processo arbitral*, p. 121 e ss. Conforme indica a doutrina, são “due gli effetti più rilevanti della convenzione arbitrale. Il primo, positivo, concerne l’obbligazione delle parti di sottoporsi alla decisione dell’arbitro in alternativa al giudizio del giudice ordinario; il secondo, negativo, è quello di escludere la giurisdizione del giudice ordinario, e, quindi, di inibire alle parti il ricorso a tale giudice prescrivendo a quest’ultimo, ove adito da una delle parti, di declinare la propria giurisdizione e di rinviare le parti davanti all’arbitro” (cf. PIERO BERNARDINI, *L’arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, p. 107).

A resposta só pode ser negativa. Não se pode superdimensionar o efeito negativo da convenção de arbitragem, sob pena de distorcer todo o campo de proteção existente para o sistema arbitral.⁵³²

Por meio do efeito negativo da convenção de arbitragem, afasta-se o mérito da controvérsia, isto é, a própria crise de direito material.⁵³³ As cortes estatais continuam competentes, por exemplo, para medidas assecuratórias de constituição do tribunal arbitral, auxílio aos árbitros durante o processo arbitral, tutelas de urgência em casos excepcionais e, por fim, mas não menos importante, para o controle de eventuais vícios da sentença arbitral *a posteriori*.⁵³⁴

O objetivo da cooperação da justiça estatal, no que diz respeito às tutelas de urgência arbitrais, é propiciar que haja uma decisão final efetiva do tribunal arbitral, como esperado pelas partes ao estabelecerem a convenção de arbitragem. Em nenhum momento se espera a usurpação da competência do tribunal arbitral.⁵³⁵

Conforme observado por Lord MUSTILL, a cooperação das cortes estatais em circunstâncias particulares não é apenas “permitida, mas altamente benéfica”, pois sem essa cooperação pode ocorrer denegação de justiça.⁵³⁶

⁵³². POUURET-BESSON, *Comparative law of international arbitration*, par. 611, p. 524; CHARLES PRICE, “Conflict with state courts”, p. 39; CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, p. 32.

⁵³³. De fato, um dos principais efeitos da convenção de arbitragem, em seu aspecto negativo, é afastar a competência estatal para apreciação do mérito do litígio (cf. FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *on International commercial arbitration*, par. 662, p. 401 e ss.). GUERRERO, *Convenção de arbitragem e processo arbitral*, p. 126.

⁵³⁴. SALLES, *Arbitragem em contratos administrativos*, p. 37 e ss. CLÁVIO VALENÇA FILHO menciona, com razão, que um “efeito negativo absoluto, capaz de subtrair toda possibilidade de intervenção estatal, inclusive no que tange à tutela de urgência, não atende às expectativas dos operadores do direito que, em verdade, não querem uma arbitragem tão distante do Judiciário” (cf. “Tutela judicial de urgência e a lide objeto de convenção de arbitragem”, p. 159).

⁵³⁵. Nesse sentido, YESILIRMAK aponta que “the unavailability of judicial provisional measures in arbitration proceedings would normally be one of the most important reasons for not choosing arbitration as a dispute resolution mechanism” (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-26, p. 75).

⁵³⁶. Cf. LIRA GOSWAMI, “Interim reliefs: the role of the courts”, pp. 112-113, citando decisão de relatoria do Lord MUSTILL no caso *Coppee-Lavalin v. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd.* (1994) 2 All ER 449. Cf. ainda CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, p. 244.

A Lei Modelo da UNCITRAL, cuja relevância já foi analisada (*supra*, n. 5.3.1), parece reconhecer a importância de eventuais intervenções das cortes estatais quando, em seu art. 9.º, afirma que “não será incompatível com uma convenção de arbitragem que uma parte, antes ou durante o processo arbitral, solicite de uma corte estatal a adoção de uma medida cautelar, nem que a corte estatal a conceda”.⁵³⁷

Essa interpretação, todavia, não está restrita a países que possuem previsão expressa sobre a compatibilidade da cooperação das cortes estatais para tutelas de urgência, pois decorre do próprio sistema arbitral.⁵³⁸

A França, por exemplo, durante muito tempo não teve nenhuma previsão legal nesse sentido, mas isso não impedia que suas cortes estatais chegassem, por interpretação, a idêntica conclusão, afirmando de forma reiterada que “a competência dos árbitros não impede que um juiz adote medidas cautelares, incluindo medidas executórias”.⁵³⁹

Recentemente, a França modificou a sua legislação arbitral e adotou de forma expressa o entendimento de que a existência de convenção de arbitragem não impede, até o momento de constituição do tribunal arbitral, a parte de solicitar às cortes estatais medidas relativas à instrução ou medidas provisórias ou conservatórias.⁵⁴⁰ Trata-se de incorporação legislativa de regra consolidada pela prática arbitral francesa.

A despeito de tudo isso, já houve entendimento, nas cortes americanas, com base em interpretação do art. II(3) da Convenção de Nova Iorque, no sentido de

⁵³⁷. Eis a redação original: “It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure”.

⁵³⁸. Caso contrário, haveria verdadeira denegação de justiça, conforme lembra, dentre outros, JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “As providências cautelares e a arbitragem: em que estamos?”, p. 4.

⁵³⁹. Citando decisões do Poder Judiciário da França e chegando a essa conclusão, cf. ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje internacional*, p. 84 e nota de rodapé n. 110.

⁵⁴⁰. Eis a redação do art. 1449 do *Nouveau Code de Procédure Civile*: “L’existence d’une convention d’arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n’est pas constitué, à ce qu’une partie saisisse une juridiction de l’Etat aux fins d’obtenir une mesure d’instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire”. Essa previsão aplica-se tanto a arbitragens domésticas quanto internacionais.

que as cortes estatais seriam sempre incompetentes para a concessão de tutelas de urgência arbitrais.⁵⁴¹ Apesar de a Convenção não tenha previsão específica sobre o assunto, entendeu-se que a determinação de envio das partes à arbitragem significaria a incompetência das cortes estatais inclusive para tutelas de urgência.⁵⁴²

Esse entendimento, porém, corretamente não prevaleceu.⁵⁴³ A Convenção de Nova Iorque, em nenhum momento dá indício de que haveria incompetência das cortes estatais especificamente para tutelas de urgência arbitrais. Em vez de beneficiar o instituto da arbitragem, esse entendimento equivocado o prejudicaria.⁵⁴⁴

Restringir totalmente o campo de competência das cortes estatais não aumentará, artificialmente, a efetividade da arbitragem.⁵⁴⁵ Muito ao contrário: visando à efetividade do processo arbitral, a cooperação das cortes estatais não apenas é possível, mas sim essencial em casos excepcionais.⁵⁴⁶

⁵⁴¹. Eis a redação do artigo da Convenção de Nova Iorque, conforme consta do Decreto n. 4.311 de 23 de julho de 2002: “O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável”.

⁵⁴². Em especial, esse entendimento foi adotado, conforme relato de LEW-MISTELIS-KRÖLL, no paradigmático caso *McCreary Tire and Rubber Co. v. CEAT, S.p.A.*, 501 F.2d 1032 (3 Cir. 1974) (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-111, p. 618). Sobre o caso, ainda, cf. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 2031 e ss.

⁵⁴³. Cf. o também paradigmático caso *Carolina Power and Light Co. v. Uranex*, 451 F.Supp. 1044 (N.D. Calif. 1977), no qual a corte estatal entendeu que nada na Convenção de Nova Iorque indicaria essa proibição: “This court ... does not find the reasoning of *McCreary* convincing. As mentioned above, nothing in the text of the New York Convention itself suggests that it precludes prejudgment attachment. The [Federal Arbitration Act] ... which operates much like the Convention for domestic agreements involving maritime or interstate commerce, does not prohibit maintenance of a prejudgment attachment during a stay pending arbitration. ... There is no indication in either the text or the apparent policies of the Convention that resort to prejudgment attachment was to be precluded.” (cf. transcrição em GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 2031 e ss.).

⁵⁴⁴. FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *on International commercial arbitration*, par. 1307, pp. 710-711 (“The position taken in *McCreary* ostensibly upholds the arbitrators' jurisdiction, but in fact it may render the subsequent award ineffective and is plainly wrong. (...) The New York Convention does not contradict that principle, and its authors never intended to prevent the courts from ordering protective measures”).

⁵⁴⁵. BERNARDO CREMADES, “Is exclusion of concurrent courts' jurisdiction over conservatory measures to be introduced through a revision of the Convention?”, p. 110.

⁵⁴⁶. São relevantes os argumentos apresentados por Lord MUSTILL, na famosa decisão do caso *Channel Tunnel Group Ltd and Another v. Balfour Beatty Construction Ltd and Others*, afirmando a

Não se pode duvidar, assim, que (a) o efeito negativo da convenção de arbitragem afasta apenas o mérito de eventual litígio da competência das cortes estatais; e (b) a despeito da convenção de arbitragem, as cortes estatais possuem competência para ordenar tutelas de urgência quando o tribunal arbitral estiver material ou juridicamente impossibilitado de assim proceder.

5.8.2. Inexistência de renúncia à jurisdição arbitral

O pedido de tutela de urgência perante as cortes estatais também não significa, em regra, renúncia à jurisdição arbitral ou revogação tácita da convenção de arbitragem.⁵⁴⁷

Independentemente da função da tutela de urgência pleiteada (conservativa ou antecipada), a parte interessada não pode ser prejudicada por simplesmente procurar salvaguardar seu direito por meio das cortes estatais.⁵⁴⁸

No caso de tutelas de urgência na fase antecedente à constituição do tribunal arbitral (*supra*, n. 5.5.1), deve-se lembrar que o Poder Judiciário, salvo estipulação de árbitro de emergência, é a única via existente para a parte interessada pedir ajuda.

compatibilidade das medidas de proteção e ressaltando que elas estão de acordo com o espírito da arbitragem: “The purpose of interim measures of protection [by courts] ... is not to encroach on the procedural powers of the arbitrators but to reinforce them, and to render more effective decision at which the arbitrators will ultimately arrive on the substance of the dispute. Provided that this and no more is what such measures aim to do, there is nothing in them contrary to the spirit of international arbitration” (cf. transcrição em YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-30, p. 79).

⁵⁴⁷. FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *on International commercial arbitration*, par. 1310, p. 714.

⁵⁴⁸. Depois de fazer a mesma afirmação, CARLEVARIS cita alguns exemplos de medidas que, corretamente, não foram consideradas como renúncia à jurisdição arbitral por tribunais arbitrais sob a administração da CCI: “per esempio, in cso di istanza di sequestro di conto bancario, di inibitoria dell’escussione di una garanzia bancaria, di richiesta di autorizzazione a concludere un contratto con diverso subcontraente, dopo l’abbandono del cantiere d parte del primo. Alle stesse conclusioni la giurizprudenza arbitrale è giunta anche in casi più dubbi, quali istanze volte ad otenere il pagamento di provvisionali” (cf. *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, p. 247).

Inexiste “incompatibilidade, de fato, entre o recurso ao Poder Judiciário e a arbitragem quando, em situação de urgência, vê-se uma das partes na contingência de precisar de tutela emergencial antes da constituição do tribunal arbitral”, conforme ressalta CARMONA.⁵⁴⁹

Aliás, mesmo se já constituído o tribunal arbitral, a busca por tutelas de urgência perante as cortes estatais não pode ser considerada como renúncia à jurisdição arbitral, pois, conforme explicado, há situações nas quais o tribunal arbitral não é capaz de agir de forma tempestiva e efetiva (*supra*, n. 5.5.2).

Se a conduta da parte interessada for considerada indevida ou abusiva, pode haver a sua rigorosa punição por litigância de má-fé e despesas processuais, mas não se pode simplesmente entender a sua conduta como revogação da vontade de submeter o litígio à jurisdição arbitral.

Por essas razões, a compatibilidade entre as tutelas de urgência concedidas por juízes e a convenção de arbitragem é reconhecida por importantes regulamentos arbitrais internacionais, tais como os regulamentos da UNCITRAL, da CCI, da ICDR-AAA e da SCC.⁵⁵⁰

O raciocínio acima exposto, todavia, obviamente, só vale em se tratando de tutelas de urgência. O objetivo deve ser o de assegurar que o resultado do processo arbitral não acabe prejudicado ou se tornando ineficaz em razão de conduta da parte adversa.

⁵⁴⁹. Cf. parecer “Contrato de joint venture”, p. 157.

⁵⁵⁰. É o previsto no art. 26(3) do Regulamento UNCITRAL; no art. 28(2) do Regulamento CCI e art. 23(2) do Regulamento CCI 1998; no art. 21(3) do Regulamento ICDR-AAA 1997; no art. 31(2) do Regulamento 1999 da Câmara de Comércio de Estocolmo. A Convenção de Genebra de 1961, em seu art. VI(4), também possui previsão de compatibilidade entre tutelas de urgência perante as cortes estatais e a jurisdição arbitral: “A request for interim measures or measures of conservation addressed to a judicial authority shall not be (...) regarded as a submission of the substance of the case to the court”.

Caso o interessado utilize-se das cortes estatais para efetiva e deliberadamente colocar em litígio o mérito da questão, com a finalidade de resolução definitiva da disputa, naturalmente a conclusão seria outra. A prática de atos incompatíveis com a vontade de arbitrar determinada matéria leva, caso a parte adversa não apresente exceção de convenção de arbitragem, à revogação tácita da convenção de arbitragem.⁵⁵¹⁻⁵⁵²

⁵⁵¹. LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-119, p. 620. CARMONA lembra que a convenção de arbitragem pode ser objeto de renúncia expressa ou tácita. O primeiro caso “consubstancia-se ordinariamente num distrato, de modo que as partes que contrataram resolvem, de comum acordo, desmanchar o que haviam feito; a revogação tácita opera-se pela prática de ato material incompatível com a vontade de manter o que havia sido anteriormente acertado, também de comum acordo” (cf. parecer “Contrato de joint venture”, p. 155).

⁵⁵². Existe intensa divergência doutrinária sobre a natureza dessa defesa: objeção ou exceção. Parte da doutrina defende que, ao alterar o art. 301, § 4.º, do Código de Processo Civil, o legislador explicitou que só o compromisso arbitral precisa ser alegado pelo réu em preliminar de contestação. A cláusula compromissória, por sua vez, não foi objeto de exclusão pelo legislador. Dessa forma, enquanto o compromisso arbitral teria natureza de exceção e não poderia ser conhecido de ofício, a cláusula compromissória teria a natureza de objeção processual e seria passível de conhecimento de ofício, pois a exceção do art. 301, § 4.º, do Código de Processo Civil diz expressamente compromisso arbitral (cf. dentre outros, CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 103; MARCATO, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 992). Para outra parte da doutrina, porém, a não modificação do art. 301, § 4.º, teria sido mero deslize o legislador, que alterou a redação do art. 301, inc. IX, mas esqueceu-se de fazer o mesmo com o § 4.º. Além do mais, essa corrente doutrinária aponta que a própria Lei de Arbitragem, em seu art. 3.º, equiparou expressamente a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, não havendo razões lógicas para que tal equiparação não seja respeitada no que diz respeito à alegação do réu em preliminar de contestação. Tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral seriam formas de convenção de arbitragem, não fazendo nenhum sentido a diferenciação pretendida pela outra corrente doutrinária. (cf., dentre outros, SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, tomo I, p. 175; MARINONI-MITIDIERO, *Código de Processo Civil comentado*, p. 310). Sem fazer referência à legislação brasileira, FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN, depois de reiterarem que a arbitragem decorre da vontade das partes, consignam que a renúncia à via arbitral deve ser, da mesma forma, ato da parte (e não do juiz): “it is not for the court hearing a dispute covered by an arbitration agreement to declare ex officio that it has no jurisdiction. By bringing a court action on the merits, the plaintiff waives the benefit of the arbitration agreement. By participating in the proceedings without challenging the court's jurisdiction, the defendant likewise accepts that jurisdiction. The parties' intentions coincide and the court must give effect to those intentions, just as it would with an agreement in any other form” (cf. *on International commercial arbitration*, par. 669, p. 404).

6. TUTELAS DE URGÊNCIA ARBITRAIS NO DIREITO BRASILEIRO

6.1. EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Os dois últimos capítulos foram dedicados à construção da base teórica sobre as tutelas de urgência arbitrais. Longe de possuírem interesse meramente acadêmico, eles foram elaborados de forma a possibilitar a extração de consequências práticas imediatas ao estudo das tutelas de urgência arbitrais.

Por opção metodológica e para tentar manter a clareza da exposição, não se abordou, de forma direta, a experiência brasileira com relação às tutelas de urgência arbitrais. Isso será feito neste capítulo, cuja finalidade específica é examinar o cenário das tutelas de urgência arbitrais na experiência brasileira, iniciando-se de forma rápida pela evolução histórica (*infra*, n. 6.2), passando-se pela evolução do tema com a Lei de Arbitragem e as opiniões existentes sobre a competência ao árbitro para tutelas de urgência (*infra*, n. 6.3), e, por fim, abordando a resposta que os tribunais pátrios apresentam sobre algumas questões relacionadas às tutelas de urgência arbitrais (*infra*, n. 6.4).

6.2. NOTAS SOBRE A COMPETÊNCIA DOS ÁRBITROS PARA TUTELAS DE URGÊNCIA NO PASSADO

A *lex arbitri* possui papel relevante na definição da competência dos árbitros para a concessão de tutelas de urgência (*supra*, n. 4.3). Assim sendo, é essencial verificar qual o regime adotado pelo direito brasileiro.

Muito embora a arbitragem esteja presente no ordenamento positivo desde a Constituição Imperial de 1824 (*supra*, n. 2.1), apenas no Código de Processo Civil de 1973 apareceu, pela primeira vez, a disciplina das tutelas de urgência.⁵⁵³

O art. 1086 desse diploma previa que ao árbitro era proibido “decretar medidas cautelares”.⁵⁵⁴ O art. 1087, por sua vez, previa que, caso fossem necessárias medidas cautelares, “o juízo arbitral as solicitará à autoridade judiciária competente para a homologação do laudo”.

A doutrina que escreveu sobre arbitragem àquela época, naturalmente, era praticamente unânime ao afirmar que ao árbitro era vedada a concessão de tutelas de urgência.⁵⁵⁵

PONTES DE MIRANDA, por exemplo, não deixava nenhuma dúvida sobre a sua posição ao afirmar que “não se pode conferir ao árbitro o poder de tomar medida cautelar, nem medida coercitiva”.⁵⁵⁶ Não seria permitido ao árbitro, de acordo com o autor, “cominar às partes a pena de confesso” ou determinar “qualquer das medidas cautelares”, apresentando lista de todas as medidas previstas do art. 796 ao art. 889 do Código de Processo Civil.⁵⁵⁷

Exceção à regra podia ser encontrada em CLÓVIS DO COUTO E SILVA. Discorrendo sobre o art. 1086 do Código de Processo Civil, no ano de 1982, o autor já percebia a diferença entre “julgamento da medida em si, e sua execução”, deixando claro o seu posicionamento de que “o Poder Judiciário não tem cognição sobre a oportunidade da medida, uma vez que, sobre isso, o juízo arbitral detém plenitude de

⁵⁵³. ALEXANDRE DE PAULA, *Código de Processo Civil anotado*, vol. IV, p. 383.

⁵⁵⁴. Cf. redação original: “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”.

⁵⁵⁵. HAMILTON DE MORAES E BARROS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX, p. 502.

⁵⁵⁶. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XV, p. 309.

⁵⁵⁷. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XV, pp. 308-309. Cf. ainda HAMILTON DE MORAES E BARROS, com a ressalva de que este último autor entendia a pena de confesso como sanção (e não coerção), passível de ser aplicada pelo árbitro (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX, p. 502).

competência”.⁵⁵⁸ Como se pode perceber, já àquela época havia o reconhecimento dos equívocos da tese contrária à competência dos árbitros para conceder tutelas de urgência (*supra*, n. 5.2; 5.3).

Posteriormente, em 1993, o mesmo posicionamento foi expressamente defendido por CARMONA, na sua tese de doutorado, reafirmando que o árbitro não possuía poder de coerção, mas que cabia a ele a concessão da medida cautelar a ser executada pelo juiz.⁵⁵⁹

Embora os argumentos jurídicos expostos por CLÓVIS DO COUTO E SILVA e CARMONA sejam absolutamente corretos (*supra*, n. 5.2), não há como negar que a posição defendida àquela época era *contra legem*. A escolha do legislador foi infeliz e atécnica, mas a letra da lei era clara: ao árbitro era defeso decretar tutelas de urgência.

6.3. DISCIPLINA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NA LEI DE ARBITRAGEM

A Lei de Arbitragem é marco relevante para o desenvolvimento da arbitragem no Brasil (*supra*, n. 2.1). Mais do que a lei ideal, como explica CARMONA, procurou-se a lei possível em uma época na qual poucos conheciam e praticavam a arbitragem.⁵⁶⁰

Talvez porque a comissão responsável pela elaboração do anteprojeto de lei procurou “não estabelecer disciplina radical para a arbitragem”,⁵⁶¹ o regramento das tutelas de urgência (conservativas ou antecipadas) não pode merecer maior atenção.⁵⁶² A única menção ao assunto está presente em apenas um parágrafo, cuja redação não prima, quiçá propositadamente, pela clareza.

⁵⁵⁸. Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, t. II, n. 695, pp. 604-606.

⁵⁵⁹. Cf. *A arbitragem no processo civil brasileiro*, pp. 108-109.

⁵⁶⁰. Cf. *Arbitragem e processo*, p. 9 e ss.

⁵⁶¹. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 9.

⁵⁶². PEDRO BATISTA MARTINS, “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro”, p. 357.

O art. 22, § 4.º, da Lei de Arbitragem, estabelece que “havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao Poder Judiciário que seria, originalmente, competente para julgar a causa”.

A redação acima mencionada está longe de seguir o mesmo padrão das legislações da atualidade, notadamente aquelas inspiradas na Lei Modelo da UNCITRAL. Esse fato, naturalmente, deu origem a diversas opiniões sobre a possibilidade ou não de concessão de tutelas de urgência pelos árbitros de acordo com a Lei de Arbitragem. É o que se passa a analisar.

6.3.1. Opiniões sobre o art. 22, § 4.º, da Lei de Arbitragem

Em resumo, pode-se dizer que surgiram três principais correntes doutrinárias sobre a interpretação do art. 22, § 4.º, da Lei de Arbitragem.

A primeira corrente entende que o artigo mencionado não prevê a competência do árbitro para a concessão de tutelas de urgência e que, portanto, a competência seria exclusiva dos juízes. Para HUMBERTO THEODORO JR., “as medidas liminares coercitivas, sejam cautelares ou de antecipação de tutela, não cabem aos árbitros, mas aos juízes regulares do Poder Judiciário”.⁵⁶³ De forma semelhante, FURTADO-BULOS defendem que “não pode o árbitro, ou o tribunal, decretar medidas coercitivas, ou processar e julgar ações cautelares”.⁵⁶⁴

A segunda corrente também entende que a Lei de Arbitragem não concederia competência ao árbitro para a concessão de tutelas de urgência. No entanto, admite que seria possível, em razão da omissão legislativa, a concessão (direta ou

⁵⁶³. Cf. “A arbitragem como meio de solução de controvérsias”, p. 113.

⁵⁶⁴. Cf. *Lei de Arbitragem comentada*, p. 97.

indiretamente) dessa competência aos árbitros pelas partes. Defendem essa posição, por exemplo, PAULO CEZAR PINHERO CARNEIRO⁵⁶⁵ e JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES.⁵⁶⁶

A terceira corrente, por sua vez, entende que a Lei de Arbitragem, mesmo diante da redação pouco elogiável do art. 22, § 4.º, outorga competência ao árbitro conceder tutelas de urgência. Mediante interpretação sistemática, entende que o órgão julgador que proferirá a decisão sobre a demanda principal possui competência para analisar a necessidade ou não de tutela de urgência.⁵⁶⁷ Afinal, se “o árbitro detém plenos poderes para julgar o caso e, assim, por fim ao conflito, com muito mais razão terá ele o direito e o dever de determinar o remédio cautelar que se faça imperativo”.⁵⁶⁸

Sem sombra de dúvida, a terceira corrente é, atualmente, a majoritária na doutrina. Reflexo desse quase consenso doutrinário pode ser visto pela ampla aceitação das cortes estatais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça.⁵⁶⁹

⁵⁶⁵. Cf. “Aspectos processuais da nova lei de arbitragem”, p. 311.

⁵⁶⁶. Cf. “A tutela antecipada no processo arbitral”, p. 11 e ss.

⁵⁶⁷. CARMONA, “Árbitros e juízes: guerra ou paz?”, p. 428 e ss.

⁵⁶⁸. PEDRO BATISTA MARTINS, “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro”, p. 364. E acrescenta o autor: “por estarem os árbitros afeitos ao caso concreto, possuem maior conhecimento da matéria e dos anseios das partes, das dificuldades e dos interesses em conflito, tornando-se mais capacitados para apreciar o pleito incidental” (cf. “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro”, p. 364). Cf. ainda, dentre outros, CLAVIO VALENÇA FILHO, “Tutela judicial de urgência e a lide objeto da convenção de arbitragem”, p. 156; SÉRGIO BERMUDEZ, “Medidas coercitivas e cautelares no processo arbitral”, p. 279; SELMA LEMES, “A inteligência do art. 19 da Lei de Arbitragem (instituição da arbitragem) e as medidas cautelares preparatórias”, p. 417; JOEL FIGUEIRA JR., *Arbitragem, jurisdição e execução*, p. 220-223; SIDNEI BENETI, “Arbitragem e tutelas de urgência”, p. 103.

⁵⁶⁹. “O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de imperium” (STJ, REsp 1297974/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012). Cf. ainda TJ-SP, AI 0048334-51.2012.8.26.0000, Relator Mendes Pereira, Sétima Câmara de Direito Privado, julgado em 23.05.2012; TJ-SP, AI 0037936-45.2012.8.26.0000, Relator Roberto Mac Cracken, Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 19.06.2012.

6.3.2. Revisão crítica da questão

Com base no estudo desenvolvido nos dois últimos capítulos e no cenário específico do direito brasileiro exposto neste capítulo, parece ser possível extrair algumas constatações e conclusões de forma organizada sobre a competência dos árbitros para a concessão de tutelas de urgência.

A primeira constatação que se pode facilmente chegar é de que *a Lei de Arbitragem não proíbe a concessão de tutelas de urgência por árbitros*.

A análise de legislações estrangeiras é capaz de demonstrar, com segurança, que quando a legislação nacional de arbitragem, por qualquer motivo, deseja limitar o campo da competência do árbitro para tutelas de urgência, normalmente o faz de forma expressa. É o caso do Brasil na época em que a matéria era regulada pelo Código de Processo Civil de 1973 (*supra*, n. 6.2). É o caso, ainda atualmente, das legislações da Argentina ou da Itália (*supra*, n. 5.2).

A segunda constatação que se pode facilmente chegar é que *a Lei de Arbitragem não pede a manifestação expressa de vontade sobre a outorga de competência aos árbitros*.

Diferentemente do que ocorre com o *English Arbitration Act 1996*, por meio de seu art. 39(1), no qual é necessária a manifestação expressa de vontade das partes para a concessão de competência ao árbitro, na Lei de Arbitragem não há em nenhum momento a necessidade de a parte realizar um *opt in* (*supra*, n. 4.5).

As duas constatações acima são relevantes. Elas demonstram que nunca houve a intenção, na Lei de Arbitragem, de proibir a concessão de tutelas de urgência pelos árbitros ou condicioná-la à expressa manifestação de vontade das partes. Acrescentem-se a essas constatações todas as vantagens da concessão de tutelas de urgência pelo próprio órgão investido de jurisdição para a resolução definitiva (*supra*, n. 5.2). Levando-se todos esses aspectos ao realizar a interpretação sistemática e

teleológica da lei, conclui-se que *a Lei de Arbitragem, de fato, é fonte de competência aos árbitros para tutelas de urgência.*

A investigação, todavia, não se encerra neste momento.

Poderia contestar a conclusão acima sob a alegação de que a lei brasileira, ao afirmar que os árbitros poderão solicitar ao Poder Judiciário auxílio para medidas coercitivas ou cautelares, na realidade quis adotar modelo semelhante ao chinês, por meio do qual a parte interessada pleiteia a tutela de urgência ao tribunal arbitral e este, então, transmite o pedido para apreciação pela corte estatal (*supra*, n. 5.2.2).

No entanto, essa interpretação não parece ser a mais razoável. Como regra de interpretação, não se pode presumir o extraordinário. O modelo chinês é totalmente excepcional e inusitado e, portanto, não serve como base de comparação. Quando a lei chinesa fez essa opção, a fez de forma clara e expressa. A simples leitura do art. 28 da lei de arbitragem chinesa demonstra qual e como foi a opção legislativa.⁵⁷⁰ Não há dúvidas, assim, de que essa linha de raciocínio não poderia ser aceita.

Mais uma vez: a investigação, todavia, não se encerra neste momento.

Há quem possa seguir um caminho diverso e entender que a Lei de Arbitragem, na realidade, nada quis dizer sobre a competência do árbitro para tutela de urgência. Ou melhor, diante da redação pouco elogiável do art. 22, § 4.º, prefira entender que *a Lei de Arbitragem nada dispõe sobre a competência dos árbitros para concessão de tutelas de urgência.*

No entanto, mesmo assim, permanece a conclusão de que os árbitros possuem competência para tutelas de urgência arbitrais, posto que sob outros fundamentos.

⁵⁷⁰. Eis a versão em inglês: “If a party applies for interim measures of protection of property, the arbitration commission shall submit the party's application to a People's Court in accordance with the relevant provisions of the Civil Procedure Law”.

Conforme se viu, a *lex arbitri* não é a única fonte de competência para árbitros (*supra*, n. 4.2). A autonomia da vontade possui papel relevante no processo arbitral e prevalece em diversas situações. É a autonomia da vontade que, em regra, estabelece como deve ser aquele específico e único processo arbitral.

Se a *lex arbitri* é omissa ou não é clara quanto à possibilidade de concessão de tutelas de urgência pelos árbitros, as partes poderão outorgar essa competência aos árbitros diretamente (por meio da convenção de arbitragem ou aditamento à convenção de arbitragem) ou indiretamente (por meio de incorporação de algum regulamento por referência). Como a grande maioria dos regulamentos arbitrais preveem, atualmente, a competência do árbitro para concessão de tutelas de urgência, a questão estará resolvida.

Imagine-se, porém, o que é cada vez mais raro, que as partes escolheram regulamento que nada diz sobre o assunto.

Ainda assim, no direito brasileiro, a competência dos árbitros estará mantida por meio de interpretação extensiva da vontade manifestada pelas partes na convenção de arbitragem. Conforme explicado, trata-se de aplicação da teoria dos *poderes implícitos* (*supra*, n. 4.5). A omissão, neste caso, é interpretada de forma a garantir, por mais esse motivo, a competência natural do árbitro de decidir todas as questões provisórias relacionadas ao processo arbitral no qual proferirá a decisão definitiva.

Os argumentos aqui apresentados, ao que parece, refutam as teses contrárias à competência dos árbitros para tutelas de urgência no direito brasileiro. O mais relevante de se notar é que a conclusão obtida não partiu do resultado para a fundamentação, numa espécie de *silogismo invertido*, o que seria totalmente equivocado. Muito ao contrário. Procuraram-se fundamentos científicos para a conclusão, de forma lógica e organizada. Fato é que, atualmente, salvo proibição expressa do legislador por algum estranho motivo de política legislativa ou acordo específico das partes em sentido contrário, a competência é dos árbitros.

6.4. ANÁLISE DE DUAS QUESTÕES ADICIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Duas questões adicionais merecem ser brevemente abordadas. No capítulo anterior, mencionou-se, de forma geral, sobre (i) o papel das cortes estatais durante o processo arbitral; e (ii) tutelas de urgência arbitrais diante de convenção de arbitragem. Por opção metodológica, não se abordou, de forma direta, a experiência brasileira sobre esses assuntos, o que será feito neste momento.

6.4.1. Papel das cortes estatais durante o processo arbitral

Afirmar que o árbitro possui competência para a concessão de tutelas de urgência não é o mesmo que afirmar que a competência dele é exclusiva durante o curso do processo arbitral. O papel das cortes estatais pode seguir: (a) modelo por meio do qual a parte está livre para escolher, durante o curso do processo arbitral, o órgão que estiver em melhores condições para preservar o seu direito (competência concorrente; *supra*, n. 5.6.1); e, (b) modelo no qual a competência é exclusiva do árbitro, sendo admitida a intervenção das cortes estatais apenas em casos excepcionais, diante de restrições materiais ou jurídicas do árbitro (*supra*, n. 5.6.3).

As vantagens e desvantagens de cada modelo já foram objeto de exposição anteriormente. A questão aqui é saber como as cortes estatais posicionam-se sobre a questão.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio de voto do Des. PEREIRA CALÇAS, manifestou-se no sentido de que “a instauração de procedimento arbitral não inibe o ajuizamento de medidas cautelares perante o Judiciário”, o que daria a entender a adoção do modelo da competência concorrente.⁵⁷¹ Em momento posterior,

⁵⁷¹. TJ-SP, Apelação 0183551-91.2011.8.26.0100, Relator PEREIRA CALÇAS, Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 26.06.2012.

contudo, a decisão menciona “medidas coercitivas de urgência ou executivas, para as quais os árbitros não têm atribuição”, de forma que não fica claro se seria possível a propositura de demandas pleiteando tutelas de urgência, ou apenas o auxílio do juiz para efetivação das medidas decretadas pelo árbitro.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, apesar de não ter enfrentado o assunto de forma específica, parece ter se posicionado de forma contrária ao modelo da competência concorrente, reforçando a competência exclusiva do árbitro. De acordo com o voto da Min. NANCY ANDRIGHI, essa competência exclusiva não precisa ser observada apenas “em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar” e que a competência das cortes estatais é “precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar”.⁵⁷²

Ainda que essa manifestação tenha se dado no contexto de demanda antecedente para assegurar o resultado útil da arbitragem, as conclusões demonstram posição clara em favor da competência exclusiva do árbitro. Pelos motivos já expostos anteriormente, a posição do Superior Tribunal de Justiça mostra-se alinhada com a necessidade de previsibilidade e de respeitar-se a autonomia da vontade das partes (*supra*, n. 5.6.2).

6.4.2. Tutelas de urgência arbitrais e convenção de arbitragem

Conforme mencionado, a experiência mostra que a necessidade de tutela de urgência surge, na sua grande maioria, na fase em que surge o litígio.⁵⁷³ Nessa fase pré-arbitral, há limitação material à competência dos árbitros, uma vez que ainda não

⁵⁷². STJ, REsp 1297974/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012. Posteriormente, no mesmo sentido, cf. STJ, AgRg na MC 19.226/MS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012.

⁵⁷³. JAN SCHAEFER, “New solutions for interim measures of protection in international commercial arbitration: English, German and Hong Kong law compared”, p. 20 e ss.; CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 76; ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 162.

houve a aceitação do encargo e, portanto, não existe órgão constituído (Lei de Arbitragem, art. 19).

Sabendo-se que, na ausência da jurisdição arbitral, as partes socorrem-se das cortes estatais, havia o risco de os juízes entenderem que não teriam competência para conceder medidas de urgência em razão da convenção de arbitragem (*supra*, n. 5.8.1). No entanto, o risco não se materializou.

Chamadas a ajudar antes da constituição dos tribunais arbitrais, as cortes estatais reiteradamente manifestaram-se competentes para decretar tutelas de urgência.⁵⁷⁴ Conforme decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, “a doutrina e a jurisprudência têm admitido o recurso à justiça estatal quando ainda não instituída a arbitragem, dado o caráter urgente da medida, e porque, para a instituição do juízo arbitral são necessários vários passos”.⁵⁷⁵

⁵⁷⁴. Sobre o assunto, cf. SAMANTHA LONGO, “Ação cautelar visando à obtenção de medida urgente ajuizada perante o Poder Judiciário quando ainda não constituído o tribunal arbitral. Possibilidade”, p. 237 e ss.

⁵⁷⁵. TJ-MG, AI 1.0480.06.083392-2001, Relator DOMINGOS COELHO, Décima Segunda Câmara Cível, julgado em 14.02.2007. Cf. ainda, no mesmo sentido: TJ-MG, AI 2.0000.00.410.533-5000, Relator ALVIMAR DE ÁVILA, Quarta Câmara Cível, julgado em 27.08.2003; TJ-RJ, Apelação 0167314-51.2009.8.19.0001, Relatora HELDA LIMA MEIRELES, Décima Quinta Câmara Cível, julgado em 17.01.2012; TJ-RJ, Apelação 16879/2003, Relator SERGIO CAVALIERI FILHO, Segunda Câmara Cível, julgado em 24/09/2003; TJ-DFT, AI 20110020037401AGI, Relator LÉCIO RESENDE, Primeira Turma Cível, julgado em 02.06.2011; TJ-SP, Apelação 0199374-42.2010.8.26.0100, Relator FLAVIO ABRAMOVICI, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 31.07.2012; TJ-SP, AI 0028062-36.2012.8.26.0000, Relator FRANCISCO LOUREIRO, Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 08.05.2012; TJ-SP, AI 0085563-16.2010.8.26.0000, Relator J.L. MÔNACO DA SILVA, Quinta Câmara de Direito Privado, julgado em 18.07.2012; TJ-SP, AI 0119999-30.2012.8.26.0000, Relatora MAIA DA CUNHA, Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 28.08.2012; TJ-SP, AI 0163141-84.2012.8.26.0000, Relatora MAIA DA CUNHA, Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 28.08.2012; TJ-SP, AI 0171478-62.2012.8.26.0000, Relatora MAIA DA CUNHA, Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 28.08.2012; TJ-SP, AI 0205933-78.2011.8.26.0100, Relator ENIO ZULIANI, Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 05.06.2012; TJ-SP, AI 0254079-62.2011.8.26.0000, Relator JAYME QUEIROZ LOPES, Trigésima Sexta Câmara de Direito Privado, julgado em 12.04.2012; TJ-SP, AI 0316720-57.2009.8.26.0000, Relator FRANCISCO LOUREIRO, Sexta Câmara de Direito Privado, julgado em 22.03.2012; TJ-SP, AReg 0034444-45.2012.8.26.000050000, Relatora LIGIA ARAÚJO BISOGNI, Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 29.05.2012; TJ-SP, Apelação 0130492-28.2010.8.26.0100, Relator MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, Trigésima Quinta Câmara de Direito Privado, julgado em 26.03.2012; TJ-SP, Apelação 0190339-24.2011.8.26.0100, Relator ARALDO TELLES, Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 10.04.2012.

Além dos fundamentos já desenvolvidos anteriormente (supra, n. 5.5.1), um em especial é mencionado reiteradamente na jurisprudência: o adágio latino *quando est periculum in mora incompetencia non attenditur*.

Conforme relata OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, trata-se de fórmula encontrada para garantir que mesmo juiz incompetente pudesse conhecer da demanda cautelar.⁵⁷⁶ PONTES DE MIRANDA informa que esse adágio foi extraído originariamente do direito lusitano, por construção de SILVESTRE GOMES MORAES das Ordenações Filipinas.⁵⁷⁷

Fato é que, atualmente, inexiste dúvida sobre a competência das cortes estatais, mesmo diante de convenção de arbitragem, para manifestar-se “em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar”.⁵⁷⁸

⁵⁷⁶. Cf. *Do processo cautelar*, p. 154.

⁵⁷⁷. Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XII, p. 59.

⁵⁷⁸. STJ, REsp 1297974/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012. Posteriormente, no mesmo sentido, cf. STJ, AgRg na MC 19.226/MS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012.

7. TUTELAS DE URGÊNCIA ARBITRAIS PERANTE O PODER JUDICIÁRIO

7.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A análise sobre eventuais pedidos de tutelas de urgência é geralmente de competência dos árbitros, inclusive de acordo com o direito brasileiro (*supra*, nn. 5.3-6.3.2). Ocorre que não é sempre que estes estarão em posição de analisar o pedido de tutela de urgência, em razão das restrições inerentes ao próprio modo de funcionamento da jurisdição arbitral (*supra*, n. 5.5).

A necessidade de tutelas de urgência geralmente surge em momento antecedente à constituição do tribunal arbitral, na denominada fase pré-arbitral (*supra*, n. 5.5.1). Nessa fase, pela inexistência de órgão arbitral competente, o juiz pode ser chamado a exercer competência precária, cuja finalidade exclusiva é de garantir a efetividade do futuro provimento arbitral. A cooperação entre juiz e árbitro é essencial para, por meio de tutela jurisdicional tempestiva e efetiva, afastar o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional.

As tutelas de urgência analisadas neste capítulo são, principalmente, aquelas de caráter antecedente (*ante causam*), uma vez que, a partir do momento de constituição do tribunal arbitral, a atuação do juízo estatal ocorre apenas em situações excepcionais (*supra*, n. 5.5.2). Sempre que houver relevância, porém, também serão mencionadas as eventuais peculiaridades relacionadas às tutelas de urgência analisadas, em caráter excepcional, pela corte estatal durante o curso do processo arbitral.

Diferentemente dos árbitros, que estão principalmente vinculados à vontade das partes, o juiz está vinculado à *lex fori* (*supra*, n. 4.3). A análise do pedido

de tutela de urgência, assim, quando formulado perante o Poder Judiciário, submete-se às regras do Código de Processo Civil.⁵⁷⁹

O Código de Processo Civil, todavia, não foi desenhado para atender às necessidades de litígios a serem submetidos ou já submetidos à jurisdição arbitral. A simples transposição de regras, para casos em que o processo principal deve ser arbitral, pode ocasionar diversos problemas práticos.⁵⁸⁰ Interpretar as normas pertinentes de forma sistemática e teleológica é essencial, portanto, a fim de se evitarem distorções.⁵⁸¹

O objetivo deste capítulo é, primeiramente, verificar as questões enfrentadas quando o juiz é chamado a manifestar-se sobre tutelas de urgência arbitrais, com as subsequentes sugestões de critérios para que haja a devida cooperação entre árbitros e juízes. Não se abordarão questões como condições da ação, pressupostos processuais, condições para concessão de medidas liminarmente, dentre outras, porque o fato de serem tutelas de urgência arbitrais não acarretam maiores dificuldades.

Em seguida, serão abordados os principais aspectos procedimentais relacionados às demandas antecedentes perante as cortes estatais. Obviamente, não será possível abordar todos os aspectos procedimentais porque tamanha amplitude ocasionaria inevitável desvio do objetivo principal do trabalho. A principal finalidade é analisar o que se pode ter de diferente nessa fase antecedente em razão do fato de que a demanda principal será arbitral, e não judicial.

⁵⁷⁹. De acordo com lição de YESILIRMAK, “Even if the parties have agreed to arbitrate the issue under national law different from the law of the place of arbitration, the court at such place shall apply its own law as regards issues on a request for a provisional measure so long as the measure is considered as procedural but not substantive (*forum regit processum*)” (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, n. 3-2, p. 47, nota de rodapé n. 2).

⁵⁸⁰. PARENTE indica, com razão, que esse é um ponto de comunicação (*abertura cognitiva*) entre os denominados sistemas judicial e arbitral (cf. *Sistema e processo arbitral*, n. 2.1.2.2.2, p. 74 e ss.).

⁵⁸¹. MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito*, par. 130, p. 104 e n. 161, p. 124 e ss.

7.2. CONCESSÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA ARBITRAIS PELO JUIZ

Este trabalho adotou como objeto de estudo as tutelas de urgência. Se, no campo internacional, essas medidas são compreendidas e aplicadas diferentemente e podem incluir conceitos diferentes, no caso das tutelas de urgência solicitadas perante as cortes estatais, aplica-se um instrumento unificador, que é o Código de Processo Civil. Mesmo com todas as imperfeições que essa lei processual naturalmente pode conter, fato é que existe uma baliza mais clara para as diversas situações.

Como mencionado, o uso do vocábulo *tutelas de urgência* reflete o estudo de medidas antecipadas e conservativas veiculadas para combater o mal do tempo em razão do perigo de dano. No processo estatal, ganha força a noção de tutelas de urgência, uma vez que, como lembra DINAMARCO, “cautelares e antecipatórias são as duas faces de uma moeda só, elas são dos irmãos gêmeos ligados por um veio comum que é o empenho em neutralizar os males do tempo-inimigo”.⁵⁸²

TALAMINI explica, de modo interessante, que a diferença entre as tutelas conservativas e antecipadas é *quantitativa*, e não *qualitativa*. Mesmo as medidas tidas tradicionalmente como conservativas possuem certa carga antecipatória.⁵⁸³ A título de exemplo, o autor cita o tradicional caso do arresto, que, apesar de ter natureza *preponderantemente* conservativa, “funciona como antecipação de uma parte da atividade executiva destinada a efetivar aquele resultado, uma vez que precipita alguns dos efeitos da penhora”.⁵⁸⁴ A carga, todavia, não é muito diferente daquela que existe em antecipação de tutela condenatória ao pagamento de quantia em dinheiro, cujos

⁵⁸². Cf. “O regime jurídico das medidas urgentes”, p. 59.

⁵⁸³. “Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro”, p. 15 e ss.

⁵⁸⁴. TALAMINI, “Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro”, p. 15 e ss. Para posição diversa sobre o assunto, cf. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo civil*, vol. III, p. 49 e ss.; MARINONI-ARENHART, *Curso de processo civil: processo cautelar*, vol. 4, p. 30 e ss.; MITIDIERO, *Antecipação da tutela, passim*; GUILHERME RECENA COSTA, “Entre função e estrutura: passado, presente e futuro da tutela de urgência no Brasil”, p. 659 e ss.

limites são muito parecidos, tendo em vista que em regra não é possível o levantamento de toda quantia (CPC, art. 475-O, inc. III).⁵⁸⁵

Percebe-se, assim, que não há nenhuma razão para tratamento diferenciado a uma ou a outra.⁵⁸⁶ Tutelas antecipadas ou conservativas são “técnicas processuais com idêntica finalidade e estrutura” e voltadas para assegurar a tutela final.⁵⁸⁷

7.2.1. Fungibilidade entre tutelas antecipadas e conservativas

Os argumentos acima são válidos mesmo para quem não aceita a ideia de regime jurídico único para as tutelas de urgência. Por expressa previsão do Código de Processo Civil, existe atualmente a *fungibilidade* entre medidas antecipadas e conservativas (art. 273, § 7.º).⁵⁸⁸ Trata-se de fórmula encontrada pelo legislador para tentar amenizar os males decorrentes da tentativa de diferenciar de forma rígida as tutelas.

Rigor tecnicista, neste campo de matéria tão delicada e cujos limites nem sempre estão bem delineados, pode anular as conquistas da ciência processual e deixar quem realmente precisa de tutela em posição de desvantagem.⁵⁸⁹ A instrumentalidade do processo determina que as formas são importantes apenas quando utilizadas para a proteção de reais valores do processo.

⁵⁸⁵. Sobre o assunto da execução provisória, cf. LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, p. 207 e ss.

⁵⁸⁶. GUERRERO, “Tutela de urgência e arbitragem”, p. 27.

⁵⁸⁷. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 307.

⁵⁸⁸. O vocábulo fungibilidade é de ampla aceitação na doutrina, mas é preciso fazer a ressalva de que o termo *conversão* seria mais apropriado (cf. DINAMARCO, *Vocabulário do processo civil*, n. 158, p. 279).

⁵⁸⁹. HUMBERTO THEODORO JR., *Processo cautelar*, p. 463.

Assim, mesmo se houver a qualificação errada da medida pleiteada, o juiz deve “corrigir o equívoco da parte e atribuir à medida a qualificação adequada”.⁵⁹⁰ O juiz deve receber o pedido de tutela conservativa como se fosse de antecipação de tutela, ignorando o rótulo dado pela parte. Da mesma forma, o pedido de antecipação de tutela deve ser recebido como se fosse de tutela conservativa se for o caso. A fungibilidade sempre transita em via dupla.⁵⁹¹

O mais importante a ser lembrado, nesses casos, é que a rotulação errada “não trará prejuízo a quem quer que seja nem à efetividade do que houver sido disposto em sua decisão”.⁵⁹²

7.2.2. Principais desafios atuais para concessão de tutelas de urgência

De forma bastante positiva, as cortes estatais reiteradamente manifestam-se competentes para conceder tutelas de urgência nas hipóteses de limitações materiais ou jurídicas dos tribunais arbitrais (*supra*, n. 6.4.2).

No entanto, no exercício dessa reconhecida competência, ainda existem dois principais tipos de desafios a serem vencidos: (i) a falsa percepção de que só podem ser concedidas tutelas conservativas na demanda antecedente (*processo cautelar*); (ii) a falsa percepção de que só podem ser concedidas tutelas conservativas porque o mérito do litígio é de competência exclusiva do árbitro.⁵⁹³

⁵⁹⁰. DINAMARCO, “O regime jurídico das medidas urgentes”, n. 27, p. 60 e ss.

⁵⁹¹. RICARDO CASTAGNA, *Tutela de urgência*, p. 281. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça: “O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere interesse processual para se pleitear providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela (STJ, REsp 653381/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 21/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 268). Cf. ainda, dentre outros, STJ, AgRg no Ag 1070594/RO, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, julgado em 17/02/2009, DJe 25/03/2009.

⁵⁹². DINAMARCO, “O regime jurídico das medidas urgentes”, n. 31, p. 70.

⁵⁹³. Essa falsa percepção decorre também, talvez, da falsa premissa de que decisões de caráter antecipatório seriam mais graves ao réu. No entanto, “tanto a medida conservativa quanto a antecipadora podem revestir-se de especial gravidade ao réu. A diferença entre as duas não está no grau de sacrifício que impõe ao requerido, mas no tipo de providência que outorgam ao seu beneficiário” (cf. “Medidas urgentes (‘cautelares’ e ‘antecipadas’): a Lei 10.444/2002 e o início de correção de rota para um regime jurídico único”, p. 18).

Em primeiro lugar, deve-se lembrar que as tutelas de urgência arbitrais são geralmente formuladas, perante as cortes estatais, em caráter antecedente, o que as levam a ser instrumentalizadas mediante o *processo cautelar*. Mesmo nos casos de pedidos formulados durante o curso do processo arbitral, o pleito de tutela de urgência invariavelmente será instrumentalizado também por meio do *processo cautelar*.

Não existe nenhum óbice, todavia, a pedido de caráter antecipatório e, consequentemente, satisfativo, no *processo cautelar*. Como explicado, o regime jurídico é o mesmo para os dois tipos de provimento. Mesmo quem não aceita a existência de regime jurídico único não tem como negar a previsão legal positivada de fungibilidade entre os tipos de provimentos. Como menciona BEDAQUE, “não se deve afastar de forma absoluta a possibilidade de a antecipação de efeitos da sentença final ser requerida em procedimento autônomo, antecedente ao pedido de tutela cognitiva”.⁵⁹⁴

A compreensão correta do fenômeno das tutelas de urgência confirma que é falsa a percepção de que no *processo cautelar* só podem ser concedidas tutelas conservativas. Se, no passado, a doutrina criticava de forma enfática a utilização da *forma do processo cautelar* a fim de obterem-se provimentos satisfativos com base no poder geral de cautela, atualmente, com a positivação da antecipação de tutela e da fungibilidade entre medidas, a afirmação acima deve ser recebida com naturalidade.⁵⁹⁵

Conforme alerta de BARBOSA MOREIRA, não “fica excluída a possibilidade de depararmos hipóteses situadas numa ‘zona cinzenta’, ou na faixa de fronteira, onde se torna difícil saber com precisão em que território se está pisando”.⁵⁹⁶

⁵⁹⁴. Cf. *Código de Processo Civil interpretado*, p. 827. Com relação à admissibilidade da antecipação de tutela em demanda antecedente, DINAMARCO ensina que “se o objetivo é impedir que o decurso do tempo corra direitos, constitui imperativo da garantia constitucional do acesso à justiça (Const., art. 5º, inc. XXXV) a disposição dos juízes a conceder a antecipação antes ou depois da propositura da demanda principal” (cf. “O regime jurídico das medidas urgentes”, n. 38, p. 83).

⁵⁹⁵. BARBOSA MOREIRA, “Tutela de urgência e efetividade do direito”, p. 292.

⁵⁹⁶. Cf. “Tutela de urgência e efetividade do direito”, p. 294. Cf. ainda DONALDO ARMELIN, “Tutela de urgência e arbitragem”, p. 375.

Um exemplo é capaz de ilustrar essa situação de forma muito clara. Atualmente, parcela significativa da doutrina aponta que uma das medidas mais comuns da praxe forense, a *sustação do protesto cambial*, nada mais é do que a antecipação de um impedimento que geralmente seria determinado apenas ao final do processo.⁵⁹⁷ Quem teria a coragem de afirmar que o juiz não pode conceder tutela de urgência com o fim de *sustação de protesto cambial* por meio de demanda antecedente (*processo cautelar*)? Está comprovado o equívoco de não permitir antecipações de tutela por meio de demanda antecedente.

Em segundo lugar, deve ser afastada a falsa percepção de que na demanda antecedente só podem ser concedidas tutelas conservativas porque o mérito do litígio é de competência exclusiva do árbitro.

Em julgado conduzido pelo Des. CARREIRA ALVIM, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro afirmou que “a competência para a concessão de tutela antecipatória é, sem dúvida, do tribunal arbitral”, e que se cabe ao “tribunal [arbitral] decidir o mérito da controvérsia (litígio), cabe-lhe, igualmente, decidir se antecipa ou não os efeitos dessa decisão”.⁵⁹⁸

Em caso mais recente, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, determinada parte pediu a concessão de tutela de urgência para “garantir a vigência dos contratos até a sentença arbitral, assegurando-se a sua exclusividade e impedindo-se a retomada das unidades arrendadas”. Os julgadores, todavia, entenderam que se tratava de providências visando à antecipação de tutela jurisdicional e que, portanto, “seu deferimento constituiria violação aos limites da atuação jurisdicional, ante a existência de cláusula compromissória, pois implicariam a necessidade de apreciação da lide, ainda que provisoriamente”.⁵⁹⁹

⁵⁹⁷. Cf., dentre outro, DINAMARCO, “O regime jurídico das medidas urgentes”, n. 38, p. 83.

⁵⁹⁸. TRF da Segunda Região, AI 2003.02.01.010784-5, Relator J. E. CARREIRA ALVIM, julgado em 22.06.2004.

⁵⁹⁹. TJ-SP, AI 0026767-61.2012.8.26.0000, Relator ANTÔNIO RIGOLIN, Trigesima Primeira Câmara de Direito Privado, julgado em 28.02.2012.

Não há, nem pode haver, qualquer óbice a que o juiz analise de forma sumária e provisória o mérito do litígio. É exatamente isso o que ele faz tanto em tutelas antecipadas quanto conservativas. A diferença entre o exame do direito material controvertido em um caso e no outro é apenas a profundidade de cognição. Em um caso, satisfaz-se com probabilidade ou verossimilhança.⁶⁰⁰ No outro, procura-se a verdade.⁶⁰¹

A preocupação do juiz não deve estar, *a priori*, na natureza da medida. Aceitar que existe um regime jurídico único para tutelas de urgência, pois suas características são muito similares, mas ao mesmo tempo realizar distinções entre elas sem levar em consideração seus reais efeitos, seria o mesmo que negar a afirmação anterior. Diante de justificado cenário e presentes os pressupostos legais, o juiz pode conceder tutela de urgência conservativa ou antecipada dos efeitos da tutela final.⁶⁰²

7.2.3. Risco de irreversibilidade e esvaziamento da jurisdição dos árbitros

O juiz não deve se preocupar com a natureza conservativa ou antecipada dos efeitos da tutela final ao analisar o pedido de tutela de urgência. Sua preocupação deve assentar-se sobre dois aspectos: (i) a reversibilidade ou não dos efeitos da medida; e, de forma intimamente ligada, (ii) a preservação da competência do árbitro para a resolução do direito material objeto do litígio.

Com relação ao primeiro aspecto, o juiz não deve ter nenhuma dificuldade para alcançar essa conclusão, pois a preocupação é exatamente a mesma que deve existir no processo estatal para qualquer tipo de tutela de urgência.

O Código de Processo Civil estabelece que “não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado” (art. 273, § 4.º). A reversibilidade também está prevista no art. 807 para

⁶⁰⁰. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 63.

⁶⁰¹. TARUFFO, *La semplice verità*, p. 85 e ss.

⁶⁰². Admitindo a concessão de tutelas antecipadas pelo juiz, apesar de não se aprofundar no assunto, cf. CARMONA, “Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro”, p. 37.

tutelas conservativas. Ou seja, como condição ao deferimento da tutela, é imprescindível que haja a possibilidade de retorno ao *status quo*.⁶⁰³

Como demonstrado, a tutela de urgência não elimina a necessidade de um julgamento final, cuja conclusão pode ser oposta à tomada ao início do processo. Decidindo-se com base em cognição sumária, pode-se verificar que o direito versossímél ou provável era, na realidade, inexistente (*supra*, n. 3.2.5).

Isso para que se possa preservar também o direito à segurança jurídica do réu.⁶⁰⁴ A preocupação deve ser com os efeitos irreversíveis que essas decisões podem causar no plano dos fatos.⁶⁰⁵

Com relação ao segundo aspecto, não se pode esquecer que as partes, por meio de livre manifestação de vontade, acordaram anteriormente que o mérito de qualquer litígio decorrente daquele determinado contrato seria resolvido por meio da jurisdição arbitral. Se, por um lado, a escolha do juízo arbitral para apreciação do mérito do litígio não significa que ao juiz é vedada a cognição sumária do assunto, por outro lado, ele deve estar consciente e respeitar a prévia escolha das partes (*supra*, n. 2.6).

Existe sempre uma tensão entre as cortes estatais e os tribunais arbitrais quando aquelas são chamadas a proferir decisão sobre questões que, em última análise, são de competência arbitral por manifestação de vontade das partes.⁶⁰⁶

⁶⁰³. HUMBERTO THEODORO JR., *Processo cautelar*, p. 459.

⁶⁰⁴. BEDAQUE, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 833.

⁶⁰⁵. ALVARO DE OLIVEIRA, ao falar sobre a expressão “perigo de irreversibilidade do provimento antecipado” prevista no art. 273, sugere correção para “irreversibilidade dos efeitos do provimento a ser antecipado” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. II, n. 3, p. 6).

⁶⁰⁶. Essas considerações foram desenvolvidas com muita propriedade por Lord MUSTILL, da *House of Lords*, na decisão do caso *Channel Tunnel Group Ltd and Another v. Balfour Beatty Construction Ltd and Others*: “There is always a tension when the Court is asked to order, by way of interim relief in support of an arbitration, a remedy of the same kind as will ultimately be sought from the arbitrators: between, on the one hand, the need for the Court to make a tentative assessment of the merits in order to decide whether the plaintiff’s claim is strong enough to merit protection, and on the other hand the duty of the Court to respect the choice of tribunal which both parties have made, and not to take out of the hands of the arbitrators (or other decision-makers) a power of decision which the parties have entrusted to them alone” (cf. transcrição em LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-128, p. 623).

O juiz deve atentar-se, assim, para que a sua decisão não represente, por via reflexa, indevida mácula à vontade das partes e o esvaziamento da pretensão a ser deduzida na via arbitral. Deve exercer o seu papel nos limites necessários para preservar a efetividade do processo arbitral.⁶⁰⁷

Quando se trata de pedido de tutela de urgência cujo litígio subjacente será apreciado por meio da via arbitral, a probabilidade de irreversibilidade do provimento, conforme já mencionado, também afeta a própria vontade das partes de ver o litígio resolvido por árbitros da sua confiança.⁶⁰⁸

Eventual decisão irreversível do juízo estatal fere, com apenas um golpe, a utilidade do processo principal e a vontade das partes de ver determinado litígio solucionado pela via arbitral, restando apenas um incerto e distante ressarcimento.⁶⁰⁹

Retornando-se ao caso recentemente julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (e com base no que consta do acórdão), pode-se perceber o desacerto da decisão. Considerando-se que o pedido seria para “garantir a vigência dos contratos até a sentença arbitral, assegurando-se a sua exclusividade e impedindo-se a retomada das unidades arrendadas”,⁶¹⁰ a eventual decisão favorável dos julgadores não seria irreversível nem esvaziaria a competência do tribunal arbitral. Este, ao assumir sua

⁶⁰⁷. LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-122, p. 622 (“The arguments against interim measures ordered by courts are even stronger in cases where the provisional measures required are of the same kind as the order which is ultimately sought from the arbitrators. In these situations the court ordering of the interim measures may actually interfere with the arbitration”).

⁶⁰⁸. Como alerta BEDAQUE, “às vezes a irreversibilidade fática acaba tornando desnecessária a própria tutela definitiva, pois a solução jurídica para a questão deixa de ser relevante” (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 351).

⁶⁰⁹. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, p. 266 (“rischiano infatti di risolversi in una sostanziale deroga alla competenza arbitrale sul mérito in un’assai ampia serie di casi”); TOMMASEO, “Lex fori e tutela cautelare nell’arbitrato commerciale internazionale”, pp. 15-16.

⁶¹⁰. TJ-SP, AI 0026767-61.2012.8.26.0000, Relator ANTÔNIO RIGOLIN, Trigesima Primeira Câmara de Direito Privado, julgado em 28.02.2012.

competência, poderia tranquilamente rever a decisão precária da corte estatal, até mesmo para revogar a decisão do Tribunal de Justiça (*infra*, n. 9.11).⁶¹¹

Em outro caso, ao que parece, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo avaliou a questão da reversibilidade e esvaziamento da competência dos árbitros de forma correta. Com a finalidade de garantir a utilidade e a eficácia do provimento final, os julgadores decidiram que a tutela de urgência foi “bem concedida na parte que determina a vedação à alienação das ações a terceiros, até que o Tribunal Arbitral decida se o contrato está ou não resolvido, com o escopo de evitar lesão aos interesses de eventuais terceiros adquirentes de boa-fé”.⁶¹² Caso a alienação das ações fosse realizada para terceiros, que possivelmente nem estariam incluídos na convenção de arbitragem, eventual decisão futura dos árbitros poderia ser inócua.

7.3. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

O Código de Processo Civil, como mencionado, não foi elaborado para atender às peculiaridades de casos em que os litígios foram ou serão submetidos à jurisdição arbitral. Como mencionado, a simples transposição de regras, para casos em que o processo principal deve ser arbitral, pode ocasionar diversos problemas práticos. Interpretar os aspectos procedimentais de forma sistemática e teleológica é essencial para evitarem-se esses problemas.⁶¹³

⁶¹¹. Mesmo que o pedido diga que a finalidade seria para “garantir a vigência dos contratos *até a sentença arbitral*”, obviamente que os árbitros poderão rever essa decisão em momento anterior (*infra*, 9.11).

⁶¹². TJ-SP, AI 0028062-36.2012.8.26.0000, Relator FRANCISCO LOUREIRO, Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 08.05.2012.

⁶¹³. O projeto do Código de Processo Civil também não foi elaborado para atender às peculiaridades de casos em que os litígios foram ou serão submetidos à jurisdição arbitral. Na realidade, de relevante para esta parte do trabalho é apenas a constatação de que o projeto do Código de Processo Civil foi elaborado para que o processo principal seja substituído pelo pedido principal, a ser formulado nos próprios autos do processo antecedente. No caso da arbitragem, o processo principal continuará a existir da forma como existe hoje (uma vez que o pedido deve ser realizado a órgão jurisdicional diverso), e será consubstanciado no requerimento de arbitragem, como geralmente previsto nos regulamentos arbitrais.

7.3.1. Foro competente para tutelas de urgência arbitrais

O art. 800 do Código de Processo Civil prevê que as “medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal”.⁶¹⁴

A primeira parte do art. 800 não possui pertinência neste momento, pois, como analisado, a competência para tutelas de urgência durante o curso do processo arbitral é em regra do árbitro (*supra*, n. 5.3). Com relação à segunda parte, a qual estabelece que as medidas de urgência antecedentes devem ser requeridas ao juízo competente para conhecer da demanda principal, faz-se necessária a devida interpretação.

Levando-se em consideração que as partes escolheram, por meio de convenção de arbitragem, que o mérito de eventual litígio (demanda principal) existente entre elas deva ser resolvido por árbitros, uma resposta mais apressada seria atribuir a sua solicitação também aos árbitros. No entanto, como já visto, não existe tribunal arbitral permanente e, geralmente, quando o conflito surge, podem-se levar semanas ou meses até sua constituição (*supra*, n. 5.5.1), de forma que a resposta não se mostra materialmente viável.

Apesar de não existir, no Código de Processo Civil, nenhuma norma sobre o local de propositura da demanda antecedente a juízo arbitral, há, na Lei de Arbitragem, regra prevendo que, se houver eventual necessidade de assistência do juiz para a efetivação de tutelas de urgência proferidas pelos árbitros (uso de *imperium*), essa assistência deve ser feita junto ao juízo que seria competente originariamente para julgar a causa (Lei de Arbitragem, art. 22, § 4.º).⁶¹⁵

⁶¹⁴. De acordo com a premissa adotada neste trabalho, de regime único para as tutelas de urgência (*supra*, n. 3.1), a interpretação desse artigo deve ser no sentido de que as tutelas de urgência (e não apenas as cautelares) serão requeridas ao juízo da causa e, quando antecedentes, ao juízo competente para conhecer da demanda principal (cf. DINAMARCO, “O regime jurídico das medidas urgentes”, n. 39, p. 85).

⁶¹⁵. Conforme já dito, o art. 22, § 4.º da Lei de Arbitragem, prevê que “havendo a necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa”.

A utilização do mesmo critério, portanto, parece ser simples e decorre de interpretação sistemática.⁶¹⁶ Essa interpretação é capaz de resolver, de forma bastante adequada, a questão sobre o foro, em regra, competente para as tutelas de urgência arbitrais.⁶¹⁷

Esse é o entendimento expressamente adotado pelo *codice di procedura civile*. De acordo com art. 669-*quinquies*, se a controvérsia que deu origem ao pedido de tutela de urgência for objeto de cláusula compromissória ou já existir arbitragem instaurada, a demanda deve ser proposta no juízo que seria competente para conhecer do mérito do litígio.⁶¹⁸

7.3.2. Cláusula de eleição de foro e tutelas de urgência

O objetivo primordial da competência é a organização de tarefas e racionalização do trabalho, por motivos de conveniência e de administração da justiça. Para conseguir melhores resultados, o legislador utiliza-se dos mais variados critérios para especialização das diversas atividades jurisdicionais: facilitar a realização de atos processuais ou colheita de provas, melhor organizar o ofício dos juízes *etc.*⁶¹⁹

⁶¹⁶. DONALDO ARMELIN, “Tutela de urgência e arbitragem”, p. 371. Embora fazendo referência à fase de execução da sentença arbitral, CARMONA possui idêntico entendimento: “será competente para executar a sentença arbitral o juízo cível que teria julgado a causa se as partes não tivessem celebrado convenção arbitral” (cf. *Código de Processo Civil interpretado*, p. 1627).

⁶¹⁷. “A Lei de Arbitragem, no § 4º do seu artigo 22, prevê expressamente que os árbitros, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa” (cf. TJ-RJ, Apelação 16879/2003, Relator SERGIO CAVALIERI FILHO, Segunda Câmara Cível, julgado 24/09/2003).

⁶¹⁸. LA CHINA, *L'arbitrato*, p. 148; FABIO FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 C.P.C.*, n. 2.4., p. 69; GIOIA-RASCHELLÀ, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 Cod.Proc.Civ.*, p. 56. Veja-se a redação original do art. 669-*quinquies*: “se la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri anche non rituali o se è pendente il giudizio arbitrale, la domanda si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito”. Na legislação espanhola, a competência, para o caso de tutela de urgência arbitral, é do local em que o laudo deva ser executado ou onde as medidas devam produzir efeitos. Eis a redação do art. 724 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*: “Cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia”.

⁶¹⁹. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, n. 128, p. 333 e ss.

De acordo com os valores envolvidos, as regras de competência podem ser denominadas relativas ou absolutas. As regras de competência relativa prestigiam a vontade das partes, permitindo a elas decidirem sobre a sua aplicação ou não diante do caso concreto. As regras de competência absoluta, por sua vez, são fundadas em razões de ordem pública, para as quais a liberdade das partes deve ser desconsiderada com prevalência do interesse público.⁶²⁰

Tratando-se de caso em que não há interesse de ordem pública, as partes podem manifestar a sua vontade de modo a produzir determinado efeito relativamente ao processo, tal como ocorre com a cláusula de eleição de foro e a cláusula compromissória.⁶²¹⁻⁶²²

Por meio da cláusula de eleição de foro, as partes podem derogar, mediante contrato escrito, as normas de competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as demandas oriundas de direitos e obrigações (CPC, art. 111).⁶²³ Tecnicamente, neste caso, ocorre a prorrogação voluntária expressa da competência por meio da eleição de foro pelas partes contratantes.⁶²⁴

⁶²⁰. CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, n. 174, p. 156.

⁶²¹. Existe grande divergência doutrinária sobre a classificação desse ato como negócio jurídico processual ou não. Para uma análise mais profunda sobre os negócios jurídicos processuais, com ampla referência doutrinária, cf. BARBOSA MOREIRA, “Convenções das partes sobre matéria processual”, p. 87-98; PAULA BRAGA, “Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência”, p. 310 e ss. Negando a existência de negócios jurídicos processuais, também de forma amplamente fundamentada, cf. LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*, vol. I, pp. 226-227; DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, n. 637, p. 481 e ss.; ROQUE KOMATSU, *Da invalidade no processo civil*, p. 140 e ss.

⁶²². Interessante notar que OTHMAR JAUERNING afirma não serem possíveis, desde 1974, acordos sobre modificação de competência na Alemanha. Essa alteração, ainda de acordo com o autor tedesco, decorre de tentativa do legislador para eliminar abusos de poder econômico (cf. *Direito processual civil*, pp. 81-82).

⁶²³. Não é possível, pela natureza de ordem pública, a derrogação da competência firmada em razão de matéria ou hierarquia (CPC, art. 111). É incorreto dizer-se genericamente, tal como previsto no art. 111, que é possível a eleição de foro em casos de “competência territorial e por valor da causa”, pois nem toda competência territorial (v.g., ação real imobiliária) ou por valor da causa (v.g., Juizado Especial Federal Cível) pode ser modificada (cf. DANIEL NEVES, *Manual de direito processual civil*, p. 155).

⁶²⁴. PATRICIA PIZZOL, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 326. A prorrogação voluntária pode ocorrer, ainda, por meio da não oposição de exceção de incompetência (CPC, art. 114).

Por sua vez, mediante a cláusula compromissória, as partes decidem submeter conflitos futuros, decorrentes de um determinado contrato, à arbitragem (*supra*, n. 4.2.1).

Feitos esses esclarecimentos iniciais, duas questões merecem ser enfrentadas: (i) a compatibilidade jurídica ou não da inclusão de cláusula de eleição de foro e de cláusula compromissória em um mesmo contrato; e, em caso de resposta positiva, (ii) a vantagem prática ou não da inclusão de cláusula de eleição de foro para tutelas de urgência arbitrais.

Com relação à primeira questão, há entendimento na doutrina de que a única possibilidade de coexistência entre cláusula de eleição de foro e cláusula compromissória “num mesmo contrato ocorre quando elas são redigidas com extrema cautela, delimitando-se de forma precisa o escopo de cada uma”.⁶²⁵

A questão, todavia, parece ser um pouco mais simples. Ainda que seja sempre aconselhável a busca de maior clareza e precisão possíveis nos contratos, não existe um risco genérico de incompatibilidade entre as cláusulas.

Essa conclusão é facilmente alcançada quando se verifica que cada cláusula possui uma finalidade distinta. Enquanto uma significa incompetência absoluta das cortes estatais para apreciação do mérito da crise de direito material, a segunda apenas visa a estabelecer o lugar escolhido pelas partes quando e caso haja a necessidade de utilização das cortes estatais. Como se pode perceber, cada cláusula possui utilidade em planos diferentes, sendo que os momentos de funcionalidade não se confundem.⁶²⁶

⁶²⁵. TIBURCIO-MEDEIROS, “Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro”, p. 633. PEDRO BATISTA MARTINS menciona que “tipo comum de cláusula patológica é aquela em que se dispõe, em um mesmo documento, de pacto arbitral e foro judicial. À primeira vista, as estipulações são colidentes. Mas podem, entretanto, ser harmonizadas pelo fato de a prática arbitral não dispensar, forçosamente, a cooperação ou intervenção da justiça comum” (cf. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*, p. 78).

⁶²⁶. CARMONA, “Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro”, p. 40 e ss.

O Tribunal de Justiça do Paraná, por meio de voto da Des. DENISE KRUGER PEREIRA, consignou que o argumento de existência de cláusula de eleição de foro utilizado pela parte “para o fim de afastar a convenção de arbitragem apenas a confirma”, uma vez que as partes estavam “a se referir às hipóteses em que o acesso ao Poder Judiciário é indispensável”.⁶²⁷

O Superior Tribunal de Justiça também manifestou entendimento de que “a cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência”.⁶²⁸

Não há dúvida, portanto, da viabilidade jurídica de inclusão de cláusula de eleição de foro (inclusive para tutelas de urgência) e cláusula compromissória no mesmo contrato.

Com relação à segunda questão (se haveria vantagem prática na inclusão de cláusula de eleição de foro para tutelas de urgência arbitrais), a resposta também é positiva.

Em primeiro lugar, a razão da cláusula de eleição de foro é permitir que as partes, por razões de conveniência, escolham o local onde desejam litigar. Tratando-se de litígio a ser solucionado pela jurisdição arbitral, as partes podem eleger, por exemplo, mesmo que nenhuma das partes possua qualquer relação direta com aquele local, foros com juízes mais acostumados a apreciar assuntos relacionados ao processo arbitral.

⁶²⁷. “Diante desse contexto, interpretação sistemática leva a conclusão de que, em verdade, a cláusula elencada pela agravada para o fim de afastar a convenção de arbitragem apenas a confirma, referindo-se justamente às situações em que se pretende discutir a decisão arbitral, por exemplo. Não restam dúvidas de que ao estabelecer o foro de Pinhais como competente para dirimir questionamentos a respeito do contrato após expressa pactuação de uma cláusula arbitral, estavam as partes a se referir às hipóteses em que o acesso ao Poder Judiciário é indispensável (como eventuais cautelares, execução da decisão arbitral ou, ainda, a rediscussão da decisão arbitral prevista no § 9.º)” (TJ-PR, AI 892851-8, Relator DENISE KRUGER PEREIRA, Sétima Câmara Cível, julgado em 14.08.2012).

⁶²⁸. STJ, REsp 904813/PR, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 20.10.2011, DJ 28/02/2012.

A eleição de foro, por exemplo, potencialmente proporciona às partes maior nível de segurança no que diz respeito a eventuais interferências indevidas das cortes estatais. Cita-se um exemplo que ilustra bem essa situação. Não é raro que uma das partes, depois do surgimento de litígio objeto de convenção de arbitragem, passe a buscar meios para obstar o início ou continuidade do processo arbitral, com as denominadas medidas antiarbitragem (*supra*, n. 3.3.5). Caso essas medidas sejam pleiteadas em foros nos quais os juízes não possuem a devida compreensão do alcance da regra do *kompetenz-kompetenz* no campo da arbitragem, as consequências ao processo arbitral podem ser perigosas.⁶²⁹

A possibilidade de eleição de foro, assim, é uma relevante arma a serviço das partes e deve ser utilizada de forma a preservar o instituto da arbitragem e os interesses iniciais das partes.

Em segundo lugar, deve-se analisar se a existência de cláusula de eleição de foro significaria algum prejuízo às partes na necessidade de tutelas de urgência.

Para TIBURCIO-MEDEIROS, a eleição de foro impossibilitaria a parte interessada de buscar ajuda do juízo em melhores condições de apreciar o caso concreto.⁶³⁰ O fundamento dessa posição estaria no engessamento que a eleição de foro ocasionaria às partes. Por exemplo, as partes elegem a Comarca de São Paulo para eventuais tutelas de urgência relacionadas a determinado litígio. Antes de constituído o juízo arbitral, porém, surge a necessidade de sequestro de um bem localizado em Salvador. Existindo cláusula de eleição de foro, poderia entender-se que o único juízo

⁶²⁹. Não se pode ignorar que o desconhecimento de alguns sobre o instituto da arbitragem pode gerar graves consequências. Recentemente, conforme já mencionado, no caso *Ferro Atlântica SL v. Zeus Mineração Ltda.*, só houve o reconhecimento da regra do *Kompetenz-Kompetenz* quando o caso chegou no Superior Tribunal de Justiça para a análise do Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, por meio de demanda cautelar: “o impasse referente ao juízo arbitral competente para dirimir a controvérsia surgida pode ser perfeitamente solucionado pela via eleita pelas próprias partes para a solução de seus conflitos, porquanto também na arbitragem vigora a regra da *Kompetenz-Kompetenz*, atribuindo-se poderes ao árbitro para analisar sua própria competência para o julgamento da causa que lhe é submetida a exame” (STJ, MC 17.868/BA, Decisão monocrática, j. 01/07/2011). Para maiores detalhes do caso, cf. os comentários de RICARDO MARQUES, “O STJ, as medidas antiarbitragem e o princípio da competência-competência na lei 9307/1996: comentários às decisões da MC 17.868/BA”, p. 275 e ss.

⁶³⁰. Cf. “Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro”, pp. 633-634.

com competência para concessão dessa tutela de urgência seria o da Comarca de São Paulo e que, portanto, a tutela correria o risco de ser inócua em razão da demora inerente aos atos de comunicação e cooperação entre juízos de comarcas diferentes.

Esse entendimento, porém, não passa por um teste mais rigoroso.

Conforme mencionado antes, vige no direito brasileiro o entendimento de que *quando est periculum in mora incompetentia non attenditur* (*supra*, n. 6.4.2). Desse modo, “as regras de competência podem ser desprezadas se houver algum obstáculo que impeça a parte necessitada de tutela emergencial de ter acesso ao juízo originariamente competente”.⁶³¹ Como lembrava LOPES DA COSTA, “em casos extraordinários, de aperto, de instante necessidade imediata, a competência deve ser do juiz do lugar onde a medida haja de ser executada, pois a execução é o que mais importa”.⁶³²

A despeito da existência de eleição de foro, o juiz que receber o pleito de tutela de urgência não pode se recusar a analisar e a conceder, se for o caso, a medida porque *quando est periculum in mora incompetentia non attenditur*.

É bastante consolidada a noção de que não se pode conhecer de incompetência relativa de ofício.⁶³³ No que diz respeito à impossibilidade de conhecimento de ofício sobre incompetência relvativa, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça está consolidado na súmula 33, cuja redação é direta ao afirmar que “a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”.⁶³⁴

Em casos de necessidade imediata, inexistente impedimento quanto à não utilização do foro eleito pelas partes na demanda veiculando pedido de tutela de

⁶³¹. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 327.

⁶³². Cf. *Medidas preventivas*, p. 32.

⁶³³. RICARDO APRIGLIANO, *Ordem pública e processo*, p. 130.

⁶³⁴. DINAMARCO, “Declaração ex officio da incompetência relativa?”, p. 721 e ss. Exceção a esa regra é encontrada no caso de demandas envolvendo direito do consumidor: “Segundo entendimento desta Corte, nas ações propostas contra o consumidor, a competência pode ser declinada de ofício para o seu domicílio, em face do disposto no art. 101, inciso I, do CDC e no parágrafo único, do art. 112, do CPC (STJ, CC 107.441/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Segunda Seção, julgado em 22/06/2011, DJe 01/08/2011).

urgência, reservando-se, porém, a faculdade de o réu impugnar essa escolha posteriormente, por meio de exceção de incompetência. Caso não haja oposição de exceção de incompetência, prorroga-se a sua competência.⁶³⁵

Ao mesmo tempo, se o autor quiser litigar em foro que elegeu (mas naquele momento existir urgência o obrigando a buscar outro foro), pode mover demanda perante o juízo incompetente, explicando os motivos de urgência que o levaram à propositura da demanda naquele foro e pedindo para o juiz que, depois de apreciado o seu pedido liminarmente, determine a remessa dos autos ao juízo competente.⁶³⁶

Se, por um lado, conforme exposto acima, a eleição de foro serve como mecanismo eficaz para evitarem-se riscos às partes e ao próprio instituto da arbitragem, por outro lado não engessa a atividade das partes e a tutela a questões de urgência.

7.3.3. Prazo para propositura da demanda arbitral

O art. 806, do Código de Processo Civil, dispõe que “cabe à parte propor a ação [principal], no prazo de 30 dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”.⁶³⁷

⁶³⁵. TESHEINER, *Medidas cautelares*, p. 18.

⁶³⁶. CARMONA, “Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro”, p. 39. Em momento posterior, CARMONA analisa a questão sob a ótica de que o processo arbitral está ou estará em trâmite no exterior, para afirmar que “havendo a necessidade de medidas de apoio a serem propostas pela parte (medidas de urgência, por exemplo, em países onde os árbitros não têm tal competência), estas deverão ser tomadas por aqui, independentemente da existência de cláusula de eleição de foro, se a providência tiver conexão com o território brasileiro” (cf. “Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro”, p. 46).

⁶³⁷. Sobre o termo *a quo* para contagem do prazo de 30 dias, o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça é de que ele deve ser contado da efetivação da medida: “O prazo decadencial de trinta dias, previsto no art. 806 do CPC, para o ajuizamento da ação principal é contado a partir da data da efetivação da liminar ou cautelar, concedida em procedimento preparatório. 2. Na hipótese, considera-se efetivada a cautelar na data da exclusão do nome da autora do cadastro do SISBACEN, ato material de cumprimento da decisão liminar, e não na data de mera juntada aos autos do ofício remetido à instituição financeira comunicando-lhe o deferimento da medida acautelatória (...)” (STJ, REsp 869.712/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 28/02/2012, DJe 16/03/2012).

Não proposta a demanda principal no prazo de 30 dias, a medida de urgência anteriormente deferida pelo juiz perde a sua eficácia e os seus efeitos devem ser desconstituídos.⁶³⁸ Quanto a esse ponto, não há nenhuma dúvida. Tratando-se de demanda antecedente, o prazo legal é aplicável.⁶³⁹

A razão de ser desse prazo de 30 dias é evitar o abuso do processo.⁶⁴⁰ Aquele que obteve a tutela de urgência não pode sujeitar o réu à situação restritiva de direito por prazo indeterminado. Apesar da possibilidade de defesa e recurso na demanda antecedente, apenas na demanda principal o réu terá a oportunidade de se defender de forma ampla.

Seria totalmente arbitrário transferir os males do decurso do tempo do autor para o réu e, ao mesmo tempo, sujeitá-lo a “um sacrifício por tempo indefinido e permitindo-se ao demandante a escolha do momento de postular a medida principal e a determinação do tempo que lhe aprouvesse”.⁶⁴¹

⁶³⁸. PONTES DE MIRANDA, por sua vez, entende que “nada há que se tenha de desconstituir e que a perda de eficácia é *ipso iure*, independentemente de despacho declarativo da não eficácia, menos ainda do despacho constitutivo negativo” (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XII, p. 81). Observa-se que a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça para o caso de cautelares é no sentido de que não apenas a medida perde eficácia, mas que também o processo deve ser extinto sem resolução de mérito: “Inobservado o prazo estabelecido pelo artigo 806 do CPC, a consequência é a perda da eficácia da medida cautelar e a extinção do processo, sem julgamento do mérito, como decidiu o juiz de primeiro grau. Precedentes: REsp 1053818/MT, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 04/03/2009; REsp 692.781/ES, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Terceira Turma, DJ 17/09/2007; REsp 528.525/RS, Rel. Min. DENISE ARRUDA, Primeira Turma, DJ 1/2/2006. 6. Recurso especial provido, para declarar a perda de eficácia da liminar e decretar a extinção do processo cautelar” (STJ, REsp 1115370/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 16/03/2010, DJe 30/03/2010). Recentemente, esse entendimento passou a fazer parte da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, conforme enunciado 482: “A falta de ajuizamento da ação principal no prazo do art. 806 do CPC acarreta a perda da eficácia da liminar deferida e a extinção do processo cautelar”.

⁶³⁹. É pacífico na doutrina o entendimento de que o prazo legal não se aplica caso a medida não seja preparatória (cf. PONTES DE MIRANDA *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XII, p. 78; PAULO DE PAULA, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 2502).

⁶⁴⁰. Importante lembrar que a determinação do prazo é questão de política legislativa. A *Ley de Enjuiciamiento Civil*, no art. 730, § 2.º, por exemplo, estabelece prazo de 20 dias: “En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo Tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción”.

⁶⁴¹. DINAMARCO, “O regime jurídico das medidas urgentes”, n. 40, p. 86. Mesmo nos sistemas em que decisões sumárias podem regular de forma estável o conflito, tal como ocorre, por exemplo, com o *référé* francês, o réu não fica sujeito aos desejos do autor, podendo promover demanda para afastar os efeitos dos provimentos sumários (TALAMINI, “Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro”, p. 13 e ss.).

Na via judicial, o processo forma-se a partir do momento da propositura da demanda em juízo, o que ocorre, de acordo com o Código de Processo Civil, com a decisão inicial do juiz ou simples distribuição, onde houver mais de uma vara (CPC, art. 263).⁶⁴² Tem-se entendido, ainda, que basta o protocolo da petição inicial para que a demanda se considere proposta.⁶⁴³

Com relação ao processo arbitral, uma peculiaridade deve ser levada em consideração: o ato da parte, de notificação sobre o interesse de dar início ao processo arbitral, não é suficiente para que de fato exista processo arbitral (demanda principal).

Para que isso ocorra, é imprescindível a aceitação do árbitro ou dos árbitros (Lei de Arbitragem, art. 19). Dependendo da forma de arbitragem escolhida pelas partes (arbitragem *ad hoc* ou institucional), da localização das partes, da localização dos árbitros indicados, de eventuais impugnações dos árbitros e do tempo previsto no regulamento arbitral para que esses atos ocorram, esse procedimento pode levar semanas ou meses (*supra*, n. 5.5.1).

A solução da questão passa pela correta interpretação da finalidade da norma. Como lembrado por RECASENS SICHES “sem interpretação, não há possibilidade de que exista nenhuma ordem jurídica” e essa interpretação deve ser feita de acordo com a *lógica de lo humano, de lo razonable*.⁶⁴⁴

Deve-se usar a ponderação dos valores em jogo. Se o legislador trabalha sempre em termos genéricos e abstratos, interessam ao magistrado os juízos de valor que o legislador adotou como inspiração para a sua regra, e não a regra em si. Somente

⁶⁴². Há quem considere que o processo estatal só passa a existir juridicamente com a citação válida do réu (cf. TERESA WAMBIER, *Nulidade do processo e da sentença*, p. 355). Para BEDAQUE, o único pressuposto processual de existência de processo é a presença de um órgão investido de jurisdição (cf. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 213).

⁶⁴³. Cf. MARCATO, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 789.

⁶⁴⁴. Cf. *Tratado general de filosofía de derecho*, pp. 627 e 662 (tradução livre).

por meio desses elementos é que o juiz conseguirá a adequada solução do caso concreto.⁶⁴⁵

Se o legislador soubesse que o método de resolução de litígios poderia começar não com uma demanda judicial propriamente dita, mas sim com um mero requerimento, teria ele simplesmente determinado a perda de eficácia da medida de urgência? A resposta só pode ser negativa.⁶⁴⁶

Caso contrário, haveria a penalização da parte que precisou da cooperação prévia da corte estatal, simplesmente por agir de acordo com o anteriormente acordado e formular requerimento de arbitragem. Essa verdadeira adequação do processo ao método de resolução de litígios escolhido pelas partes não significa derrogação pelas partes da regra do art. 806 do Código de Processo Civil, pois o trintídio legal deverá ser cumprido. Aliás, como bem nota DONALDO ARMELIN, atua na espécie o brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*.⁶⁴⁷

Na Itália havia intenso debate sobre o prazo para propositura da demanda principal. Na reforma legislativa de 1994 (*legge* n. 25), todavia, o legislador colocou fim ao problema ao estabelecer, no art. 669-*octies* do *codice di procedura civile*, que é suficiente a simples notificação da parte adversa sobre a intensão de promover o processo arbitral, apresentando a demanda e indicando árbitro.⁶⁴⁸

⁶⁴⁵. RECASENS SICHES, *Tratado general de filosofía del derecho*, p. 632. De acordo com RUY ROSADO DE AGUIAR JR., “a lógica do razoável está regida por razões de congruência ou adequação: entre os valores e os fins; entre os fins e a realidade concreta; entre os fins e os meios; entre fins e meios e a correção ética dos meios; entre fins e meios e a eficácia dos meios; por último, a lógica do razoável está orientada pelos ensinamentos da experiência da vida humana e da experiência histórica (cf. “Interpretação”, n. 5, p. 13 e ss).

⁶⁴⁶. É célebre o exemplo dado por RECASENS SICHES – e tantas vezes lembrado por DINAMARCO – para ilustrar a lógica do razoável: numa antiga estação ferroviária polonesa, um homem pretendia ingressar no trem levando consigo um enorme urso. O funcionário da ferrovia lhe disse que isso era proibido, nos termos do cartaz existente no local, que dizia “é proibido transportar cães na composição”. Pela lógica do absurdo, o dono do urso argumentou que a proibição dizia respeito somente a cães, mas não a ursos, e por isso não haveria nenhuma proibição. Essa interpretação atende à lógica tradicional (ou *lógica de lo racional*), mas obviamente não atende à lógica do humano, do razoável (cf. *Tratado general de filosofía del derecho*, p. 645-647).

⁶⁴⁷. Cf. “Tutela de urgência e arbitragem”, p. 373.

⁶⁴⁸. Sobre o assunto, cf. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, p. 60 e ss.; CHIRGA, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, p. 313, nota de rodapé n. 15. Eis a redação original do art. 669-*octies*: “Nel caso

A legislação espanhola também optou por apresentar redação legislativa que vai ao encontro da posição defendida neste trabalho. Embora haja regra geral estabelecendo prazo de 20 dias para a propositura da demanda principal, no caso em que a demanda será arbitral, a parte beneficiada pela tutela de urgência deve apenas promover as medidas necessárias para iniciar o processo arbitral.⁶⁴⁹

Interpretação literal do art. 806 do Código de Processo Civil, pressupondo a necessidade de efetiva instituição da demanda arbitral, poderia levar a enormes distorções. Quando a demanda principal for arbitral, a interpretação do art. 806 deve ser no sentido de que o autor deverá apenas demonstrar que tomou todas as providências necessárias à finalidade de instituir a arbitragem, no prazo de 30 dias.⁶⁵⁰⁻⁶⁵¹

7.3.4. Prazo para propositura da demanda arbitral e cláusulas escalonadas

Ainda com relação ao prazo para propositura da demanda principal, existe interessante hipótese, cada vez mais usual na prática arbitral, na qual o contrato

in cui la controversia sia oggetto di compromesso o di clausola compromissoria, la parte, nei termini di cui ai commi precedenti [60 dias], deve notificare all'altra un atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri”.

⁶⁴⁹. ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, pp. 164-165. Eis a redação original do art. 730, § 3.º: “El requisito temporal a que se refiere el apartado anterior no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En ellos, para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral”.

⁶⁵⁰. CARMONA diz que a prova que deve fazer o autor é no sentido de que “tomou as medidas tendentes à nomeação do painel de árbitros (notificação à parte contrária na arbitragem *ad hoc*, nomeação ao órgão arbitral institucional na arbitragem administrada), não sendo exigível que no trintídio demonstre o requerente que os árbitros aceitaram o encargo (ou seja, que a arbitragem está instituída)”. (cf. *Arbitragem e processo*, p. 327). Cf. ainda SIDNEI BENETI, “Arbitragem e tutela de urgência”, p. 107; SELMA LEMES, “A inteligência do art. 19 da Lei de Arbitragem (instituição da arbitragem) e as medidas cautelares preparatórias”, p. 417; MARCELO VILELA, “Reflexões sobre a tutela cautelar na arbitragem”, pp. 43-44; DONALDO ARMELIN, “Tutela de urgência e arbitragem”, p. 373.

⁶⁵¹. O projeto do Código de Processo Civil em nada afetará os argumentos aqui produzidos. De acordo com o art. 291, a parte interessada deve aditar a inicial no prazo de 30 dias para incluir suas pretensões principais. Elimina-se distinção entre processo acessório e processo principal, mas permanece o prazo de 30 dias atualmente vigente.

possui cláusula escalonada de resolução de litígios (também denominada de *multi-tiered dispute resolution clause*).

Essas cláusulas nada mais são do que a combinação, de forma escalonada, de diversos métodos de resolução de litígios, tais como negociação, mediação, arbitramento⁶⁵² e arbitragem.⁶⁵³ Por meio dessas cláusulas, as partes contratantes estabelecem um procedimento (*i.e.*, caminho a ser percorrido) para a tentativa de se alcançar uma solução amigável.⁶⁵⁴

Antes de formularem o requerimento de arbitragem, portanto, as partes devem, em princípio, ultrapassar todas as etapas previstas no contrato sem sucesso.⁶⁵⁵

As cláusulas escalonadas, quando bem redigidas, já fazem com que o início do processo arbitral demore consideravelmente, pois podem ser acordados, por exemplo, períodos consecutivos de 30 dias para negociação e 30 dias para mediação antes de eventual início do processo arbitral. Quando as cláusulas escalonadas não são bem redigidas, omitindo a descrição em detalhes das diversas etapas e períodos para tentativa de resolução do litígio, o atraso pode ser maior ainda, gerando inclusive

⁶⁵². Arbitramento não deve ser confundido com arbitragem (cf. DINAMARCO, *Vocabulário do processo civil*, n. 24, pp. 71-72). Como explica FRANCESCO GALGANO, em relação a contratos com previsão de arbitramento, “un caso di oggetto non determinato, ma determinabile, è quello del contratto che deferisca ad un terzo la determinazione dell’oggetto. Si parla in questo caso di arbitraggio o arbitramento, ed al terzo, che in genere è un esperto dello specifico settore degli affare cui il contratto si riferisce, si dà il nome di arbitratore. (...) Altro dall’arbitramento è l’arbitrato libero o irrituale” (cf. *Il contratto*, pp. 175-178).

⁶⁵³. De acordo com MICHAEL PRYLES: “By a multi-tiered dispute resolution clause I mean a clause in a contract which provides for distinct stages, involving separate procedures, for dealing with and seeking to resolve disputes. This could encompass any of the following techniques: negotiation; mediation; expert determination; arbitration” (cf. “Multi-tiered dispute resolution clauses”, pp. 24-43, esp. p. 24).

⁶⁵⁴. Com bem nota MICHAEL PRYLES, a existência de uma cláusula escalonada apropriada pode ocasionar a solução do litígio por meio de um “specified and relatively cheap and cost-effective procedure without the necessity of resorting to arbitration” (cf. “Multi-tiered dispute resolution clauses”, pp. 24).

⁶⁵⁵. É extremamente polêmica a questão sobre a obrigatoriedade ou não de se passar pelas etapas anteriores como pressuposto para instauração da arbitragem. Como lembra LEW-MISTELIS-KRÖLL, “It may well be that the pre-arbitration procedures are only optional so that their non-fulfilment does not bar the bringing of a claim in arbitration. In particular in connection with clauses requiring efforts to settle the case amicably it has been held that these should not be applied to oblige the parties to engage in fruitless negotiations where it is clear that no settlement will be reached and the time limit may expire” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 20-32, p. 513). Sobre o assunto, cf. ainda DIDEM KAYALI, “Enforceability of multi-tiered dispute resolution clauses”, p. 551 e ss.

confusões desnecessárias. Para fins do presente trabalho, basta compreender que, além das dificuldades habituais para a instituição do tribunal arbitral e, consequentemente, início do processo arbitral, há o risco de maiores atrasos ainda nos casos em que as partes necessitam cumprir as etapas previstas na cláusula escalonada.

Assim, a solução para considerar-se cumprido o prazo de 30 dias do art. 806, do Código de Processo Civil, também não pode ser a propositura da demanda principal. Além de existir a questão já abordada acima sobre quando se considera proposta a demanda arbitral, há a questão do procedimento amigável acordado na cláusula escalonada.

Para cumprir adequadamente o que determina o Código de Processo Civil, assim, ao que parece, basta que a parte, no prazo legal, dê início ao procedimento de resolução de litígio previsto na cláusula escalonada. O que não pode ocorrer é a parte beneficiada pela tutela de urgência ter a medida revogada (e ver o seu direito perecer), em razão de ter dado o adequado cumprimento ao procedimento alternativo de resolução de litígios anteriormente estabelecido de comum acordo pelas partes.

Da mesma forma, se o procedimento alternativo de resolução de disputas já estiver em andamento, visto que não encerrado, basta que a parte autora, ao propor a demanda preparatória, comprove, por qualquer meio admissível, que o procedimento alternativo de resolução de litígio está em curso e informe a sua intenção de dar início ao processo arbitral assim que ultrapassadas sem sucesso todas as fases previstas na cláusula escalonada. Neste caso, a tutela de urgência pleiteada continua como antecedente ao processo arbitral (*pré-arbitral*), embora o mecanismo de resolução de litígio já tenha sido iniciado.

A preocupação do juiz deve ser de evitar que a espera pelo término dos procedimentos alternativos de resolução de conflito não se torne eterna em razão de possíveis táticas maliciosas conduzidas pela parte beneficiada pela tutela de urgência. Eventuais anormalidades e malícias, porém, não podem ser presumidas e utilizadas em prejuízo de situações regulares. É evidente que, no caso concreto, o juiz terá capacidade

de aferir eventuais abusos do direito, notadamente com a colaboração e prestação de informações necessárias pela parte ré da demanda antecedente.

7.3.5. Prazo para propositura da demanda arbitral e cláusulas patológicas

Em hipótese não rara, pode acontecer de determinada cláusula compromissória padecer de defeito que impossibilite sejam tomadas as providências necessárias à instituição do juízo arbitral.

Não obstante as partes tenham grande liberdade para a redação da cláusula compromissória, esta precisa estabelecer, ao menos, a forma de nomeação dos árbitros para ser considerada completa ou cheia e viabilizar imediatamente a instituição do juízo arbitral.⁶⁵⁶⁻⁶⁵⁷

Nos casos em que a cláusula compromissória não permite a instituição do tribunal arbitral, deve ser considerada como cumprida a exigência do art. 806, do Código de Processo Civil, com o envio da notificação de que trata o art. 6.º da Lei de Arbitragem, por meio da qual se demonstra a intenção em iniciar o processo arbitral.⁶⁵⁸

Caso haja resistência da parte adversa quanto à instituição do tribunal arbitral, a parte beneficiada pela tutela de urgência deve propor a demanda do art. 7.º da Lei de Arbitragem, que é o mecanismo adequado para forçar o início do processo arbitral.

⁶⁵⁶. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 143.

⁶⁵⁷. Os exemplos de cláusulas patológicas são tão inúmeros quanto a criatividade humana. FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN citam alguns exemplos colhidos da prática: (a) referência a instituição arbitral de forma imprecisa ou totalmente incorreta; (b) acordo que parece permitir a resolução por arbitragem como opcional; (c) acordo que contém mecanismos defeituosos para indicação de árbitros, como, por exemplo, delegando a escolha destes a instituição que se nega a indicar; (d) acordo indicando árbitro específico que, quando a disputa surge, já faleceu; (e) acordo que impõe prazos impossíveis de serem cumpridos pelo tribunal arbitral (cf. *on International commercial arbitration*, par. 484, pp. 261-262). Sobre o assunto, cf. ainda BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER, *Redfern and Hunter on international arbitration*, p. 86 e ss.; CRAIG-PARK-PAULSSON, *International Chamber of Commerce arbitration*, p. 715 e ss.; DELVOLVÉ-POINTON-ROUCHE, *French arbitration law and practice*, p. 66 e ss.

⁶⁵⁸. MICHELE LYRA TOSTES, *Tutela de urgência e arbitragem: mecanismos de acesso à justiça*, pp. 85-86.

A posição aqui adotada possui o mesmo plano de fundo das conclusões dos subitens acima (*supra*, nn. 7.3.3; 7.3.4). Além disso, a conclusão passa pela compreensão da eficácia desejada pelo legislador brasileiro para a cláusula compromissória. Ao contrário do que ocorria, por exemplo, na França, onde eventual patologia da cláusula compromissória seria capaz de desconstituir a própria convenção de arbitragem, no direito brasileiro os efeitos permanecem e a vontade anterior das partes deve ser respeitada.⁶⁵⁹

7.3.6. Sentença da demanda antecedente e processo arbitral

O Superior Tribunal de Justiça, em julgado já mencionado, consignou que a competência das cortes estatais é precária e não se prorroga, “subsistindo apenas para a análise do pedido liminar”, com posterior remessa dos autos ao tribunal arbitral.⁶⁶⁰

No entanto, há casos em que se transcorrem meses do momento de propositura da demanda antecedente até a constituição do tribunal arbitral. Considerando-se que processo encontra-se em estado para julgamento, mas o tribunal arbitral ainda não foi constituído, seria vedado ao juiz proferir sentença?

A resposta é negativa. Apesar de, na prática, ser mais simples deixar a demanda antecedente pendente até a constituição do tribunal arbitral para a consequente remessa dos autos, o juiz não está usurpando a competência do árbitro nem violando o efeito negativo da convenção de arbitragem ao proferir sentença em demanda cujo objeto é tutela de urgência (*supra*, n. 5.8.1).

⁶⁵⁹. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 157.

⁶⁶⁰. STJ, REsp 1297974/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012.

A análise do pleito de tutela de urgência, por meio de decisões liminares (*in limine litis*) ou finais na demanda antecedente (*processo cautelar*), não modifica o caráter temporário e provisório da tutela de urgência. Mesmo se falando de provimento que recebe a denominação de sentença, a decisão não resolve a crise de direito material objeto do litígio. Por esse motivo, afirma-se que tal sentença não faz coisa julgada material e não recebe a qualidade de imutabilidade.⁶⁶¹⁻⁶⁶²

Na realidade, a única consequência prática para o juiz, com o ato de prolação de sentença, seria a eventual extinção do processo, pois os efeitos da tutela de urgência subsistirão, independentemente dela ter sido prolatada de forma liminar ou final.⁶⁶³ Não se pode esquecer, todavia, que independentemente da forma, o árbitro possui competência para rever a tutela de urgência concedida pelo juiz (*infra*, n. 9.11).

7.3.7. Honorários na demanda antecedente e processo arbitral

Em regra, cabe ao árbitro alocar as despesas (*em sentido amplo*) relacionadas ao processo arbitral no momento em que proferir a decisão final.⁶⁶⁴

Tendo em vista que a competência do juiz em demandas antecedentes diz respeito apenas ao pedido de tutela de urgência, com posterior envio dos autos ao tribunal arbitral, é normal que não haja o arbitramento de honorários pelo juiz neste processo. No momento em que os árbitros sentenciarem o processo arbitral, eles levarão

⁶⁶¹. TESHEINER, *Medidas cautelares*, p. 33; HUMBERTO THEODORO JR., *Processo cautelar*, p. 166; OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Do processo cautelar*, p. 182 e ss.

⁶⁶². “A sentença proferida no processo cautelar, porquanto não definitiva de litígio, haja vista sua natureza acessória e provisória, não se reveste da imutabilidade característica da coisa julgada material, salvo se se verificar que não haverá processo principal tutelável em razão da decadência ou da prescrição. Isto porque a tutela cautelar representa uma prestação da justiça de cunho eminentemente processual, no afã do resguardo das outras duas espécies - cognitiva e de execução -, com a singularidade de que seu objeto é a defesa da jurisdição, cuja titularidade pertence ao Estado-soberano que, por isso, pode atuar de ofício no exercício do dever corresponsivo ao direito de ação constitucionalizado” (STJ, REsp 724710/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/11/2007, DJ 03/12/2007, p. 265).

⁶⁶³. Como lembra OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “a sentença do processo cautelar é sentença de mérito como qualquer outra. O que a distingue das demais é apenas assegurar sem satisfazer o direito que se assegura” (cf. *Do processo cautelar*, 2006, p. 182).

⁶⁶⁴. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 2487.

em consideração as despesas do processo antecedente, de acordo com fórmula estabelecida pelas partes.

No entanto, seguindo a linha de pensamento exposta anteriormente (*supra*, n. 7.3.7), pode ocorrer de o juiz optar por julgar a demanda antecedente por meio de sentença. Se isso ocorrer, o juiz deve impor a condenação de honorários da mesma forma que faria com qualquer processo autônomo, não havendo necessidade de relegar esse arbitramento ao árbitro.⁶⁶⁵

7.3.8. Reconhecimento de prescrição ou decadência na demanda antecedente

Pode o juiz, diante de demanda antecedente a futuro processo arbitral, declarar prescrição ou decadência da pretensão do autor?⁶⁶⁶

O art. 810 do Código de Processo Civil prevê que o “indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor”.⁶⁶⁷

Assim, se o juiz, na demanda antecedente, “acolhe a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor, fica prejudicado o processo principal”.⁶⁶⁸ Essa previsão, de acordo com GALENO LACERDA, não encontra “precedentes no direito anterior e nos Códigos antecedentes”.⁶⁶⁹

⁶⁶⁵. Sobre o assunto, inclusive com os critérios a serem utilizados pelo juiz para arbitramento dos honorários, cf. BRUNO LOPES, “Honorários advocatícios nas medidas cautelares”, p. 205 e ss.

⁶⁶⁶. Sobre os conceitos de prescrição e decadência no direito brasileiro, cf. AGNELO AMORIM FILHO, “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, p. 725 e ss.; LUCON, “Prescrição, decadência e processo civil”, p. 563 e ss.

⁶⁶⁷. O art. 293 do projeto do Código de Processo Civil possui redação igual à existente no atual art. 810, então todos os argumentos aqui desenvolvidos permanecem válidos para eventual nova codificação.

⁶⁶⁸. TESHEINER, *Medidas cautelares*, p. 12.

⁶⁶⁹. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. I, n. 78, p. 306.

Parte da doutrina recebe essa previsão positivamente, pois a finalidade da norma seria a de contribuir para celeridade e economia processuais, de forma a solucionar definitivamente o conflito de interesses.⁶⁷⁰

Outra parte da doutrina não vê razão para a sua aplicação. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, por exemplo, afirma que a “inexistência do direito, que impediria o juiz da cautelar de oferecer-lhe proteção de segurança, não determina, nunca, que na sentença cautelar se declare essa inexistência”.⁶⁷¹ Conforme explica o autor, se a demanda está prescrita, seria apenas como se não estivesse provado o *fumus boni iuris*, o que levaria apenas à rejeição do pedido cautelar.⁶⁷²

Independentemente da posição que se adote, todavia, parece não haver controvérsia de que, no caso do art. 810, o legislador autorizou o juiz a julgar excepcionalmente “o mérito da ação principal desde logo nos autos da demanda cautelar”.⁶⁷³

Reforçando essa posição, CALMON DE PASSOS afirma existir, no caso, verdadeiro pedido do réu, com finalidade de “obter pronunciamento que componha a lide principal”.⁶⁷⁴ Seria espécie de demanda declaratória que o réu poderia ter ajuizado anteriormente contra o autor para receber, preventivamente, decisão com força de coisa julgada material. Por economia processual, prossegue CALMON DE PASSOS, a lei excepcionalmente proporcionou a oportunidade de o réu ajuizá-la no mesmo processo.⁶⁷⁵

⁶⁷⁰. GALENO LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. I, n. 78, p. 307; PAULO DE PAULA, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 2512.

⁶⁷¹. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, p. 234.

⁶⁷². *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, p. 234. MARINONI-MITIDIERO também observam que “o juiz pode declarar prescrição ou decadência no processo cautelar apenas quando tem convicção de certeza”, o que não é normal ocorrer no âmbito do processo cautelar. Trata-se, ainda de acordo com os autores, de “abertura a uma decisão não cautelar no processo cautelar” (cf. *Código de Processo Civil comentado*, p. 769).

⁶⁷³. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, p. 233.

⁶⁷⁴. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, t. I, n. 229, p. 241.

⁶⁷⁵. Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, t. I, n. 229, pp. 241-242.

Apesar de existir autorização legislativa de que, no caso de prescrição e decadência, o juiz pode apreciar o mérito do litígio imediatamente nos autos da demanda antecedente, esse entendimento só pode prevalecer quando o mérito do litígio também é de competência das cortes estatais. Tratando-se de futura demanda arbitral, mais uma vez há a necessidade de adaptação do dispositivo legal em relação aos novos meios de resolução de litígios.

O mérito do litígio propriamente dito (crise de direito material), nos casos em que as partes elegem convenção de arbitragem, só pode ser decidido por árbitros. É esse o conteúdo do efeito negativo da convenção de arbitragem (*supra*, n. 5.8.1).

As cortes estatais só estão autorizadas a analisar o mérito do litígio de forma sumária e provisória, na forma de *fumus boni iuris* ou verossimilhança, mas nunca de forma definitiva. Se, por um lado, deve-se afastar o mito de que ao juiz está vedado verificar, por meio de cognição sumária e de forma provisória, o mérito do litígio em demanda antecedente a processo arbitral, por outro lado é preciso reforçar que o mérito não pode ser analisado de forma definitiva (*supra*, n. 7.2.2).

Poderia ser alegado que a solução acima encontrada vai de encontro à exigência de celeridade e economia processuais. Sabendo-se que a pretensão está prescrita ou decaída, por qual motivo não se permitiria ao juiz proferir decisão final desde logo? Por que fazer com que as partes sejam obrigadas a submeter um litígio fadado ao insucesso à via arbitral para alcançar solução já conhecida por todos?

Não há como negar que eventual declaração de prescrição ou decadência pelo juiz estatal traria o resultado final ao litígio de forma mais rápida. No entanto, nem toda celeridade é bem-vinda. No caso em questão, não foi essa a escolha das partes.⁶⁷⁶ Ao estabelecerem convenção de arbitragem, elas escolheram que qualquer decisão de

⁶⁷⁶. Tudo isso sem sequer se entrar na discussão de que a decisão do tribunal arbitral poderia ser diferente da decisão da corte estatal. A discussão aqui está em momento anterior, verificando-se a possibilidade ou não dessa conduta do juiz.

mérito com relação a eventuais litígios decorrentes do contrato objeto da convenção de arbitragem seria apenas e tão somente de competência dos árbitros.

Ao juiz não cabe analisar se a demanda está prescrita ou decaída nesses casos. Ao juiz tampouco cabe a análise definitiva de qualquer outro juízo de mérito. Não se pode admitir que sejam criadas exceções de análise de mérito pelo juiz, sob pena de se desnaturar completamente o papel das cortes estatais nos casos em que as partes pactuam convenção de arbitragem.

Apesar de se reconhecer que, no contexto de arbitragens, questões relacionadas à prescrição possam ganhar grande complexidade,⁶⁷⁷ fato é que, em razão da *lex fori*, para o juiz não há nenhuma dúvida de que prescrição e decadência são matérias de mérito (CPC, art. 269, inc. IV).⁶⁷⁸

Em razão da escolha das partes ao firmar convenção de arbitragem, não há dúvida de que, quando a demanda principal for arbitral, é vedada a análise da questão pelo juiz. Decisão das cortes estatais sobre o assunto deve ser atacada com os recursos pertinentes.

Tendo em vista a possibilidade de formação de coisa julgada material em razão da matéria decidida, eventual decisão do juízo estatal poderá indevidamente impedir a execução ou a homologação de futura sentença arbitral sobre o mesmo assunto.⁶⁷⁹

⁶⁷⁷. É o que demonstra o trabalho de THIAGO NUNES, *Análise dos efeitos da prescrição extintiva na arbitragem interna e internacional, com visão a partir do direito brasileiro, passim*.

⁶⁷⁸. DINAMARCO afirma que a decisão sobre prescrição e decadência é, na realidade, falsa decisão de mérito, advinda de confusões antigas sobre o conceito de prescrição e decadência. De qualquer forma, lembra que o “direito positivo diz o contrário e portanto impõem-se as consequências do que ele dispõe, para que essa decisão se considere coberta pela *auctoritas rei judicatae*” (cf. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, nn. 929-930, p. 265 e ss.).

⁶⁷⁹. DONALDO ARMELIN alega, ao tratar do assunto da prescrição e decadência, que “mesmo que se reconheça a possibilidade de o processo cautelar gerar coisa julgada material, o que é admitido por corrente minoritária na doutrina, as decisões nele prolatadas – em se tratando de cautelar pré-arbitral – poderão ser revistas no decorrer da arbitragem” (cf. “Tutela de urgência e arbitragem”, p. 373). Realmente, não existe vinculação do árbitro à decisão do juiz, pois não há hierarquia entre eles. No entanto, não parece ser possível afirmar que no caso a decisão do juiz não ganharia a qualidade de coisa julgada material. Se poucos admitem formação de coisa julgada material em demanda cautelar

7.4. TUTELA DE URGÊNCIA NA DEMANDA DE EXECUÇÃO ESPECÍFICA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Analizou-se rapidamente, neste trabalho, hipótese na qual a cláusula compromissória não permite a instituição do tribunal arbitral por ser patológica ou vazia. Afirmou-se que, caso haja resistência da parte adversa quanto à instituição do tribunal arbitral, a parte beneficiada pela tutela de urgência deve propor a demanda do art. 7.º da Lei de Arbitragem, que é o mecanismo adequado para forçar o início do processo arbitral (*supra*, n. 7.3.5).

Imagine-se, neste momento, hipótese em que a necessidade de tutela de urgência surge durante ou um pouco antes da propositura da demanda de execução específica de cláusula compromissória. Poderia a parte, nos estreitos limites dessa demanda, formular pedido de tutela de urgência?

A resposta é positiva. Conquanto esta demanda de execução específica tenha procedimento sumaríssimo e, conseqüentemente, haja concentração procedimental para aproximar os atos, é possível a ampliação dos limites objetos da demanda para inclusão de demanda adicional na qual se formule pedido de tutela de urgência.

Aliás, como processo de conhecimento que é, não parece existir empecilho à formulação de pedidos de tutelas de urgência de forma incidente.⁶⁸⁰

propriamente dita, neste caso exposto a conclusão é diferente. De acordo com o Código de Processo Civil, trata-se de decisão de mérito (CPC, art. 269, inc. IV). Conforme posição do Superior Tribunal de Justiça: “Havendo a Justiça brasileira, definitivamente, resolvido controvérsia quanto a um dos temas do pedido de homologação da sentença arbitral, deve a pretensão ser negada quanto a isso por obediência à coisa julgada”. (STJ, SEC 1/EX, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Corte Especial, julgado em 19/10/2011, DJe 01/02/2012).

⁶⁸⁰. Conforme DINAMARCO, “o procedimento sumário é modalidade do procedimento comum, que se opõe aos especiais e é integrado também pelo ordinário – sempre, na órbita do processo de conhecimento” (cf. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1244, p. 729). DONALDO ARMELIN fala expressamente sobre a possibilidade de ajuizamento “de ação cautelar incidente” à ação prevista no art. 7.º da Lei de Arbitragem (cf. “Tutela de urgência e arbitragem”, p. 371).

A possibilidade de cumulação de pretensões coaduna-se com o escopo do processo civil moderno, pois visa a garantir, com o menor dispêndio possível de tempo e energia, a adequada prestação da tutela jurisdicional e a preservação do futuro provimento do árbitro. Elimina-se a ideia de necessidade de dois processos quando tudo indica a possibilidade de solução da questão em apenas um.⁶⁸¹

7.5. TUTELAS DE URGÊNCIA CONCEDIDAS POR JUÍZES BRASILEIROS EM AUXÍLIO A PROCESSOS ARBITRAIS ESTRANGEIROS

Quando se falou dos limites da competência do árbitro para concessão de tutelas de urgência, afirmou-se que geralmente existe limitação jurídica à efetividade do provimento arbitral no caso em que ele deve ser efetivado fora dos limites do local da arbitragem (*supra*, n. 5.5.2).

Existe grande divergência, na doutrina arbitralista, sobre a aplicabilidade da Convenção de Nova Iorque a tutelas de urgência proferidas em forma de sentença (*infra*, n. 10.7.1), e ainda não há cenário seguro sobre a viabilidade de se efetivarem tutelas de urgência arbitrais mediante o uso de cartas rogatórias (*infra*, 10.7.2). Em ambos os casos, mesmo que se admita a utilização desses mecanismos, a experiência demonstra que o trâmite dos atos de cooperação internacional é geralmente lento, o que vai de encontro à necessidade de urgência.

Como consequência desse cenário, a efetividade do processo arbitral a ser constituído ou já em trâmite no estrangeiro apenas estará assegurada caso as cortes estatais ajam de forma a auxiliar o resultado útil do provimento final dos árbitros. Em muitos casos, o local da arbitragem é um território neutro e qualquer tutela de urgência precisará, necessariamente, ser obtida em outro lugar.⁶⁸²

⁶⁸¹. MARINONI, A *antecipação da tutela*, n. 4.1, p. 169.

⁶⁸². BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER, *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 7.20, p. 445.

PEDRO BATISTA MARTINS admite a viabilidade da solução aqui apresentanda, ressaltando que o interessado pode pleitear tutela de urgência diretamente no Brasil, “pois será competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação, *ex vi*, art. 12, caput, LICC”.⁶⁸³

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já teve a oportunidade de manifestar-se sobre o assunto, mantendo tutela de urgência concedida para resguardar o “direito de propriedade de plataforma objeto de Contrato de Renovação de Vistoria e Melhorias, que prevê a arbitragem como forma de solução de controvérsias dele decorrentes, com sede em Londres e aplicação da Lei Inglesa”.⁶⁸⁴

Reconhecer a competência das cortes estatais para auxílio a processos arbitrais estrangeiros não significa, todavia, que essa competência deve ser sempre exercida de forma a conceder a medida. Essa análise, porém, só é possível diante do caso concreto.⁶⁸⁵

No conhecido caso *Channel Tunnel Group Ltd and Another v. Balfour Beatty Construction Ltd and others*, Lord MUSTILL conduziu elegante voto relatando ser competente a corte inglesa para auxiliar processo arbitral estrangeiro, mas decidiu que, naquele caso concreto, o auxílio não seria desejável, rejeitando a medida.⁶⁸⁶ É preciso

⁶⁸³. Cf. “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro”, p. 382. Do mesmo autor, cf. ainda PEDRO BATISTA MARTINS, “Medida cautelar de arresto visando garantir execução futura de sentença arbitral estrangeira”, p. 257 e ss.

⁶⁸⁴. Para comentários sobre a decisão, cf. VERA MONTEIRO DE BARROS, “Convenção de arbitragem. Sede em Londres e aplicação da lei inglesa. Medida cautelar pré-arbitral concedida pelo Poder Judiciário brasileiro”, p. 287 e ss.

⁶⁸⁵. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-90, p. 108.

⁶⁸⁶. Cf. decisão do caso: “The purpose of interim measures of protection [by courts] ... is not to encroach on the procedural powers of the arbitrators but to reinforce them, and to render more effective decision at which the arbitrators will ultimately arrive on the substance of the dispute. Provided that this and no more is what such measures aim to do, there is nothing in them contrary to the spirit of international arbitration” (cf. transcrição em YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-30, p. 79).

ter especial prudência na análise dos pedidos para evitar-se o fenômeno do *forum shopping*.⁶⁸⁷

Por fim, deve-se mencionar que a conclusão acima não é aceita de forma tranquila em todas as legislações arbitrais. Na Rússia, por exemplo, as cortes estatais recusam-se a cooperar com arbitragens com local fora do território russo.⁶⁸⁸ De acordo com LEW-MISTELIS-KRÖLL, essa conduta pouco cooperativa com processos arbitrais estrangeiros também existe nas cortes estatais da Índia.⁶⁸⁹ Diante do movimento moderno de globalização do comércio, não parecem existir razões jurídicas para essa conduta. As cortes estatais brasileiras estão na direção correta.

7.6. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA NO PROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O projeto do Código de Processo Civil, caso aprovado sem modificações, trará inovação no campo das tutelas de urgência. Segundo o art. 286, a “tutela antecipada satisfativa, concedida nos termos do art. 285, torna-se estável se da decisão não for interposto o respectivo recurso”. Em seguida, no § 2.º do mesmo artigo, há a previsão de que “qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de discutir o direito que tenha sido objeto da tutela antecipada satisfativa estabilizada”, pois, caso assim não o faça, a “tutela antecipada satisfativa conservará seus efeitos, enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito”.

⁶⁸⁷. Com razão JOSÉ MIGUEL JÚDICE: “O que deve acontecer é que o tribunal [estatal] analise com especial prudência a pretensão, para evitar situações de *forum shopping* ou *forum conveniens*, que a doutrina e a jurisprudência arbitral internacional têm vindo a estigmatizar, e com boas razões” (cf. “As providências cautelares e a arbitragem: em que estamos?”, p. 9).

⁶⁸⁸. MAXIM KULKOV, “Can interim measures be obtained in Russia in support of commercial arbitration conducted outside of Russia”, pp. 95-100.

⁶⁸⁹. Como explicam os autores: “state courts are even more reluctant when the arbitration and the parties have little connection with the state concerned and the seat of the arbitration is outside that state. In some countries, such as India, the power to grant interim relief in aid of arbitration is even limited to arbitration proceedings having their seat in the country” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-129, pp. 263-264).

Trata-se de dispositivo inspirado no sistema do *référé* francês e belga, por meio do qual a medida provisória conserva os seus efeitos se não é seguida por um processo sobre o mérito. Não é objeto de este estudo analisar as vantagens e desvantagens que o novo modelo pode trazer ao processo estatal, mas apenas verificar os impactos que essa alteração pode trazer quando a eventual demanda principal estiver sob a jurisdição dos árbitros.⁶⁹⁰

A questão aqui apresentada é que a decisão do juiz teria o *potencial* de esvaziar a competência do tribunal arbitral, caminhando de encontro à vontade inicial das partes de ter a sua relação jurídica de direito material decidida por julgadores privados. Uma vez não interposto o competente recurso pela réu, a tutela de urgência se estabilizaria. Para o autor, que teve sua pretensão satisfeita, não haveria a necessidade, em princípio, de mover a demanda principal perante o árbitro. O réu, por sua vez, caso quera reverter a situação que lhe é desfavorável e foi estabilizada, terá o ônus de demandar o autor na esfera arbitral. Se assim não fizer no prazo legal de dois anos (art. 285, § 5.º), o provimento do juiz resolverá definitivamente a questão, com força de coisa julgada material.

Por outro lado, a tutela de urgência continua a ser *tendencialmente provisória*, posto que com *potencial* de se tornar definitiva. A vontade inicial das partes só será violada se a parte prejudicada pela tutela de urgência arbitral concedida pelo juiz não der início ao processo arbitral no prazo de “dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo” (art. 285, § 5.º).

Se a decisão possui natureza provisória e de nenhuma forma possui a capacidade de vincular o tribunal arbitral ao mérito da questão, não há o risco – ao menos em princípio e de imediato – de esvaziamento da competência dos árbitros. Eventual violação à competência dos árbitros só ocorrerá se a medida concedida não

⁶⁹⁰. Sobre o assunto no processo estatal, cf. TALAMINI, “Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro”, p. 13 e ss.; THEODORO JR.-ANDRADE, “A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC”, p. 13 e ss. LUCON, “Estabilização da tutela antecipada e julgamento parcial de mérito”, p. 1 e ss.

tiver seus efeitos práticos reversíveis.⁶⁹¹ O foco de preocupação permanece na análise da reversibilidade dos efeitos práticos da tutela de urgência concedida pelo juiz (*supra*, n. 7.2.3).

⁶⁹¹. Diante do cenário francês que há muito admite a possibilidade de estabilização da medida, FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN ressaltam os mesmos aspectos abordados acima: “the decision taken by the court is by nature provisional and in no way binds the arbitral or judicial authority with jurisdiction over the merits. The risk of infringing the arbitrators’ jurisdiction is therefore temporary” (cf. *on International commercial arbitration*, par. 1340, p. 728).

8. TUTELAS DE URGÊNCIA PERANTE ÁRBITROS DE EMERGÊNCIA

8.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A necessidade da tutela de urgência surge, na grande maioria das vezes, no momento em que nasce o conflito e que, portanto, ainda não existe tribunal arbitral constituído (*limite material* à jurisdição dos árbitros). Essa fase é crucial para o desenvolvimento do processo arbitral e pode fazer com que, em casos graves, a própria razão de existência do processo arbitral deixe de existir. A solução natural para essas situações é buscar ajuda das cortes estatais, uma vez que a constituição do tribunal arbitral leva, geralmente, semanas ou meses (*supra*, n. 5.5.1).

A busca por ajuda dos juízes, todavia, vai de encontro ao desejo inicial das partes de ver seu litígio resolvido de forma autônoma, sem a interferência das cortes estatais.⁶⁹² Além do mais, existem vantagens na apreciação das tutelas de urgência por meio de árbitros (*supra*, n. 5.3).

Para superar essa limitação inerente ao processo arbitral e evitar a intervenção das cortes estatais, surgiu a ideia de criar-se um mecanismo privado para essas questões de emergência.⁶⁹³

Falando sobre mecanismos privados pré-arbitrais, como o árbitro de emergência, antes mesmo de que esses mecanismos surgissem na prática arbitral, YVES DERAIS afirmava que em determinadas situações, tal como durante a vigência de contratos de construção, seria essencial a disponibilidade de um árbitro de emergência (chamado por YVES DERAIS naquela época de *référé* arbitral por influência do direito

⁶⁹². TOMMASEO, “Lex fori e tutela cautelare nell’arbitrato commerciale internazionale”, p. 10.

⁶⁹³. CARLEVARIS, “Tutela cautelare «pre-arbitrale»: natura del procedimento e della decisione”, p. 261.

francês) para solucionar as dificuldades contratuais de forma célere.⁶⁹⁴ YVES DERAIS menciona ainda que em alguns tipos de contratos já se costumava, desde o início da relação comercial, deixar um *référé* arbitral contratado para resolver questões emergenciais, mas essa opção mostrava-se extremamente custosa.⁶⁹⁵

Iniciou-se, assim, movimento de importantes instituições arbitrais para construir regulamentos específicos para essa fase pré-arbitral, merecendo destaque o “Regulamento de Procedimento Cautelar Pré-arbitral” (*Rules for a pre-arbitral referee procedure*) da CCI, lançado em 1990.

Como ocorre normalmente no processo arbitral, também no processo pré-arbitral as partes podem construir o mecanismo de modo específico para o caso concreto ou podem socorrer-se de regulamentos desenhados e testados por instituições arbitrais. As mesmas opções que existem no processo arbitral (de construção ou incorporação de regulamento) existem no processo pré-arbitral, sendo comprovado que as partes em regra preferem simplesmente adotar regulamentos já pensados por instituições, com algumas adaptações, quando for o caso (*supra*, n. 4.2).⁶⁹⁶

No entanto, os árbitros de emergência ainda são pouco utilizados. A título de exemplo, de acordo com LAGO-BONNÍN, o Regulamento de Procedimento Cautelar Pré-arbitral da CCI foi utilizado apenas *doze vezes* durante *vinte anos de vigência*.⁶⁹⁷ O motivo para a pouca utilização seria a necessidade de manifestação de vontade específica das partes (*opt in*). No momento de negociação do contrato, argumenta-se que as partes ou não possuem conhecimento do mecanismo ou não estão suficientemente preocupadas com a sua inclusão. Quando o litígio surge, é virtualmente impossível conseguir o acordo quanto à utilização.⁶⁹⁸

⁶⁹⁴. Cf. “Technical expertise and ‘référé arbitral’”, p. 183.

⁶⁹⁵. Cf. “Technical expertise and ‘référé arbitral’”, p. 189.

⁶⁹⁶. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 4-4, pp. 115-116.

⁶⁹⁷. Cf. “Emergency proceedings under the new ICC rules”, p. 5.

⁶⁹⁸. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1970; LAGO-BONNÍN, “Emergency proceedings under the new ICC rules”, p. 5.

Recentemente, para tentar superar esse problema, a CCI criou novo regulamento pré-arbitral, desta vez com a denominação de “Regras sobre o Árbitro de Emergência”, incluindo a competência do árbitro de emergência como forma padrão. Caso as partes não tenham interesse em utilizar-se do mecanismo, podem fazer a sua exclusão (*opt out*).

O objetivo deste capítulo é, em primeiro lugar, verificar a viabilidade de as partes outorgarem competência aos árbitros de emergência e os limites dessa competência. Em seguida, serão analisadas as principais questões sobre o assunto, com revisão de alguns regulamentos, de forma a estudar as peculiaridades desses mecanismos pré-arbitrais.

8.2. COMPETÊNCIA DOS ÁRBITROS DE EMERGÊNCIA E PAPEL DAS CORTES ESTATAIS

As duas fontes mais relevantes de competência do árbitro são a autonomia da vontade (*supra*, n. 4.2) e a *lex arbitri* (*supra*, n. 4.3).

Com relação ao árbitro de emergência, há a diferença de que a sua competência acaba sempre tendo fonte contratual. A utilização desse mecanismo advém da manifestação de vontade (direta ou indiretamente) das partes, a fim de ter questões urgentes resolvidas por meio de árbitros de emergência antes da constituição do tribunal arbitral.⁶⁹⁹

Questão interessante é saber se a escolha das partes por árbitros de emergência afastaria a competência das cortes estatais para o mesmo assunto. Em outras palavras: caso haja uma situação de urgência antes da constituição do tribunal arbitral, as partes poderiam, a despeito da opção por árbitros de emergência, buscar das cortes estatais?

⁶⁹⁹. GONÇALO MALHEIRO, *Os poderes concorrenciais dos tribunais arbitrais e dos tribunais comuns para o decretamento de providência cautelares*, p. 65 e ss.

De acordo com FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, a resposta seria negativa. Para esses autores, a partir do momento em que as partes escolhem outorgar competência aos árbitros de emergência, essa opção significaria renúncia às cortes estatais para as tutelas de urgência abrangidas dentro do campo de competência dos árbitros de emergência.⁷⁰⁰ Essa opinião parece condizente com a posição da jurisprudência francesa, a qual admite de forma tranquila a exclusão da competência das cortes estatais para tutelas de urgência.⁷⁰¹

De fato, diante do direito brasileiro, não parece existir nenhum óbice à opinião de FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, com a mesma ressalva que já foi realizada anteriormente neste trabalho. Em casos de eventuais limitações materiais ou jurídicas dos árbitros de emergência, nada impediria que a parte interessada formulasse o seu pedido de tutela de urgência perante as cortes estatais (*supra*, n. 5.5).

O que não se pode admitir, sob pena de violação à garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional, é que a parte interessada fique impossibilitada de utilizar-se do mecanismo pré-arbitral do árbitro de emergência e, simultaneamente, impossibilitada de buscar tutela das cortes estatais.⁷⁰² Existindo ao menos um órgão jurisdicional disponível para tutelar a parte adequadamente, não existiria nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade no fato de a competência ser dos árbitros de emergência.

⁷⁰⁰. De acordo com FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, a opção por árbitros de emergência significaria renúncia à possibilidade de formular os mesmos pedidos perante as cortes estatais: “where a pre-arbitral referee clause is provided for, the parties waive their rights to apply to the courts for all measures within the referee’s jurisdiction. Such a waiver is perfectly legitimate and can be inferred from the intention to resort to a referee for the provisional measures covered by the Rules (cf. *on International commercial arbitration*, par. 1321, p. 718). Cf. ainda YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-80, p. 104.

⁷⁰¹. Essa constatação é feita por ROSA ALCAMÍ, citando diversos precedentes das cortes francesas (cf. *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 235).

⁷⁰². RAFAEL ALVES, “O devido processo legal na arbitragem”, p. 409; MARCOS MONTORO, *Flexibilidade do procedimento arbitral*, n. 19.8, p. 334.

Os regulamentos pré-arbitrais, todavia, parecem preferir posição mais conservadora com relação às tutelas de urgência pré-arbitrais.⁷⁰³ O art. 29(7) do Regulamento CCI, por exemplo, prevê que as disposições sobre o árbitro de emergência não têm a “finalidade de impedir que qualquer parte requeira medidas cautelares ou provisórias urgentes a qualquer autoridade judicial competente”.⁷⁰⁴

O tratamento dado pelo Regulamento CCI às tutelas de urgência pré-arbitrais é diferente daquele dado à matéria durante o curso do processo arbitral.

Durante o processo arbitral, como visto, a competência é exclusiva dos árbitros, com a ressalva de que, excepcionalmente, quando houver limitação material ou jurídica à atividade dos árbitros, as tutelas de urgência podem ser requeridas às cortes estatais (*supra*, n. 5.6.3). Na fase pré-arbitral, o modelo adotado pela CCI é claramente de *competência concorrente*, sendo permitido que as partes livremente busquem tutelas de urgência perante as cortes estatais ou perante os árbitros de emergência. As partes ficam livres para escolher conforme a necessidade do caso concreto (*supra*, n. 5.6.1). O mesmo modelo é adotado também, por exemplo, pela ICDR-AAA.⁷⁰⁵

O mecanismo pré-arbitral dos árbitros de emergência é considerado, de acordo com os regulamentos arbitrais, meio adicional de proteção às partes, atuando de forma concorrente com as cortes estatais.⁷⁰⁶

⁷⁰³. Conforme alerta YESILIRMAK, “The arbitration rules rarely deal with the issue of exclusion agreements in express terms because the jurisdiction of the courts are undoubtedly within the sole discretion of legislatures” (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-75, p. 101). Cf. ainda ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 235.

⁷⁰⁴. Eis a redação completa: “A parte que necessitar de uma medida urgente cautelar ou provisória que não possa aguardar a constituição de um tribunal arbitral (“Medidas Urgentes”) poderá requerer tais medidas nos termos das Regras sobre o Árbitro de Emergência dispostas no Apêndice V. Tal solicitação só será aceita se recebida pela Secretaria antes da transmissão dos autos ao tribunal arbitral nos termos do artigo 16 e independentemente do fato de a parte que requerer a medida já ter apresentado seu Requerimento de Arbitragem”.

⁷⁰⁵. O Regulamento da ICDR-AAA possui redação semelhante no art. 37(8), que trata especificamente sobre árbitro de emergência: “A request for interim measures addressed by a party to a judicial authority shall not be deemed incompatible with this Article 37 or with the agreement to arbitrate or a waiver of the right to arbitrate”.

⁷⁰⁶. CHARLES PRICE, “Conflict with state courts”, p. 47; SILVIA VILAR, *Medidas cautelares en el arbitraje*, p. 151.

8.3. REGULAMENTAÇÃO DOS PROCESSOS PERANTE ÁRBITROS DE EMERGÊNCIA

Atualmente, existem diversas instituições que, de alguma forma, possuem regras sobre processos pré-arbitrais. Tendo em vista a impossibilidade de que todos os regulamentos sejam analisados de forma exaustiva, foram escolhidos oito regulamentos para serem objeto deste estudo, que são: (a) Regras sobre o Árbitro de Emergência da CCI (“Regulamento pré-arbitral CCI”); (b) Regulamento da ICDR-AAA (“Regulamento ICDR-AAA”); (c) *Pre-arbitral referee rules* da ECA (“Regulamento pré-arbitral ECA”); (d) Regulamento da SIAC (“Regulamento SIAC”); (e) *Appendix II* do Regulamento da SCC (“Regulamento pré-arbitral SCC”); (f) Regulamento da SWCC (“Regulamento SWCC”); (g) Regulamento do NAI (“Regulamento NAI”); e (h) Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado (“Regulamento CAM”).

Como se pode perceber de início, as denominações utilizadas para designar o julgador privado variam entre *árbitro de emergência* e *référé*.⁷⁰⁷ Adicionalmente, os regulamentos possuem denominações diferentes, e o assunto pode ser regulado (a) de forma integral no corpo do próprio regulamento arbitral (NAI, ICDR-AAA; SWCC, CAM); (b) de forma mista, com parte no corpo do próprio regulamento arbitral e parte em um anexo (CCI, SIAC); ou (c) de forma integral em um anexo ao regulamento arbitral (ECA, SCC).⁷⁰⁸

A fim de não tornar esta parte do trabalho muito longa ou repetitiva, utilizar-se-á o Regulamento pré-arbitral da CCI como principal referência. A escolha justifica-se em razão de a CCI ser a instituição internacional mais utilizada por partes brasileiras. O fato de o regulamento ser recente também ajuda na sua escolha como paradigma.

⁷⁰⁷. Utilizar-se-á neste trabalho a denominação árbitro de emergência, independentemente da forma adotada pelo regulamento arbitral.

⁷⁰⁸. Utilizar-se-á, neste capítulo, a fim de evitar repetições, apenas a denominação “Regulamento (e o nome da instituição)” quando a regra de árbitro de emergência estiver incluída no corpo do próprio regulamento arbitral e a denominação “Regulamento pré-arbitral (e o nome da instituição)” quando a regra estiver incluída em algum tipo de anexo ou adendo ao regulamento.

Em todos os casos, o objetivo dos regulamentos é proporcionar uma solução tempestiva e efetiva enquanto o tribunal arbitral ainda não estiver constituído. Como exposto no art. 29(1) do Regulamento CCI, a parte que necessitar de medidas de urgência que não possam aguardar a constituição de um tribunal arbitral poderá requerer tais medidas ao árbitro de emergência.⁷⁰⁹

8.4. REVISÃO DAS PRINCIPAIS QUESTÕES SOBRE ÁRBITROS DE EMERGÊNCIA

Ao contrário das cortes estatais, que estão acostumadas com pedidos de tutelas de urgência e possuem geralmente regulamentação bem completa sobre o assunto na legislação processual, a experiência das instituições arbitrais é bem recente. Pode-se dizer que somente no início deste século XXI os mecanismos pré-arbitrais passaram a ser utilizados com maior frequência.

O principal desafio dos regulamentos pré-arbitrais é viabilizar que o processo seja célere e flexível de modo a possibilitar que a tutela de urgência seja concedida, de um lado, com efetividade, mas ao mesmo tempo respeite a autonomia da vontade das partes e os princípios fundamentais do processo arbitral.⁷¹⁰ Com essas premissas em mente, passa-se à análise específica das principais questões sobre árbitros de emergência.

8.4.1. Manifestação de vontade específica (*opt in* e *opt out*)

O antigo Regulamento de Procedimento Cautelar Pré-arbitral da CCI, vigente até o ano de 2011, previa a necessidade de manifestação de vontade específica para utilização do processo pré-arbitral. A escolha pelo formato *opt in* deveu-se ao fato

⁷⁰⁹. Eis o teor do artigo: “A parte que necessitar de uma medida urgente cautelar ou provisória que não possa aguardar a constituição de um tribunal arbitral (“Medidas Urgentes”) poderá requerer tais medidas nos termos das Regras sobre o Árbitro de Emergência dispostas no Apêndice V”.

⁷¹⁰. BERNARD HANOTIAU menciona (cf. “A experiência da cautelar pré-arbitral da CCI”, pp. 326-327).

de que a comunidade arbitral talvez ainda não estivesse preparada para que esse mecanismo fosse considerado como padrão. Não seria prudente que a instituição incluísse como padrão um método que ainda não havia sido testado. Os efeitos do mecanismo poderiam ser contrários ao desejo inicial da instituição, colocando em risco sua credibilidade.⁷¹¹

A consequência natural do formato *opt in* é que o antigo Regulamento de Procedimento Cautelar Pré-arbitral da CCI foi utilizado apenas em *doze vezes* durante *vinte anos de vigência*.⁷¹² Na realidade, acredita-se que, por falta de conhecimento ou cuidado, a manifestação de vontade específica era rara.⁷¹³

Solução diversa foi adotada pelo Regulamento NAI. Como a regulamentação do processo pré-arbitral está inserida no próprio corpo do regulamento, esse se tornou o mecanismo padrão. De acordo com MIRIAM VAN DE HEL-KOEDOOT, em livro publicado em 2009, esse mecanismo foi utilizado nos últimos *dez anos* mais de *cem vezes* (e nos últimos dois anos aproximadamente *quinze vezes por ano*).⁷¹⁴ Como se pode perceber, escolhas diferentes, resultados também diferentes.⁷¹⁵

Recentemente, a CCI atualizou o seu regulamento e também modificou o seu regulamento pré-arbitral para incluir o mecanismo como padrão. A expectativa é que a utilização de processos pré-arbitrais cresça de forma exponencial. Caso as partes não desejem esse mecanismo, estão livres para excluí-lo (*opt out*) no momento em que realizarem a incorporação do regulamento. Esse modelo parece ser tendência (ICDR-AAA, ECA, SIAC, SCC, SWCC), mas o Regulamento CAM ainda adota o modelo do *opt in*.

⁷¹¹. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 4-28, p. 124.

⁷¹². Cf. “Emergency proceedings under the new ICC rules”, p. 5.

⁷¹³. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1970; LAGO-BONNÍN, “Emergency proceedings under the new ICC rules”, p. 5.

⁷¹⁴. Cf. *A guide to the NAI arbitration rules*, p. 188.

⁷¹⁵. Em artigo publicado em 2004, GAILLARD-PINSOLLE fizeram a sugestão de que a CCI incorporasse o mecanismo pré-arbitral como padrão no seu regulamento (cf. “The ICC pre-arbitral referee: first practical experiences”, p. **).

8.4.2. Indicação do árbitro de emergência

De uma forma geral, os árbitros de emergência são sempre indicados pela instituição arbitral ou algum órgão específico da instituição arbitral. Em todos os regulamentos consultados há menção específica de que será nomeado apenas um árbitro de emergência.⁷¹⁶

Segundo o art. 2(1) do Regulamento pré-arbitral da CCI, o julgador “será um árbitro nomeado pelo Presidente da Corte” (art. 2(1)). O mesmo tipo de previsão é adotado pelos demais regulamentos (art. 2, SIAC; art. 4, SCC; art. 43(2), SWCC; art. 42-F(1), NAI). Por sua vez, de acordo com o art. 37(3), do Regulamento ICDR-AAA, o administrador deve indicar árbitro de emergência único da lista especial de árbitros de emergência.⁷¹⁷ A indicação continua sendo por órgão da instituição arbitral, mas somente este e o Regulamento CAM estabelecem a necessidade de que o árbitro de emergência integre lista da instituição.

Exceção parcial ao modelo acima previsto está no art. 7(1) do Regulamento pré-arbitral ECA. De acordo com esse artigo, “as partes podem conjuntamente indicar o árbitro de emergência”, o qual deverá ser aceito pelo comitê executivo da instituição. Caso as partes não cheguem a nenhum acordo quanto à indicação, a nomeação será feita diretamente pelo comitê executivo.⁷¹⁸

⁷¹⁶. De acordo com BERNARD HANOTIAU, o fato de ser apenas um árbitro de emergência é essencial para que o julgamento não dependa da conveniência dos demais árbitros e, com isso, consiga produzir decisão de forma célere (cf. *A experiência da cautelar pré-arbitral da CCI*, p. 317).

⁷¹⁷. Eis o original do artigo: “Within one business day of receipt of notice as provided in paragraph 2, the administrator shall appoint a single emergency arbitrator from a special panel of emergency arbitrators designated to rule on emergency applications”.

⁷¹⁸. Eis o original do artigo: “7.1. The parties may jointly nominate the Pre-Arbitral Referee. (...) 7.3. Failing nomination by the parties, the Executive Committee of the Court, or as applicable of the relevant National Chapter, will appoint the Referee after having verified his independence and impartiality and after having taken into account any criteria proposed by the parties as a requirement for appointment, his possession of the experience required to deal with this matter, the possible proposals made by the parties and his time availability”. Sobre o assunto, cf. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 4-47, p. 132.

Em qualquer caso no qual a indicação for da instituição arbitral ou de algum órgão específico da instituição (como normalmente ocorre com nomeações em processos arbitrais), a nomeação deve levar em consideração, dentre outras coisas, a nacionalidade das partes envolvidas, o idioma aplicável e o assunto a ser decidido no processo pré-arbitral.

8.4.3. Impugnação do árbitro de emergência

Tal como ocorre naturalmente no processo arbitral, também o árbitro de emergência pode ser impugnado pelas partes. No entanto, atenção especial deve ser dada, em razão da urgência do caso, aos prazos de impugnação. O art. 3(1) do Regulamento pré-arbitral CCI indica prazo de *três dias*. O art. 37(3) do Regulamento ICDR-AAA indica o prazo de um *dia útil*. No Regulamento pré-arbitral SCC o prazo é menor ainda, de apenas *vinte e quatro horas* (art. 4(3)). Ao que tudo indica, a intenção é que árbitros impugnados não concedam tutelas de urgência enquanto não houver decisão sobre a sua impugnação.

8.4.4. Papel do árbitro de emergência depois do processo pré-arbitral

Conforme previsto no Regulamento pré-arbitral da CCI, o árbitro de emergência “não deverá atuar como árbitro em nenhuma arbitragem relacionada ao litígio que deu origem à solicitação (art. 2(6))”. Parece haver consenso de que o árbitro de emergência não pode ser árbitro no processo arbitral, uma vez que essa redação é repetida de forma semelhante nos demais regulamentos (art. 37(6), ICDR-AAA; art. 19(1), ECA; art. 4, SIAC; art. 4(3), SCC; art. 43, SWCC; art. 5.1.2, CAM).

O motivo para esse entendimento seria a tentativa de evitar que informações obtidas e decisões tomadas por árbitros de emergência pudessem afetar de alguma forma a decisão sobre o mérito do litígio.⁷¹⁹ Ao que parece, essa previsão teria

⁷¹⁹. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 4-53, p. 134.

finalidade de preservar o árbitro de emergência com relação a supostas alegações de parcialidade.

Embora não se possa criticar de forma rígida a postura mais conservadora das instituições nesse aspecto, não parece que a decisão tomada com base em cognição sumária e em razão da urgência do caso possa afetar de qualquer forma o resultado final do litígio ou a parcialidade do árbitro. Mesmo que a parte beneficiada pela tutela de urgência tentasse indicar o árbitro de emergência para o processo arbitral, a alegação de eventual parcialidade é muito frágil.⁷²⁰

8.4.5. Jurisdição *prima facie* e termo final de atuação

Segundo o art. 29(5) do Regulamento pré-arbitral da CCI, pedidos de tutela de urgência podem ser formulados apenas pelas partes signatárias da convenção de arbitragem ou os seus sucessores e devem ser formulados apenas contra partes signatárias da convenção de arbitragem ou os seus sucessores.⁷²¹ O objetivo dessa regra é evitar discussões sobre jurisdição nesta fase pré-arbitral. Adicionalmente, a restrição facilita a tarefa do árbitro de emergência na análise da jurisdição *prima facie* (infra, n. 9.2).

Geralmente, demandas com pedidos de tutela de urgência ao árbitro de emergência só serão aceitas enquanto não constituído o tribunal arbitral (art. 37, ICDR-AAA; art. 1(1), SIAC). O Regulamento CCI possui regra um pouco diversa. O termo final da autoridade do árbitro de emergência se dá com a “transmissão dos autos ao tribunal arbitral nos termos do artigo 16 e independentemente do fato de a parte que requerer a medida já ter apresentado o seu Requerimento de Arbitragem” (art. 29(1)).

⁷²⁰. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par.

⁷²¹. Eis o teor do artigo: “Os artigos 29(1)-29(4) e as Regras sobre o Árbitro de Emergência previstas no Apêndice V (coletivamente as “Disposições sobre o Árbitro de Emergência”) serão aplicáveis apenas às partes signatárias, ou seus sucessores, da convenção de arbitragem, que preveja a aplicação do Regulamento e invocada para o requerimento da medida”. Sobre o assunto, cf. LAGO-BONNÍN, “Emergency proceedings under the new ICC rules”, p. 8.

O critério é correto, pois, de acordo com o Regulamento CCI, o tribunal arbitral somente receberá os autos quando estiver constituído e houver “o pagamento da provisão para os custos da arbitragem” (art. 16). LAGO-BONNÍN afirmam, todavia, que a parte beneficiada pela tutela do árbitro de emergência poderia não realizar o pagamento da provisão para os custos, a fim de ter o prazo de duração da medida prolongado.⁷²² Eventuais abusos podem ser coibidos pelo árbitro de emergência. Caso não haja justificativa plausível para a demora, o árbitro de emergência pode modificar e até mesmo revogar a medida anteriormente concedida.⁷²³

8.4.6. Tutela de urgência *ex parte*

A questão da concessão de tutelas de urgência sem a oitiva da parte contrária (*ex parte* ou *inaudita altera parte*) é explorada com detalhes neste trabalho no capítulo subsequente sobre o processo arbitral (*infra*, n. 9.5). Merece destaque, todavia, o fato de que nenhuma instituição arbitral estrangeira prevê nos seus regulamentos a possibilidade de concessão de tutelas de urgência *ex parte*. Os regulamentos analisados preferem enfatizar que o “árbitro de emergência deve assegurar que cada parte tenha ampla oportunidade de expor suas alegações” (Regulamento pré-arbitral ICC, art. 5(2)). Ainda que não haja vedação à concessão *ex officio*, fato que é as partes devem encontrar, na prática, dificuldade para obter a medida *ex parte*. Exceção a essa regra pode ser verificada no Regulamento CAM, cujo art. 5.1.1 prevê a possibilidade de a tutela de urgência ser concedida *ex parte* “quando for indispensável para a sua eficácia”.

8.4.7. Forma do ato de concessão de tutela de urgência

Questão interessante a ser observada é a *forma* que deve ter o ato de concessão da medida pelo árbitro de emergência.

⁷²². Cf. “Emergency proceedings under the new ICC rules”, p. 9.

⁷²³. LAGO-BONNÍN, “Emergency proceedings under the new ICC rules”, p. 9.

No Regulamento pré-arbitral CCI há previsão expressa de que a decisão do árbitro de emergência deve observar a forma de *ordem*. Os demais regulamentos analisados concedem liberdade para árbitro de emergência decidir entre a forma de *sentença* ou *ordem* (art. 37.5, ICDR-AAA; art. 26.1, SIAC; art. 1(2), SCC; art. 15.7, SWCC), sendo que em um deles há a menção de que a decisão apenas será denominada de *solução* (art. 1.º, ECA). Em resumo, os árbitros possuem liberdade no que diz respeito à *forma* do ato, independentemente da sua *natureza*. A escolha entre uma ou outra *forma* depende, na sua essência, da opção por privilegiar a *forma* ou a *natureza* do ato em si (*infra*, n. 9.8).

A opção do Regulamento CCI, estabelecendo a *forma* de *ordem*, todavia, parece louvável. Considerando que, de acordo com o Regulamento CCI, todas as sentenças devem ser submetidas a exame prévio da Corte (art. 33), a escolha da *forma* de *sentença*, notadamente no processo pré-arbitral, significaria demora inaceitável, eliminando a utilização do árbitro de emergência daquela instituição.⁷²⁴

8.4.8. Revisão das tutelas de urgência

Quando as circunstâncias que justificaram a concessão de tutela de urgência pelo árbitro de emergência são modificadas, é natural que a decisão anteriormente concedida possa ser revista pelo próprio árbitro de emergência, desde que o tribunal arbitral ainda não tenha sido constituído. É característica das tutelas de urgência a provisoriedade e, como consequência, a possibilidade de sua revogação. Os regulamentos arbitrais reforçam o fato de que a decisão do árbitro de emergência pode ser revista pelo tribunal arbitral. Por exemplo, o Regulamento CAM expressamente menciona que a “decisão proferida pelo Árbitro de Apoio ou pelo Poder Judiciário poderá ser mantida ou reformulada pelo Tribunal Arbitral a ser constituído” (art. 5.1.4).

⁷²⁴. GAILLARD-PINSOLLE mencionam precedente da *Cour d'Appel* de Paris na qual decidiu-se que a decisão do árbitro de emergência não teria natureza jurídica de sentença (cf. “The ICC pre-arbitral referee: first practical experiences”, p. 21 e ss.).

8.4.9. Cumprimento e efetivação da tutela de urgência

Existe capítulo específico neste trabalho para tratar sobre o cumprimento e efetivação das tutelas de urgência proferidas por árbitros (*infra*, n. 10). As tutelas de urgência concedidas por árbitros de emergência devem estar sujeitas a exatamente o mesmo regime, não havendo motivos suficientes para diferenciá-las.

Existem, todavia, algumas posições diferentes. No caso relatado por GAILLARD-PINSOLLE, envolvendo tentativa de anulação de decisão proferida no processo pré-arbitral *Société Nationale des Petroles du Congo v. Republique du Congo*, a *Cour d'Appel* de Paris entendeu que o árbitro de emergência (naquela época ainda denominado pela ICC de *référé*) não poderia ser equiparado ao árbitro e que a sua decisão teria apenas valor contratual.⁷²⁵ Essa decisão teve grande repercussão no meio arbitral e gerou vários tipos de emoções.⁷²⁶

No entanto, a despeito de a conclusão da corte ter preservado a decisão arbitral de eventuais demandas anulatórias, não se pode negar que os fundamentos são, no mínimo, estranhos. Conforme menciona com razão CARLEVARIS em artigo específico sobre o assunto, a atividade do árbitro de emergência é em todos os aspectos semelhantes à do árbitro.⁷²⁷ A tutela de urgência do árbitro de emergência possui a mesma natureza da decisão do árbitro do processo arbitral. Independentemente da denominação de *référé*, árbitro de apoio ou árbitro de emergência, fato é que a atividade desenvolvida pelo árbitro de emergência é muito semelhante à do árbitro.

Há quem defenda que a decisão do árbitro de emergência, quando assuma a forma de sentença, possa beneficiar-se da Convenção de Nova Iorque. Essa conclusão, todavia, está longe de ser pacífica, conforme analisado na parte deste trabalho sobre efetivação de tutelas de urgência estrangeiras (*infra*, n. 10.7.1).

⁷²⁵. Cf. “The ICC pre-arbitral referee: first practical experiences”, p. 21 e ss.

⁷²⁶. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 4-74, p. 144.

⁷²⁷. Cf. “Tutela cautelare «pre-arbitrale»: natura del procedimento e della decisione”, p. 277.

9. TUTELAS DE URGÊNCIA PERANTE O TRIBUNAL ARBITRAL

9.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tradicionalmente, a competência para tutelas de urgência ficava exclusivamente com as cortes estatais. Por isso, pouca atenção era dada aos aspectos teóricos e práticos das tutelas de urgência perante os tribunais arbitrais. Atualmente, os árbitros são reconhecidos como os *julgadores naturais* para as tutelas de urgência (*supra*, n. 5.3). É essencial, portanto, estudar os principais aspectos procedimentais e as questões polêmicas das tutelas de urgência perante os árbitros. Esse é o objetivo deste capítulo.

Na esfera estatal, o modo de desenvolvimento do processo é organizado de acordo com as regras vigentes na legislação processual nacional. No direito brasileiro, o Código de Processo Civil estabelece, de forma detalhada, desde as formas de se pleitear tutela de urgência, passando por seus pressupostos, até chegar aos tipos de tutelas de urgência cabíveis. Isso ocorre de forma mais intensa para as tutelas conservativas (CPC, arts. 796-889), mas também existe para aquelas cujo conteúdo é antecipatório (CPC, art. 273), notadamente em razão do regime jurídico único de tutelas de urgência aqui adotado (*supra*, n. 3.1).

No processo arbitral, conforme esclarecido desde o início deste trabalho, não se aplicam as regras do Código de Processo Civil (*supra*, n. 2.2) e, ao contrário do que ocorria anteriormente no direito brasileiro, a Lei de Arbitragem acertadamente não estabeleceu qualquer tipo de disciplina sumária sobre o procedimento a ser aplicado.⁷²⁸

⁷²⁸. A versão original do atual Código de Processo Civil procurava disciplinar, nos arts. 1091 a 1093, o processo arbitral. Sobre o assunto, cf. HAMILTON DE MORAES E BARROS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX, p. 504 e ss.

Deve prevalecer, portanto, na disciplina do processo arbitral, a autonomia da vontade das partes. Esta pode manifestar-se de forma direta, por meio da construção do procedimento a ser seguido pelos árbitros, ou de forma indireta, mediante a adoção de algum regulamento arbitral (*supra*, n. 4.2).⁷²⁹

Os regulamentos arbitrais, todavia, também são na sua maioria propositadamente genéricos, de forma a regular apenas algumas situações principais e permitir a flexibilidade do procedimento por meio de criação de regras pelas partes e, subsidiariamente, pelos árbitros.⁷³⁰

A Lei de Arbitragem também seguiu essa linha, estabelecendo, no art. 21,⁷³¹ a possibilidade de as partes disciplinarem direta e indiretamente o procedimento arbitral e, em caso de omissão, a opção de o árbitro criá-lo da forma que melhor se adeque ao caso concreto, desde que respeitados os princípios fundamentais do processo arbitral.⁷³²

9.2. VERIFICAÇÃO PRIMA FACIE DE JURISDIÇÃO

A jurisdição arbitral não é universal. Isso significa que os árbitros são autorizados a julgar única e exclusivamente litígios que se encontrem dentro dos limites subjetivos e objetivos da convenção de arbitragem.

⁷²⁹. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 333. Cf. ainda, no direito espanhol, NÚRIA MIRET, *Medidas cautelares y arbitraje*, p. 203.

⁷³⁰. MARCOS MONTORO, *Flexibilidade do procedimento arbitral*, pp. 71-72. Segundo o art. 22(2) do Regulamento CCI 2012: “A fim de assegurar a condução eficiente do procedimento, o tribunal arbitral, depois de consultar as partes, poderá adotar as medidas procedimentais que considerar apropriadas, desde que não sejam contrárias a qualquer acordo das partes”.

⁷³¹. Lei de Arbitragem, art. 21: “A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo”.

⁷³². CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 292.

Não é incomum que o tribunal arbitral se encontre diante de pedido de tutela de urgência na fase inicial do processo arbitral, antes mesmo de as partes apresentarem as suas alegações iniciais ou, quando for o caso, estabelecerem termo de arbitragem.⁷³³⁻⁷³⁴ Neste caso, os árbitros ainda não terão tido tempo suficiente para analisar se realmente possuem jurisdição para aquela demanda arbitral específica.

No campo dos limites subjetivos da convenção de arbitragem, o árbitro deve verificar se existe divergência entre as partes signatárias da convenção de arbitragem e as partes da demanda arbitral, inclusive para ver se houve eventual circulação da convenção.⁷³⁵

Com relação à extensão objetiva, muito embora seja comum e até mesmo aconselhável a redação de convenções de arbitragem de forma a abranger todo e qualquer tipo de litígio decorrente de um determinado contrato, nem sempre esta é a vontade das partes.⁷³⁶

No entanto, nem todas as situações são claras a ponto de o árbitro, por mera análise da convenção de arbitragem, determinar se as partes ou pedidos de determinada demanda estão no seu campo de jurisdição. Conforme já analisado, existem discussões sobre falsos terceiros, “extensão” subjetiva da convenção de arbitragem,

⁷³³. Diferentemente da demanda judicial, na qual as partes devem apresentar todos os fatos e documentos essenciais com a petição inicial, sob pena de preclusão (cf. SCARPINELLA BUENO, *Código de processo civil interpretado*, p. 908 e ss.), o primeiro passo da demanda arbitral é apenas, na grande maioria de regulamentos, o requerimento de arbitragem (cf. CRAIG-PARK-PAULSSON, *International Chamber of Commerce arbitration*, n. 10.4, p. 145 e ss.).

⁷³⁴. Termo de arbitragem, como explica SELMA LEMES, é “instrumento processual arbitral previsto em regulamentos de diversas instituições arbitrais no Brasil, tendo importante função ordenadora da arbitragem. Por meio dele as partes podem efetuar as adaptações nas regras do regulamento que julgarem necessárias às suas especificidades e que sejam possíveis (sem violar normas cogentes, tais como, os princípios da igualdade de tratamento das partes e do e do contraditório)” (cf. “Convenção de arbitragem e termo de arbitragem”, p. 94 e ss.).

⁷³⁵. Sobre o interessante e polêmico tema da circulação da convenção de arbitragem, incluindo sua análise na cessão do contrato e do crédito, cf. CESARE CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, n. 2.7, p. 64 e ss.

⁷³⁶. FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN, *on International commercial arbitration*, par. 648, p. 394 (“the extent of the arbitrators' power to resolve disputes, and hence their jurisdiction, coincides exactly with the limits of the arbitration agreement”).

desconsideração da personalidade jurídica, dentre outras, que são atualmente comuns na prática arbitral (*supra*, n. 5.5.3).⁷³⁷

Em algumas situações ocorre, inclusive, de a resposta ao requerimento de arbitragem, que geralmente ocorre antes da constituição do tribunal arbitral, apresentar impugnação à jurisdição do tribunal arbitral.⁷³⁸

Pode o tribunal arbitral, sem ter primeiramente decidido se possui jurisdição sobre as partes e sobre o objeto daquela demanda arbitral, conceder tutela de urgência?

A resposta é positiva. No entanto, o tribunal arbitral não pode simplesmente ignorar a impugnação da sua jurisdição. Diante da urgência do caso, o tribunal arbitral está autorizado a apenas verificar se possui jurisdição *prima facie*.⁷³⁹

Ou seja, os árbitros devem analisar, por meio de cognição sumária e com base nos documentos disponíveis até aquele momento, se há algum motivo evidente para que determinada parte não possa ter tutela de urgência determinada contra ela. Se a resposta for negativa, o tribunal arbitral pode passar à análise do pedido de tutela de urgência.⁷⁴⁰

⁷³⁷. Sobre o assunto, dentre outros, cf. STAVROS BREKOULAKIS, *Arbitration and third parties*, *passim*; BERNARD HANOTIAU, *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*, *passim*.

⁷³⁸. Neste caso, corretamente, a parte interessada em contestar a jurisdição do tribunal arbitral concede a este, em razão da regra competência-competência, prioridade para apreciação da questão, que pode ser ao final revista pelas cortes estatais (cf. BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER, *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 7.12, p. 443).

⁷³⁹. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 5-28, p. 176; LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-68, p. 605. GARY BORN afirma claramente que “a tribunal is able to issue provisional measures notwithstanding the existence of a jurisdictional challenge and notwithstanding the fact that the tribunal has not ruled on this challenge” (cf. *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1991).

⁷⁴⁰. YESILIRMAK relata que no caso CCI, laudo interinal 9301/97, o tribunal arbitral adotou o teste da jurisdição *prima facie* para conceder a medida pleiteada: “since [the Claimant] establishes that there is a prima facie right of action for illegitimate use of the letterhead in question, the Arbitrator accepts the request seeking an injunction prohibiting the use of the [the Claimant's] trademark, tradename and logo” (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 5-30, p. 177).

Impossibilitar que os árbitros, na pendência de decisão sobre a sua própria jurisdição, decidam pedidos de tutelas de urgência seria contraproducente e feriria gravemente a efetividade do processo arbitral.

9.3. LIMITES DA DEMANDA E DA JURISDIÇÃO ARBITRAL

Existe mais uma questão interessante decorrente da natureza privada da jurisdição dos árbitros. Como a jurisdição dos árbitros não é universal, mas sim específica para eventuais litígios determinados, afirma-se que ela está restrita aos limites do compromisso ou demanda arbitral.⁷⁴¹

A questão aqui posta é semelhante ao que ocorre na esfera estatal, com a diferença de que, na esfera arbitral, eventual desrespeito não significa apenas violação aos limites da demanda, mas também aos limites da própria jurisdição do árbitro. Na realidade, para que essa violação não se verifique, basta que a tutela de urgência pleiteada tenha razoável relação com o objeto da demanda.⁷⁴²

Chegou-se a mencionar que a redação do art. 17 da Lei Modelo da UNCITRAL, na versão original de 1985, colocaria certa restrição à atividade do tribunal arbitral quando se falava em medidas “com relação ao assunto em litígio”. Argumentava-se, de forma estranha, que a interpretação da expressão “com relação ao assunto em litígio” limitava a atuação dos árbitros a medidas relacionadas à preservação do bem específico em litígio, o que, se fosse admitido, limitaria excessivamente a atividade do árbitro.⁷⁴³ No entanto, prevaleceu a opinião de que, devidamente interpretado, o art. 17 não constitui nenhum obstáculo à concessão de tutelas de

⁷⁴¹. MODY-ARVIND, “Redeeming Sisyphus: the need to invigorate interim relief in international commercial arbitration”, p. 126. Cf. ainda CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, p. 325.

⁷⁴². LEW-MISTELIS- KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-41, p. 596 (“as long as the interim measure is closely connected with the matter in dispute it is for the tribunal to decide what is necessary and justified”).

⁷⁴³. LEW-MISTELIS- KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-40, p. 596.

urgência por tribunais arbitrais, bastando que o pedido tenha alguma ligação com o objeto da demanda em litígio.⁷⁴⁴

9.4. TUTELAS DE URGÊNCIA EX OFFICIO

No processo estatal, a questão sobre a concessão de tutelas de urgência de ofício está razoavelmente sedimentada. Tratando-se de medida conservatória (cautelar), embora haja entendimento mais restritivo⁷⁴⁵ ou permissivo⁷⁴⁶ sobre a sua concessão, prevalece solução intermediária, autorizando a sua concessão de ofício em caráter excepcional ou quando expressamente previsto em lei.⁷⁴⁷ Com relação às medidas antecipatórias, a impossibilidade de concessão de ofício decorre de expressa previsão legal (CPC, art. 273, *caput*).⁷⁴⁸

No campo arbitral, a grande maioria das legislações e regulamentos arbitrais prevê a necessidade de requerimento da parte.⁷⁴⁹ Em hipóteses mais raras, alguns regulamentos estabelecem a possibilidade de concessão da medida *ex officio*.⁷⁵⁰

⁷⁴⁴. São expressivas as seguinte palavras de GARY BORN, explicando que a correta interpretação do art. 17 permite larga atividade do tribunal arbitral: “Properly interpreted, Article 17’s original limitation to provisional measures ‘in respect of the subject matter of the dispute’ does not restrict the arbitral tribunal to orders presenting or detaining a particular item of disputed property (e.g., a shipment of goods or parcel of real property). Rather, as discussed below, the original text of Article 17 permits such orders as one example of available provisional relief, but more broadly allows any provisional measures that the tribunal considers ‘necessary’, provided that such measures have a reasonable relation to the subject matter of the dispute” (cf. *Internacional commercial arbitration*, vol. II, pp. 1951-1952).

⁷⁴⁵. TESHEINER, *Medidas cautelares*, p. 15; SIDNEY SANCHES, *Poder cautelar geral do juiz*, p. 60 e pp. 134-135.

⁷⁴⁶. “No exercício do poder geral de cautela, pode o magistrado adotar providência não requerida e que lhe pareça idônea para a conservação do estado de fato e de direito envolvido na lide” (STJ, REsp 507167/SC, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Segunda Turma, julgado em 08/11/2005, DJ 05/12/2005, p. 275).

⁷⁴⁷. FERNANDO GAJARDONI, “A moderna ótica do poder geral de cautela do juiz”, p. 536; MARINONI-MITIDIERO, *Código de Processo Civil comentado*, p. 749.

⁷⁴⁸. Mesmo assim, existe posição de que em casos excepcionais seria permitido ao juiz conceder a medida *ex officio* (cf. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 384).

⁷⁴⁹. Sobre os regulamentos arbitrais, verifique-se as transcrições feitas anteriormente (*infra*, n. 4.2.2). As legislações arbitrais, de uma forma geral, também seguem essa fórmula, até mesmo por influência da Lei Modelo da UNCITRAL que, desde sua versão original, menciona a necessidade de pedido da parte (*infra*, n. 5.3.1).

Nos casos de omissão do regulamento ou legislação, em razão da autonomia processual das partes (que é princípio essencial e pressuposto do processo arbitral), o entendimento é de que não seria geralmente permitida a concessão de tutelas de urgência de ofício.⁷⁵¹

De fato, é difícil imaginar situação, principalmente no processo arbitral, na qual a parte interessada mantenha-se inerte e simplesmente não formule pedido que possa a beneficiar. É natural que a parte possua interesse em proteger seus próprios interesses.⁷⁵²

Isso tudo sem falar que a parte beneficiada pela medida pode acabar obrigada a ressarcir prejuízos pela fruição de tutela de urgência sem sequer ter formulado pedido (*infra*, n. 9.13). Não se pode excluir, porém, hipótese totalmente excepcional em que seja possível a concessão da medida *ex officio*, tal como ocorre no processo estatal.⁷⁵³ Se no processo estatal essas condições são raras de se encontrar, no processo arbitral a excepcionalidade é muito mais acentuada, sendo difícil imaginar situação concreta a justificar a concessão *ex officio*.

⁷⁵⁰. De acordo com o art. 39(3) do Regulamento ICSID: “The tribunal may also recommend provisional measures *on its own initiative* or recommend measures other than those specified in a request. It may at any time modify or revoke its recommendations”.

⁷⁵¹. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, n. 5.1.1, p. 166-167.

⁷⁵². De acordo com NÚRIA MIRET, é vedado ao árbitro a adoção de ofício de qualquer medida que acarrete interferência na faculdade de pedir ou não das partes (cf. *Medidas cautelares y arbitraje*, p. 204) Cf. ainda CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 334. Essa parece ser a opinião de CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 325. Em sentido contrário ao aqui defendido, MARCELO VILELA alega que “Admitido o interesse do órgão jurisdicional na obtenção de resultado útil quanto a sua atividade, seja para assegurar o não-desaparecimento das circunstâncias fáticas, seja para assegurar o cumprimento de eventual decisão condenatória, é inegável que o árbitro tem o poder jurisdicional para conceder medida cautelar independentemente de requerimento da parte. Cumpre ao(s) árbitro(s) zelar pelo atingimento de resultado útil às partes com a decisão proferida. E, assim, é-lhe(s) deferido o poder geral de cautela” (cf. “Reflexões sobre a tutela cautelar na arbitragem”, p. 36). Ainda em sentido contrário ao aqui defendido, cf. PEDRO BATISTA MARTINS, “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro”, p. 372; JOEL FIGUEIRA JR., *Arbitragem, jurisdição e execução*, p. 221; MICHELE LYRA TOSTES, *Tutela de urgência e arbitragem: mecanismos de acesso à justiça*, p. 74.

⁷⁵³. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 384.

9.5. TUTELAS DE URGÊNCIA EX PARTE

É fonte de grande polêmica no meio arbitral a possibilidade de o árbitro conceder tutela de urgência, de caráter conservatório ou antecipatório, sem oitiva da parte contrária (*ex parte* ou *inaudita altera parte*).

Em regra, a concessão de tutelas de urgência é geralmente antecedida de adequado contraditório sobre a questão. No contexto de processos arbitrais, a necessidade de preservação do devido processo legal é muito mais realçada, uma vez que, por exemplo, inexistem recursos propriamente ditos contra as decisões tomadas por árbitros. Além do mais, a flexibilidade do procedimento arbitral permite que, em casos de urgência, haja a oitiva da parte adversa por meios mais céleres. Em vez de se designar uma audiência presencial, que pode demorar dias para ocorrer, realizam-se conferências telefônicas ou videoconferências, em prazos curtos, de forma a viabilizar o contraditório prévio.

No entanto, existem situações em que a urgência é muito grande ou, principalmente, o simples conhecimento do pedido, pela parte contrária, é capaz de ocasionar a inefetividade de eventual medida concedida pelos árbitros.⁷⁵⁴

O elemento *surpresa* é essencial quando se está na iminência de ver um segredo industrial divulgado, provas essenciais destruídas ou bens dissipados.⁷⁵⁵ Nesses casos, somente medidas *ex parte* são capazes de tutelar adequadamente a parte interessada.

No processo estatal, aceita-se atualmente, sem nenhuma dificuldade, a possibilidade de concessão de tutelas de urgência *ex parte*.⁷⁵⁶

⁷⁵⁴. BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER, *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 7.22, p. 447; PIERO BERNARDINI, “The powers of the arbitrator”, p. 21.

⁷⁵⁵. Cf. relatório do *Working Group II*, UN Doc A/CN.9/WG.II/WP.110, p. 25.

⁷⁵⁶. Cf., por todos, BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, pp. 392-400.

Em passado não tão distante, houve vozes, principalmente quando da positivação do instituto da antecipação de tutela, defendendo a imprescindibilidade de oitiva da parte contrária para a concessão da medida, sob pena de violação ao princípio do contraditório, eivando o ato processual de nulidade. No entanto, a doutrina majoritária rapidamente refutou esse entendimento, uma vez que nenhum princípio deveria ser tratado com excessivo apego, de modo a prejudicar o sistema como um todo. Conforme se manifestou BARBOSA MOREIRA, os “princípios destinam-se a permitir a realização da boa justiça e devem ser observados na medida em que para isso contribuam”.⁷⁵⁷ Ainda de acordo com BARBOSA MOREIRA, deve-se tolerar “determinadas compressões, não lesões substanciais, na medida em que isto, porventura, seja necessário para assegurar o atingimento dos verdadeiros fins do processo”.⁷⁵⁸

Se o contraditório, de fato, não pode nem deve ser afastado, em determinadas situações excepcionais deve-se permitir que haja o seu diferimento, a fim de assegurar a realização de decisão justa.⁷⁵⁹

Retornando ao processo arbitral, a ausência quase unânime de regulamentação expressa sobre o assunto nas leis de arbitragem e nos principais regulamentos arbitrais aumenta ainda mais a polêmica.

Para quem defende a *impossibilidade* de medidas *ex parte*, os fundamentos para essa posição seriam, resumidamente: (i) não há necessidade real, na via arbitral, de medidas *ex parte*, pois essas supostamente nunca foram vistas na prática e porque as decisões dos árbitros são geralmente cumpridas voluntariamente e a sua concessão “pelas costas” da parte prejudicada só criaria resistência e dificultaria o cumprimento voluntário; (ii) medidas *ex parte* vão de encontro à natureza consensual da

⁷⁵⁷. Cf. “A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil”, pp. 206-207.

⁷⁵⁸. BARBOSA MOREIRA, “A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil”, pp. 206-207.

⁷⁵⁹. Conforme ARIETA-DE SANTIS-MONTESANO, “Il modello de ‘maggiore sommarietà’ consente al giudice di pronunciare provvedimenti *inaudita altera parte*” (cf. *Corso base di diritto processuale civile*, n. 299, p. 628).

arbitragem, uma vez que, se as partes fossem perguntadas, de antemão, se desejam decisões *ex parte* no processo, a resposta seria negativa;⁷⁶⁰ (iii) as tutelas de urgência só são legítimas quando garantida a oportunidade de ambas as partes se manifestarem (respeito do princípio do contraditório); (iv) medidas *ex parte* são de difícil efetivação perante as cortes estatais em razão do fato de que não houve respeito ao princípio do contraditório;⁷⁶¹ (v) medidas *ex parte*, principalmente de caráter antecipatório, causam a análise prévia do mérito do litígio e prejudicam a análise futura do caso pelo árbitro; (vi) o árbitro apontado por determinada parte tende a ser mais sensível a medidas *ex parte* contra a parte que lhe indicou, uma vez que estaria decidindo “pelas costas” daquele que depositou confiança nele; (vii) algumas tutelas de urgência são irreversíveis e a gravidade da decisão é aumentada por ter sido *ex parte*; (viii) medidas *ex parte* solicitadas de forma abusiva ou sem todas as informações do caso podem ser objeto de sanção profissional perante os órgãos de classe dos advogados; (ix) o risco de imposição de algum tipo de responsabilidade profissional aos árbitros é aumentado em razão de a medida ter sido proferida *ex parte*.⁷⁶²

No entanto, esses fundamentos não parecem resistir a um exame mais aprofundado sobre o assunto. Não se pode descartar, *a priori*, a possibilidade de tutelas de urgência *ex parte*. Todos os argumentos acima indicados serão rebatidos aqui na mesma ordem de exposição.

Em primeiro lugar, a prática arbitral demonstra sim hipóteses de pedidos de medidas *ex parte*. É o que ocorre, por exemplo, com bastante frequência, nos casos do Tribunal Arbitral do Esporte, cujo regulamento permite expressamente esse tipo de

⁷⁶⁰. JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES entende que medidas *ex parte* só podem ser deferidas pelo árbitro mediante acordo específico das partes (cf. “A tutela antecipada no processo arbitral”, p. 11 e ss.).

⁷⁶¹. HANS VAN HOUTTE cita decisão da Corte Européia de Justiça afirmando a impossibilidade de execução de medidas sem prévia citação da parte contrária: “For the European Court of Justice decisions ‘which are delivered without a party against which they are directed having been summoned to appear and which are intended to be enforced without prior service’ could not be enforced under the Brussels Convention” (cf. “Ten reasons against a proposal for ex parte interim measures of protection in arbitration”, p. 90).

⁷⁶². HANS VAN HOUTTE, “Ten reasons against a proposal for ex parte interim measures of protection in arbitration”, p. 85 e ss. Apesar de o título do artigo ser “dez motivos”, aqui se apresenta apenas nove, porque um deles não é propriamente contra a adoção de medidas *ex parte*, mas sim contra a inclusão da possibilidade de medidas *ex parte* na Lei Modelo da UNCITRAL. Sobre o assunto, c Cf. ainda relatórios do *Working Group II*, UN Doc A/CN.9/487, p. 20; UN Doc A/CN.9/523, p. 7.

pedido.⁷⁶³ O fato de medidas *ex parte* serem pouco frequentes na prática arbitral decorre, ao que parece, da sensação generalizada de sua impossibilidade e também porque a necessidade de medidas *ex parte* geralmente ocorre quando o tribunal arbitral ainda não está constituído, o que leva as partes às cortes estatais.⁷⁶⁴

Em segundo lugar, medidas *ex parte* não violam a natureza consensual da arbitragem. Não se pode pressupor que as partes abririam mão de decisões *ex parte* no processo arbitral, notadamente quando a resposta negativa significaria obrigá-las a socorrer-se das cortes estatais para solicitar as mesmas medidas que o árbitro poderia conceder de forma muito mais simples e célere.⁷⁶⁵ Na realidade, é mais razoável presumir que a vontade das partes é de ter todas as questões decididas por um único órgão, conforme estabelecido na convenção de arbitragem (*supra*, n. 5.3).⁷⁶⁶

Em terceiro lugar, os mesmos argumentos acima expostos para demonstrar, no processo estatal, que não há nenhuma violação ao contraditório ao simplesmente diferi-lo, aplicam-se integralmente no caso do processo arbitral. Não há nenhuma diferença entre contraditório diferido no processo arbitral ou estatal, pois em ambos há a regência dos princípios informativos (*supra*, n. 2.2). Nas duas hipóteses, o princípio do contraditório cede espaço momentaneamente ao princípio da efetividade do processo.⁷⁶⁷

⁷⁶³. Cf. art. 37 do Regulamento: “In case of utmost urgency, the President of the relevant Division, prior to the transfer of the file to the Panel, or thereafter the President of the Panel may issue an order upon mere presentation of the application, provided that the opponent is heard subsequently”.

⁷⁶⁴. Como lembra YESILIRMAK, a necessidade de tutelas de urgência *ex parte* geralmente surge “at the time of or right after the dispute's appearance but long before submission of a case to an arbitral tribunal” (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 5-89, p. 220).

⁷⁶⁵. KAJ HOBÉR, “The Trailblazers v. the Conservative Crusaders, or why arbitrators should have the power to order *ex parte* interim relief”, p. 272.

⁷⁶⁶. KAJ HOBÉR utiliza como fundamento da autonomia da vontade das partes também a *lex arbitri* escolhida pelas partes. Se a *lex arbitri* permite sejam proferidas medidas *ex parte*, o consentimento existiria: “the parties would typically have agreed on the place of arbitration, the law of which, the *lex arbitri*, would accept *ex parte* measures, and/or they would normally have agreed on a law that provides *ex parte* authority. In this sense, therefore, the parties have in fact agreed on the possibility of *ex parte* measures being ordered (cf. “The Trailblazers v. the Conservative Crusaders, or why arbitrators should have the power to order *ex parte* interim relief”, p. 274). Cf. ainda ALEXANDRE CATRAMBY, *Das relações entre o tribunal arbitral e o Poder Judiciário para a adoção de medidas cautelares*, p. 173.

⁷⁶⁷. Importante relembrar lição de DINAMARCO, para quem medidas *inaudita altera parte* “trazem em si alguma transgressão à garantia constitucional do contraditório, justamente porque não são precedidas de qualquer manifestação do demandado; mas ninguém ousa repudiar essas medidas urgentes, sabedores que

Em quarto lugar, a efetivação de medidas *ex parte* não pode ser em nada diferente daquela realizada para efetivação de medidas concedidas depois da oitiva da parte interessada. O direito brasileiro admite, tranquilamente, a possibilidade de efetivação de tutelas de urgência *ex parte*. A análise formal da admissibilidade da tutela de urgência pelas cortes estatais mantém-se idêntica, com a observação de que a atenção deve ser redobrada na análise de eventuais *violações indevidas* ao contraditório. Em princípio, a assistência das cortes estatais deve ser negada se for o caso de tutela definitiva, concedida *ex parte*, em forma de tutela de urgência.⁷⁶⁸

Em quinto lugar, não parece fazer sentido o argumento de que tutelas de urgência, de caráter antecipatório, concedidas *ex parte*, ocasionariam análise prévia do mérito do litígio e, portanto, prejudicariam a análise futura do caso pelo árbitro. O fato de a medida ser *ex parte*, como é fácil perceber, não possui nenhuma relação com o argumento apresentado. Toda decisão antecipatória de parte ou de totalidade dos efeitos da tutela possui a característica de satisfazer provisória e antecipadamente o provimento final (*supra*, n. 7.2).⁷⁶⁹

Em sexto lugar, ignora o senso comum alegar que o árbitro poderia ser mais sensível a medidas *ex parte* contra a parte que lhe indicou por medo de parecer parcial ou não confiável. Apesar de indicado por uma das partes, o árbitro *não pertence* de forma alguma à parte que o indicou e não possui a obrigação de decidir de forma que lhe seja favorável. O árbitro deve decidir pedidos de tutelas de urgência apenas de acordo com seu livre convencimento motivado.

somos de que elas são o instrumento adequado e apto a oferecer uma tutela jurisdicional que, se ficar para depois, poderá tornar-se impossível, menos útil ou mesmo desprovida de qualquer utilidade” (cf. “Relendo princípios e renunciando a dogmas”, p. 25).

⁷⁶⁸. Como lembra BEDAQUE, tutela sumária definitiva não pode ser encaixada no conceito de tutela de urgência tratado neste trabalho, que necessariamente é provisória e deve ser substituída afinal (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 253).

⁷⁶⁹. Nos dizeres de KAJ HOBÉR: “It is clear that in order to grant interim measures, the arbitrators must take a look at the merits of the case and make at least a prima facie assessment of them. Needless to say, this must be done with respect to any interim measure inter partes as much as ex parte. So the *ex parte* aspect is not of decisive importance” (cf. “The Trailblazers v. the Conservative Crusaders, or why arbitrators should have the power to order ex parte interim relief”, p. 272 e ss.).

Em sétimo lugar, não faz sentido alegar que tutelas de urgência podem ser irreversíveis e que a gravidade da decisão é aumentada por ter sido *ex parte*. O simples fato de o provimento pleiteado ser irreversível já deve ser motivo para, por via de regra, impossibilitar a concessão da medida (*supra*, n. 7.2.2). Em casos excepcionais, quando o árbitro notar algum risco de irreversibilidade, mas o direito objeto da tutela de urgência for muito relevante em juízo de proporcionalidade, há sempre a possibilidade de o árbitro tomar as precauções devidas e solicitar, por exemplo, caução da parte beneficiada pela medida (*supra*, n. 7.2.3; *infra*, n. 9.12).⁷⁷⁰

Os dois últimos argumentos podem ser abordados conjuntamente. Em oitavo e nono lugares, eventuais sanções ao advogado ou responsabilidade aos árbitros não possuem nenhuma relação com o fato de as medidas terem sido concedidas *ex parte*, mas com eventuais condutas profissionais irregulares que podem ser punidas em qualquer fase do processo e em razão de qualquer ato processual. Não se podem misturar os fundamentos, como se ambos estivessem necessariamente ligados, sob pena de se trabalhar levando em consideração falsas premissas.

Em suma, quando a urgência for muito grande e, principalmente, quando houver o risco de que o conhecimento do pedido possa tornar a medida inefetiva, justifica-se a concessão de medidas *ex parte* pelos árbitros.⁷⁷¹⁻⁷⁷²

Recentemente, a Lei Modelo da UNCITRAL sofreu revisão para prever expressamente a possibilidade de concessão de tutelas de urgência sem a oitiva da parte

⁷⁷⁰. KAJ HOBÉR, “The Trailblazers v. the Conservative Crusaders, or why arbitrators should have the power to order *ex parte* interim relief”, pp. 274-275.

⁷⁷¹. De acordo com SÉBASTIEN BESSON, a possibilidade de árbitros concederem medidas *ex officio* existe desde sempre (cf. *Arbitrage international et mesures provisoires*, p. 72). Cf. ainda NÚRIA MIRET, *Medidas cautelares y arbitraje*, p. 205 e ss. Por sua vez, GARY BORN indica que, em sua visão, em razão da ausência de poder coercitivo dos árbitros, medidas *ex parte* são pouco ou quase nada efetivas na prática arbitral (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, vol. II, p. 2017). Na doutrina nacional, pela possibilidade de tutelas de urgência *ex parte*, cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 325; PEDRO BATISTA MARTINS, “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro”, p. 372.

⁷⁷². Nesse sentido é o art. 8.2 dos Princípios Transnacionais de Processo Civil do ALI-UNIDROIT: “A court may order provisional relief without notice only upon urgent necessity and preponderance of considerations of fairness. The applicant must fully disclose facts and legal issues of which the court properly should be aware. (...)”.

contrária. Sob a denominação de *ordem preliminar*, o art. 17-B(1) dispõe que, salvo acordo em sentido contrário, “uma das partes pode, sem notificar quaisquer das outras, submeter pedido de tutela de urgência, juntamente com pedido de ordem preliminar, no intuito de não se frustrar o objetivo da tutela de urgência solicitada”.⁷⁷³

No art. 17-C, a Lei Modelo da UNCITRAL regula a matéria, determinando, dentre outras coisas, que (a) haja a imediata ciência às demais partes do pedido de ordem preliminar, da ordem preliminar, e de todas as outras comunicações entre uma das partes e o tribunal arbitral; (b) que o tribunal arbitral faculte, à parte contra a qual a ordem preliminar é dirigida, apresentar os seus argumentos o mais cedo possível; (c) que o tribunal arbitral decida prontamente sobre qualquer impugnação à ordem preliminar.⁷⁷⁴

A Lei Modelo da UNCITRAL procurou regular o assunto de forma exaustiva na tentativa de evitarem-se dúvidas procedimentais.

Aliás, embora haja o entendimento de que, na falta de previsão expressa da *lex arbitri* ou do regulamento arbitral, não seria possível a concessão de tutelas de urgência *ex parte*, essa posição não parece justificável diante da necessidade de fazer com que o processo arbitral alcance resultado útil às partes.⁷⁷⁵ Permitir a concessão de

⁷⁷³. Eis a versão original: “Unless otherwise agreed by the parties, a party may, without notice to any other party, make a request for an interim measure together with an application for a preliminary order directing a party not to frustrate the purpose of the interim measure requested”.

⁷⁷⁴. Eis a redação original: “(1) Immediately after the arbitral tribunal has made a determination in respect of an application for a preliminary order, the arbitral tribunal shall give notice to all parties of the request for the interim measure, the application for the preliminary order, the preliminary order, if any, and all other communications, including by indicating the content of any oral communication, between any party and the arbitral tribunal in relation thereto. (2) At the same time, the arbitral tribunal shall give an opportunity to any party against whom a preliminary order is directed to present its case at the earliest practicable time. (3) The arbitral tribunal shall decide promptly on any objection to the preliminary order. (4) A preliminary order shall expire after twenty days from the date on which it was issued by the arbitral tribunal. However, the arbitral tribunal may issue an interim measure adopting or modifying the preliminary order, after the party against whom the preliminary order is directed has been given notice and an opportunity to present its case. (5) A preliminary order shall be binding on the parties but shall not be subject to enforcement by a court. Such a preliminary order does not constitute an award”.

⁷⁷⁵. Esse é o entendimento de GRIERSON-VAN HOOFT ao comentar o Regulamento CCI 2012 e explicar o que seria uma situação apropriada para buscar a intervenção das cortes estatais: “Where an order may be useless unless it can be granted without the party against whom it is granted knowing that it has been applied for (e.g., an order for the preservation of evidence, where that party may simply expedite the destruction of the evidence if it learns about the application). In such cases, an *ex parte* application will be

medidas *ex parte* significa que as partes, colocadas em situação de extrema urgência ou com necessidade de elemento surpresa, não precisariam buscar tutela das cortes estatais, o que vai ao encontro da intenção primária das partes e resguarda o provimento arbitral final (*supra*, n. 5.2).

Duas últimas observações devem ser feitas sobre o assunto.

Em razão do fato de que tutelas de urgência *ex parte* restringem momentaneamente o princípio do contraditório, que é um dos princípios informadores da processo arbitral (*supra*, n. 2.3), a restrição deve existir apenas enquanto estritamente necessária.⁷⁷⁶ Uma vez *concedida e efetivada* a medida, deve-se restabelecer, sempre no menor prazo possível, o contraditório.⁷⁷⁷ Em outras palavras, ultrapassada a situação justificadora da restrição, o adequado contraditório deve ser restabelecido e o tribunal arbitral possui o dever de rever sua decisão, seja para mantê-la na íntegra, modificá-la ou revogá-la (*infra*, n. 9.10).⁷⁷⁸

Para fins de total transparência, todas as comunicações *ex parte* devem ser registradas e preservadas para futura consulta e até mesmo impugnação específica pela parte prejudicada. Tudo isso de forma a assegurar a preservação das garantias do processo arbitral, evitando-se inclusive argumentos de parcialidade dos árbitros.⁷⁷⁹

required, which generally can be made only to a national court and not to an arbitral tribunal operating under the ICC Rules” (cf. *Arbitrating under the 2012 ICC rules*, pp. 157-158). Cf. ainda com mesma posição, SCHWARTZ, “Pratique et experience de la cour de la CCI”, p. 59 e ss.

⁷⁷⁶. HANS VAN HOUTTE, “Ten reasons against a proposal for ex parte interim measures of protection in arbitration”, p. 85.

⁷⁷⁷. Por esse motivo, CALAMANDREI aponta, em seu clássico estudo, que, no caso de tutelas de urgência concedidas sem oitiva da parte contrária, existiria um duplo juízo provisório (cf. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, pp. 202-203). De nada adianta conceder a medida *ex parte* e, antes de sua efetivação, comunicar a parte contrária, de forma a permitir o esvaziamento da medida. Por isso que se mencionou acima que o restabelecimento do contraditório deve ocorrer depois de concedida e *efetivada* a tutela de urgência.

⁷⁷⁸. Acrescentando-se as observação da nota de rodapé anterior, são corretas as observações de PIERRE KARRER: “interim measures should be granted ex parte only for the short interval required to conduct a hearing or a telephone conference to reach a decision on that basis” (cf. “Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory, please”, pp. 107-108).

⁷⁷⁹. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 5-96, p. 224.

9.6. FLEXIBILIDADE SOBRE OS PRESSUPOSTOS DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Diante de pedido de tutela de urgência, juízes estatais geralmente utilizam-se da legislação nacional que regula as normas de direito processual nos limites da jurisdição daquele país (*lex fori*).

Os árbitros, por sua vez, não estão sujeitos à *lex fori* e não precisam se apegar aos tipos de medidas (medidas típicas ou nominadas) previstos em determinada legislação nacional (*supra*, n. 3.3) ou aos pressupostos específicos e rígidos para concessão de alguns tipos de medidas.⁷⁸⁰

Regulamentos e legislações arbitrais também, em regra, preferem não descrever os pressupostos necessários para as tutelas de urgência que os árbitros podem conceder.⁷⁸¹

Essas características conferem aos árbitros flexibilidade quanto à análise, conforme o tipo de tutela de urgência pleiteada, dos pressupostos que melhor se adaptem à concessão da proteção do direito material envolvido em litígio.

Alguns tipos de medidas demandarão pressupostos mais fortes, enquanto a concessão de outras será possível com menor grau de intensidade.⁷⁸² Por outro lado,

⁷⁸⁰. Sobre a maior liberdade dos árbitros com relação ao tipo de medidas, cf. exemplo dado por LEW-MISTELIS-KRÖLL: “An arbitration tribunal with its seat in Germany, for example, may be empowered to order an English type freezing order blocking the assets of one of the parties while a German court cannot make such an order” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-34, p. 594).

⁷⁸¹. A Lei de Arbitragem, mesmo que talvez sem intenção, acaba seguindo essa linha. Nos regulamentos arbitrais, menção deve ser feita ao Regulamento ICDR-AAA, cuja redação do art. 21(1) é propositadamente bem ampla: “At the request of any party, the tribunal may take whatever interim measures it deems necessary, including injunctive relief and measures for the protection or conservation of property”. Cf. comentários de GUSY-HOSKING-SCHWARZ, *A guide to the ICDR international arbitration*, par. 21.04, p. 205.

⁷⁸². Como relata GARY BORN, “some provisional measures (e.g., preserving the status quo or ordering performance of a contract or other legal obligation) will typically require strong showings of serious injury, urgency and a prima facie case, while other provisional measures (e.g., preservation of evidence, enforcement of confidentiality obligations, security for costs) are unlikely to demand the same showings” (cf. *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1980).

evita-se, assim, a existência de um *quase formulário de pressupostos a serem preenchidos* conforme o tipo de medida pleiteada.⁷⁸³

Um exemplo bastante ilustrativo pode ser extraído da realidade brasileira. O Código de Processo Civil estabelece pressupostos específicos para as medidas de arresto ou sequestro, regulando, de forma bastante detalhada, o trabalho a ser realizado pelo juiz diante de tais pedidos.⁷⁸⁴

Sabendo-se dessas peculiaridades, os árbitros estão obrigados a demonstrar que tais pressupostos estão presentes para conceder uma medida de arresto ou sequestro?

A resposta é negativa. Salvo acordo em sentido contrário pelas partes, as regras do Código de Processo Civil não são aplicáveis ao processo arbitral (*supra*, n. 2.2). Os árbitros não estão vinculados a requisitos específicos do Código de Processo Civil para a concessão ou não da medida. Os árbitros precisarão analisar se estão presentes os pressupostos para a concessão da medida (*infra*, n. 9.7), mas sem se apegar às regras específicas do processo civil estatal.⁷⁸⁵

⁷⁸³. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 407. Cf. relatório do *Working Group II*, A/CN.9/WG.II/W.P.108, p. 16.

⁷⁸⁴. Apenas a título de exemplo, segundo o art. 813, o “arresto tem lugar: I - quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado; II - quando o devedor, que tem domicílio: a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente; b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores; III - quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas; IV - nos demais casos expressos em lei”. Complementando o *quase formulário*, o art. 814 estabelece que, para a “concessão do arresto é essencial: I - prova literal da dívida líquida e certa; II - prova documental ou justificação de algum dos casos mencionados no artigo antecedente. Parágrafo único. Equipara-se à prova literal da dívida líquida e certa, para efeito de concessão de arresto, a sentença, líquida ou ilíquida, pendente de recurso, condenando o devedor ao pagamento de dinheiro ou de prestação que em dinheiro possa converter-se”.

⁷⁸⁵. Caso aprovado o projeto do Código de Processo Civil, o processo civil brasileiro deixará de ter medidas nominadas e, conseqüentemente, também os pressupostos específicos para a concessão, por exemplo, de arresto ou sequestro. O que já existe hoje ao árbitro passará a existir, do mesmo modo, de forma positivada ao juiz no processo estatal.

Essa afirmação não deve causar nenhum espanto no direito processual moderno. Também no processo estatal afirma-se a necessidade de o ordenamento não se recusar a “proteger uma situação substancial tutelável ou carente de tutela” em razão da falta de um pressuposto específico.⁷⁸⁶ Caso assim não fosse, haveria “flagrante violação à promessa contida no art. 5.º, XXXV, da CF”.⁷⁸⁷ No mesmo sentido, para SCARPINELLA BUENO, a partir do “modelo constitucional do processo civil”, o magistrado, no “exercício do ‘dever-poder geral de cautela’, determinar o arresto de bens sem observância do que exigem os arts. 813 a 821”.⁷⁸⁸

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, com base no poder geral de cautela estabelecido no art. 798 do Código de Processo Civil, também já admitiu a propositura de demanda cautelar inominada, com os mesmos efeitos do arresto, “para fins de assegurar a eficácia de futura decisão em ação de indenização proposta pelo autor, caso lhe seja favorável”.⁷⁸⁹

Embora com fundamentos diversos, a conclusão no processo arbitral deve ser idêntica àquela exposta pela doutrina processual atual para o processo estatal. Tudo isso serve apenas para reforçar o fato que inexiste qualquer motivo para surpresa na afirmação de que os árbitros não devem se ater a *pressupostos específicos* do processo civil estatal.

⁷⁸⁶. MARINONI-ARENHART, *Curso de processo civil: processo cautelar*, vol. 4, p. 201.

⁷⁸⁷. MARINONI-ARENHART, *Curso de processo civil: processo cautelar*, vol. 4, p. 201.

⁷⁸⁸. Cf. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 4, p. 257.

⁷⁸⁹. “É admissível o ajuizamento de ação cautelar inominada, com os mesmos efeitos do arresto, em face do poder geral de cautela estabelecido no art. 798 do CPC, para fins de assegurar a eficácia de futura decisão em ação de indenização proposta pelo autor, caso lhe seja favorável. Na hipótese, existe óbice à concessão desse procedimento específico - arresto - em razão da dívida não ser considerada líquida e certa (art. 814 do CPC), pois ainda em trâmite a outra demanda proposta contra o requerido” (STJ, REsp 753788/AL, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 04/10/2005, DJ 14/11/2005, p. 400). Em sentido semelhante, cf. ainda STJ, REsp 909478/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 09/08/2007, DJ 27/08/2007, p. 249.

9.7. PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

A concessão de tutelas de urgência, no processo estatal, depende da presença de dois pressupostos: aparência ou verossimilhança do direito (*fumus boni iuris*), e urgência ou perigo de lesão desse direito (*periculum in mora*).⁷⁹⁰ Essas são as causas de pedir previstas pelo Código de Processo Civil para concessão do provimento (arts. 273 e 801).

No processo arbitral, as legislações e os regulamentos arbitrais são geralmente silentes quanto aos pressupostos necessários para a concessão das tutelas de urgência, o que gera maior liberdade nesse aspecto, conforme já analisado (*supra*, n. 9.6).

Talvez em decorrência dessa maior liberdade quanto aos pressupostos, há quem afirme que o árbitro teria *poderes discricionários* “na avaliação da necessidade, das condições legais para seu deferimento e da urgência na adoção da medida pretendida”.⁷⁹¹ O assunto de eventuais poderes discricionários, no campo do processo estatal, já foi enfrentando de forma exaustiva pela doutrina processual, que, na sua grande maioria, afastou a ideia de discricionariedade judicial.⁷⁹² No campo arbitral, da mesma forma, o árbitro somente teria discricionariedade na concessão de tutelas de urgência caso fosse autorizado pelas partes a julgar *por equidade*.⁷⁹³

Em arbitragens domésticas no direito brasileiro, é muito comum que árbitros simplesmente façam referência a *fumus boni iuris* e a *periculum in mora*, à semelhança do previsto na legislação nacional.⁷⁹⁴

⁷⁹⁰. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 63.

⁷⁹¹. PEDRO BATISTA MARTINS, “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro”, pp. 362-363.

⁷⁹². Cf. dentre outros ARRUDA ALVIM, “Tutela antecipatória”, p. 77 e ss.; TERESA WAMBIER, “Existe a ‘discricionariedade’ judicial?”, p. 232 e ss.; BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 359 e ss.

⁷⁹³. Cf. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1979, nota de rodapé n. 192 (“This would be contrary to the expectations of the parties, except where they have agreed to arbitration ex aequo et bono, and to the adjudicatory character of arbitration”).

⁷⁹⁴. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 323.

Em arbitragens internacionais, como relata YESILIRMAK, os árbitros “ocasionalmente fazem referência ou são inspirados por várias leis nacionais, por exemplo, a lei do local da arbitragem ou a lei do local de efetivação da medida”.⁷⁹⁵ Em alguns casos, de acordo com relato de LEW-MISTELIS-KRÖLL, os árbitros não fazem referência a nenhuma lei nacional.⁷⁹⁶

Na prática arbitral, de acordo com GARY BORN, a maioria dos tribunais arbitrais considera satisfeitos os pressupostos quando presentes (a) risco de dano grave ou de difícil reparação; (b) urgência; e (c) inexistência de pré-julgamento do mérito (reversibilidade). Alguns tribunais arbitrais também verificam se o autor do pedido demonstrou a existência *prima facie* do direito material.⁷⁹⁷

Levando-se em consideração os Princípios Transnacionais de Processo Civil do ALI-UNIDROIT, poderia dizer-se que os pressupostos estariam satisfeitos quando demonstrados *fumus boni iuris*, *periculum in mora* e proporcionalidade.⁷⁹⁸

De uma forma geral, *fumus boni iuris* pode ser referido como a existência *prima facie* do direito material ou probabilidade de sucesso no mérito da demanda, enquanto *periculum in mora* é similar a perigo iminente ou prejuízo sério ou substancial caso a medida não seja concedida.⁷⁹⁹

Como se pode perceber, apesar de ser possível verificar pequenas nuances em relação aos pressupostos para a concessão de tutelas de urgência nos

⁷⁹⁵. Cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 5-3, p. 159 (“In determining the standards of procedure and principles, arbitrators occasionally make reference to or are inspired by various national laws, for example, the law of the place of arbitration or the law of the place of enforcement”).

⁷⁹⁶. Cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-60, 603.

⁷⁹⁷. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1980. De forma mais ou menos detalhada, YESILIRMAK (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 5-19, p. 169) e LEW-MISTELIS-KRÖLL (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-61, 603) indicam os mesmos pressupostos.

⁷⁹⁸. PIERRE KARRER, “Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory, please”, p. 104; YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 5-3, p. 159.

⁷⁹⁹. PIERRE KARRER, “Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory, please”, p. 104; YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 5-3, p. 159.

diversos países, os tribunais arbitrais acabam adotando conceito semelhante ao utilizado pelas cortes estatais brasileiras para a concessão de tutelas de urgência, analisando, além do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, a reversibilidade da medida.⁸⁰⁰

Isso demonstra que, apesar do silêncio das legislações e dos regulamentos arbitrais, existe certa previsibilidade sobre os pressupostos geralmente requeridos pelos árbitros para tutelas de urgência.

Fugindo à regra acima mencionada, a Lei Modelo da UNCITRAL, na recente reforma havida em 2006, estabeleceu quais seriam os pressupostos para a concessão de tutelas de urgência. Em resumo, o *Working Group II* entendeu que a falta de definição sobre o escopo e pressupostos das tutelas de urgências pode dificultar a concessão de tais medidas pelos árbitros, ocasionando a ineficiência dos processos arbitrais.⁸⁰¹ Além disso, ainda de acordo com o *Working Group II*, essa situação teria como resultado a preferência das partes pelas cortes estatais, causando desnecessários custos e atrasos.⁸⁰²

Assim, o art. 17-A da Lei Modelo da UNCITRAL estabeleceu que seriam pressupostos aos tipos de tutelas de urgência previstas no art. 17 (*supra*, n. 3.3), (a) o risco de que a não concessão resulte em dano não adequadamente reparável por indenização; (b) a probabilidade de que a parte tenha sucesso quanto ao mérito do litígio; (c) a medida não afete qualquer julgamento posterior do tribunal arbitral.⁸⁰³

⁸⁰⁰. Sobre esses pressupostos no processo estatal, cf. DINAMARCO, “O regime jurídico único das medidas urgentes”, p. 72-76. A reversibilidade das medidas está prevista nos arts. 807 e 273, § 4.º do Código de Processo Civil.

⁸⁰¹. De acordo com relatório do *Working Group II*, “To the extent arbitral tribunals are uncertain about issuing interim measures of protection and as a result refrain from issuing the necessary measures, this may lead to undesirable consequences, for example, unnecessary loss or damage may happen or a party may avoid enforcement of the award by deliberately making assets inaccessible to the claimant. Such a situation may also prompt parties to seek interim measures from courts instead of the arbitral tribunals in situations where the arbitral tribunal would be well placed to issue an interim measure; this causes unnecessary cost and delay (e.g. because of the need to translate documents into the language of the court and the need to present evidence and arguments to the judge)” (cf. A/CN.9/WG.II/WP.108, p. 24).

⁸⁰². Cf. relatório do *Working Group II*, A/CN.9/WG.II/WP.108, pp. 24-27.

⁸⁰³. Há a ressalva no art. 17-A de que, para medidas para preservação de provas, os pressupostos mencionados só se aplicam se o tribunal arbitral considerar apropriado. Cf. a redação original do art. 17-A: (1) The party requesting an interim measure under article 17(2)(a), (b) and (c) shall satisfy the arbitral tribunal that: (a) Harm not adequately repairable by an award of damages is likely to result if the measure

A despeito de eventuais críticas quanto à redação do artigo ou ao fato de a Lei Modelo ter optado por positivar os pressupostos, fato é que a Lei Modelo da UNCITRAL tentou estabelecer critério a ser seguido pelas legislações nacionais, de modo a tentar uniformizar a questão.

Nesse contexto, a Lei Modelo da UNCITRAL, ao que parece, caminhou bem ao adotar pressupostos semelhantes aqueles geralmente utilizados pelos árbitros e, sem dúvida alguma, bem semelhantes aqueles utilizados pelas cortes estatais brasileiras (e possivelmente a maioria das cortes estatais): *fumus boni iuris*, *periculum in mora* e reversibilidade da medida.⁸⁰⁴

9.8. FORMA DO ATO DE CONCESSÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

A forma do ato a ser utilizada para a concessão da medida urgente é, atualmente, questão de grande relevância teórica e prática no processo arbitral. As alternativas existentes são, basicamente (i) sentença ou laudo (*award*); ou (ii) ordem (*order*), a despeito de a prática demonstrar que árbitros se utilizam, algumas vezes, dos mais variados nomes.

Especificamente com relação às tutelas de urgência, a escolha entre uma ou outra forma depende, na sua essência, da opção por privilegiar a *forma* ou a *natureza* do ato.

is not ordered, and such harm substantially outweighs the harm that is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted; and (b) There is a reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits of the claim. The determination on this possibility shall not affect the discretion of the arbitral tribunal in making any subsequent determination. (2) With regard to a request for an interim measure under article 17(2)(d), the requirements in paragraphs (1)(a) and (b) of this article shall apply only to the extent the arbitral tribunal considers appropriate.

⁸⁰⁴. Como mencionam GRIERSON-VAN HOOFT, ao comentarem o dispositivo da Lei Modelo da UNCITRAL, “these criteria in fact reflect the standard for the granting of interim relief applied by many national courts and arbitral tribunals” (cf. *Arbitrating under the 2012 ICC rules*, p. 475).

O conceito de sentença no processo arbitral não difere do conceito utilizado no processo estatal. Sentença é ato pelo qual, como diz CARMONA, o “juizador outorga a prestação jurisdicional pretendida pelas partes” e, em princípio, “põe fim ao processo”.⁸⁰⁵ De forma semelhante, FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN definem sentença arbitral como “a decisão final dos árbitros sobre toda ou parte da disputa submetida a eles, dizendo respeito ao mérito da disputa, jurisdição, ou assunto processual que leve ao seu final”.⁸⁰⁶

Analisando-se a *natureza* do ato, medidas conservatórias ou antecipatórias, de caráter provisório, não podem ser compreendidas como sentenças, pois estas, dentre outras diferenças, estão sujeitas a maiores formalidades, formam coisa julgada material e não estão sujeitas à revisão.⁸⁰⁷ As sentenças beneficiam-se naturalmente da Convenção de Nova Iorque para reconhecimento e execução em inúmeros países signatários, e são anuláveis se proferidas em desrespeito ao contraditório.⁸⁰⁸

A despeito dessas diferenças quanto à natureza, algumas legislações preferem dar maior liberdade aos árbitros e permitem que decisões cujas características não são, na sua essência, de sentença, recebam essa denominação.⁸⁰⁹ Em alguns casos, utilizam-se da denominação sentenças interinais (*interim award*), sentenças provisórias (*provisional award*) e, até mesmo, sentenças parciais (*partial award*).⁸¹⁰

⁸⁰⁵. CARMONA, *Arbitragem e processo*, pp. 336-337.

⁸⁰⁶. FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN, *on International commercial arbitration*, par. 1353, p. 736 (“final decision by the arbitrators on all or part of the dispute submitted to them, whether it concerns the merits of the dispute, jurisdiction, or a procedural issue leading them to end the proceedings”).

⁸⁰⁷. Conforme lição de FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN, “the characterization of a decision as an award does not depend on the terminology employed by the arbitrators. It is determined solely by the nature of the decision itself” (cf. *on International commercial arbitration*, par. 1352, p. 736). Cf. ainda FRANCESCO LUIO, *Diritto processuale civile*, vol. V, p. 185.

⁸⁰⁸. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 5-52, pp. 191-192.

⁸⁰⁹. BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER indicam que esse seria o caso, por exemplo, da Escócia e da Nova Zelândia, (cf. *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 7.21, p. 446).

⁸¹⁰. Conforme explicam GREENBERG-KEE-WEERAMANTRY, “an ‘interim’ or ‘provisional’ award is a designation sometimes incorrectly used interchangeably with the term ‘partial’ award. Interim or provisional awards more correctly denote a determination by the arbitral tribunal that is not final, i.e. one that does not settle a matter permanently” (cf. *International commercial arbitration*, par. 8.56, p. 396).

Assim, tutelas de urgência seriam executáveis da mesma forma que uma sentença arbitral.⁸¹¹

A Lei Modelo da UNCITRAL, de acordo com a revisão sofrida em 2006, prevê expressamente, no seu art. 17(2), que as tutelas de urgência podem ter a forma de “sentença ou qualquer outra”. Tendo em vista a necessidade de adaptar-se às diversas legislações nacionais, regulamentos arbitrais geralmente também permitem ao árbitro a decisão sobre qual forma terá o provimento.⁸¹²

Como se pode perceber, a opção pelo ato ter a forma de sentença é justificada sob o fundamento de facilitar a execução da medida em países cujo ordenamento não permite que ordens sejam executadas perante as cortes estatais (*infra*, n. 10.5.3). Ainda, há quem entenda que o fato de a tutela de urgência assumir a *forma* de sentença permite sua execução em outros países mediante o uso da Convenção de Nova Iorque (*infra*, n. 10.7.1).

Por outro lado, a opção pelo ato assumir a forma de sentença ocasiona inevitavelmente maiores demoras diante de um pedido de tutela de urgência, pois a sentença deve observar maiores formalidades.⁸¹³ Além do mais, em determinados regulamentos, tal como o da CCI, sentenças devem ser submetidas a exame prévio da Corte (Regulamento CCI, art. 33), o que significa, na prática, demora inaceitável para a concessão de um tipo de tutela requerendo urgência.⁸¹⁴

Sobre o assunto, cf. ainda MARGARET MOSES, *The principles and practice of international commercial arbitration*, p. 189 e ss.

⁸¹¹. BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER, *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 7.21, p. 446.

⁸¹². A título de exemplo, cf. a parte final do art. 28(1) do Regulamento CCI 2012: “A medida que for adotada tomará a forma de ordem procedimental devidamente fundamentada, ou a forma de uma sentença arbitral, conforme o tribunal arbitral considerar adequado”.

⁸¹³. LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-76, p. 607. Cf. ainda GARY BORN, explicando que “an order is ordinarily accompanied by fewer formalities than an award (e.g., a less extensive text and statement of reasons, sometimes signed by only the presiding arbitrator)” (cf. *International commercial arbitration*, vol. II, p. 2013).

⁸¹⁴. BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER, *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 7.21, p. 446.

Alguns tribunais arbitrais procuram “o melhor dos dois mundos”⁸¹⁵ ao optarem por emitir uma ordem e, em seguida, uma sentença de mesmo conteúdo.⁸¹⁶ Trata-se do mesmo ato que assume duas formas diversas. Por meio desse expediente, permite-se a emissão da tutela de urgência de modo rápido, com os benefícios de ter a forma de ordem, e, ao mesmo tempo, potencializa-se a sua efetivação em alguns países por assumir a forma de sentença.⁸¹⁷

No direito brasileiro, parece inexistir razão para que a tutela de urgência seja proferida em forma de sentença, pois a sua efetivação segue o modelo de assistência das cortes estatais (*infra*, n. 10.5.2). Nenhum benefício adicional haverá também pela escolha da forma de sentença, mas as desvantagens acima apontadas permanecem.⁸¹⁸ Mas essa afirmação não é absoluta. Excepcionalmente, fica ressalvada a possibilidade de a parte interessada solicitar que a decisão do árbitro assuma a forma de sentença, por exemplo, no caso em que o processo arbitral possui local no Brasil, mas o provimento eventualmente possa ser efetivado em país onde as cortes estatais reconhecem e executam apenas medidas que estejam sob a forma de laudo ou sentença.

De qualquer modo, por causa da demora e das diversas complicações que a escolha pode causar, afirma-se atualmente que decisões sobre tutelas de urgência não devem assumir, em princípio, a forma de sentença.⁸¹⁹

⁸¹⁵. Expressão de GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 2013.

⁸¹⁶. É o que aconteceu, de acordo com GARY BORN, no caso CCI, laudo interino n. 8879 (cf. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 2013).

⁸¹⁷. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 2013.

⁸¹⁸. CLÁVIO VALENÇA FILHO aponta, falando de tutelas de urgência em forma de sentença parcial, que as vantagens de a tutela não assumir a forma de sentença são: (a) imunidade contra as vias de ataque normalmente utilizadas contra a sentença arbitral, notadamente, a demanda de anulação (art. 32 da Lei de Arbitragem); e (ii) desnecessidade de respeito imediato ao contraditório, e a possibilidade de concessão da medida sem a oitiva da parte contrária (cf. “Tutela judicial de urgência e a lide objeto da convenção de arbitragem”, pp. 172-173).

⁸¹⁹. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 5-53, pp. 192-193; BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER, *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 7.21, p. 446.

9.9. TUTELAS DE URGÊNCIA CONCEDIDAS NO MESMO ATO DA SENTENÇA ARBITRAL

Mesmo que brevemente, deve-se analisar a viabilidade de concessão de tutela de urgência no corpo da sentença arbitral. O questionamento tem pertinência em razão da cada vez mais comum utilização dessa técnica no processo estatal. A investigação possui interesse prático porque as soluções do processo estatal não são necessariamente as mesmas do arbitral.

No processo estatal, uma das principais consequências para a concessão de tutelas de urgência na sentença é permitir que essa seja efetivada, desde logo, produzindo efeitos imediatos pela eliminação do efeito suspensivo do recurso.⁸²⁰ Conforme lição de MARINONI, “caso a sentença do juiz de primeiro grau fosse dotada de executividade imediata, não só seria desnecessária a tutela antecipatória final, como estaria praticamente eliminada a problemática do abuso do direito de recorrer”.⁸²¹

Sabendo-se que a prática arbitral não prevê geralmente a possibilidade de recurso contra a sentença arbitral e que os efeitos da decisão do tribunal arbitral, salvo disposição em contrário na sentença arbitral, são produzidos imediatamente, não existe razão lógica para a adoção desse expediente.

9.10. IMPUGNAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA

O Código de Processo Civil prevê que decisões tomadas pelo juiz durante o curso do processo são impugnadas por meio de agravo. Em caso de risco de lesão grave e de difícil reparação, o agravo deve ser interposto sob a forma de

⁸²⁰. O chamado efeito suspensivo, conforme lição de BARBOSA MOREIRA, “não faz cessar os efeitos que já se estivessem produzindo, apenas prolonga o estado de ineficácia que se encontrava a decisão, pelo simples fato de estar sujeita à impugnação através do recurso” (cf. *O novo processo civil brasileiro*, p. 123).

⁸²¹. MARINONI, *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*, p. 175. SCARPINELLA BUENO desenvolve raciocínio semelhante e afirma que “o recurso de apelação dirigido dessa sentença deve, sistematicamente, ser recebido *sem* efeito suspensivo” (cf. *Curso sistematizado de direito processual civil*, p. 47).

instrumento (CPC, art. 522). Não há dúvida de que as tutelas de urgência, pelas suas próprias características, desafiam recurso de agravo de instrumento imediatamente.⁸²²

No processo arbitral, as decisões dos árbitros não estão sujeitas a recurso ou homologação.⁸²³ Apesar de a redação do art. 18 da Lei de Arbitragem mencionar apenas *sentença*, o raciocínio é válido para todo tipo de decisão arbitral.⁸²⁴

O mecanismo de controle admitido pela Lei de Arbitragem é a demanda anulatória, prevista no seu art. 33.⁸²⁵⁻⁸²⁶ Trata-se de mecanismo concebido, porém, em regra, para impugnação de “sentença arbitral”. Deve-se analisar, assim, se seria possível propor demanda anulatória também contra provimentos que negam ou concedem tutelas de urgência.

PAULO CEZAR PINHERO CARNEIRO entende que decisões sobre tutelas de urgência “podem sujeitar-se à imediata ação anulatória na justiça comum, nas mesmas condições que a sentença arbitral se sujeita a tal (art. 33)”.⁸²⁷ JOEL FIGUEIRA JR., na mesma linha de raciocínio, entende que a decisão sobre tutela de urgência concedida pelo árbitro é irrecurável, “ressalvada a possibilidade de propositura de *ação anulatória* pelas mesmas razões ensejadoras da anulação da sentença final”.⁸²⁸

No entanto, essa corrente doutrinária não parece estar com a razão. Pressuposto essencial para a demanda anulatória é a própria existência de uma sentença arbitral. As próprias características e reduzidas formalidades das tutelas de urgência

⁸²². MARINONI-MITIDIERO, *Código de processo civil comentado*, p. 541.

⁸²³. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 270.

⁸²⁴. Eis o teor do art. 18 da Lei de Arbitragem: “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*”.

⁸²⁵. Eis o teor do art. 33 da Lei de Arbitragem: “A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da *sentença arbitral*, nos casos previstos nesta Lei”.

⁸²⁶. Fala-se aqui apenas da demanda anulatória prevista na Lei de Arbitragem porque inexistente dúvida da absoluta inaplicabilidade de ação rescisória (cf. DONALDO ARMELIN, “Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral”, p. 11 e ss.).

⁸²⁷. Cf. “Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem”, p. 310.

⁸²⁸. Cf. *Arbitragem, jurisdição e execução*, p. 222.

(geralmente concedidas mediante *ordens*) não se encaixariam propriamente no escopo da demanda anulatória.

O mecanismo excepcional estabelecido na Lei de Arbitragem possui alcance apenas e tão somente a sentenças arbitrais. Ampliar a sua finalidade para as demais decisões tomadas pelos árbitros durante o curso do processo arbitral teria efeito nefasto ao instituto da arbitragem, abrindo-se caminho a infundáveis discussões paralelas nas cortes estatais, quando o objetivo inicial das partes era exatamente o contrário.⁸²⁹

Existe ainda outro aspecto que merece ser brevemente abordado.

A despeito das conclusões acima apresentadas, parece interessante verificar se seria cabível, em casos excepcionais, a impetração de mandado de segurança contra tutelas de urgência teratológicas concedidas pelos árbitros durante o processo arbitral. A questão aqui posta possui pertinência em razão de entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça de que cabe mandado de segurança contra ato judicial em “situações excepcionais nas quais o impetrante demonstra que não há recurso apto a sanar a ilegalidade e que existe teratologia no julgado combatido”.⁸³⁰

A resposta é negativa. Conforme explicado já no início deste trabalho, o processo arbitral é sistema autônomo de resolução de litígios.⁸³¹ O sistema arbitral, embora relacionado com o sistema estatal, com ele não se confunde.⁸³² É essencial,

⁸²⁹. ALEXANDRE CATRAMBY, *Das relações entre o tribunal arbitral e o Poder Judiciário para a adoção de medidas cautelares*, p. 183.

⁸³⁰. Cf. a título de exemplo: STJ, AgRg no MS 19.238/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Corte Especial, julgado em 07/11/2012, DJe 16/11/2012.

⁸³¹. Sobre o assunto, cf. VERONA-BARBOSA, “Sentença parcial, mandado de segurança, interferência do Poder Judiciário na instrução de procedência arbitral”, p. 117 e ss.

⁸³². Como lembra PARENTE, são dois sistemas distintos, porém relacionados por meio de fechamento operacional e abertura cognitiva (cf. *Processo arbitral e sistema*, p. 40 e ss.).

como lembra JULIAN LEW, que o controle das cortes estatais só ocorra em situações excepcionais e expressamente previstas.⁸³³

Se a própria Lei de Arbitragem estabelece que as decisões tomadas pelo árbitro no curso do processo arbitral não estão sujeitas a recurso (e a escolha inclui, obviamente, as tutelas de urgência), não faz o menor sentido se admitir a utilização de mandado de segurança como sucedâneo recursal para impugnar tutelas de urgência. A irrecorribilidade das tutelas de urgência é inerente ao sistema arbitral.

Essa opção legislativa, como lembra PAULO AMARAL, é compatível com a “diretriz geral de que o controle das decisões arbitrais pelo Poder Judiciário só se faz *a posteriori* e por meio dos mecanismos típicos previsto na lei (ação anulatória e impugnação ao cumprimento de sentença)”.⁸³⁴

Como se não bastassem os argumentos acima, o árbitro ou o tribunal arbitral não podem ser equiparados a autoridades coatoras ou réus para fins de mandado de segurança. Árbitros são indivíduos escolhidos voluntariamente pelas partes ou por *appointing authority* escolhida pelas partes para solucionar o litígio de forma privada e extrajudicial. Aliás, o “árbitro ou o tribunal arbitral não são agentes públicos, não fazem as vezes do Estado, tampouco atuam como delegatários estatais”.⁸³⁵

Enfim, está demonstrado que a tutela de urgência concedida pelos árbitros não está sujeita a impugnação imediata. Isso não significa, todavia, que as tutelas de urgência concedidas pelos árbitros ficam sem nenhum tipo de controle.

Os juízes poderão realizar o *controle formal* da tutela de urgência quando receberem solicitação de assistência do árbitro para efetivação prática da medida. Deve-

⁸³³. JULIAN LEW, “Achieving the dream: autonomous arbitration”, p. 194 (“As already indicated, the effect of the autonomy of international arbitration is to remove the process from the control of national law and courts”).

⁸³⁴. Cf. *Arbitragem e poder público*, p. 172.

⁸³⁵. PAULO AMARAL, *Arbitragem e poder público*, p. 172.

se adiantar que esse controle somente existirá *se houver a necessidade de intervenção das cortes estatais*.

O escopo de atuação do juiz, todavia, será abordado de forma mais detalhada no momento em que se estudar a fase de auxílio das cortes estatais para efetivação prática das tutelas de urgência (*infra*, n. 10.6.4).

9.11. REVISÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Tutelas de urgência são, por suas próprias características, medidas provisórias e temporárias, sem capacidade de formar coisa julgada material e estão sujeitas a revisão (*supra*, n. 3.2). Essa revisão pode ser para (a) manter; (b) modificar; (c) revogar a tutela de urgência anteriormente concedida; ou, até mesmo, (d) conceder a tutela de urgência anteriormente negada.

Imagine-se hipótese na qual, no começo do processo arbitral, o árbitro conceda tutela de urgência em favor do autor. Durante o curso do processo, surgem novos elementos probatórios ou a alteração do estado de fato, de forma a constatar o desacerto parcial ou total da decisão inicial. Neste cenário, não há óbice a que o árbitro reveja a decisão anterior. A mesma conclusão é válida para hipótese exatamente contrária, de rejeição inicial da tutela de urgência, com posterior concessão.⁸³⁶ Aliás, nem mesmo no processo estatal brasileiro, marcado por grande rigidez, haveria impossibilidade de reanálise dessas questões, uma vez que se estaria diante de cenário diferente do inicial.⁸³⁷

As hipóteses acima mencionadas dizem respeito à relação do árbitro com as tutelas de urgência tomadas anteriormente por ele próprio. É preciso, todavia,

⁸³⁶. Sobre a preclusão no processo arbitral, cf. PARENTE, *Processo arbitral e sistema*, p. 118 e ss. Cf. ainda RAFAEL ALVES, “O devido processo legal na arbitragem”, p. 404.

⁸³⁷. Embora haja, como bem lembra HEITOR SICA, preclusão também para tutelas de urgência, a alteração do estado de fato ou os novos elementos probatórios modificam, na realidade, o cenário fático jurídico de forma a viabilizar nova apreciação pelo julgador (cf. *Preclusão processual civil*, pp. 243-244).

também fazer algumas considerações para o caso de a medida ter sido proferida pelas cortes estatais em demanda de caráter antecedente. O árbitro teria, neste caso, competência para rever a decisão proferida pelo juiz?

Pouco tempo depois da entrada em vigor da Lei de Arbitragem, JOEL FIGUEIRA JR. defendeu que, depois do deferimento da medida pelo juiz, o árbitro não poderia revogá-la, “e assim deve ser porque a soberania das decisões do Poder Judiciário se sobrepõe à instauração posterior de jurisdição paraestatal”.⁸³⁸ ARNOLDO WALD posicionou-se no mesmo sentido, afirmando que o tribunal arbitral seria “incompetente para extinguir a medida cautelar concedida pelo juiz”.⁸³⁹ Existem decisões de tribunais arbitrais também entendendo que seria um ato “muito sério” ou que os tribunais arbitrais não teriam competência para rever a decisão prévia da corte estatal.⁸⁴⁰ No entanto, esse não é o melhor entendimento sobre o assunto.

Ao analisar a relação entre árbitros e juízes, este trabalho ressaltou a necessidade de coexistência das jurisdições arbitral e estatal (*supra*, n. 2.6), mas esse bom relacionamento só é possível se cada órgão jurisdicional tiver plena consciência de seu papel. Por esse motivo, as bases teóricas desenvolvidas anteriormente neste trabalho são relevantes, de forma a demonstrar que a competência para tutelas de urgência arbitrais, diante do direito brasileiro, é, em princípio, do árbitro (*supra*, n. 6.3.2).

Uma vez que a decisão das cortes estatais só se justifica em caso de limitação material ou jurídica à competência dos árbitros (*supra*, n. 5.5), nada mais correto do que estes terem a possibilidade de rever a decisão estatal *imediatamente*. Essa conclusão é natural quando se compreende que, pela característica essencialmente

⁸³⁸. Cf. *Arbitragem, jurisdição e execução*, p. 224.

⁸³⁹. Cf. “Novos rumos para a arbitragem no Brasil”, p. 351. MAURO RUBINO-SAMMARTANO possui posição inusitada: ao mesmo tempo que adota a mesma premissa equivocada de que os árbitros não teriam competência para rever a decisão do árbitro, sugere que os árbitros podem determinar à parte beneficiada pela ordem estatal não a execute, ou seja, que retire a efetividade da decisão do juiz (cf. *International arbitration law and practice*, n. 24.7, p. 645-646).

⁸⁴⁰. Como relata GARY BORN, um tribunal arbitral entendeu que seria “very serious to order the parties to modify a provisional measure previously ordered by a national court” e rejeitou o pedido de revisão. Em outro caso, o tribunal arbitral entendeu que não seria competente para rever a decisão do juiz (cf. *International commercial arbitration*, vol. II, p. 2010).

provisória da tutela de urgência, é dever do árbitro rever a questão, *no cenário mais demorado*, quando da emissão da sentença arbitral.⁸⁴¹

Não há sentido lógico em permitir a revisão da tutela de urgência concedida pelo juiz posteriormente, no ato da sentença arbitral, e proibir a revisão imediata.⁸⁴²

Essa revisão é justificada pela autonomia da vontade das partes, tantas vezes já mencionada neste trabalho.⁸⁴³ Considerando que as partes escolheram que competiria ao árbitro decidir sobre as tutelas de urgência, a vontade inicial das partes só estará mantida se for permitido aos árbitros rever a tutela de urgência proferida pelo juiz.⁸⁴⁴

⁸⁴¹. CARMONA menciona que sempre “haverá um momento em que se entrecruzará a competência do árbitros e do juiz: deferida a medida cautelar pelo juiz togado (seja em caráter liminar, por decisão interlocutória, seja em caráter final, por sentença cautelar), tocará ao árbitro, ao proferir sua decisão, manter ou cassar a medida cautelar” (cf. *Arbitragem e processo*, p. 326).

⁸⁴². Merece transcrição integral, pela qualidade do texto, a opinião de FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN sobre o assunto: “The jurisdiction of the courts does not deprive the arbitrators of the possibility of ruling in the last resort. The provisional nature of interim orders enables the arbitrators to review measures taken by the courts. Thus, for example, where a court orders the continuation of works, but the arbitral tribunal considers that to be unwarranted, there is nothing to prevent the tribunal from subsequently ordering the works to cease. Where there is a conflict between provisional decisions of this kind, the decision of the arbitral tribunal, which has jurisdiction to rule on the merits of the dispute, should prevail. This is because the only justification for applying to the courts lies in the presumption that they are equipped to take the protective measure required in the circumstances more rapidly” (cf. *on International commercial arbitration*, par. 1330, p. 722).

⁸⁴³. ROSA ALCAMÍ relata que, de acordo com pesquisa por ela realizada, não encontrou nenhum precedente no qual o tribunal arbitral teria revisado a tutela de urgência adotada pela corte estatal em demanda antecedente e que “los árbitros se muestran expresamente reticentes a ir en contra de una medida previamente acordada por un juez” (cf. *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 211). Mais a frente, ROSA ALCAMÍ declara que o árbitro “se siente vinculado por la decisión judicial” (cf. *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 211). Conforme explicado acima, não existe nenhum fundamento jurídico para esse tipo de comportamento por parte dos árbitros (cf. PIERRE KARRER, “Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory, please”, p. 109).

⁸⁴⁴. CARMONA, “Das boas relações entre os juízes e os árbitros”, p. 23. MARCOS MONTORO levanta hipótese interessante na qual as partes poderiam acordar que somente seria permitido ao árbitro rever as tutelas de urgência concedidas pelos juízes na sentença final. Essa opção parece fazer sentido naquelas hipóteses em que as partes decidem proibir os árbitros de proferirem decisões relacionadas ao assunto. A autonomia da vontade das partes deve prevalecer (cf. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, n 19.6, p. 332).

Algumas legislações preveem essa possibilidade de forma expressa. Segundo o art. 44(6) do *English Arbitration Act* 1996, “uma ordem concedida por ela [corte estatal] sob esta seção deixará de ter efeito em todo ou em parte em razão de ordem do tribunal [arbitral] ou de qualquer tribunal ou de outra instituição ou pessoa que tenha competência para agir em relação ao assunto objeto da ordem”.⁸⁴⁵

A Lei Modelo da UNCITRAL, no art. 17-D, também prevê a viabilidade de o tribunal arbitral “alterar, suspender ou revogar uma tutela de urgência ou ordem preliminar que tenha concedido”.⁸⁴⁶

No mesmo sentido é o entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com recentes julgados da Min. NANCY ANDRIGHI, ao afirmar que “superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário”, a competência passa a ser do tribunal arbitral, para que ele, “se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão”.⁸⁴⁷

Diante do que foi acima exposto, mostra-se o claro equívoco de eventual decisão do juiz determinando, por exemplo, que a tutela de urgência deferida por ele, em caráter antecedente, permaneça em vigor até a superveniência de sentença arbitral. O juiz estaria, no caso, extrapolando totalmente o campo de atuação da sua competência precária.

O raciocínio acima utilizado, para revisão de tutelas de urgência concedidas em caráter antecedente, serve integralmente para aquelas proferidas pelo

⁸⁴⁵. Cf. art. 44(6) do *English Arbitration Act* 1996: “If the court so orders, an order made by it under this section shall cease to have effect in whole or in part on the order of the tribunal or of any such arbitral or other institution or person having power to act in relation to the subject matter of the order”.

⁸⁴⁶. Eis a versão original do art. 17-D: “The arbitral tribunal may modify, suspend or terminate an interim measure or a preliminary order it has granted, upon application of any party or, in exceptional circumstances and upon prior notice to the parties, on the arbitral tribunal’s own initiative”.

⁸⁴⁷. STJ, REsp 1297974/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012.

juiz durante o curso do processo arbitral, mediante circunstância excepcional (*supra*, n. 5.5.2).

Um último esclarecimento merece ser feito. Quando os árbitros *assumem* (no caso da demanda antecedente) ou *reassumem* (no caso de impossibilidade momentânea durante o curso do processo arbitral) a competência para as tutelas de urgência, eles têm o *poder-dever* de rever a tutela de urgência concedida ou negada pelo juiz, mas caso assim não o façam, a decisão da corte estatal simplesmente continua em vigor, mantida na sua integralidade.⁸⁴⁸

De qualquer forma, no cenário mais demorado, os árbitros devem manifestar-se sobre a tutela de urgência no momento em que proferirem a sentença arbitral, sob pena de a prestação jurisdicional não estar completa.

9.12. PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO

Como a concessão da tutela de urgência é realizada com base em cognição sumária e em juízo de probabilidade, deve-se garantir aquele contra quem a medida foi concedida a possibilidade de ser ressarcido por eventuais danos caso a execução provisória mostre-se, ao final, indevida.⁸⁴⁹

Por um lado, a caução é mecanismo relevante para a preservação dos interesses da parte contra quem a medida foi concedida. Por outro lado, não se pode negar também que, em diversos casos, a caução funciona como um elemento facilitador da tarefa do árbitro ao conceder a tutela de urgência, pois trará a segurança de que eventuais danos serão ressarcidos.⁸⁵⁰

⁸⁴⁸. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 328. Por sua vez, o art. 17-D da Lei Modelo da UNCITRAL, transcrito neste item em nota de rodapé anterior, admite a revisão *ex officio* da tutela de urgência “em circunstâncias excepcionais e mediante notificação prévia das partes”.

⁸⁴⁹. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 5-46, p. 187. 23-81.

⁸⁵⁰. LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-80, p. 608.

Em resumo, como lembra NÚRIA MIRET, a caução possui a finalidade de (a) fazer frente às perdas e danos que podem decorrer da concessão da tutela de urgência; (b) equiparar as posições das partes, evitando-se riscos desnecessários à esfera jurídica das partes; (c) reduzir as exigências do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* no momento de análise e concessão da tutela de urgência pelo tribunal arbitral.⁸⁵¹

A possibilidade de determinar-se a prestação da caução a fim de conceder tutelas de urgência é prevista em diversas leis e regulamentos arbitrais.⁸⁵² Na prática arbitral, todavia, ainda são poucas as oportunidades em que foi feito uso desse expediente.⁸⁵³

O valor da caução deve ser arbitrado de forma a efetivamente garantir os danos que podem ser suportados pela parte prejudicada pela tutela de urgência, mas sempre levando em consideração a capacidade econômica da parte beneficiada para assegurar o equilíbrio da decisão.

9.13. RESPONSABILIDADE PELA FRUIÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA

Uma vez que a tutela de urgência é analisada e concedida com base em cognição sumária e juízo de probabilidade, existe risco real de a medida se mostrar, ao

⁸⁵¹. Cf. *Medidas cautelares y arbitraje*, p. 134 e ss.

⁸⁵². Muito embora não haja previsão na Lei de Arbitragem e nos principais regulamentos arbitrais de instituições brasileiras, há previsão, por exemplo, na Lei Modelo da UNCITRAL, art. 17-E: (1) The arbitral tribunal may require the party requesting an interim measure to provide appropriate security in connection with the measure. (2) The arbitral tribunal shall require the party applying for a preliminary order to provide security in connection with the order unless the arbitral tribunal considers it inappropriate or unnecessary to do so”. Cf. ainda ZPO, art. 1041(1); Lei de Arbitragem Internacional da Suíça, art. 183(3). Dos regulamentos arbitrais, cite-se, por exemplo, o art. 23(1) do Regulamento CCI e art. 25(1)(2) do Regulamento LCIA.

⁸⁵³. YESILIMARK relata que na arbitragem CCI, laudo interinal 7544/96, o tribunal arbitral, a fim de conceder um pagamento antecipado, assim manifestou-se: “in order to cover the risk that the final decision might not be consistent with the decision reached in this award, and not to prejudice the right of set-off, the Tribunal considers that it is appropriate that the party in whose favour the decision on an interim payment is made provide a guarantee of like amount. Consequently, the order to Defendant to pay the amount of (...) to Claimant is made subject to Claimant providing a guarantee of like amount in the form and subject to the conditions set forth in the decision section of this award” (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 5-47, p. 188).

final, indevida. Deve-se analisar, portanto, (i) se o árbitro possui competência para responsabilizar aquele que foi beneficiado pela tutela de urgência; e, em caso positivo, (ii) sob quais condições.

Se o árbitro é o julgador competente para concessão das tutelas de urgência arbitrais, a consequência natural é que ele também seja competente para verificar a responsabilidade decorrente dessas mesmas medidas. Como a verificação sobre a responsabilidade depende de saber se a medida era indevida ou não, o que geralmente só ocorre levando-se em consideração a decisão final do litígio (que é exclusivamente do árbitro), nada mais comum do que ele ser competente para decidir sobre a responsabilidade da medida.

Fazendo referência à revogação de eventual tutela de urgência e da responsabilidade pela fruição, afirma-se que seu “reconhecimento e consequências retam adstritos à apreciação do árbitro ou do tribunal arbitral, na medida em que é deles a competência para decidir a respeito, confirmando ou reformando a decisão judicial”.⁸⁵⁴ Isso quer dizer que o árbitro é competente para atribuir responsabilidade em decorrência das tutelas de urgência concedidas por ele e também por aquelas proferidas por juízes em demandas antecedentes ou, em caráter excepcional, durante o curso do processo arbitral.

Poderia ser alegado, em conclusão mais apressada, que o árbitro só teria competência para estabelecer responsabilidade em virtude de medidas concedidas por ele próprio. No entanto, não se pode ignorar que as cortes estatais exercem competência apenas de forma precária em razão de alguma limitação material ou jurídica dos árbitros (*supra*, n. 5.5). Da mesma forma, não se pode ignorar que os árbitros, a partir do momento em que cessada eventual limitação, assumem (no caso da demanda antecedente) ou reassumem (no caso de impossibilidade momentânea durante o curso processo arbitral) a competência para rever as tutelas de urgência (*supra*, n. 9.9).

⁸⁵⁴. DONALDO ARMELIN, “Tutela de urgência e arbitragem”, p. 373.

Tudo isso confirma que a competência para estabelecer eventual responsabilidade é dos árbitros. Essa solução, inclusive, é a única que preserva o desejo inicial das partes de ver todas as questões resolvidas por apenas um órgão julgador.⁸⁵⁵

Estabelecida a competência do árbitro para verificar a responsabilidade, deve-se analisar se ela seria *objetiva* ou *subjetiva* e como o árbitro pode fazer para apurá-la, uma vez que, proferida a sentença arbitral, o árbitro torna-se *functus officio*.⁸⁵⁶

No processo civil estatal, a doutrina, de forma praticamente unânime, indica que a responsabilidade derivada da efetivação das tutelas de urgência é objetiva. O fundamento para essa opinião seria o conteúdo do art. 811 do Código de Processo Civil, aplicável também às medidas antecipadas em razão do regime jurídico único ao qual estão inseridas.⁸⁵⁷

No entanto, mesmo sem o embasamento do art. 811 do Código de Processo Civil e sem a importação de regras do processo estatal, pode-se dizer que os valores que regem a forma de responsabilidade no processo arbitral são idênticos. Cabe à parte que tem razão não sofrer prejuízos decorrentes de eventuais medidas provisórias pleiteadas pela parte contrária. Neste caso, como bem pondera DINAMARCO, “se a efetivação da medida urgente houver causado dano, é natural que por ele responda aquele que requerera tal medida e dela se beneficiara”.⁸⁵⁸

A responsabilidade objetiva pela fruição da medida decorre do próprio risco que a parte corre ao pleitear uma medida que, de antemão, sabe passível de revogação ao final. Ou seja, a “aparência de razão do autor (*fumus boni juris*) não

⁸⁵⁵. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 3-68, p. 97.

⁸⁵⁶. Sobre a sentença como ato que coloca, em regra, fim à jurisdição do árbitro, cf. MARGARET MOSES, *The principles and practice of international commercial arbitration*, p. 190.

⁸⁵⁷. Cf, por todos, GALENO LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. I, p. 311; BEDAQUE, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 847-849; DINAMARCO, “O regime jurídico das medidas urgentes”, pp. 97-98. Para outra corrente minoritária, não há nada que indique, ao menos no que concerne à posterior improcedência da medida conservativa ou antecipada, a responsabilidade objetiva daquele a pleiteou, sendo indispensável a alegação e prova de dolo ou culpa (cf. MITIDIERO, *Antecipação da tutela*, pp. 161-163).

⁸⁵⁸. DINAMARCO, “O regime jurídico das medidas urgentes”, pp. 97-98.

passava de ilusão e só conduzia à antecipação porque havia urgência (*periculum in mora*)”.⁸⁵⁹

Trata-se de aplicação da *teoria do risco-proveito*. Se, por um lado, a efetivação de uma tutela de urgência é altamente interessante para a parte, por outro lado, os riscos também são exclusivos dela.⁸⁶⁰ Essas conclusões acima são válidas para os casos em que se aplica o direito brasileiro.

Seguindo essa mesma linha, a Lei Modelo da UNCITRAL, no seu art. 17-G, prevê expressamente a possibilidade de a parte ser “responsável por quaisquer custos e prejuízos causados pela medida ou pela ordem, se o tribunal arbitral posteriormente decidir que, de acordo com as circunstâncias, a medida ou a ordem não deveriam ter sido concedidas”.⁸⁶¹

A responsabilidade deve ser apurada no mesmo processo arbitral. Caso não seja possível sua imediata liquidação e inclusão dos prejuízos decorrentes da efetivação da tutela de urgência na sentença arbitral, salvo acordo em sentido contrário pelas partes, os árbitros podem utilizar-se do expediente da sentença parcial, deixando a liquidação do valor para momento posterior.⁸⁶²

⁸⁵⁹. DINAMARCO, “O regime jurídico das medidas urgentes”, p. 97.

⁸⁶⁰. DANIEL NEVES, *Manual de direito processual civil*, p. 1149. DONALDO ARMELIN também menciona a responsabilidade objetiva pela fruição da medida revogada, mas o faz, ao que parece, com base no art. 475-O, inc. I, do Código de Processo Civil (cf. “Antecipação de tutela e arbitragem”, p.376).

⁸⁶¹. Eis a versão original: “The party requesting an interim measure or applying for a preliminary order shall be liable for any costs and damages caused by the measure or the order to any party if the arbitral tribunal later determines that, in the circumstances, the measure or the order should not have been granted. The arbitral tribunal may award such costs and damages at any point during the proceedings”.

⁸⁶². Sobre os aspectos da liquidação da sentença e arbitragem, cf. TALAMINI-WLADECK, “Sentença arbitral e liquidez”, p. 159 e ss.

10. CUMPRIMENTO E EFETIVAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA CONCEDIDAS POR ÁRBITROS

10.1. CUMPRIMENTO VOLUNTÁRIO

A efetivação das tutelas de urgência arbitrais apresenta, em princípio, problemas análogos aos da execução das sentenças arbitrais.⁸⁶³

No campo do processo estatal, uma vez proferida determinada tutela de urgência, essa já segue o seu caminho natural de efetivação.⁸⁶⁴ Em alguns casos, o mero proferimento da decisão é suficiente para tutelar provisoriamente a parte, tal como ocorre no caso de tutelas *declaratória* e *constitutiva*, com a antecipação dos seus efeitos ou parte deles.⁸⁶⁵ Em outros casos, precisa-se da prática de atos materiais de execução,

⁸⁶³. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 485. Empregar-se-á, neste capítulo, o *efetivação* para expressar os atos materiais destinados à satisfação da parte beneficiada pela tutela de urgência arbitral. Muito embora haja quem afirme que o “emprego de outra palavra, em lugar do termo clássico ‘execução’, como cumprimento, efetivação ou atuação, em muito pouco altera a natureza da respectiva operação” (cf. ARAKEN DE ASSIS, *Cumprimento da sentença*, p. 4), será dada preferência ao termo mais amplo. Sobre o assunto, cf. YARSHELL, “‘Efetivação’ da tutela antecipada: uma nova execução civil?”, p. 330 e ss.

⁸⁶⁴. As tutelas de urgência (conservatórias ou antecipatórias) produzem efeitos imediatos, ao contrário das sentenças, cujos efeitos, ao menos de acordo com a legislação processual brasileira em vigor, permanecem suspensos caso haja interposição de apelação. O chamado efeito suspensivo, conforme lição de BARBOSA MOREIRA, “não faz cessar os efeitos que já se estivessem produzindo, apenas prolonga o estado de ineficácia que se encontrava a decisão, pelo simples fato de estar sujeita à impugnação através do recurso” (cf. *O novo processo civil brasileiro*, p. 123). O fato de a antecipação, com base em cognição sumária, ser mais efetiva do que decisão proferida com base em cognição exauriente traz em si uma aparente contradição. No entanto, essa contradição não se justifica na prática porque a produção imediata de efeitos possui a finalidade de assegurar a efetividade do processo (cf. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 379; TEORI ZAVASCKI, “Antecipação da tutela e colisão”, p. 154).

⁸⁶⁵. Por isso é que a doutrina denomina as sentenças decorrentes de pretensões declaratórias ou constitutivas de autossuficientes ou autossatisfativas (cf. MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 147). Cf. ainda BARBOSA MOREIRA, “Cumprimento e execução de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais”, p. 25. Hoje em dia não há mais espaço para se negar a possibilidade de tutelas declaratória e constitutiva terem sua “eficácia prática total ou parcialmente antecipada” (cf. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 400).

mesmo que sob o regime de execução provisória, para entrega do bem da vida, como ocorre com as tutelas *condenatória, mandamental e executiva*.⁸⁶⁶

De qualquer modo, o ponto a ser consignado é que, no processo estatal, mesmo nos casos em que são necessários atos materiais para efetivação, essas tutelas podem ser efetivadas imediatamente de forma coercitiva, desde que dentro dos limites territoriais do país onde foram proferidas.

As tutelas de urgência proferidas por tribunais arbitrais, todavia, não possuem essa característica. Na sua origem, as decisões arbitrais possuem natureza distinta das decisões estatais.⁸⁶⁷ A falta de poder coercitivo (*imperium*) do tribunal arbitral, para efetivar as tutelas de urgência arbitrais diretamente contra as partes, faz com que essas recebam da doutrina a denominação de *leges imperfectae* (*supra*, 5.5.4).⁸⁶⁸

Pode-se dizer, assim, que o reconhecimento da autoridade dos tribunais arbitrais para conceder tutelas de urgência arbitrais só passa a ser totalmente completo se também for reconhecida a possibilidade da sua efetivação, por meio das cortes estatais (*infra*, n. 10.4).⁸⁶⁹

⁸⁶⁶. LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, p. 207 e ss.; BEDAQUE, “Cognição e decisões do juiz no processo executivo”, p. 359; BARBOSA MOREIRA, “Cumprimento e execução de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais”, p. 14. PROTO PISANI bem ressalta que “il processo di cognizione è incapace, per adottare una espressione di Carnelutti, di adeguare il diritto al fatto, di ridurre le parole ai fatti” (cf. *Lezione di diritto processuale civile*, p. 693).

⁸⁶⁷. CARLEVARIS, ao se referir à decisão arbitral, afirma que “essa sarebbe priva proprio di quell’idoneità a ricevere attuazione coattiva, che solo la verifica giudiziale è in grado di conferirle” (cf. *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, p. 261).

⁸⁶⁸. Como pondera MARKUS WIRTH, diante do cenário suíço, mas com validade geral: “with the exception of self-executing declaratory orders (...), interim measures are *leges imperfectae* since a Swiss arbitral tribunal itself has no authority to enforce them” (cf. “Interim or preventive measures in support of international arbitration in Switzerland”, p. 38). Também afirmando que as decisões dos árbitros não são títulos diretamente executáveis, cf. SCHWARTZ, “Pratique et expérience de la Cour de la CCI”, p. 59; VEEDER, “Conservatory and provisional measures”, p. 21.

⁸⁶⁹. TIJANA KOJOVIĆ, “Court enforcement of arbitral decisions on provisional relief: how final is provisional?”, p. 511.

A despeito dessa limitação inerente à origem privada da arbitragem, as decisões dos árbitros possuem, em regra, certo peso natural.⁸⁷⁰

O fato de a arbitragem possuir como fonte primária e essencial a manifestação de vontade das partes já faz com que as decisões do tribunal arbitral tenham um peso natural e uma “segura eficácia obrigatória *inter partes*”.⁸⁷¹

Esse peso natural é reforçado pelo princípio da boa fé objetiva, o qual impõe às partes o dever de não frustrar as legítimas expectativas criadas na outra no momento em que se decidiu que todos determinados litígios seriam resolvidos por meio de arbitragem. A partir do momento em que ficou convencionado que o árbitro, e não o juiz estatal, teria jurisdição para resolver eventuais litígios decorrentes de determinada relação jurídica, a expectativa foi criada na outra parte e o direito moderno possui relevante preocupação com a proteção de expectativas legítimas.⁸⁷²

Assim, a primeira e menos problemática forma de atuação das tutelas de urgência arbitrais é, obviamente, o cumprimento voluntário.⁸⁷³

⁸⁷⁰. STEPHEN BOND, “La nature des mesures conservatoires et provisoires”, pp. 16-17.

⁸⁷¹. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 490. TOMMASEO observa que a efetividade “dei provvedimenti cautelare pronunciati dagli arbitri deve essere misurata tenendo conto dell'ambiente in cui essi vengono pronunciati: la volontà delle parti che à la fonte del potere degli arbitri è anche, nella grande maggioranza dei casi, la fonte della effettività dei loro provvedimenti” (cf. “Lex fori e tutela cautelare nell'arbitrato commerciale internazionale”, p. 28).

⁸⁷². CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 490; Idem, “The enforcement of interim measures ordered by international arbitrators: different legislative approaches and recent developments in the amendment of the UNCITRAL Model Law”, p. 14. Sobre a proteção de expectativas legítimas e a boa-fé objetiva, cf. TEPEDINO-BARBOZA-MORAES, *Código Civil interpretado*, vol. II, p. 15 e ss. ANDERSON SCHREIBER enxerga hipótese de *venire contra factum proprium* no caso de as partes não respeitarem a posição anteriormente acordada de resolver por arbitragem determinado litígio (cf. *A proibição do comportamento contraditório: venire contra factum proprium e tutela da confiança*, p. 251 e ss.). A partir do momento em que as partes estabelecem que a sentença arbitral terá eficácia obrigatória entre elas e depois descumprem injustificadamente essa obrigação, naturalmente praticam *venire contra factum proprium*.

⁸⁷³. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 486. BARBOSA MOREIRA, em artigo dedicado especificamente a abordar a relação entre “cumprimento” e “execução” de sentença, afirma que “Na tradição da linguagem jurídica brasileira, ‘cumprimento’ é vocábulo empregado para designar um comportamento voluntário” (cf. “Cumprimento e execução de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais”, p. 20). Sobre o assunto, cf. ainda GUILHERME AMARAL, *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*, n. 6.3, p. 182 e ss.

A doutrina arbitralista indica que, em regra, as tutelas de urgência arbitrais são cumpridas voluntariamente.⁸⁷⁴ Existem, aliás, estudos empíricos confirmando essa afirmação e constatando que, na maioria dos casos, há realmente o cumprimento voluntário da decisão do árbitro.⁸⁷⁵

A razão para tanto pode ser mais simples do que se imagina. Como explicado anteriormente, parece ser razoável supor que a decisão arbitral impõe-se às partes em razão da confiança depositada nos árbitros (*supra*, n. 5.2).

Além disso, durante o curso do processo arbitral, as partes geralmente tentam convencer os árbitros sobre o devido cumprimento das obrigações assumidas contratualmente e, conseqüentemente, o descumprimento pela parte adversa. Na pior hipótese, admite-se o descumprimento da obrigação contratual, mas se imputa à parte adversa a responsabilidade por essa falha. Diante desse cenário, nada seria mais contraditório do que, de um lado, alegar a culpa exclusiva da parte contrária por descumprimento contratual e, do outro lado, descumprir a tutela de urgência proferida pelo tribunal arbitral.

⁸⁷⁴. Dentre outros, cf. LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-83, p. 609; GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 2018; YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 6-2, p. 238; CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 486; STEPHEN BOND, “La nature des mesures conservatoires et provisoires”, p. 17; TOMMASEO, “Lex fori e tutela cautelare nell'arbitrato commerciale internazionale”, p. 28.

⁸⁷⁵. Dois estudos são geralmente citados pela doutrina para justificar essa afirmação: (a) o primeiro, da AAA, indica que em 90% (45 do total de 50) das arbitragens domésticas e internacionais as partes cumpriram a ordem do tribunal arbitral; e (b) o segundo, do Centro Regional do Cairo de Arbitragem Comercial Internacional, indica que todas as quatro ordens proferidas pelo tribunal arbitral no ano de 2000 foram cumpridas (cf. estudos citados em CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 486, nota de rodapé 2; YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 6-2, p. 238, nota de rodapé 2. Mas não são apenas dois estudos. No regime do antigo *référé* pré arbitral da CCI, GAILLARD-PINSOLEE apontavam, em artigo publicado em 2004, que todas as ordens proferidas naquele procedimento específico haviam sido voluntariamente cumpridas (cf. “The ICC pre-arbitral refere: first practical experiences”, p. 19). Em 2008, a Queen Mary University e a Price Waterhouse conduziram estudo no qual também houve a constatação, por meio de entrevistas, de que a grande maioria das decisões arbitrais são cumpridas voluntariamente: “84% of the participating corporate counsel indicated that, in more than 76% of their arbitration proceedings, the non-prevailing party voluntarily complies with the arbitral award; in most cases, according to the interviews, compliance reaches 90%” (cf. “International arbitration: corporate attitudes and practices 2008”).

Como observa SCHWARTZ, partes que desejam ser reconhecidas pelos árbitros como bons cidadãos, prejudicadas por seus adversários, geralmente não desejam desafiar ordens dadas por aqueles que eles pretendem convencer da justiça de seus pedidos.⁸⁷⁶

10.2. SANÇÕES APLICÁVEIS PELOS ÁRBITROS

Muito embora haja o entendimento de que as tutelas de urgência arbitrais geralmente são cumpridas voluntariamente, isso não significa que a mera ordem do árbitro é suficiente para resolver todos e quaisquer tipos de situações.

Em alguns casos, a parte prejudicada pode simplesmente não ter interesse em cumprir a ordem dos árbitros ou decidir sacrificar “alguma medida da sua aparência de ‘bons cidadãos’” se o descumprimento da tutela de urgência lhe trazer “benefício significativo”.⁸⁷⁷

Colocar muita fé no espírito cooperativo das partes, como lembra TIJANA KOJOVIĆ, “parece ser um eco romântico dos velhos bons tempos quando a arbitragem era um foro amigável”.⁸⁷⁸ Lord MUSTILL, por exemplo, na mesma linha de pensamento,

⁸⁷⁶. Conforme afirma SCHWARTZ, “la principale source du pouvoir de coercion des arbitres réside dans l’arbitrage qu’ils exercent sur le fond du différend entre les parties. Des parties cherchant à se présenter devant les arbitres comme de bons citoyens victimes de leur adversaire, ne voudront pas, en général, faire fi des instructions que leur donnent ceux qu’ils veulent convaincre de la justice de leur cause” (cf. “Pratique et expérience de la cour de la CCI”, p. 59).

⁸⁷⁷. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1967. Eis o trecho completo no original: “Equally important, parties may well be willing to sacrifice some measure of their appearance as ‘good citizens’ if non-compliance with provisional measures brings them significant benefits”. Em seguida, GARY BORN cita o exemplo de litígio sobre a propriedade de um imóvel para lembrar que, se esse imóvel for transferido para um terceiro, as dificuldades para resolução da questão perante um tribunal arbitral pode aumentar significativamente (cf. *International commercial arbitration*, vol. II, p. 1967, nota de rodapé n. 134). Sobre as limitações dos árbitros no que diz respeito a terceiros na arbitragem, cf. *supra*, n. 5.5.3.

⁸⁷⁸. Cf. “Court enforcement of arbitral decisions on provisional relief: how final is provisional?”, p. 511. POZZI afirma ser utopia acreditar que a arbitragem é um processo de cavalheiros em que o certo e o errado estão sempre bem delineados e independem de meios executivos: “Tuttavia, a meno di voler persistere nell’utopia dell’arbitrato come procedimento fra gentiluomini in cui ragione e torto sono sempre equamente suddivisi, è bene insinuare il dubbio che la spontanea conformazione al comando portato dal lodo dipenda proprio dall’incombente minaccia della sua esecuzione forzata attraverso l’*exequatur*, virtualmente sempre disponibile” (cf. “Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici”, p. 32).

chega a afirmar que existe, atualmente, verdadeira banalização da arbitragem, ressaltando que, no passado, a parte derrotada simplesmente aceitava a decisão dos árbitros, concordando com ela ou não.⁸⁷⁹

Por outro lado, fato é que a comunidade empresarial possui cada vez maiores expectativas quanto à efetividade das tutelas de urgência proferidas por árbitros.⁸⁸⁰

Para tanto, nada mais correto do que aparelhar os árbitros de forma adequada, a fim de que as tutelas de urgência arbitrais continuem sendo objeto de imediato cumprimento voluntário pelas partes, mesmo que esse comportamento tenha que ser induzido.⁸⁸¹

No processo arbitral, tal como ocorre no estatal, existe a clara consciência da importância de as partes serem tuteladas da forma mais próxima o possível do seu direito, caso a violação não tivesse ocorrido.⁸⁸² A tutela ressarcitória revela-se, em princípio, como “instrumento de todo inadequado a garantir a imediata tutela do direito”.⁸⁸³

⁸⁷⁹. Lord MUSTIL, depois de mencionar que o vocábulo banalização foi primeiramente utilizado nesse contexto por YVES DERAINS, menciona que “In former times, the participants in a trade dispute would submit it in a good spirit to arbitration, looking for a resolution which would be quick, cheap and informal, and for a decision which would be inspired by practical common sense and a personal knowledge of the trade, and which the loser would accept whether he agreed with it or not” (cf. “Arbitration: history and background”, p. 51 e ss.). Embora sob outra perspectiva, os pensadores DEZALAY-GARTH também chegam a falar sobre choque entre duas gerações e duas concepções de arbitragem, sendo a atual geração captaniada por *litigators* (cf. *Dealing in virtue*, p. 10 e ss.).

⁸⁸⁰. Cf. relatório do *Working Group II*, A/CN.9/WG.II/WP.111, pp. 2-3.

⁸⁸¹. Não há nada de errado, sob a perspectiva aqui apresentada, de se falar em *cumprimento voluntário induzido*. O ato voluntário é aqui posto em contraposição ao ato subrogatório, para o qual a vontade do obrigado em nada influencia. Obrigação cumprida em razão de pressão psicológica imposta ao obrigado não deixa de ser voluntário nesse contexto. Nesse sentido, TALAMINI menciona que esses mecanismos servem para “induzir o comportamento do sujeito, mediante a ameaça de um mal caso ele desrespeite um comando, ou através da promessa de um bem para a hipótese de cumprimento voluntário” (cf. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 171).

⁸⁸². PROTO PISANI, *Lezione di diritto processuale civile*, p. 692. Para uma análise sobre a busca da tutela específica no processo estatal, cf. BARBOSA MOREIRA, “A tutela específica do credor nas obrigações negativas”, p. 30 e ss.

⁸⁸³. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 492. Note-se, porém, estudo apresentado por CHRISTINE CHAPPUIS, explicando que geralmente países de *civil law* entendem a execução específica (*specific performance*) como sendo a regra, enquanto países de *common law*

O objetivo a ser alcançado, assim, deve ser o resultado específico.⁸⁸⁴ As partes de um contrato geralmente gastam bastante tempo e dinheiro a fim estabelecer com cuidado quais os direitos e obrigações de cada uma, sendo a própria convenção de arbitragem um exemplo desse cuidado.⁸⁸⁵ Nada mais natural, portanto, que haja a expectativa de que os árbitros façam do contrato um meio efetivo, determinando que esses direitos e obrigações sejam cumpridos adequadamente.⁸⁸⁶

Sabendo-se que os árbitros não possuem poder de *imperium*, mas, ao mesmo tempo, cientes da expectativa da comunidade empresarial de que as decisões proferidas pelos árbitros sejam efetivas, faz-se essencial que eles se utilizem dos mecanismos de indução (*sanção*)⁸⁸⁷ para garantir a efetividade das tutelas de urgência.⁸⁸⁸

Sendo obviamente impossível, no contexto deste trabalho, analisar todos os tipos de sanções eventualmente cabíveis, serão verificadas abaixo as formas mais usuais no específico contexto do processo arbitral.

consideram o ressarcimento (*monetary relief*) como a regra (cf. “A comparative overview on performance as a remedy: a key to divergent approaches”, p. 51 e ss.).

⁸⁸⁴. DENIS PHILIPPE, “Interim measures and performance of the contract by the parties”, p. 27 e ss.

⁸⁸⁵. Esse aspecto é realçado ao se ter em mente que a convenção de arbitragem é autônoma ao contrato no qual está inserida. Cf., por todos, FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *on International commercial arbitration*, par. 389, p. 197 e ss.

⁸⁸⁶. MICHAEL SCHNEIDER, “Non-monetary relief in international arbitration: principles and arbitration practice”, p. 4 e ss.

⁸⁸⁷. Segue-se aqui o mesmo conceito de TALAMINI (extraído de MIGUEL REALE e BOBBIO), que define sanção de forma ampla e por seu aspecto funcional: “toda e qualquer medida estabelecida pelo ordenamento para reforçar a observância de suas normas ou remediar os efeitos da inobservância” (cf. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, n. 5.1, p. 169).

⁸⁸⁸. TIJANA KOJOVIĆ. “Court enforcement of arbitral decisions on provisional relief: how final is provisional?”, p. 512; POZZI, “Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici”, p. 17 e ss.

10.2.1. Multas coercitivas

A fim de conferir efetividade às tutelas de urgência, o árbitro pode impor, como meio de pressão psicológica, multas coercitivas (ou coativas) periódicas ou fixas (*astreintes*).⁸⁸⁹ Caso a parte destinatária não cumpra obrigação de acordo com a determinação do árbitro, estará sujeita ao pagamento de certo valor em benefício do credor, independentemente de perdas e danos.⁸⁹⁰

A afirmação de que árbitros podem estabelecer multas coercitivas, todavia, está longe de ser pacífica.

Para TALAMINI, por exemplo, “será o juiz quem cominará a multa processual, fixará seu valor e prazo”, ou seja, apenas o juiz pode “deliberar acerca de todas as providências atinentes à efetivação da tutela antecipada” concedida pelo árbitro.⁸⁹¹ Nessa mesma linha mais restritiva, há quem entenda que os árbitros só podem impor multas coercitivas se houver “acordo específico das partes”⁸⁹² ou se houver “previsão legal” nesse sentido.⁸⁹³

Em resumo, os fundamentos de quem defende a inadmissibilidade de a imposição de multas coercitivas por árbitros parecem estar resumidos em três pontos (i) a ausência de poderes coercitivos (*imperium*) do árbitro; (ii) a necessidade de manifestação de vontade específica das partes; e (iii) a necessidade de previsão legal.

⁸⁸⁹ . Sobre o tema das *astreintes* no processo civil brasileiro, cf. GUILHERME AMARAL, *As astreintes e o processo civil brasileiro*, n. 3.1, p. 47 e ss. Com relação à *astreinte* e arbitragem, o autor manifesta-se claramente em favor da possibilidade de que o árbitro “fixe multa periódica para a hipótese de descumprimento” de determinada obrigação, fazendo referência à sentença arbitral (cf. *As astreintes e o processo civil brasileiro*, n. 7, esp. p. 277).

⁸⁹⁰ . ALEXIS MOURRE, “Judicial penalties and specific performance in international arbitration”, pp. 53-54; LAURENT LÉVY, “Les *astreintes* et l'arbitrage international en Suisse”, p. 21 e ss.

⁸⁹¹ . Cf. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, pp. 450-460.

⁸⁹² . Essa é a opinião de LEW-MISTELIS-KRÖLL: “Unless specifically agreed by the parties, a tribunal lacks the power to enforce its measures and cannot impose penalties for non-compliance” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-31, p. 593). Cf. ainda POUDRET-BESSON, *Comparative law on international arbitration*, par. 630, p. 539.

⁸⁹³ . Observação feita por FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *on International commercial arbitration*, par. 1274, p. 696.

Com relação ao primeiro óbice, ele na realidade não passa de confusão terminológica. Multas coercitivas são formas de *execução indireta* e, portanto, não se confundem com *execução forçada*. Somente esta é vedada ao árbitro em decorrência da falta de *imperium* (*supra*, n. 5.5.4).

Execução forçada é aquela realizada por meio de medidas subrogatórias ordenadas pelo juiz com a finalidade de produzir a satisfação de um direito “independentemente de participação e, portanto, da vontade do obrigado”.⁸⁹⁴ A execução indireta, por sua vez, é realizada por meio de coação ou pressão psicológica e, dessa forma, “com participação do obrigado”.⁸⁹⁵

Costuma-se dizer, na esfera do processo estatal, que existe uma “equivalência funcional entre a execução indireta e aquela feita mediante a atuação direta do Estado-juiz sobre os bens do obrigado”.⁸⁹⁶ De fato, ambas possuem a mesma finalidade: satisfazer o beneficiário da determinação não adimplida voluntariamente. No entanto, essa equivalência de finalidade não leva à equiparação das duas.

A distinção entre *execução forçada* e *execução indireta* é tão clara que a doutrina majoritária nega o caráter de execução processual dos atos de pressão psicológica.⁸⁹⁷ LIEBMAN, por exemplo, chegava a afirmar que só haveria “verdadeira execução” quando a efetivação da ordem fosse passível de cumprimento independentemente da vontade do obrigado.⁸⁹⁸ Embora essa afirmação não seja unânime na doutrina, mesmo quem defende a inclusão da execução indireta no âmbito

⁸⁹⁴. CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 288; DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, n. 1326, p. 31.

⁸⁹⁵. CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 288. Conforme lição de DINAMARCO: “As técnicas e conceitos evoluídos ao longo do tempo em matéria de execução civil concentram-se naquela que se faz em um processo autônomo e basicamente mediante a imposição de medidas de sub-rogação (execução tradicional); reserva-se a ela com exclusividade o nome de execução forçada, em oposição à execução indireta, que se faz mediante os atos de pressão psicológica” (cf. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, n. 1327, pp. 34-35).

⁸⁹⁶. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, n. 1340, pp. 66-67.

⁸⁹⁷. TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 172.

⁸⁹⁸. Cf. *Processo de execução*, n. 3, p. 6. Cf. ainda DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, n. 1619, p. 520; OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo civil*, vol. II, n. 6, p. 17.

da execução forçada reconhece a distinção entre meios de subrogação e coação, que é o que importa para o objeto deste estudo.⁸⁹⁹

Não se nega aqui o caráter coercitivo das *astreintes*. Aliás, essa natureza jurídica das *astreintes* é amplamente aceita pela doutrina.⁹⁰⁰ No entanto, o caráter coercitivo da multa não pode ser confundido com a prática de atos de *imperium* pelo árbitro. O vocábulo coerção, neste caso, é utilizado no sentido amplo da palavra (ameaça de sanção), e não no sentido estrito, de prática de atos materiais de satisfação da obrigação, que é mais propriamente definido no conceito de *imperium* ou atos de autoridade, estes sim vedados aos árbitros (*supra*, n. 5.5.4).⁹⁰¹

Com relação ao segundo óbice (necessidade de manifestação de vontade específica das partes), este também não possui razão de ser. Quando as partes assinam a convenção de arbitragem, outorgam aos árbitros, naturalmente, poderes para que a resolução final do litígio seja efetiva.

Para que essa solução seja possível, basta que, conforme ensinam FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, a convenção de arbitragem seja elaborada “em termos amplos o suficiente de forma a não excluir essa opção (tal como ‘todas as disputas decorrentes do presente contrato’).”⁹⁰²

⁸⁹⁹. MARCELO GUERRA, *Execução indireta*, n. 2.3, p. 30 e ss.

⁹⁰⁰. Para uma ampla lista (incluindo, dentre outros, nomes como DINAMARCO, BARBOSA MOREIRA, KAZUO WATANABE, HUMBERTO THEODORO JR., ARAKEN DE ASSIS, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA), cf. GUILHERME AMARAL, *As astreintes e o processo civil brasileiro*, p. 77.

⁹⁰¹. VEEDER, “Compound interest and specific performance: ‘arbitral imperium’ and sections 49 and 48 of the English Arbitration Act 1996”, p. 81 e ss.

⁹⁰². Confira-se a íntegra do raciocínio dos autores: “we consider that where the arbitration agreement is drafted in terms sufficiently broad so as not to exclude that option (such as “all disputes arising out of the present contract”), there is no reason why international commercial arbitrators should not attach penalties to their injunctions, provided that the measures are incorporated, in the interests of enforcement, in an interim award (cf. *on International commercial arbitration*, par. 1274, p. 696).

De fato, a ausência de manifestação específica em sentido contrário deve ser construída de forma a favorecer a efetividade do processo arbitral e da autoridade dos árbitros, e não em sentido contrário (*supra*, n. 4.5).⁹⁰³

Com relação ao terceiro óbice (necessidade de previsão legal), também não parece que esse seja o melhor entendimento.⁹⁰⁴ Em vez de haver necessidade de previsão legal específica, a solução mais lógica deve ser pela admissibilidade das multas coercitivas, a não ser que haja normas imperativas ou de ordem pública em sentido contrário. Essa solução chega a ser natural, pois, caso não haja o cumprimento voluntário das *astreintes* estabelecidas pelos árbitros, a parte prejudicada será obrigada a executá-las perante as cortes estatais. Na hipótese de uma arbitragem interna, seria virtualmente impossível a execução da multa coercitiva caso a decisão do árbitro colidisse com normas imperativas.⁹⁰⁵

A possibilidade de os árbitros fixarem *astreintes* também é acompanhada, por exemplo, pelos Princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos do Comércio Internacional, espécie de *soft law* cujo objetivo é de guiar e informar (as partes, o árbitro, o juiz e o legislador), sem a pretensão de incorporar-se formalmente aos ordenamentos estatais.⁹⁰⁶

Segundo o art. 7.2.4(1) dos Princípios: “o tribunal que ordena uma parte a adimplir também pode determinar que esta pague uma penalidade caso não cumpra a

⁹⁰³. Isso não impede que algumas legislações, como a francesa, mencione expressamente a possibilidade de os árbitros concederem *astreinte*. De acordo com o art. 1468 do *Nouveau Code de Procédure Civile*: “Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires”.

⁹⁰⁴. FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN, *on International commercial arbitration*, par. 1274, p. 696-697.

⁹⁰⁵. O raciocínio aqui desenvolvido é de todo semelhante ao exposto quando se falou da eventual limitação à autonomia da vontade das partes pela *lex arbitri* no que diz respeito à competência dos árbitros para tutelas de urgência. Aplica-se aqui inclusive a ressalva que foi feita para o caso de arbitragens internacionais. Cf. *supra*, n. 4.7.

⁹⁰⁶. Para uma melhor compreensão do assunto, cf. LAURO GAMA, *Contratos internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*, *passim*.

ordem”.⁹⁰⁷ Se não se pode afirmar que as *astreintes* são aceitas em todas as legislações, a sua presença nos Princípios do UNIDROIT demonstra tendência de utilização por legislações modernas. O art. 7.2.4(2) dos Princípios, por sua vez, na sua parte inicial, dispõe que “a penalidade deverá ser paga à parte prejudicada, a menos que normas imperativas da lei do foro disponham o contrário”.⁹⁰⁸ Essa disposição está de acordo com o que foi afirmado anteriormente sobre a utilização de multas coercitivas pelos árbitros.

A *lex fori*, neste caso, possui a relevância de obstar a execução das *astreintes* em países que não permitem a sua utilização. No ordenamento brasileiro, não existe dúvida sobre a ampla aceitação e utilização das *astreintes*, constituindo técnica para propiciar, nas palavras de GUILHERME AMARAL, tutela jurisdicional adequada.⁹⁰⁹

Todos os supostos óbices apontados para excluir a possibilidade de os árbitros fixarem multas coercitivas, portanto, estão devidamente afastados. Uma última observação ainda deve ser feita.

Especificamente no que diz respeito à utilização de multas coercitivas para dar efetividade às tutelas de urgência proferidas por árbitros, parece ser mais apropriado que os árbitros a estabeleçam no próprio ato que concede a tutela de urgência ou em ato posterior, mas sempre em *caráter provisório*, a fim de evitarem-se complicações processuais imediatas e desnecessárias durante o curso do processo arbitral.⁹¹⁰ A execução de eventuais valores devidos a título de *astreintes* não poderá ser

⁹⁰⁷. Eis a versão original: “Where the court orders a party to perform, it may also direct that this party pay a penalty if it does not comply with the order”.

⁹⁰⁸. Eis a versão original: “The penalty shall be paid to the aggrieved party unless mandatory provisions of the law of the forum provide otherwise. Payment of the penalty to the aggrieved party does not exclude any claim for damages”.

⁹⁰⁹. Cf. *As astreintes e o processo civil brasileiro*, n. 3.3.1, p. 68 e ss.

⁹¹⁰. A provisoriedade, no caso, confere ao árbitro maior flexibilidade e possui a vantagem de permitir de levar em consideração todas as circunstâncias que ocasionaram o eventual atraso, de modo a fixar o valor final da forma mais adequada às necessidades do caso concreto. Sobre o assunto, cf. ALEXIS MOURRE, “Judicial penalties and specific performance in international arbitration”, p. 55.

feita imediatamente porque se trata de multa aplicada em caráter provisório e ainda pendente de liquidação.⁹¹¹

Diante de situação autorizadora, os árbitros estabelecem de imediato a multa coercitiva, mas permanecem com a faculdade de majorar ou até mesmo reduzir o valor das *astreintes*, conforme a necessidade do caso concreto. Se, no processo estatal, existe enorme divergência doutrinária sobre o momento processual adequado para a sua execução,⁹¹² no contexto das tutelas de urgência concedidas por árbitros não haverá, pois eles precisarão, primeiramente, liquidar as *astreintes* a fim de futuramente viabilizar sua execução.⁹¹³ Uma vez liquidado o valor total a ser pago a título de *astreintes* pela parte recalcitrante, o que poderá ser feito por meio da sentença parcial ou final, a parte beneficiada estará autorizada a iniciar a sua execução, sendo vedada a posterior revisão do *quantum* pelo juiz.⁹¹⁴

10.2.2. Inferência adversa

Outro mecanismo de sanção muito comum na praxe arbitral é a denominada inferência adversa (*adverse inference*), que pode ser aplicada pelo tribunal arbitral contra a parte que se nega a cumprir tutela de urgência relacionada à preservação ou exibição de documento. O tribunal arbitral pode, assim, de acordo com

⁹¹¹. Muito embora as *astreintes* tenham finalidade coercitiva, em caso de insucesso dessa medida de apoio a parte interessada obviamente precisará socorrer-se das cortes estatais para execução da multa (cf. SÉBASTIEN BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires*, p. 319).

⁹¹². Sobre essa questão no âmbito do processo estatal, cf. GUILHERME AMARAL, *As astreintes e o processo civil brasileiro*, p. 254 e ss.; MEDINA, *Código de Processo Civil comentado*, p. 435.

⁹¹³. Conforme lembra CARLEVARIS, “la liquidazione dell’*astreintes* non sembra infatti implicare l’esercizio di poteri coercitivi preclusi agli arbitri, risolvendosi nell’accertamento del *quantum debeatur*” (cf. *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, p. 499). Sobre os aspectos da liquidação da sentença e arbitragem, cf. TALAMINI-WLADECK, “Sentença arbitral e liquidez”, p. 159 e ss.

⁹¹⁴. Essa afirmação é sustentada também no caso de decisões judiciais: “Ofende a coisa julgada a repetição, em Embargos do Devedor, de matéria já anteriormente julgada, com trânsito em julgado, em anterior processo, consistente na alegação de inexistência de motivos para incidência de “astreinte” e de excessiva onerosidade do valor fixado (STJ, REsp 940309/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, julgado em 11/05/2010, DJe 25/05/2010).

FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, “efetivamente penalizar a parte em sua sentença de mérito”.⁹¹⁵

Para que essa sanção seja aplicável é preciso que o documento esteja na posse da parte recalcitrante ou, ao menos, disponível a ela.⁹¹⁶ Além do mais, é preciso que a recusa não tenha um motivo justificável.⁹¹⁷

Esse tipo de sanção é muito semelhante à existente no processo estatal. Embora talvez não muito utilizado na prática, o art. 355 do Código de Processo Civil permite que o juiz possa “ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder”. Caso o juiz decida que a parte contra quem é formulado o pedido deixou de apresentar o documento ou coisa injustificadamente, “admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar” (CPC, art. 359).

Trata-se, no processo estatal, de presunção de veracidade em decorrência da ausência de colaboração da parte. Essa presunção é relativa e “pode ceder diante do conjunto probatório dos autos”.⁹¹⁸

Muito embora não haja uma transposição de regras do processo estatal para o arbitral, o valor a ser alcançado aqui é o mesmo: a parte que se nega a colaborar para a adequada solução do litígio é sancionada por meio de uma presunção relativa com relação aos fatos cujo documento poderia colaborar.⁹¹⁹ Essa presunção, aliás, deve

⁹¹⁵. Cf. *on International commercial arbitration*, par. 1275, p. 697.

⁹¹⁶. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 6-6, p. 241.

⁹¹⁷. FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *on International commercial arbitration*, par. 1275, p. 697.

⁹¹⁸. MARINONI-MITIDIERO, *Código de Processo Civil comentado*, p. 360.

⁹¹⁹. Esse entendimento é defendido por CARMONA há muito tempo: “Pode o árbitro determinar que uma das partes exiba documentos ou coisa que se ache em seu poder, admitindo como verdadeiros os fatos que a parte contrária pretendia provar por meio do documento se houver recusa de exibição” (cf. *A arbitragem no processo civil brasileiro*, p. 109).

levar em consideração o conjunto probatório existente e, obviamente, só pode ser aplicada depois do devido contraditório.⁹²⁰

A falta de colaboração no que diz respeito à apresentação de determinado documento leva à presunção relativa de que aquele documento seria contrário ou adverso aos interesses da parte recalcitrante. É dessa forma que está previsto, por exemplo, no art. 9(5) do *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*.⁹²¹

Todos os argumentos acima expostos dizem respeito ao tipo de sanção aplicável à parte que se nega a cumprir tutela de urgência relacionada à preservação ou exibição de documento.

Seria possível o tribunal arbitral aplicar sanção semelhante para o caso de não cumprimento de quaisquer outras tutelas de urgência? Poderiam ser aplicadas inferências adversas, no momento de sentenciar o litígio, pelo simples fato de as partes não cooperarem com o tribunal arbitral?

Para uma corrente doutrinária, inferências adversas podem ser aplicáveis inclusive contra partes não cooperativas. Ou seja, o simples fato de não cumprir determinada ordem do tribunal arbitral seria capaz de sujeitar a parte desobediente à inferência adversa e influenciar negativamente a decisão de mérito dos árbitros.⁹²²

⁹²⁰. Como todo tipo de sanção, esta aqui também não pode ser aplicada sem que a parte possa ter exercido o contraditório sobre a questão. Nos dizeres de ROBERT MEHREN, o tribunal arbitral, principalmente por não ter os mesmos poderes de um juiz, deve alertar as partes sobre possíveis inferências adversas: “Since arbitration is a private consensual procedure, the arbitrators do not have the power of a judge to enforce compliance with discovery rulings. They can, of course, advise the parties that the tribunal will draw whatever inferences it deems appropriate from a failure to comply with an instruction to produce evidence” (cf. “Rules of arbitral bodies considered from a practical point of view”, p. 110).

⁹²¹. Eis a redação do art. 9(5): “If a Party fails without satisfactory explanation to produce any Document requested in a Request to Produce to which it has not objected in due time or fails to produce any Document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such document would be adverse to the interests of that Party”. O *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* é considerado uma *soft law* e não vincula os árbitros caso não haja acordo expreso das parts nesse sentido. Sobre o papel do *soft law* processual na arbitragem, cf. WILLIAM PARK, “The procedural soft law of international arbitration: non-governmental instruments”, p. 141 e ss.

⁹²². Essa parece ser a opinião de LEW-MISTELIS-KRÖLL: “It can draw negative inferences from non-compliance with its orders” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-83, p. 609).

Para outra corrente doutrinária, inferências adversas devem estar estritamente ligadas a questões específicas de prova. O simples fato de a parte eventualmente não cooperar com o cumprimento de determinada tutela de urgência arbitral não deve ser capaz de influenciar a decisão do árbitro sobre o mérito do litígio.⁹²³

De fato, a razão parece estar com a segunda corrente doutrinária. Se uma postura não cooperativa da parte interessada é de todo indesejável, essa mesma postura por parte dos árbitros seria absolutamente inadmissível. Existe, nas palavras de PIERRE KARRER, “a obrigação de o tribunal arbitral agir de forma justa mesmo em relação às partes que são *diffícies*”.⁹²⁴

Não se pode aceitar que árbitros sancionem o descumprimento de determinada tutela de urgência com uma espécie de prejulgamento negativo do litígio. Exceção a essa regra só pode ser aceita quando há um “nexo causal direto entre o descumprimento da tutela de urgência e o resultado final de mérito”,⁹²⁵ como é o caso, por exemplo, de certas hipóteses de não preservação ou exibição de documento.

Os árbitros não podem perder a sua imparcialidade porque uma parte do processo arbitral resolve desrespeitar a sua decisão.⁹²⁶ Como lembra CARMONA, a “primeira qualidade que se exige do árbitro é a imparcialidade”.⁹²⁷

Essa também parece ser a opinião de CRAIG-PARK-PAULSSON, ao afirmarem que o não cumprimento da ordem do tribunal arbitral pode influenciar a decisão de mérito do caso (cf. *International Chamber of Commerce arbitration*, par. 26.05, p. 460).

⁹²³. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 6-6, p. 241.

⁹²⁴. De acordo com PIERRE KARRER: “The obligation of an arbitral tribunal to act fairly towards the parties extends even to parties that are ‘difficult’” (cf. “Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory, please”, p. 102).

⁹²⁵. POUDRET-BESSON, *Comparative law of international arbitration*, par. 630, p. 460.

⁹²⁶. FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN afirmam, com razão, que o princípio de que os árbitros devem ser independentes e imparciais é universalmente aceito no contexto das arbitragens internacionais: “The principle that arbitrators must be independent and impartial is now universally accepted in international arbitration” (cf. *on International commercial arbitration*, par. 1021, p. 560). Em estudo anterior, CARMONA lembra que “o árbitro deverá proceder sempre com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição no exercício de sua atividade, que substancialmente não se difere daquela desempenhada pelo juiz estatal” (cf. “A arbitragem no Brasil: em busca de uma nova lei”, p. 63 e ss.).

Isso não significa, todavia, que o descumprimento de decisões proferidas pelos árbitros deva ser simplesmente aceito. Outros meios de sanção podem ser empregados, conforme a necessidade do caso concreto (*supra*, n. 10.2.1; *infra*, nn. 10.2.3-10.2.4).

Não se deve esquecer que a conduta das partes pode ter influência sobre a convicção dos árbitros com relação à valoração das provas.⁹²⁸ A confiabilidade ou não da parte pode, até mesmo involuntariamente, influenciar o peso atribuído pelos árbitros a determinadas provas, o que pode, sempre forma indireta (e não como punição), influenciar o resultado final da demanda arbitral.⁹²⁹

10.2.3. Acréscimo de despesas processuais

O fato de a parte adotar postura recalcitrante ou não cooperativa no que diz respeito ao cumprimento das tutelas de urgência arbitrais pode ocasionar inconveniências ao processo arbitral. Consequência dessa postura indesejada é geralmente o acréscimo de tempo à normal duração do processo arbitral e de gastos ao método que já pode ser caro.⁹³⁰

Nada mais natural, portanto, do que o árbitro levar em consideração a conduta da parte ao quantificar as despesas (*em sentido amplo*) do processo.⁹³¹ Uma vez que houve acréscimo de tempo e gastos, esses devem ser considerados pelos árbitros na

Sobre o tema, na doutrina nacional, cf. SELMA LEMES, *Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade*, *passim*.

⁹²⁷. Cf. *Arbitragem e processo*, p. 239.

⁹²⁸. SÉBASTIEN BESSON, *Arbitrage internationale et mesures provisoires*, p. 313; CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 494.

⁹²⁹. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 6-9, p. 241.

⁹³⁰. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 2487.

⁹³¹. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 373. Adotando também um conceito amplo de *despesas* no processo, cf. HELENA ABDO, *O abuso do processo*, p. 111.

sentença arbitral na mesma proporção em que o descumprimento afetou a duração e acrescentou gastos ao processo.⁹³²

A viabilidade do acréscimo de despesas independe do resultado final do processo. Assim, por exemplo, mesmo se a parte recalcitrante for totalmente vencedora no mérito do litígio, a alocação das despesas processuais pode levar em consideração o anterior descumprimento da tutela de urgência proferida pelos árbitros e, portanto, ser proporcionalmente estabelecida.⁹³³

Embora também aqui não haja uma transposição de regras do processo estatal para o arbitral, o conceito de responsabilidade por despesas processuais é muito semelhante ao existente no processo estatal.⁹³⁴

No Código de Processo Civil, pode-se citar (a) o art. 22, o qual estabelece que, se o réu atrasar o desfecho do processo por não ter alegado exceções de mérito, “será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios”; e (b) o art. 267, § 3.º, o qual prevê que o réu, ao não alegar objeções processuais “na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de

⁹³². BARBOSA MOREIRA, “Responsabilidade das partes por danos processuais”, p. 31.

⁹³³. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 6-9, p. 243; PIERRE KARRER, “Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory, please”, p. 102. Esse entendimento é aplicado com naturalidade pelos tribunais arbitrais, como demonstra a decisão do caso *Señor Eudoro Armando Olguín v. República del Paraguay*: “A pesar de que este Tribunal deniega la totalidad de las pretensiones del señor Olguín, no considera justo imponerle el pago de las costas de este proceso. En primer lugar, el cuestionamiento que hizo la parte demandada de la jurisdicción de este Tribunal, fue desechado por las razones que en su oportunidad se expusieron, de manera profusa. (...) Además la conducta de la República del Paraguay ha dilatado innecesariamente este proceso al incumplir en forma reiterada los plazos establecidos por el Tribunal, en particular, las obligaciones impuestas por el reglamento Administrativo y Financiero del CIADI. Por lo anterior, estima este Tribunal que es justo que las partes contribuyan con parte de los gastos que este proceso acarreó, dividiendo las costas procesales en partes iguales y asumiendo cada una los gastos de su representación legal. (ICSID Case No. ARB/98/5).”

⁹³⁴. Sobre o assunto no processo estatal, cf. BARBOSA MOREIRA, “Responsabilidade das partes por danos processuais”, p. 15 e ss. Cf. ainda BRUNELA DE VICENZI, *A boa-fé no processual civil*, p. 77 e ss.

retardamento”.⁹³⁵ Em resumo: em qualquer tipo de processo, aquele que ocasiona despesas adicionais desnecessárias deve responder por elas.

Uma ressalva final deve ser feita. Sabendo-se que o processo arbitral é regido pelo princípio da autonomia da vontade das partes, nada impede que as partes estabeleçam que as despesas processuais serão, por exemplo, repartidas igualmente. Neste cenário, a despeito de a postura indesejada de uma das partes ocasionar acréscimo de tempo e de gastos, a autonomia da vontade limita a atividade dos árbitros na alocação das despesas do processo arbitral.

10.2.4. Danos processuais

Os árbitros também podem, em regra, acrescentar à sentença arbitral danos processuais decorrentes do descumprimento da tutela de urgência. Trata-se, no caso, de responsabilidade decorrente de litigância de má-fé (ou má-fé processual). Essa conclusão decorre de previsão expressa da Lei de Arbitragem (art. 27).

Mesmo se não houvesse essa norma, a possibilidade de os árbitros condenarem a parte recalcitrante em danos processuais decorreria de ampla interpretação da convenção de arbitragem propriamente dita, uma vez que o dever de lealdade é inerente a todo e qualquer processo. A obrigação de cumprir as decisões dos árbitros resulta da forma de resolução de litígios escolhida pelas partes no contrato.⁹³⁶

⁹³⁵. Sobre essas hipóteses, cf. RICARDO APRIGLIANO, “Admissão de prova documental tardia: uma análise sob a perspectiva dos princípios constitucionais do processo”, p. 311 e ss.

⁹³⁶. Conforme lição de CARLEVARIS: “the arbitrators have the power to sanction the non-compliance with their measures by ordering the recalcitrant party to compensate any damage incurred by the other party as a consequence of non-compliance” (cf. “The enforcement of interim measures ordered by international arbitrators: different legislative approaches and recent developments in the amendment of the UNCITRAL Model Law”, p. 14). No mesmo sentido: YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 6-9, p. 243; PIERRE KARRER, “Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory, please”, p. 102.

Assim, mesmo sem a transposição de regras do processo estatal ao arbitral, pode-se dizer que geralmente as “mesmas condutas que dão causa à litigância de má-fé nas ações que tramitam no Judiciário se aplicam ao procedimento arbitral”.⁹³⁷

PIERRE KARRER, por exemplo, cita hipótese em que os árbitros poderiam condenar a parte recalcitrante em valor equivalente à quantia que a parte adversa terá que gastar para promover campanha publicitária a fim de compensar publicidade conduzida em violação à tutela de urgência concedida pelos árbitros.⁹³⁸

A utilização de multas coercitivas pelo árbitro também não impede a aplicação de sanção por litigância de má-fé, pois a natureza de cada uma é distinta.⁹³⁹

Por fim, pode ocorrer que determinada parte prevaleça no mérito e, mesmo assim, seja condenada a indenizar o dano processual, que possui relação apenas com a falta de lealdade processual. Ou seja, aquele que age com má-fé e injustificadamente descumpra tutela de urgência concedida pelos árbitros, posto que titular do direito material, pode ser sancionado em razão de litigância de má-fé.

10.2.5. Impossibilidade de prisão civil ou penal

Mesmo que de forma rápida, é importante mencionar que árbitros não possuem competência para, como meio de coerção indireta, ameaçar a imposição de prisão civil ou penal contra aquele que descumpra as suas ordens.

O direito brasileiro permite prisão civil, em caráter excepcional, no caso de dívida alimentar (Constituição Federal, art., 5.º, inc. LXVII).⁹⁴⁰ Embora haja o

⁹³⁷. MARISTELA BASSO, “Procedimento arbitral atual: necessidade de um diálogo de reforma?”, p. 10 e ss. Cf. ainda, falando de aplicação como mera referência, CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 375.

⁹³⁸. PIERRE KARRER, “Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory, please”, p. 102.

⁹³⁹. GUILHERME AMARAL, *As astreintes e o processo civil brasileiro*, p. 188.

⁹⁴⁰. Era costume se falar que o ordenamento brasileiro permitiria prisão civil em caso de dívida alimentar ou de depositário infiel, mas há atualmente enunciado da súmula do Superior Tribunal de Justiça

entendimento, por parte minoritária da doutrina,⁹⁴¹ de que seria possível o seu emprego como meio de coerção indireta, prevalece o entendimento contrário tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pois a vedação constitucional de prisão civil por dívidas também engloba as hipóteses de prisão civil por causa da dívida.⁹⁴²

No que diz respeito à ameaça de punição com prisão penal, embora haja o entendimento de que decisões de caráter mandamental “enquadram-se comodamente no conceito de ordem legal”⁹⁴³ (e, portanto, em caso de descumprimento, a parte recalcitrante estaria sujeita à sanção), fato é que mesmo o juiz, no exercício da jurisdição cível, é absolutamente incompetente para decretação de prisão fundada em descumprimento de ordem judicial (crime de desobediência).⁹⁴⁴⁻⁹⁴⁵

Ordens de prisão decorrem do monopólio estatal e só podem ser aplicadas por juízes.⁹⁴⁶ Os árbitros não são funcionários públicos⁹⁴⁷ e as suas ordens não

afirmando que “descabe a prisão civil do depositário judicial infiel” (Súmula 419). O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que não cabe prisão civil do depositário infiel independentemente da modalidade (STF, HC 98.893-8/SP, Relator Ministro CELSO DE MELLO, DJ 25/09/2009).

⁹⁴¹. MARCELO GUERRA, *Execução indireta*, n. 4.2.4, p. 246.

⁹⁴². TERESA WAMBIER, “Impossibilidade de decretação de pena de prisão como medida de apoio, com base no art. 461, para ensejar o cumprimento da obrigação in natura”, p. 196 e ss. São inúmeros os precedentes do Superior Tribunal de Justiça: STJ, HC 6812/CE, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJ 27/04/1998; STJ, HC 4031/DF, Relator Ministro JOSÉ DANTAS, DJ 26/02/1996; STJ, HC 4030/SP, Relator Ministro ASSIS TOLEDO, DJ 26/02/1996; HC 2737/AL, Relator Ministro EDSON VIDIGAL, DJ 10/10/1994; RESP 21021/GO, Relator Ministro ASSIS TOLEDO, DJ 17/08/1992; STJ, HC 8428/AL, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, DJ 21/06/1999, p. 156.

⁹⁴³. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, n. 1620, p. 521.

⁹⁴⁴. O art. 330 do Código Penal tipifica crime de desobediência como “desobedecer a ordem legal de funcionário público”.

⁹⁴⁵. Cf. “É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em que o magistrado, no exercício de jurisdição cível, é absolutamente incompetente para decretação de prisão fundada em descumprimento de ordem judicial. Precedentes” (STJ, MC 11804/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, 6.^a Turma, julgado em 17.08.2006, DJ 05.02.2007, p. 378). Por esse motivo, TEORI ZAVASCKI entende que “a sanção penal não é meio de coação, nem mecanismo destinado a obter o cumprimento da prestação executada. Sua aplicação está sujeita a ação própria, de iniciativa do Ministério Público, que se desenvolve no âmbito da jurisdição criminal, sem comunicação alguma com o da execução civil” (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 8, p. 297).

⁹⁴⁶. PIERRE KARRER, “Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory, please”, p. 103.

⁹⁴⁷. O art. 17 da Lei de Arbitragem estabelece que: “os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal”. Essa equiparação possui a finalidade de “fornecer maior respeitabilidade a este método de solução de litígios”, com a possibilidade de responsabilização dos árbitros “nos termos da lei penal na eventualidade de

são, para fins penais, equivalentes a ordens judiciais proferidas por autoridades estatais.⁹⁴⁸ O descumprimento de ordem do árbitro não caracteriza crime de desobediência de acordo com o direito brasileiro.

10.3. DIFERENTES GRAUS DE EFETIVIDADE E DE NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA DO JUIZ

Não obstante atualmente já se reconheça que árbitros podem se valer de mecanismos sancionatórios objetivando a efetividade de suas decisões (*supra*, n. 10.2), fato é que esses nem sempre são úteis ou essenciais para fazer com que determinada tutela de urgência concedida pelo árbitro seja efetiva.⁹⁴⁹ De acordo com o tipo de proteção conferida à situação da vida retratada e a consequência que os árbitros possam extrair do descumprimento, existem diferentes graus de necessidade de assistência das cortes estatais.⁹⁵⁰

Embora não seja possível, nos limites deste trabalho, desenvolver o tema de forma detalhada em razão da grande variedade de situações da vida, apresentam-se aqui alguns exemplos para justificar a afirmação feita acima.⁹⁵¹

Grosso modo, três tipos de cenários podem ser diferenciados: (i) cenário no qual a assistência das cortes estatais *é essencial* para garantir a efetividade da tutela de urgência proferida pelos árbitros; (ii) cenário no qual a assistência das cortes estatais é importante, mas *não é essencial* para garantir a efetividade da tutela de urgência proferida pelo árbitro, pois eventual *sanção é suficiente* para penalizar a parte

cometerem atos que denotem desvio no exercício da função para a qual foram nomeados” (cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 263 e ss.). Esse artigo da Lei de Arbitragem não possui a capacidade de permitir com que o árbitro possa aplicar sanções penais.

⁹⁴⁸. STEPHEN BERTI, “Article 183”, p. 430.

⁹⁴⁹. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, pp. 501-502.

⁹⁵⁰. Cf. relatório do *Working Group II*, A/CN.9/WG.II/WP.108, pp. 18-19.

⁹⁵¹. ROSA ALCAMÍ afirma que “existe cierto tipo de medidas cautelares que no necesariamente llevan aparejada una ejecución para ser eficaces” (cf. *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 139).

recalcitrante; (iii) cenário no qual a cooperação das cortes estatais *não é essencial* para garantir a efetividade da tutela de urgência e *não há necessidade de sanção*.

Com relação ao primeiro cenário, exemplo bastante claro diz respeito às medidas para garantir a viabilidade de futura execução da sentença arbitral (*supra*, n. 3.4.3). Se determinada parte deseja se desfazer de seus bens ou do objeto do litígio para frustrar a satisfação de futura sentença arbitral, de nada adianta que o árbitro acrescente, na decisão final, multa coercitiva pelo período de descumprimento ou condenação ao pagamento de despesas e danos processuais.⁹⁵²

A tentativa de frustrar a satisfação da sentença arbitral pode ocorrer, por exemplo, por meio de transferência de bens ou do objeto do litígio a terceiros a paraíso fiscal ou até mesmo a país não signatário da Convenção de Nova Iorque, impossibilitando a fruição da sentença arbitral.

A necessidade de assistência das cortes estatais para efetivar tutelas de urgência proferidas pelos árbitros precisa, assim, ser tanto maior quanto menor for a probabilidade de a parte prejudicada com a medida cumprir a ordem dos árbitros ou continuar a sua relação com a parte adversa. Nos casos em que a preocupação principal é de que a futura sentença arbitral seja infrutífera em razão de táticas maliciosas, o papel das cortes estatais, em assistência à jurisdição arbitral, é imprescindível.⁹⁵³

Com relação ao segundo cenário, no qual a assistência das cortes estatais *não é essencial* porque eventual *sanção é geralmente suficiente*, pode-se citar como exemplo o pedido de exibição de documento. Com exceção da hipótese em que o pedido de exibição seja objeto da própria pretensão de direito material e, portanto, imprescindível (por exemplo, exibição de livros contábeis a sócio minoritário), na grande maioria das vezes a exibição do documento objetiva a melhor instrução do

⁹⁵². Observação feita por YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 6-12, p. 243.

⁹⁵³. CARLEVARIS “l'utilità di un efficace apparato esecutivo sembra massima rispetto a provvedimenti destinati a garantire l'esecuzione del futuro lodo, che per definizione sfugge al potere sanzionatorio degli stessi arbitri” (cf. *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 502). Cf. relatório do *Working Group II*, A/CN.9/WG.II/WP.108, p. 19.

processo. Eventual negativa injustificada de exibição de determinado documento pode ser satisfatoriamente punida pela sanção de inferência adversa (*supra*, n. 10.2.2). Dependendo do caso concreto, a necessidade de auxílio das cortes estatais visando à busca e apreensão de documento pode ser dispensada, pois os árbitros possuem em suas mãos a possibilidade de sancionar adequadamente a parte recalcitrante por meio de inferências adversas.⁹⁵⁴

Com relação ao *terceiro cenário*, há casos em que tanto a assistência das cortes estatais quanto a aplicação de sanções são desnecessárias, pois a decisão do tribunal arbitral, por si só, já é capaz de tutelar a parte interessada. Essa situação decorre em razão do tipo de tutela pleiteado pela parte interessada. É o caso de tutelas autossuficientes (*self-executing*), como as declaratórias e constitutivas.

Exemplificativamente, não há necessidade de se buscar assistência das cortes estatais quando os árbitros emitem tutelas de urgência (a) suspendendo os efeitos de decisão assemblear; (b) suspendendo provisoriamente a autoridade de um indivíduo para representar determinada parte; (c) suspendendo ou dando autorização para a parte interessada suspender algum trabalho ou cumprimento de alguma obrigação contratual; (d) autorizando a parte interessada a vender imediatamente produtos perecíveis; ou (e) autorizando a parte interessada a executar eventual garantia contratual.⁹⁵⁵

Como se pode perceber, a real necessidade de auxílio das cortes estatais está relacionada ao tipo de provimento jurisdicional pleiteado e pode variar substancialmente. Essas variações estão ligadas diretamente com o direito material envolvido em litígio, mas ganham peculiaridades interessantes no cenário arbitral.

⁹⁵⁴. Menciona-se, ainda, que algumas questões relacionadas com a condução da arbitragem ou da relação das partes durante o processo arbitral também podem ser devidamente sancionadas pelos árbitros: “there may also be a need for enforcing measures related to conduct of arbitration and to relations between arbitrating parties after a dispute has arisen. The threat of possible liability for costs or damages may assist with the compliance when a party does not voluntarily abide with the measure ordered” (cf. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 6-12, p. 243). Cf. ainda relatório do *Working Group II* UN Doc A/CN.9/WG.II/WP.108, pp. 18-19.

⁹⁵⁵. Os três primeiros exemplos são de MARKUS WIRTH, “Interim or preventive measures in support of international arbitration in Switzerland”, p. 32-33. Os dois últimos são de SEGESSER-KURTH, *International arbitration in Switzerland*, p. 85.

10.4. PAPEL DAS CORTES ESTATAIS PARA EFETIVAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Demonstrou-se, neste capítulo, que as tutelas de urgência arbitrais proferidas pelos árbitros são em regra cumpridas voluntariamente, de forma espontânea ou induzida (*supra*, nn. 10.1 e 10.2).

As tutelas de urgência arbitrais, todavia, não serão realmente efetivas a não ser que a parte interessada tenha a faculdade de obter a sua efetivação de forma coercitiva.⁹⁵⁶ Eventual sanção imposta à parte recalcitrante nem sempre possui a capacidade de entregar o mesmo tipo de satisfação quando comparada ao cumprimento específico da medida (*supra*, n. 10.3).

A autoridade dos árbitros para conceder tutelas de urgência arbitrais, assim, só passa a ser totalmente completa se também for reconhecida a possibilidade de efetivação dessas medidas por meio das cortes estatais.⁹⁵⁷

Tratando-se propriamente de execução de decisões arbitrais (*i.e.*, exercício de *imperium*), a competência é exclusiva das cortes estatais ou de agentes autorizados pelo Estado (*supra*, n. 5.5.4).⁹⁵⁸ Cada país possui soberania para regular o modo como os atos de efetivação das decisões arbitrais devem ocorrer dentro de seu território. A autonomia da vontade das partes, nesse aspecto, não possui nenhuma influência.⁹⁵⁹

⁹⁵⁶. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 2018; CARLEVARIS, “The enforcement of interim measures ordered by international arbitrators: different legislative approaches and recent developments in the amendment of the UNCITRAL Model Law”, p. 14; FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *on International commercial arbitration*, par. 1302, p. 708.

⁹⁵⁷. POUURET-BESSON, *Comparative law of international arbitration*, par. 630, p. 539; TIJANA KOJIVIĆ, “Court enforcement of arbitral decisions on provisional relief: how final is provisional?”, p. 511.

⁹⁵⁸. Conforme lembrem FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN: “The courts' exclusive jurisdiction over the enforcement of judicial decisions, whether court judgments or arbitral awards, prevents arbitrators from hearing such issues” (cf. *on International commercial arbitration*, par. 1323, p. 719).

⁹⁵⁹. FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *on International commercial arbitration*, par. 1323, p. 719.

Em passado não tão distante, a efetivação, perante as cortes estatais, das tutelas de urgência proferidas por árbitros apresentava problemas significantes. A interpretação majoritária era de que apenas as sentenças arbitrais seriam passíveis de execução.⁹⁶⁰ A provisoriedade das tutelas de urgência excluía a possibilidade de sua execução imediata.⁹⁶¹

Mais recentemente, algumas legislações passaram a regular o assunto, como é o caso da Suíça, Inglaterra e Alemanha, que serão analisadas de forma sumária mais abaixo. A França, por exemplo, reconhecida por sua posição de vanguarda no campo arbitral, até recentemente apenas regulava a matéria por meio da sua jurisprudência. Os Estados Unidos da América, até de forma mais natural em razão da construção do seu direito preponderantemente por meio de precedentes, regulam o assunto apenas por meio da sua jurisprudência.⁹⁶²

O fato de existirem legislações que não abordam o modo como será realizada a efetivação das tutelas de urgência proferidas pelos árbitros ou, quando abordam, fazem-no de forma precária, contribui para incertezas no momento em que se deveria entregar a tutela (e, não se pode esquecer, tutela significa *amparo, ajuda*)⁹⁶³ de forma célere e efetiva.⁹⁶⁴

⁹⁶⁰. SÉBASTIEN BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires*, p. 296 e ss.

⁹⁶¹. LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-84, pp. 609-610.

⁹⁶². TIJANA KOJOVIĆ, “Court enforcement of arbitral decisions on provisional relief: how final is provisional?”, p. 511.

⁹⁶³. DINAMARCO, “Tutela jurisdicional”, p. 351 e ss.; CARMONA, parecer “Contrato de joint venture”, p. 157.

⁹⁶⁴. Constatação feita por YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 6-17, p. 245, nota de rodapé n. 43; GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 2018. TIJANA KOJOVIĆ faz alerta de que a maioria das legislações, ao preverem a possibilidade de assistência para efetivação, o fazem de forma muito simples ou permitem um substancial controle pelas cortes estatais, de forma a desnaturar a decisão do árbitro: “The arbitration statutes which do provide for court enforcement fail to offer a comprehensive solution to the problem. In some countries, decisions on provisional relief are subject to substantive court review, so that one cannot speak of pure enforcement proceedings” (cf. “Court enforcement of arbitral decisions on provisional relief: how final is provisional?”, p. 511). Alguns países, como os Estados Unidos da América, desenvolveram sua prática sob o assunto apenas com base na evolução jurisprudencial (cf. MICHAEL HOELLERLING, “Pratique et experience de l’AAA”, p. 32 e ss.).

A questão da efetivação das tutelas de urgência passou a ser vista com mais atenção.

A UNCITRAL, percebendo a importância do tema das tutelas de urgência no processo arbitral e, principalmente, de que a efetivação das tutelas de urgência (*enforceability*) ainda é um dos pontos mais problemáticos, decidiu organizar grupos de trabalho (*working groups*) com a finalidade de seguir elaborando normas sobre a matéria.⁹⁶⁵

Assim, em março de 2000, na trigésima segunda sessão, o Secretário Geral da UNCITRAL apresentou relatório com a finalidade de instituir e guiar os trabalhos de dois *working groups*: um sobre conciliação e o outro sobre tutelas de urgência, com principal enfoque na efetivação.⁹⁶⁶ Desenvolvidos os trabalhos por anos, em 2006 a Lei Modelo da UNCITRAL sofreu diversas alterações, muitas já mencionadas ao longo deste trabalho.

Especificamente no que diz respeito à efetivação das tutelas de urgência, o novo art. 17-H (1) prevê que, “concedida por um tribunal arbitral é obrigatória e, salvo disposição em contrário do tribunal arbitral, pode ser executada mediante requerimento dirigido à corte competente, independentemente do país onde proferida”.⁹⁶⁷ A redação do art. 17-H (1) será objeto de análise mais detida em seguida (*infra*, n. 10.5.2)

⁹⁶⁵. ROSA ALCAMÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, p. 69.

⁹⁶⁶. Cf. relatório geral UN Doc A/CN.9/WG.II/WP.108, p. 3 e ss. Em novembro de 2000, já se produziu dois novos relatórios sobre o assunto: UN Doc A/CN.9/WG.II/WP.110 e UN Doc A/CN.9/WG.II/WP.110.

⁹⁶⁷. Eis a versão original e completa: “An interim measure issued by an arbitral tribunal shall be recognized as binding and, unless otherwise provided by the arbitral tribunal, enforced upon application to the competent court, irrespective of the country in which it was issued, subject to the provisions of article 17-I”

10.5. MODELOS DE EFETIVAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Este trabalho não possui o objeto de realizar um estudo de direito comparado com relação ao modo de efetivação das tutelas de urgência nas diversas legislações arbitrais. No entanto, breve análise de algumas legislações estrangeiras facilitará a análise a ser realizada posteriormente, permitindo uma percepção mais clara da realidade brasileira.

Reconhecem-se, atualmente, mediante a análise de legislações arbitrais estrangeiras, ao menos três modelos mais comuns para efetivação das tutelas de urgência arbitrais: (i) efetivação direta da decisão do árbitro, como se fosse decisão do juiz; (ii) efetivação mediante assistência do juiz; (iii) efetivação mediante *exequatur* da decisão do árbitro.⁹⁶⁸

A exposição dos subitens abaixo progride do modelo em que se concede maior peso à decisão dos árbitros (igualando-a à decisão do juiz inclusive para fins de efetivação direta), até o modelo no qual a decisão do árbitro precisa ser objeto de *exequatur* pelo juiz a fim de integrá-la ao ordenamento jurídico daquele determinado estado. Breve análise desses modelos possui inegável relevância para uma percepção mais clara do modelo adotado pelo direito brasileiro.

⁹⁶⁸. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 6-12, p. 243; CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 504 e ss. Existe ainda um quarto modelo, por meio do qual, de acordo com YESILIRMAK, a decisão do árbitro serviria apenas de inspiração para a decisão do juiz, que necessariamente substituiria a última (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 6-31, pp. 254-255). O conceito desse modelo é bem resumido por PIERRE KARRER: "Other systems do not grant any execution to interim measures issued by arbitral tribunals at the seat, but make it possible for the court to issue a separate order of its own which may of course be inspired by the order issued by the arbitral tribunal but will stand separately on its own feet" (cf. "Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory, please", p. 103). No entanto, pesquisa recente conduzida para fins deste trabalho não localizou com clareza nenhum país que aplicasse esse modelo, motivo pelo qual apenas consigna-se aqui sua existência, cuja utilização prática é provavelmente muito reduzida ou nenhuma.

10.5.1. Modelo da efetivação direta

Dos três modelos que serão analisados neste trabalho, o mais raro de se encontrar na prática arbitral é este. Nos países que adotam o modelo da efetivação direta da medida proferida pelo árbitro, as tutelas de urgência são efetivadas sem a necessidade de assistência das cortes estatais. Esse modelo possui a vantagem de eliminar o tempo que o juiz demoraria a analisar o caso e, então, determinar que funcionários públicos pratiquem atos materiais para efetivação da medida.

Na Colômbia, conforme explica EDUARDO JARAMILLO, o árbitro pode determinar e solicitar, diretamente a funcionários públicos, a assistência para apreensão de bens sem a intervenção das cortes estatais.⁹⁶⁹ Isso porque, de acordo com o art. 114, da lei 23 de 1991, que regula a assistência da polícia para cumprimento de ordens judiciais, os árbitros têm os mesmos deveres, poderes e faculdades do juiz.⁹⁷⁰

A mesma solução foi adotada pelo Equador, com a diferença de que, neste país, a efetivação direta só é cabível nos casos em que as partes tenham se manifestado nesse sentido na convenção de arbitragem.⁹⁷¹ É necessário *opt in* para que os árbitros possam solicitar a assistência diretamente a funcionários públicos.

Este modelo é, sem dúvida alguma, o que garante maior celeridade e efetividade às tutelas de urgência. Em um mundo ideal, esse modelo com certeza

⁹⁶⁹. Cf. “National report for Colombia (2010)”, p. 28.

⁹⁷⁰. EDUARDO JARAMILLO, “National report for Colombia (2010)”, p. 28. Eis o inteiro teor do art. 114: “Los árbitros tendrán los mismos deberes, poderes y facultades que para los jueces se consagran en el Código de Procedimiento Civil, y responderán civil, penal y disciplinariamente en los términos que la ley establece para los jueces civiles del circuito, a quienes se asimilan”.

⁹⁷¹. Eis o inteiro teor do art. 9.º da *Ley de Arbitraje y Mediación* de 2011: “Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas”.

deveria ser seguido, de forma a garantir maior peso às tutelas de urgência concedidas por árbitros.⁹⁷²

A prática arbitral, todavia, demonstra que a comunidade empresarial deseja que haja algum tipo de controle, mesmo que mínimo, das decisões dos árbitros.

As sentenças arbitrais, cujo proferimento ocorre depois de cognição exauriente e amplo contraditório, estão sujeitas a eventuais controles no momento de homologação (para sentenças estrangeiras) ou de execução (para sentenças nacionais), isso sem mencionar as demandas anulatórias. Na Bélgica, em 1985, o legislador decidiu excluir a possibilidade de demandas anulatórias para os casos em que nenhuma das partes tivesse ligação com o território belga e a consequência prática foi negativa, com significativa redução da quantidade de arbitragens.⁹⁷³ Ou seja, a eliminação do controle estatal, em vez de benificar o instituto da arbitragem, trouxe-lhe desvantagens, pois a sensação de insegurança jurídica aumentou.

Como no processo arbitral, em regra, não há a possibilidade de recurso contra as decisões dos árbitros, o modelo da efetivação direta significa retirar qualquer tipo de controle prévio das cortes estatais. Mesmo em casos externos, por exemplo, de violação a princípios informadores do processo arbitral, as partes ficariam sem nenhum tipo de controle imediato.

Em termos práticos, ao que parece, essa solução não é bem aceita pela comunidade empresarial. Conforme lembra BEDAQUE, em raciocínio perfeito ao modelo

⁹⁷². Embora fazendo referência a decisões finais, e não tutelas de urgência, essa parece ser a posição de PAULO HOFFMAN, “Arbitragem: algumas dúvidas processuais práticas quando o juízo estatal é chamado a intervir”, pp. 315-316.

⁹⁷³. Vejam-se os comentários de BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER sobre o episódio belga: “This attitude [de eliminação de controle estatal] was adopted by Belgium, which in 1985 ‘delocalised’ international commercial arbitration by eliminating the possibility of setting aside an award made in Belgium when none of the parties was a natural person having Belgian nationality or residence; or a legal person having its main office or a seat of operations in Belgium. However, the position has since changed. Parties were apparently discouraged from choosing Belgium as a place of arbitration (cf. *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 10.6, p. 608). GREENBERG-KEE-WEERAMANTRY narram episódio semelhante com a lei de arbitragem da Malásia antes de 2005. Embora menos conhecido, a consequência foi semelhante e em 2005 da lei de arbitragem foi alterada para reincluir a previsão de demanda anulatória (cf. *International commercial arbitration*, par. 2.76, p. 77).

em exame, busca-se a efetividade do processo, porém não se “pode abrir mão da segurança jurídica representada pelo respeito às garantias a ele inerentes”.⁹⁷⁴

10.5.2. Modelo da assistência

O segundo modelo é denominado de assistência, por meio do qual as cortes estatais limitam-se a prestar auxílio à efetivação das tutelas de urgência. O juiz serve como meio de cooperação para que a ordem do árbitro seja efetivada. O juiz, que possui *imperium*, determina, com base na decisão do árbitro, os atos materiais de execução.

Nesse modelo, em regra, o juiz não revê o mérito da tutela de urgência arbitral e analisa apenas aspectos formais da decisão arbitral. A assistência pode ser negada se houver nulidades formais.

Exceção à regra acima mencionada pode ser encontrada, por exemplo, na legislação da Alemanha, pois o art. 1041(2), parte final, da ZPO, dispõe que o juiz “pode remodelar tal provimento se necessário para a finalidade e efetivação da medida”.⁹⁷⁵ O objetivo dessa norma, porém, não é rever o mérito da decisão do árbitro, mas sim permitir que tutelas de urgência proferidas no estrangeiro, e que não tenham equivalentes no sistema alemão, sejam adaptadas a fim de ser possível a sua efetivação da mesma forma. A autorização de *remodelação*⁹⁷⁶ da tutela de urgência é voltada para que decisões mais flexíveis dos árbitros não restem infrutíferas perante as cortes estatais.⁹⁷⁷

⁹⁷⁴. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 115.

⁹⁷⁵. Eis a redação completa e em inglês: “The court may, at the request of a party, permit enforcement of a measure referred to in subsection 1, unless application for a corresponding interim measure has already been made to a court. It may recast such an order if necessary for the purpose of enforcing the measure”.

⁹⁷⁶. A palavra utilizada na língua inglesa é *recast*.

⁹⁷⁷. Conforme exemplo de KREINDLER-SCHÄFER: “By way of example, the OLG Karlsruhe had before it a case under the then Brussels Convention for the enforcement of an English Mareva injunction. The court enforced the Mareva injunction under § 890 ZPO, which bears an injunctive title, instead of ‘translating’ it into a functionally equivalent pre-judgment attachment (Arrest)” (cf. “Interim measures of protection”, pp. 271-272).

Situação semelhante acontece na Suíça, tendo em vista o escopo mais limitado de tutelas de urgência previstas ao juiz suíço.⁹⁷⁸ Essas previsões apenas reforçam o que já foi dito neste trabalho sobre as vantagens das tutelas de urgência concedidas por árbitros e maior liberdade que esses possuem para analisar quais medidas devem ser concedidas (*supra*, nn. 3.3-9.6).

O modelo da assistência é adotado por diversos países. YESILIRMAK aponta, de acordo com pesquisa por ele realizada, mais de vinte e nove locais onde esse modelo é adotado.⁹⁷⁹ Dois exemplos relevantes, Alemanha e Suíça já foram mencionados acima. O art. 183(2) da legislação arbitral suíça para arbitragens internacionais utiliza-se expressamente do vocábulo *assistência*.⁹⁸⁰

A Lei Modelo da UNCITRAL, depois da revisão ocorrida em 2006, também adotou expressamente o modelo da assistência. Para que seja possível a assistência das cortes estatais, de acordo com o art. 17-H (1), basta “requerimento dirigido à corte competente”.⁹⁸¹ Essa escolha demonstra que o modelo tende a crescer em número de adesões.

A Lei de Arbitragem, adianta-se aqui, também adotou o modelo da assistência e será objeto de análise mais detida em seguida (*infra*, n. 10.6).

Dentro do cenário atual de desenvolvimento da arbitragem, este modelo é o que apresenta, ao que parece, a melhor solução. Ao mesmo tempo em que permite

⁹⁷⁸. Conforme explica MARKUS WIRTH: “Pursuant to Art. 183 para. 2 PILA the (Swiss) court from which enforcement assistance is sought “shall apply its own law”. It can therefore order the enforcement only of such measures that are available under the prevailing Swiss (cantonal or federal) law. If necessary it thus has to transpose the arbitral tribunal's order into the corresponding category of the applicable state law” (cf. “Interim or preventive measures in support of international arbitration in Switzerland”, p. 39).

⁹⁷⁹. Cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 6-23, p. 247 e ss.

⁹⁸⁰. Eis a versão em inglês: “If the party concerned does not voluntarily comply with these measures, the arbitral tribunal may request the assistance of the state judge, the judge shall apply his own law”.

⁹⁸¹. Eis a versão original: “An interim measure issued by an arbitral tribunal shall be recognized as binding and, unless otherwise provided by the arbitral tribunal, enforced upon application to the competent court, irrespective of the country in which it was issued, subject to the provisions of article 17-I”

tramitação célere e efetiva (uma vez que o procedimento de assistência é rápido e não demanda maiores formalidades), há a possibilidade de o juiz realizar um controle mínimo e formal do ato arbitral. As garantias, no caso, são semelhantes às aquelas existentes para sentenças arbitrais. Trata-se de modelo sem maiores formalidades, mas que, ao mesmo tempo, garante segurança às partes do processo arbitral.⁹⁸²

10.5.3. Modelo do *exequatur*

O terceiro modelo é denominado de *exequatur* porque a tutela de urgência do árbitro, a fim de produzir efeitos dentro de um sistema diferente daquele em que foi proferida (*do sistema arbitral para o estatal*), depende de homologação das cortes estatais. Por meio desse modelo, a decisão do árbitro simplesmente não possui efeito legal imediato e precisa de um juiz para confirmar ou aprovar a sua decisão.⁹⁸³

O modelo de *exequatur* das tutelas de urgência é semelhante aos regimes (a) de homologação de sentenças arbitrais nacionais, adotado no Código de Processo Civil de 1973; e, (b) de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, adotado no direito brasileiro atualmente.

Do ponto de vista teórico, o modelo do *exequatur* requer a equiparação da tutela de urgência à sentença arbitral, mesmo que essa equiparação seja apenas na forma.⁹⁸⁴

País geralmente citado pela doutrina, quando se refere ao modelo do *exequatur*, é a Holanda, cujo art. 1051(3) do Código de Processo Civil holandês do prevê que “uma decisão concedida em processo sumário arbitral deve ser considerada como uma sentença arbitral à qual as regras das Seções Três a Cinco deste Título são

⁹⁸². YESILIMARK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 6-27, p. 253.

⁹⁸³. Falando sobre sentenças estrangeiras, cf. RENATA GASPARI, *Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil*, p. 124.

⁹⁸⁴. POUDRET-BESSON, *Comparative law of international arbitration*, par. 631, p. 540; CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 506.

aplicáveis”.⁹⁸⁵ As três seções mencionadas no artigo dizem respeito, respectivamente, à disciplina da sentença arbitral, execução da sentença arbitral e meios de impugnação da sentença arbitral.

A Espanha também parece seguir este modelo. De acordo com o art. 23.2 da *Ley de Arbitraje*, às “decisões arbitrais sobre tutelas de urgência, qualquer que seja a sua forma, serão aplicáveis as normas sobre anulação e execução forçada de laudos”.⁹⁸⁶

A equiparação da tutela de urgência à sentença arbitral, assim, conforme entende CARLEVARIS, não parece uma solução satisfatória nem sob o ponto de vista teórico nem sob o ponto de prático.⁹⁸⁷

A despeito de o modelo de *exequatur* limitar-se também a um controle formal das decisões dos árbitros, não há dúvidas de que o procedimento homologatório não é capaz de outorgar toda a efetividade que o ato merece, pois faz com que exista uma fase mais ou menos demorada, dependendo do país, para a concessão do *exequatur* pelo juiz.⁹⁸⁸

Ao contrário do modelo da assistência, no qual o próprio árbitro expede a solicitação de assistência ao juiz, neste modelo a parte precisa adotar todas as medidas que seriam normalmente necessárias para execução da sentença arbitral, que geralmente são mais formais. O modelo da assistência também consegue adaptar-se de forma mais adequada às hipóteses de revisão da tutela de urgência pelo tribunal arbitral, uma vez

⁹⁸⁵. Eis a versão original: “A decision rendered in summary arbitral proceedings shall be regarded as an arbitral award to which the provisions of Sections Three to Five inclusive of this Title shall be applicable”.

⁹⁸⁶. Eia a versão original: “A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos”.

⁹⁸⁷. Cf. *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, p. 515.

⁹⁸⁸. YESILIMARK explica que um dos pontos negativos desse modelo, citando o exemplo da Alemanha, seria permitir ao juiz a modificação da decisão do árbitro, o que poderia dar origem a eventual revisão do mérito (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 6-30, p. 254). Conforme mencionado anteriormente, as normas alemãs parecem se encaixar melhor com o modelo da assistência (supra, n. 10.5.2). Além do mais, pela própria natureza do ato de *exequatur*, não parece ser possível modificação de seu conteúdo: o ato ou é confirmado ou é negado.

que basta a adaptação da medida pelo juiz, sendo que no modelo do *exequatur* deve-se iniciar novo procedimento para tanto.⁹⁸⁹

10.6. EFETIVAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NACIONAIS

CARMONA, em artigo publicado logo depois da entrada em vigor da Lei de Arbitragem, menciona que “nada ficou consignado acerca do *modus operandi* da colaboração judicial no curso do processo arbitral”.⁹⁹⁰

De fato, a Lei de Arbitragem diz muito pouco sobre o papel das cortes estatais com relação à efetivação das tutelas de urgência arbitrais. É preciso, portanto, com base na experiência de outras legislações e mediante interpretação sistemática, encontrar mecanismos adequados para essa fase processual de cooperação das cortes estatais.

Levando-se em consideração os modelos expostos no item anterior, não parece haver dúvida de que o direito brasileiro adotou o modelo da efetivação das tutelas de urgência por meio de *assistência* das cortes estatais.⁹⁹¹

No direito brasileiro, não é possível ao árbitro emitir ordem diretamente a funcionários públicos, mas também não é preciso que a medida concedida pelo árbitro passe por processo ou incidente prévio de homologação a fim de ser efetivada.⁹⁹²

O modelo da assistência é, ao que parece, o mais adequado para a efetivação de tutelas de urgência arbitrais, uma vez que garante método célere, efetivo e

⁹⁸⁹. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, pp. 515-516.

⁹⁹⁰. Cf. “Árbitros e juízes: guerra ou paz?”, p. 423.

⁹⁹¹. CARMONA refere-se a *concurso* do juiz togado para a execução da medida cautelar, mas o significado aqui é idêntico (cf. *Arbitragem e processo*, p. 324).

⁹⁹². O papel de assistência das cortes estatais fica muito claro no art. 22, § 2.º, da Lei de Arbitragem, segundo o qual, na ausência de testemunha, “poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem”. O auxílio do juiz é apenas para condução da testemunha – e não para sua oitiva (cf. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 317).

adequado para a efetivação das tutelas de urgência proferidas pelos árbitros. Ao mesmo tempo, permite que haja controle mínimo *prévio* das decisões dos árbitros pelo juiz, de forma a gerar maior segurança às partes e beneficiar, em última instância, o instituto da arbitragem.

Passa-se, portanto, em seguida, à análise de alguns aspectos relevantes no que concerne ao modelo de assistência adotado pelo direito brasileiro.

10.6.1. Foro competente para a efetivação

Superada a questão de que, no direito brasileiro, a competência para concessão de tutelas de urgência é do árbitro, e não do juiz (*supra*, n. 6.3.2), inexistem dúvidas de que a adequada interpretação do art. 22, § 4.º, da Lei de Arbitragem, diz respeito à fixação do foro competente para assistência à efetivação das tutelas de urgência ordenadas pelos árbitros.

O auxílio para efetivação das tutelas de urgência deve ser solicitado, em regra, “ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa”.⁹⁹³

Não se pode ignorar, todavia, a necessidade de maior flexibilidade para a prática de atos materiais de execução. Não faria sentido que o juízo originariamente competente recebesse o pedido de auxílio para efetivação da tutela de urgência e, depois, tivesse que expedir carta precatória para *nova solicitação de auxílio* a outro juízo estatal.⁹⁹⁴

⁹⁹³. Embora fazendo referência à fase de execução da sentença arbitral, CARMONA possui idêntico entendimento: “será competente para executar a sentença arbitral o juízo cível que teria julgado a causa se as partes não tivessem celebrado convenção arbitral” (cf. *Código de Processo Civil interpretado*, p. 1627). Cf. ainda JOEL FIGUEIRA JR., *Arbitragem, jurisdição e execução*, p. 223.

⁹⁹⁴. ALEXANDRE CATRAMBY, *Das relações entre o tribunal arbitral e o Poder Judiciário para a adoção de medidas cautelares*, p. 92.

Exatamente por esse motivo, o art. 475-P, par. único, do Código de Processo Civil, autoriza, por opção do exequente, o cumprimento de sentença “pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos será solicitada ao juízo de origem”.⁹⁹⁵ Ao que parece, não existe nenhum óbice a que essa flexibilidade seja aplicada também às tutelas de urgência arbitrais.

Mesmo sem mencionar expressamente o art. 475-P, par. único, do Código de Processo Civil, CARMONA entende que o tribunal arbitral poderá, no caso de necessidade de assistência da jurisdição estatal, oficiar diretamente ao juízo que estiver em melhores condições de auxiliar no cumprimento da ordem.⁹⁹⁶ Tudo isso de forma a colaborar com a efetividade das decisões arbitrais.

10.6.2. Solicitação de assistência

Segundo o art. 22, § 4.º, da Lei de Arbitragem, o árbitro é responsável por solicitar, caso haja necessidade, auxílio das cortes estatais para efetivação das tutelas de urgência.

Em decorrência dos termos do dispositivo legal acima mencionado, a doutrina arbitralista entende que cabe ao árbitro ou presidente do tribunal arbitral (e não às partes) solicitar às cortes estatais a efetivação coercitiva da medida concedida pelo árbitro.⁹⁹⁷

Existe opinião parcialmente divergente de PEDRO BATISTA MARTINS, para quem “somente o árbitro poderá solicitar a imposição da medida ao juiz togado”,

⁹⁹⁵. O art. 475-J estabelece, portanto, competência concorrente entre três juízos, de forma a outorgar maior efetividade à execução (cf. MEDINA, *Código de Processo Civil comentado*, p. 509).

⁹⁹⁶. CARMONA, “Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro”, p. 41.

⁹⁹⁷. Cf., dentre outros, MICHELE LYRA TOSTES, *Tutela de urgência e arbitragem: mecanismos de acesso à justiça*, p. 77; ALEXANDRE CÂMARA, “Das relações entre a arbitragem e o Poder Judiciário”, p. 2 e ss.; JOEL FIGUEIRA JR., *Arbitragem, jurisdição e execução*, p. 224; SERGIO BERMUDEZ, “Medidas coercitivas e cautelares no processo arbitral”, p. 279.

mas admite, ao mesmo tempo, que, “alternativamente, o próprio interessado, desde que munido da determinação escrita do juízo arbitral”, possa procurar o auxílio da corte estatal.⁹⁹⁸

Esta posição, ao que parece, é semelhante à existente no caso de arbitragens internacionais na Suíça. Lá, tanto quanto aqui, há previsão de que o árbitro deva solicitar auxílio das cortes estatais para efetivação das tutelas de urgência, mas existe opinião admitindo que a parte interessada também tem a faculdade de apresentar pedido de auxílio.⁹⁹⁹

O mais importante é ficar claro como deve ocorrer o trâmite para a solicitação de auxílio.

Parece inexistir divergência, a despeito da falta de regulamentação sobre os trâmites necessários, de que o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral deve expedir ofício por meio do qual comunica ao juiz a tutela de urgência concedida e solicita auxílio para a sua efetivação prática, de forma semelhante ao que ocorre com uma carta precatória.¹⁰⁰⁰

O ofício pode ser expedido tanto a pedido da parte interessada quanto *ex officio* e, como lembra CARMONA, deve ser “instruído com cópia da convenção de

⁹⁹⁸. PEDRO BATISTA MARTINS, “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro”, p. 363. Em outra parte, o autor menciona que o “requerimento ao juízo ordinário pode ser feito pela própria parte interessada, através de seus advogados, e, não pelo árbitro, necessariamente, o que evita complicadores operacionais para este (v.g. escolha de advogado; avaliação da razoabilidade dos honorários a serem pagos; exigência de depósito prévio para custeio das despesas) e não põe em risco a imparcialidade do julgador” (cf. “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro”, p. 366).

⁹⁹⁹. É o que relata MARKUS WIRTH: “The tribunal can, however, pursuant to Art. 183 para. 2 PILA ‘if the party concerned does not voluntarily comply with the [interim] measures... request the assistance of the competent state court’. Although the PILA is silent on the point, it is argued that such request for assistance may also be submitted by one of the parties” (cf. “Interim or preventive measures in support of international arbitration in Switzerland”, p. 38).

¹⁰⁰⁰. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 325; ALEXANDRE CÂMARA, “Das relações entre a arbitragem e o Poder Judiciário”, p. 11; SIDNEI BENETI, “Arbitragem e tutela de urgência”, p. 104; ALEXANDRE CATRAMBY, *Das relações entre o tribunal arbitral e o Poder Judiciário para a adoção de medidas cautelares*, p. 91.

arbitragem e do adendo de que trata o art. 19, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, se existir”.¹⁰⁰¹ A solicitação de auxílio é sempre do tribunal arbitral.¹⁰⁰²

Outra coisa totalmente diversa é o envio do ofício do tribunal arbitral. Este pode ser realizado tanto pelos árbitros como, se houver necessidade, pela parte interessada. No caso, o tribunal arbitral expede o ofício e autoriza a parte interessada a ficar encarregada dos atos necessários para distribuição do pedido de auxílio. É assim que já ocorre com cartas precatórias e rogatórias em processos estatais. Não se pode esquecer, porém, que a parte eventualmente auxilia na distribuição do ofício, mas que o titular do pedido de assistência é sempre o órgão arbitral.¹⁰⁰³

Como se pode perceber, não se trata de demanda judicial para efetivar a medida, mas mero pedido de auxílio. Consequência disso é que inexistente a necessidade de citação do executado ou abertura de prazo para impugnar a decisão. Todos esses atos já ocorreram ou deveriam ter ocorrido perante a jurisdição arbitral.¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰¹. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 325. Para JOEL FIGUEIRA JR. a única formalidade é a prova de existência da convenção de arbitragem (cf. *Arbitragem, jurisdição e execução*, p. 223). ALEXANDRE CATRAMBY indica um rol mais amplo, utilizando-se, por meio de analogia, dos requisitos da carta precatória prevista no art. 202 do Código de Processo Civil (cf. *Das relações entre o tribunal arbitral e o Poder Judiciário para a adoção de medidas cautelres*, pp. 91-92).

¹⁰⁰². Diferentemente do modelo do *exequatur*, analisado acima, no modelo da assistência “one may note that the court assistance proceedings can only be initiated by an arbitral tribunal” (cf. TIJANA KOJOVIĆ, “Court enforcement of arbitral decisions on provisional relief: how final is provisional”, p. 519). Cf. ainda SÉBASTIEN BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires*, p. 305.

¹⁰⁰³. O projeto do Código de Processo Civil resolve positivar os pedidos de auxílio do árbitro. Assim, cria-se a carta arbitral e ela é colocada ao lado das demais cartas (de ordem, precatória e rogatória), fazendo referência às tutelas de urgência. De acordo com o art. 218, inc. IV, será expedida carta “arbitral, para que o órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área da sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela antecipada”. Mais a frente, o projeto do Código de Processo Civil regula como deve ser expedida a carta. Cf. redação do art. 241, § 4.º: “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 da sua aceitação da função”. Nada altera, portanto, o que foi aqui exposto.

¹⁰⁰⁴. PAULO HOFFMAN, “Arbitragem: algumas dúvidas processuais quando o juízo estatal é chamado a intervir”, p. 317.

10.6.3. Impossibilidade de revisão do mérito da tutela de urgência

Consequência natural do modelo adotado pelo direito brasileiro, no qual as cortes estatais exercem apenas função de assistência, é que o juiz, quando chamado a auxiliar na efetivação das tutelas de urgência proferidas por árbitros, não pode exercer papel de *revisão* da tutela de urgência.¹⁰⁰⁵

O objetivo, ao falar-se de impossibilidade de revisão da tutela de urgência, é evidenciar a proibição de análise do *mérito* da medida pelo juiz. Conforme lição de JOEL FIGUEIRA JR., “ao Estado-juiz não é conferido pelo sistema qualquer poder para rever ou modificar a decisão concessiva da tutela emergencial proferida em juízo arbitral”.¹⁰⁰⁶

Essa conclusão decorre de interpretação do art. 18 da Lei de Arbitragem, cuja redação veda a revisão das decisões dos árbitros pelos juízes.¹⁰⁰⁷⁻¹⁰⁰⁸

Ainda que não houvesse o artigo acima mencionado, a conclusão seria a idêntica por simples interpretação lógica. Se fosse possível ao juiz rever a tutela de urgência concedida pelo tribunal arbitral, de nada serviria outorgar competência a este órgão. Os benefícios da rápida concessão da medida pelo mesmo julgador que é responsável pela resolução final do litígio seriam facilmente aniquilados e, então, seria melhor manter a visão ultrapassada de competência exclusiva das cortes estatais para tutelas de urgência.¹⁰⁰⁹

¹⁰⁰⁵. O vocábulo *revisão* inclui, como já exposto, a possibilidade de (a) manter; (b) modificar; (c) revogar a tutela de urgência anteriormente concedida (*supra*, n. 9.9).

¹⁰⁰⁶. Cf. *Arbitragem, jurisdição e execução*, pp. 223. Cf. ainda, dentre outros, PEDRO BATISTA MARTINS, “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro”, p. 365; ARNOLDO WALD, “Novos rumos para a arbitragem no Brasil”, p. 351.

¹⁰⁰⁷. Eis o teor do art. 18 da Lei de Arbitragem: “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*”.

¹⁰⁰⁸. PEDRO BATISTA MARTINS, “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro”, p. 365.

¹⁰⁰⁹. PAULA COSTA E SILVA, “A arbitrabilidade de medidas cautelares”, p. 211 e ss. Por sua vez, GUERRERO afirma que “são comuns as decisões no Judiciário brasileiro que recebem solicitações dos árbitros e as cumprem, seguindo os princípios estabelecidos na Lei de Arbitragem” (cf. “Tutela de urgência e arbitragem”, p. 37).

Mais uma vez, realizar paralelo com o sistema das cartas precatórias do processo estatal facilita a compreensão do assunto. Conforme posicionamento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, “o juízo deprecado não é o da causa, mas o simples executor dos atos deprecados, não lhe cabendo perquirir o merecimento”.¹⁰¹⁰ Como ocorre com o ato deprecado pelo juiz, o ato deprecado pelo árbitro não recebe revisão quanto ao merecimento da medida.

10.6.4. Fundamentos para recusar o auxílio

O fato de ao juiz ser vedada a revisão do mérito da tutela de urgência arbitral não significa, todavia, que ele está obrigado a cumprir toda e qualquer solicitação do árbitro.

A existência de um ambiente amigável (*friendly environment*) à arbitragem não significa que tudo o que é decidido pelos árbitros está correto ou deve ser simplesmente aceito. É preciso parcimônia e isenção para analisar as questões de forma correta. Conforme bem lembra YESILIRMAK, “a existência de garantias faz o processo mais previsível e por sua vez faz a arbitragem mais efetiva”.¹⁰¹¹

No processo estatal, conquanto seja vedado ao juiz deprecado rever o mérito da decisão, permite-se que o cumprimento da carta precatória seja recusado por questões formais.¹⁰¹²

¹⁰¹⁰. STJ, CC 13728/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Primeira Seção, julgado em 08/08/1995, DJ 04/09/1995, p. 27793.

¹⁰¹¹. Cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, n. 6-27, p. 253 (“The existence of safeguards makes the process more predictable and in turn makes arbitration more effective”).

¹⁰¹². “Esta Casa possui orientação pacífica no sentido de que a carta precatória só pode deixar de ser cumprida pelo juízo deprecado nas hipóteses previstas no art. 209 do Código de Processo Civil, a saber: I - quando não estiver revestida dos requisitos legais; II - quando carecer de competência em razão da matéria ou da hierarquia; III - quando tiver dúvida acerca de sua autenticidade”. (STJ, CC 76879/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Terceira Seção, julgado em 13/08/2008, DJe 26/08/2008). Cf. ainda STJ, CC 63940/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Primeira Seção, julgado em 12/09/2007, DJ 08/10/2007, p. 198).

No processo arbitral, o raciocínio é semelhante, apesar de o escopo da análise ser diferente. Levando-se em consideração que a comunidade empresarial deseja que haja algum tipo de controle das decisões arbitrais, caberá ao juiz verificar, antes de dar cumprimento à solicitação, se há algum *vício formal*.

Conforme CARMONA, o juiz deve verificar “se a convenção de arbitragem é regular e se os dados recebidos permitem-lhe avaliar (sempre formalmente) se a solicitação preenche os requisitos que levarão ao seu cumprimento”.¹⁰¹³ De forma semelhante, PEDRO BATISTA MARTINS entende que o juiz deve ver se há “algum vício de formalidade insuperável, daqueles que a lei comina de nulidade (cf. art. 244 do CPC), ou que haja violado dispositivo de ordem pública”.¹⁰¹⁴

A Lei Modelo da UNCITRAL regulou, no seu art. 17-I, de forma bem detalhada, as hipóteses em que as cortes estatais podem recusar auxílio do tribunal arbitral. Como o artigo mencionado possui redação longa, não parece essencial transcrever integralmente todas as hipóteses. De qualquer forma, os cenários que autorizam a recusa são: (a) os mesmos que autorizam negar homologação de sentença arbitral (Lei Modelo da UNCITRAL, art. 36); (b) a falta de caução ordenada pelo tribunal arbitral; (c) a suspensão ou revogação da tutela de urgência pelo tribunal arbitral; (d) inarbitrabilidade da disputa; (e) violação da ordem pública.¹⁰¹⁵

Guardadas as devidas proporções e com análise cuidadosamente *cum grano salis*, poderia dizer-se que o juiz caminhará bem se utilizar como referência os

¹⁰¹³. Cf. *Arbitragem e processo*, p. 326.

¹⁰¹⁴. Cf. “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro”, p. 365.

¹⁰¹⁵. Conforme apontam GREENBERG-KEE-WEERAMANTRY, os motivos para recusa à efetivação citados pela Lei Modelo da UNCITRAL são semelhantes àqueles contidos no art. 36 da Lei Modelo da UNCITRAL e no art. V da Convenção de Nova Iorque (cf. *International commercial arbitration*, par. 7.193, p. 364). MARGARET MOSE, depois de fazer a mesma observação acima, indica que essa equiparação ao art. V da Convenção de Nova Iorque serviria para o fim de uniformizar os motivos de recusa de uma forma mais global (cf. *The principles and practice of international commercial arbitration*, p. 111).

róis dos arts. 32 ou 38 da Lei de Arbitragem para o exame formal antes de determinar a efetivação da medida.¹⁰¹⁶

A título de exemplo, GARY BORN informa que argumento comumente utilizado pela parte contra quem a tutela de urgência foi concedida, para tentar evitar a efetivação da medida, é o de que o provimento teria extrapolado o campo de jurisdição do tribunal arbitral. A maioria das decisões estatais, todavia, rejeitou esse tipo de argumento, sob o fundamento de que os árbitros possuem poderes amplos para conceder medidas adequadas ao caso concreto (*supra*, n. 3.3).¹⁰¹⁷ Especial atenção também deve ser dada pelo juiz a eventuais violações aos princípios fundamentais do processo arbitral (*supra*, n. 2.3).¹⁰¹⁸

10.6.5. Medidas de apoio ordenadas pelo juiz

Poderia ser alegado alegar-se que, como o juiz não possui competência para rever o mérito da tutela de urgência arbitral, seu papel seria pouco relevante e que o juiz seria apenas e tão somente *um meio* para atribuir *imperium* à medida ordenada pelo árbitro.

Essa conclusão apressada, todavia, ignora um aspecto importante. A partir do momento em que o juiz não encontra hipótese para recusar o auxílio, ele está,

¹⁰¹⁶. Essa opinião é compartilhada por GARY BORN, conforme pode-se notar do seguinte trecho: “The same defenses to recognition and enforcement are generally available with regard to provisional relief as for final awards. That includes, in the arbitral seat, any grounds provided by local law for annulment of an arbitral award and in foreign courts, any grounds specified in Article V of the New York Convention for non-recognition of an award” (cf. *International commercial arbitration*, vol. II, p. 2026). De forma semelhante, LEW-MISTELIS-KRÖLL afirmam: “National courts should give effect, to interim or conservatory measures ordered by a competent and properly constituted arbitration tribunal, subject only to international public policy” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-96, p. 614).

¹⁰¹⁷. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 2026.

¹⁰¹⁸. Segundo o projeto do Código de Processo Civil, no art. 248, “O juiz recusará cumprimento à carta precatória ou arbitral, devolvendo-a com despacho motivado: I - quando não estiver revestida dos requisitos legais; II - quando faltar-lhe competência em razão da matéria ou da hierarquia; III - quando tiver dúvida acerca de sua autenticidade”. Como se pode perceber, o referido artigo é idêntico ao atual art. 209 e não contribui para disciplinar as reais hipóteses de recusa de auxílio do juiz para o caso de tutelas de urgência arbitrais.

mesmo que indiretamente, ratificando a legalidade do provimento arbitral. E é dever do juiz fazer com que a decisão do árbitro, naquele momento ratificada por ele, seja efetiva como se fosse tutela proferida por ele próprio.

Mantendo o mérito da tutela de urgência inalterado, o juiz pode adotar todas as *medidas necessárias* para apoiar a decisão do árbitro.

Tratando-se de efetivação de obrigações de fazer ou não fazer, por exemplo, o juiz pode, até mesmo *ex officio*, incluir medidas de apoio à tutela de urgência arbitral (CPC, art. 461, §5.º). Dentre as medidas de apoio, pode-se citar, exemplificativamente e sempre dependendo do caso concreto, ordem de busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimentos de obras, impedimento de atividade nociva e utilização de força policial. Pode-se utilizar, sem nenhuma hierarquia, de medidas coercitivas e subrogatórias para alcançar a tutela específica ou o resultado prático equivalente.¹⁰¹⁹

Em outras palavras: o juiz pode ordenar todas as medidas de apoio que seriam normalmente utilizáveis caso a decisão tivesse sido proferida por ele próprio. A partir do momento em que o juiz é instado a auxiliar na efetivação da medida proferida pelo árbitro, sem interferir na decisão arbitral, deve exercer seus poderes de autoridade para fazer com que a tutela de urgência arbitral seja cumprida.¹⁰²⁰

10.7. RECONHECIMENTO E EFETIVAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA ESTRANGEIRAS

As tutelas de urgência proferidas pelos árbitros nem sempre serão efetivadas no local da arbitragem. O movimento de internacionalização dos atos

¹⁰¹⁹. TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, n. 10.1-11.1, p. 268 e ss.

¹⁰²⁰. GREENBERG-KEE-WEERAMANTRY entendem que “if national courts are called on to assist in the enforcement process and the defiant party still fails to comply, state-backed sanctions involving contempt proceedings, fines and, perhaps in extreme cases, imprisonment could follow (cf. *International commercial arbitration*, par. 7.173, p. 357).

jurisdicionais é tendência no direito moderno e ganha notável relevância no campo da arbitragem.¹⁰²¹

É possível que as partes escolham um local neutro para a arbitragem e, conseqüentemente, a efetivação da tutela de urgência naquele local, na prática, não terá nenhuma utilidade. Em casos como este, a decisão do árbitro será normalmente efetivada no país de domicílio da parte ou em qualquer outro local em que a parte possua bens ou esteja localizado o bem objeto da medida.¹⁰²²

Este item visa a abordar especificamente a hipótese na qual os juízes brasileiros são chamados a auxiliar na efetivação de tutelas de urgência proferidas em arbitragens estrangeiras.

Conforme já se analisou, as tutelas de urgência concedidas por árbitros apresentam, em regra, as formas de sentença ou ordem (*supra*, n. 9.8).

No direito brasileiro, existe um processo específico para a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. Deve-se analisar, assim, se esse processo seria aplicável às tutelas de urgência que assumem a forma de sentença arbitral e, em caso positivo, se este seria um meio eficaz para efetivação desse tipo de decisão. Além do mais, caso a decisão estrangeira não receba a forma de sentença, a sua internalização geralmente é realizada por meio de cartas rogatórias. É essencial também a análise desse mecanismo de efetivação de tutelas de urgência estrangeiras.

Os dois formatos de cooperação internacional são estudados abaixo, abordando-se inclusive a viabilidade teórica e prática de cada um.

¹⁰²¹. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 436; GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, “Globalization of arbitral procedure”, p. 1314 e ss.

¹⁰²². Conforme explica VEEDER: “The arbitral seat is now more often a neutral place with no legal or financial links to the parties and court enforcement at the arbitral seat of an interim order can be an empty remedy” (cf. “Provisional and conservatory measures”, p. 21). Cf. ainda TIJANA KOJOVIĆ, “Court enforcement of arbitral decisions on provisional relief: how final is provisional”, p. 519.

10.7.1. Homologação de tutelas de urgência arbitrais estrangeiras

A Lei de Arbitragem prevê a possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. De acordo com o art. 34, a “sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou (*rectius*, e) executada no Brasil em conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei”. Considera-se sentença arbitral estrangeira aquela proferida por árbitro fora do território nacional.

A Convenção de Nova Iorque, que trata sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, foi ratificada pelo Brasil em 2002 e também regula o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais.¹⁰²³

A pergunta a ser respondida é a seguinte: os regimes de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, conforme previstos na Lei de Arbitragem e Convenção de Nova Iorque, são aplicáveis às tutelas de urgência advindas do estrangeiro em forma de sentença?¹⁰²⁴

Ao estudar o âmbito de aplicação da Convenção de Nova Iorque, a doutrina arbitralista já teve a oportunidade de manifestar-se sobre o assunto. A opinião majoritária é no sentido de que, mesmo quando proferidas sob a forma de sentença, as tutelas de urgência não são juridicamente qualificadas como sentenças para os fins de aplicabilidade da Convenção de Nova Iorque.¹⁰²⁵

¹⁰²³. Existe opinião de que a Convenção de Nova Iorque teria revogado os dispositivos incompatíveis da Lei de Arbitragem no que diz respeito ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais (cf. JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, “A Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem”, p. 313). Essa discussão, todavia, em nada afeta o objeto deste estudo.

¹⁰²⁴. Há diversas adjetivações a esse tipo de sentença na prática arbitral (*sentenças interinais*, *sentenças provisórias* e até mesmo *sentenças parciais*). Todas elas privilegiam a forma em detrimento da natureza do ato, conforme já se explicou (*supra*, n. 9.8).

¹⁰²⁵. KAJ HOBÉR, “The Trailblazers v. the Conservative Crusaders, or why arbitrators should have the power to order ex parte interim relief”, p. 272. Segundo PIERRE KARRER, “calling an interim measure an award will not make it one for the purposes of the New York Convention” (cf. “Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory, please”, p. 107). Cf. ainda VEEDER, “Provisional and conservatory measures”, p. 21.

Os fundamentos utilizados para justificar essa posição são (a) a forma de sentença não é suficiente para alterar a natureza do ato; (b) tutelas de urgência não resolvem de forma definitiva o litígio; (c) tutelas de urgência podem ser suspensas, modificadas ou revogadas a qualquer tempo, não podendo ser consideradas, portanto, como definitivamente “obrigatórias para as partes” (Convenção de Nova Iorque, art. V(1)(e)).¹⁰²⁶⁻¹⁰²⁷

Não há menção a tutelas de urgência na Convenção de Nova Iorque nem nos materiais preparatórios para sua redação, conforme relata YESILIRMAK.¹⁰²⁸ Quando da aprovação da Convenção de Nova Iorque, o tema das tutelas de urgência arbitrais estava longe de chamar a atenção dos arbitralistas.¹⁰²⁹ Em meados do século passado, a preocupação principal da comunidade arbitral ainda dizia respeito ao início (art. II) e fim (art. IV e ss.) do processo arbitral, como demonstra breve revisão sobre os artigos da Convenção de Nova Iorque.

¹⁰²⁶. CRAIG-PARK-PAULSSON, *International Chamber of Commerce arbitration*, par. 26.05, p. 466. POUURET-BESSON afirmam peremptoriamente que “arbitral decisions ordering provisional measures are not final because they do not finally determine all or part of the dispute” (cf. *Comparative law of international arbitration*, par. 639, p. 546. Cf. ainda lição de BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER: “An order or award of interim measures is therefore unlikely to satisfy the requirement of finality under the New York Convention, which may render it unenforceable internationally” (cf. *Redfern and Hunter on international arbitration*, par. 7.20, p. 445). Na doutrina nacional, cf. JOSÉ GARCEZ, “Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras: direito brasileiro e comparado”, p. 474.

¹⁰²⁷. A doutrina indica que são poucos os casos em que se tentou, na prática arbitral, reconhecer e executar uma tutela de urgência com base na Convenção de Nova Iorque. Um caso comumente mencionado é o *Resort Condominiums International Inc. v. (1) Ray Bolwell and (2) Resort Condominiums (Australasia) Pty. Ltd.*, no qual a Corte Suprema de Queensland, na Austrália, negou a possibilidade de aplicação da Convenção de Nova Iorque ao caso. Conforme relato de YESILIRMAK, “the Queensland Court enumerated that an arbitral decision needs to be a final and binding award for its enforcement under the New York Convention. The Court held that the determination of the arbitrator of its decision as an ‘award’ does not make such decision an award within the meaning of the Convention. The Court based its finding on the determination that the arbitrator’s injunction is of ‘an interlocutory and procedural nature and in no way purport to finally resolve the disputes ... referred by RCI for decision or to finally resolve the legal rights of the parties’. The Court added that such injunction is ‘provisional only and liable to be rescinded, suspended, varied or reopened by the tribunal which pronounced them...’. Consequently, according to the Australian Court, the arbitrator’s description of her decision as ‘award’ does not make it an award within the scope of the Convention provided that the decision finally resolves the parties’ legal rights” (cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 6-36, p. 259).

¹⁰²⁸. Cf. *Provisional measures in international commercial arbitration*, par. 6-35, p. 258. Cf. ainda MARGARET MOSES, *The principles and practice of international commercial arbitration*, p. 111.

¹⁰²⁹. Conforme já mencionado, PIETER SANDERS afirmava, na década de 70 do século passado, que “the question of interim measures only occasionally presents itself in an arbitration” (cf. “Procedures and practices under the UNCITRAL Rules”, p. 453-454).

Há opiniões minoritárias com entendimento de que a Convenção de Nova Iorque seria aplicável também a tutelas de urgência. A interpretação feita é de que, quando a Convenção de Nova Iorque fala em decisão “obrigatória para as partes”, de forma alguma se poderiam excluir as decisões sobre tutelas de urgência, uma vez que essas decisões provisórias, tanto quanto as decisões definitivas, são obrigatórias entre as partes signatárias da convenção de arbitragem.¹⁰³⁰ Alega-se que a decisão sobre aquela tutela de urgência específica é sempre final, pois a sua modificação só seria possível se também modificado o estado do caso.¹⁰³¹

Para os defensores da aplicabilidade da Convenção de Nova Iorque, tal como GARY BORN, “não há nenhuma razão política sólida para impedir os mecanismos de execução judicial das tutelas de urgência proferidas por árbitros”.¹⁰³²

Independentemente da posição adotada, parece haver razoável consenso sobre a necessidade de estabelecer-se um mecanismo claro internacional a fim de regular a possibilidade de efetivação de tutelas de urgência estrangeiras.¹⁰³³ Seria, de acordo

¹⁰³⁰. TIJANA KOJOVIĆ, “Court enforcement of arbitral decisions on provisional relief: how final is provisional”, p. 520-522.

¹⁰³¹. GARY BORN, *International commercial arbitration*, vol. II, p. 2022; TIJANA KOJOVIĆ, “Court enforcement of arbitral decisions on provisional relief: how final is provisional”, p. 522 e ss.. Tratando do assunto sob a perspectiva do processo estatal, MITIDIERO faz semelhante observação: “Tanto a tutela cautelar como a tutela satisfativa são tutelas finais que visam a disciplinar de forma definitiva determinada situação fático-jurídica (...) A tutela cautelar é tão definitiva quanto a tutela satisfativa. Nas duas formas de tutela jurisdicional, as decisões finais estão submetidas à cláusula *rebus sic stantibus*” (cf. “Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória”, p. 34).

¹⁰³². Cf. *International commercial arbitration*, vol. II, p. 2022. GUSY-HOSKING-SCHWARZ, embora sem mencionar muitos detalhes, relatam dois casos em que as cortes americanas supostamente aceitaram aplicar a Convenção de Nova Iorque a tutelas de urgência (cf. *A guide to the ICDR international arbitration*, par. 21.06, p. 206).

¹⁰³³. Conforme alerta feito por LEW-MISTELIS-KRÖLL: “Despite some national laws seeking to assist with enforcement of interim measures either with express provisions or with practical court support, the real problem is the absence of an international convention to regulate the enforcement of interim or conservatory measures ordered by a tribunal which has its seat in another country” (cf. *Comparative international commercial arbitration*, par. 23-95, p. 613). Por outro lado, em uma arbitragem CCI, na qual todas as sentenças devem obrigatoriamente ser submetidas a exame prévio pela Corte (Regulamento CCI 2012, art. 33), e esse procedimento normalmente demora semanas, a opção pela forma de sentença parece ser contraproducente (cf. *supra* n. 9.8).

com a doutrina arbitralista, um *passo significativo* para aumentar a efetividade da arbitragem no cenário internacional.¹⁰³⁴

No direito brasileiro, não se possui conhecimento de que o Supremo Tribunal Federal (antes da Emenda Constitucional n. 45/2004) ou o Superior Tribunal de Justiça tenham enfrentado o tema. Caso o Superior Tribunal de Justiça volte a sua atenção à natureza do ato, não será possível o reconhecimento e homologação da tutela de urgência por meio da forma de sentença. Se o Superior Tribunal de Justiça aceitar o ato de acordo com a forma dada pelo árbitro, a resposta à possibilidade de reconhecimento e homologação será outra.¹⁰³⁵ A questão ainda está em aberto.

Uma reflexão prática, todavia, já pode ser feita: levando-se em consideração a realidade atual do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito ao processo de homologação de sentenças arbitrais, pode-se dizer que eventual reconhecimento e execução de tutelas de urgência como se fossem sentenças arbitrais seria um meio célere e eficaz de proteção aos jurisdicionados? A resposta parece ser negativa.

Conforme demonstra levantamento por amostragem realizado para este estudo, sentenças arbitrais estrangeiras não contestadas geralmente levam *pelo menos três meses* para serem julgadas.¹⁰³⁶ Por sua vez, sentenças arbitrais estrangeiras objeto de disputa, levam, geralmente, *mais um ano* para o julgamento final.¹⁰³⁷

¹⁰³⁴. KAJ HOBÉR, “The Trailblazers v. the Conservative Crusaders, or why arbitrators should have the power to order ex parte interim relief”, p. 272.

¹⁰³⁵. TWEEDDALE-TWEEDDALE fazem a mesma observação, posto que sem mencionar o caso brasileiro (cf. *Arbitration of commercial disputes*, par. 9.66, p. 309).

¹⁰³⁶. Vejam-se esses exemplos: (i) a Sentença Estrangeira 7.591/US foi distribuída em 7.11.2011 e teve sua decisão final publicada em 24.04.2012, ou seja, com decurso de mais de cinco meses (STJ, SE 7.591/US, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, decisão de 10/04/2012, DJe 24/04/2012); (ii) a Sentença Estrangeira 5.464/US foi distribuída em 12.3.2010 e teve sua decisão final publicada em 30.8.2010, ou seja, com decurso de mais de cinco meses (STJ, SE 5.464/US, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, decisão de 09/06/2010, DJe 30/08/2012). No caso da SE 2.654/JP, tratando-se de homologação de divórcio, o julgamento ocorreu em pouco mais de um mês (STJ, SE 2.654/JP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, decisão de 08/05/2012, DJe 15/05/2012).

¹⁰³⁷. Vejam-se esses exemplos: (i) a Sentença Estrangeira Contestada 6.335/EX foi distribuída em 6.4.2011 e teve sua decisão final publicada em 12.4.2012, ou seja, com decurso de mais de doze meses (STJ, SEC 6.335/EX, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Corte Especial, julgado em 21/03/2012, DJe 12/04/2012); (ii) a Setença Estrangeira Contestada 3.035/FR foi distribuída em 25.2.2008 e teve sua

As tutelas de urgência, por sua própria natureza, não podem levar tanto tempo para sua efetivação prática. A efetividade do processo arbitral estaria ferida gravemente.

10.7.2. Exequatur de tutelas de urgência arbitrais estrangeiras

Outro mecanismo de cooperação internacional bastante utilizado no direito brasileiro é a carta rogatória, cuja principal finalidade é permitir a comunicação e realização de atos processuais fora dos limites territoriais de determinado país.

As cartas rogatórias podem ser ativas ou passivas. A carta rogatória ativa é expedida por autoridade judiciária nacional com pedido de auxílio para realização de atos em outros países (CPC, arts. 201-210). No caso das cartas rogatórias passivas, que são objeto de interesse neste subitem, juízes ou tribunais estrangeiros solicitam colaboração a juízes nacionais (CPC, art. 211).

Depois da Emenda Constitucional n. 45/2004, compete ao Superior Tribunal de Justiça, mediante procedimento regulado na Resolução n. 9/2005, a concessão ou denegação de *exequatur* para que atos oriundos de processos estrangeiros possam ter eficácia no Brasil.¹⁰³⁸

Tradicionalmente, todavia, explica-se que por meio “das cartas rogatórias somente se realizam atos de comunicação processual ou de instrução probatória”.¹⁰³⁹

decisão final publicada em 31.8.2009, ou seja, com decurso de mais de dezoito meses (STJ, SEC 3.035/FR, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Corte Especial, julgado em 19/08/2009, DJe 31/08/2009); (iii) a Sentença Estrangeira Contestada 3.660/GB foi distribuída em 24.9.2008 e teve sua decisão final publicada em 8.3.2010, ou seja, com decurso de mais de dezessete meses (STJ, SEC 3.660/GB, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Corte Especial, julgado em 28/05/2009, DJe 25/06/2009).

¹⁰³⁸. Sobre as diferenças entre homologação e exequatur, cf. ALFRED SIOUFI FILHO, “A grande latitude do interesse e legitimidade processual na ação de homologação de sentença arbitral estrangeira”, pp. 264-265.

¹⁰³⁹. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, n. 664, p. 533.

Isso ocorreria porque “Estados soberanos negam-se a exercer atos de constrição sobre bens situados em seu território, quando determinadas por autoridade estrangeira”.¹⁰⁴⁰

Nessa linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal possuía jurisprudência pacífica sobre a impossibilidade de concessão de *exequatur* para atos executórios e de constrição não homologados por sentença estrangeira. O fundamento legal para essa jurisprudência era de que feriria a ordem pública permitir a prática de ato que dependeria, na realidade, de autorização judicial fundamentada.¹⁰⁴¹

A título de exemplo, veja-se julgamento monocrático, datado de 1979, por meio do qual o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. ANTONIO NEDER, consignou que “a carta rogatória tem por objeto a citação e as diligências que tratem de atos instrutórios, e não as medidas executórias de quaisquer decisões, pois estas dependem de homologação”. Em resumo, acrescenta o mesmo julgador, “a carta rogatória não pode afastar, por via oblíqua, a necessidade imperiosa de a Justiça brasileira homologar sentença estrangeira”.¹⁰⁴²

Ainda que de forma tímida, o Supremo Tribunal Federal abrandou a sua posição para os casos em que houvesse tratado ou convenção internacional que autorizasse esses tipos de medidas. Esse era o caso de atos advindos de países do Mercosul, por exemplo, em razão do Protocolo de *Las Leñas*¹⁰⁴³ e do Protocolo de Ouro Preto.¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴⁰. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, n. 664, p. 532.

¹⁰⁴¹. Com ampla referência de julgados refletindo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cf. ANDRÉ ABBUD, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, p. 237, nota de rodapé n. 19. Como menciona sobre o assunto NÁDIA DE ARAÚJO: “O STF tinha farta jurisprudência denegando o *exequatur* a várias cartas rogatórias, que continham medidas de caráter executório por considerá-las contrárias à ordem pública – por exemplo, em pedidos de arrestos, penhoras, busca e apreensão de menores, e quebra de sigilo bancário. Entendia o STF que tais medidas, por se revestirem de caráter executório, só poderiam ser deferidas se já houvesse sentença sobre o fato” (cf. *Direito internacional privado*, p. 288).

¹⁰⁴². STF, CR n. 2963, Rel. Ministro ANTONIO NEDER, julgado em 26.03.1979, DJ 20.04.1979.

¹⁰⁴³. Denominado formalmente de Protocolo de cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa, firmado em 1992 pelos países do Mercosul. Conforme decidido pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, o Protocolo de *Las Leñas* inovou “ao prescrever, no art. 19, que a homologação (dito reconhecimento) de sentença provida dos Estados partes se faça mediante rogatória, o que importa admitir a iniciativa da autoridade judiciária competente do foro de origem e que o *exequatur* se defira independentemente da citação do requerido, sem prejuízo da posterior manifestação

A posição do Supremo Tribunal Federal não deixou de receber, corretamente, críticas contundentes da doutrina. No direito moderno, marcado por comunicações instantâneas e amplo acesso às informações, “não subsistem razões para desconfiar sistematicamente das decisões estrangeiras de caráter constitutivo e que, via rogatória, devem surtir efeitos no Brasil”.¹⁰⁴⁵

A partir do momento em que o Brasil pretende, por exemplo, solicitar auxílio das cortes estrangeiras para pedir bloqueio de valores ilegalmente subtraídos dos cofres públicos, nada justificaria a “noção de ordem pública e de soberania” adotada de forma geral pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁰⁴⁶

Adotando-se o mesmo fundamento legal equivocado de ofensa à ordem pública, não se poderia admitir *exequatur* a carta rogatória nem mesmo quando prevista em tratados internacionais, pois tratado internacional não “poderia autorizar medidas contrárias à ordem pública ou à soberania”.¹⁰⁴⁷ Mais do que simplesmente impactar na relação entre indivíduos, a posição do Supremo Tribunal Federal afetava negativamente

do requerido, por meio de agravo à decisão concessiva ou de embargos ao seu cumprimento” (STF, AgR na CR 7.613, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 03.04.97, DJ 09.05.1997, p. 18.154).

¹⁰⁴⁴. ARAÚJO-SALLES-ALMEIDA, “Medidas de cooperação jurisdicional no Mercosul”, p. 77 e ss. Cf. ainda HERMES ZANETI JÚNIOR, “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o protocolo do Mercosul para cooperação jurisdicional em medidas cautelares: perfil de um processo transnacional para a efetividade”, p. 479 e ss. ANDRÉ ABBUD, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, p. 238, nota de rodapé n. 21. De acordo com o art. 4.º do Protocolo de Ouro Preto: “As autoridades jurisdicionais dos Estados-Partes do Tratado de Assunção darão cumprimento às medidas cautelares decretadas por Juízes ou Tribunais de outros Estados Partes, competentes na esfera internacional, adotando as providências necessárias, de acordo com a lei do lugar onde sejam situados os bens ou residam as pessoas objeto da medida”.

¹⁰⁴⁵. ARAÚJO-GAMA JR., “Sentenças estrangeiras e cartas rogatórias: novas perspectivas da cooperação internacional”, *passim*.

¹⁰⁴⁶. ARAÚJO-GAMA JR., “Sentenças estrangeiras e cartas rogatórias: novas perspectivas da cooperação internacional”, *passim*.

¹⁰⁴⁷. ANTENOR MADRUGA FILHO, “O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da cooperação jurídica internacional”, p. 291 e ss. RICARDO APRIGLIANO demonstra, na sua tese de doutorado, que, em razão de ser utilizada de forma equivocada, a ordem pública presta um desserviço à jurisdição (cf. *Ordem pública e processo*, p. 3 e ss).

instrumento de cooperação internacional “inclusive para dar efetividade a decisões que o juiz estrangeiro considera essenciais ao exercício de sua função jurisdicional”.¹⁰⁴⁸

Na prática, o entendimento do Supremo Tribunal Federal significava “verdadeira denegação de justiça, pois as providências relacionadas a arresto, sequestro, busca e apreensão e outros tantos pleitos de natureza puramente executória”, como lembra PEDRO BATISTA MARTINS, “deverão seguir o caminho da homologação”, a qual só poderá ocorrer depois do trânsito em julgado.¹⁰⁴⁹

O conceito de carta rogatória, portanto, deveria englobar a prática de atos (a) ordinatórios ou de mero trâmite (citação, notificação e a cientificação); (b) instrutórios (coleta de prova); e (c) executórios, com medidas de caráter restritivo (arresto, sequestro, busca e apreensão *etc.*).¹⁰⁵⁰

Parece ter ocorrido mudança no tratamento da matéria com a transferência da competência para o Superior Tribunal de Justiça, depois da Emenda Constitucional n. 45/2004. Isso principalmente porque a Resolução 9/2005, criada para regular as novas competências do Superior Tribunal de Justiça, dispôs, no seu artigo 7.º, que “as cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios”.

Apesar de, tecnicamente, tanto atos ordinatórios como instrutórios possam ter conteúdo decisório (CPC, art. 162, § 2.º) – ou seja, essa característica não é exclusiva de atos com caráter executório – fato é que esse artigo serviu de verdadeira válvula para modernização do assunto.¹⁰⁵¹

Com fundamento no art. 7.º, da Resolução 9/2005, o Superior Tribunal de Justiça passou a conceder *exequatur* a diversas cartas rogatórias cujo conteúdo diz

¹⁰⁴⁸. ANTENOR MADRUGA FILHO, “O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da cooperação jurídica internacional”, p. 291 e ss.

¹⁰⁴⁹. PEDRO BATISTA MARTINS, “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro”, p. 378.

¹⁰⁵⁰. NÁDIA DE ARAÚJO, *Direito internacional privado*, p. 269.

¹⁰⁵¹. ANDRÉ ABBUD, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, p. 238; CARMEN TIBURCIO, “As inovações da EC 45/2004 em matéria de homologação de sentenças estrangeiras”, p. 130.

respeito a tutelas de urgência que demandam atos de execução, sendo os mais relevantes os atinentes a busca e apreensão de menores, informações referentes ao sigilo bancário e penhora de bens.¹⁰⁵²

Trata-se, sem dúvida, de significativa evolução no âmbito de cooperação internacional. Deve-se fazer uma ressalva importante: embora haja menção sistemática ao art. 7.º, da Resolução 9/2005, em todas as decisões, a grande maioria também invoca tratados internacionais ou mesmo leis internas específicas que preveem cooperação judiciária para justificar a concessão de *exequatur*.

Sob o ponto de vista prático, não há dúvida de que o tempo necessário para concessão de *exequatur* a cartas rogatórias é geralmente inferior ao processo de homologação de sentenças arbitrais.

Além do mais, embora o trâmite da carta rogatória envolva, em regra, citação prévia da parte contrária para, no prazo de 15 (quinze) dias, impugná-la, há autorização para que a efetivação seja “realizada sem ouvir a parte interessada quando

¹⁰⁵². NÁDIA DE ARAÚJO, *Direito internacional privado*, pp. 290-292. São diversos os julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto: (i) STJ, CR 4.954 Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Decisão monocrática, julgado em 21/09/2010, DJe 04/10/2010 e STJ, CR 1.258, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, Decisão monocrática, julgado em 20/02/2006, DJe 02/03/2006 (todos sobre busca e apreensão de menores); (ii) STJ, CR 2.430, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Decisão monocrática, julgado em 11/09/2007, DJe 20/09/2007; STJ, CR 4.924, Rel. Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA, Decisão monocrática, julgado em 01/09/2010, DJe 08/09/2010; STJ, CR 374, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Decisão monocrática, julgado em 20/11/2006, DJe 29/11/2006; STJ, CR 1.462, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Decisão monocrática, julgado em 26/05/2006, DJe 09/06/2006 e STJ, CR 215, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, Decisão monocrática, julgado em 27/10/2005, DJe 10/11/2005 (todos sobre penhora ou sequestro de bens); (iii) STJ, CR 1.924, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Decisão monocrática, julgado em 02/07/2007, DJe 01/08/2007; STJ, CR 2.593, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Decisão monocrática, julgado em 21/06/2007, DJe 26/06/2007; STJ, CR 2.609, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Decisão monocrática, julgado em 05/06/2007, DJe 12/06/2007 e STJ, CR 1.684, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Decisão monocrática, julgado em 18/08/2006, DJe 28/08/2006 (todos sobre quebra de sigilo bancário e identificação de titulares de linhas telefônicas); (iv) STJ, CR 4.182, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Decisão monocrática, julgado em 19/10/2009, DJe 26/10/2009; STJ, CR 2.897, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Decisão monocrática, julgado em 26/03/2008, DJe 08/04/2008; STJ, CR 438, Rel. Ministro LUIS FUX, Corte Especial, julgado em 15/08/2007, DJe 24/09/2007; STJ, CR 6.071, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Decisão monocrática, julgado em 28/06/2012, DJe 01/08/2012; STJ, CR 6.044, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Decisão monocrática, julgado em 20/03/2012, DJe 30/03/2012; STJ, CR 1.457, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Decisão monocrática, julgado em 25/10/2006, DJe 30/10/2006 (todos sobre interrogatório de investigado e outras diligências destinadas à apuração de crimes).

sua intimação prévia puder resultar na ineficácia da cooperação internacional” (Resolução 9/2005, art. 8.º, par. único).

No entanto, nenhum dos julgados analisados trata especificamente de carta rogatória decorrente de tutela de urgência arbitral.

Existe ainda uma última complicação para efetivação de tutelas de urgência arbitral. Tradicionalmente, “a carta rogatória *stricto sensu* embute na sua origem uma *decisão judicial estrangeira*”.¹⁰⁵³ É de se questionar se a decisão de tribunal arbitral estrangeiro poderia ser equiparada à *decisão judicial estrangeira* ou se essa exigência seria dispensável.

De acordo com ANDRÉ ABBUD, caberá sempre a uma autoridade judiciária a expedição de carta rogatória para cumprimento no Brasil.¹⁰⁵⁴ Ou seja, “quer a carta seja transmitida pela via tradicional dos canais diplomáticos, quer por meio de autoridades centrais designadas em tratado, ela é sempre emitida por ordem judicial”.¹⁰⁵⁵

Os passos para efetivação de tutela de urgência concedida por tribunal arbitral estrangeiro seriam, assim, de forma muito resumida: (a) concessão da tutela de urgência; (b) solicitação de auxílio às cortes estatais do local; (c) expedição de carta rogatória; (d) envio da carta rogatória por meio dos canais diplomáticos ou autoridades designadas em tratado; (e) concessão de *exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça depois do procedimento estabelecido na Resolução 9/2005; (f) envio dos autos à Justiça Federal local; (g) realização dos atos materiais de efetivação forçada.

Trata-se de procedimento de todo inadequado. PEDRO BATISTA MARTINS sustenta que o mecanismo de efetivação deveria ser feito pela “parte interessada, após, unicamente, a legalização perante os agentes diplomáticos do local de origem, ou por

¹⁰⁵³. GILSON DIPP, “Carta rogatória e cooperação internacional”, p. 40.

¹⁰⁵⁴. Cf. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, p. 239.

¹⁰⁵⁵. ANDRÉ ABBUD, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, p. 239.

outro meio que os Estados, requerente e requerido, tivessem adotado em substituição à formalização consular”.¹⁰⁵⁶

PAULO AMARAL sustenta a dispensabilidade de a carta rogatória ser expedida por órgão estatal estrangeiro, pois basta que solicitação esteja de acordo com os requisitos da Resolução 9/2005 e que “o árbitro no exterior solicite diretamente ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça a concessão de exequatur à sua solicitação”.¹⁰⁵⁷

De fato, não parece existir razão lógica para que processos de homologação de sentenças arbitrais possam ser iniciados a pedido da parte interessada, mas que o procedimento para concessão de *exequatur* às tutelas de urgência não possam ter o pedido de colaboração expedido diretamente pelo árbitro ou presidente do tribunal arbitral. Sempre haverá, além do mais, oitiva da parte interessada (mesmo que diferida) e controle pelo Superior Tribunal de Justiça de eventual ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes (Resolução 9/2005, arts. 6.º, 8.º).¹⁰⁵⁸

O projeto do Código de Processo Civil, especificamente no que diz respeito ao reconhecimento e execução das tutelas de urgência estrangeiras, possui inovação positiva. Segundo o art. 35, o pedido de cooperação entre órgãos jurisdicionais brasileiro e estrangeiro ocorrerá “mediante de carta rogatória para a prática dos atos de citação, intimação, notificação judicial, colheita de provas, obtenção de informações e cumprimento de decisão interlocutória”. Além do mais, no art. 530, o projeto de Código de Processo Civil elenca como título executivo “a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do exequatur à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça”. Como se pode perceber, caso aprovada, a nova lei processual colocaria fim à discussão sobre a possibilidade de cooperação internacional para tutelas de urgência.

¹⁰⁵⁶. PEDRO BATISTA MARTINS, “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro”, p. 381.

¹⁰⁵⁷. Cf. *Arbitragem e poder público*, p. 84.

¹⁰⁵⁸. ARAÚJO-SALLES-ALMEIDA, “Medidas de cooperação jurisdicional no Mercosul”, p. 77 e ss.

De qualquer forma, enquanto não existir, no direito brasileiro, mecanismo seguro, célere e efetivo de cooperação internacional para tutelas de urgência adotadas por tribunais arbitrais estrangeiros, restará à parte interessada, mesmo durante o curso do processo arbitral, buscar tutela de urgência diretamente às cortes estatais brasileiras (*supra*, n. 7.5).

11. CONCLUSÕES

Do desenvolvimento dos capítulos precedentes podem ser extraídas algumas conclusões, que são resumidas abaixo em forma de itens.

1. O instituto da arbitragem é tão antigo quanto o próprio conceito de resolução de litígios. No direito brasileiro, todavia, a arbitragem só passou a ser utilizada de forma mais ampla depois da Lei de Arbitragem de 1996 e do julgamento do Supremo Tribunal Federal de 2001, que eliminou qualquer dúvida sobre a constitucionalidade da lei. Dentre as diversas e importantes inovações da Lei de Arbitragem, pode-se dizer que pela primeira vez no direito brasileiro foi estabelecida a outorga de competência aos árbitros para concessão de tutelas de urgência.

2. O processo, como método de resolução de litígios, demanda necessariamente o decurso de tempo para que seja possível julgá-lo adequadamente. Os males que o decurso do tempo pode trazer à tutela jurisdicional, todavia, são graves. A ideia de processo efetivo está ligada aos resultados que ele produz. Ainda que os provimentos finais arbitrais sejam considerados geralmente efetivos, de nada adianta uma decisão final qualitativamente diferenciada e efetiva se, durante o curso do processo, uma das partes puder frustrar o resultado final. Na luta contra a corrosão de direitos, as tutelas de urgência ganham importância.

3. Quando as partes escolhem a jurisdição arbitral, esse método é programado para começar, desenvolver-se e terminar por si mesmo, sem a necessidade de contato com a jurisdição estatal. Na prática, porém, é preciso que os juízes cooperem com os árbitros em alguns momentos. O tema das tutelas de urgência arbitrais é um dos pontos em que se percebe elevado grau de contato entre as jurisdições.

4. As tutelas de urgência (embora com denominações, formas e aplicações diferentes) são consideradas como um daqueles princípios gerais de direito comum a todos os ordenamentos jurídicos e são utilizadas desde os primórdios do direito romano até hoje, com ampla aceitação no direito internacional. Em síntese, trata-se de proteção de determinada situação ou bem, mediante cognição sumária, a fim de que o tempo necessário ao desenvolvimento do devido processo legal não comprometa a efetividade do instrumento. São consideradas *tutelas de urgência arbitrais* aquelas relacionadas a litígios atuais ou futuros que serão submetidos à jurisdição arbitral.

5. As tutelas de urgência são caracterizadas, em resumo, pela sumariedade de cognição, provisoriedade, instrumentalidade, reversibilidade e visam a combater o perigo de dano. Os árbitros, em regra, possuem grande liberdade para conceder tutelas de urgência adequadas ao caso concreto, sem se preocupar com atipização da medida. As principais medidas adotadas na prática arbitral são aquelas que objetivam (a) regular a relação das partes durante o processo arbitral; (b) preservar provas; (c) garantir futura execução da sentença arbitral; (d) pagamentos antecipados.

6. Existem diferentes formas de se outorgar competência aos árbitros para a concessão de tutelas de urgência. As duas fontes mais relevantes são a autonomia da vontade (que pode ser exercida de forma direta ou indireta) e a lei que governa o processo arbitral (*lex arbitri*). Em caso de omissão da *lex arbitri* e das partes, pode-se adotar a teoria dos poderes implícitos para demonstrar que os árbitros possuem competência em razão da manifestação de vontade das partes (*fonte contratual*). A autonomia da vontade das partes permite ainda a exclusão parcial ou total da competência dos árbitros. Deve-se atentar ao fato de que as normas imperativas do local da arbitragem podem limitar o campo de atuação da vontade das partes. Mesmo essa limitação, todavia, pode ser relevada se os árbitros estiverem diante de cenário relevante, e a medida puder ser efetivada em outro local.

7. Existem duas vias para apreciação e concessão das tutelas de urgência arbitrais: a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral. Tradicionalmente, a competência para conceder tutelas de urgência, em litígios submetidos à jurisdição arbitral, era exclusiva das cortes estatais. Reconhece-se amplamente hoje, porém, que a

via arbitral é, em regra, a competente para a concessão de tutelas de urgência arbitrais. Essa tendência provavelmente começou em 1985 com a primeira versão da Lei Modelo da UNCITRAL, na qual havia previsão expressa de competência dos árbitros para tutelas de urgência. Existe um modelo diverso, das arbitragens de investimento submetidas ao Regulamento ICSID, por meio do qual só os árbitros possuem competência para tutelas de urgência.

8. Não se pode esquecer que o árbitro também possui limitações à concessão de tutelas de urgência. Essas limitações são inerentes ao próprio instituto da arbitragem como método de resolução de disputas e podem ser agraupadas em quatro relevantes hipóteses: (a) impossibilidade de agir antes da constituição do tribunal arbitral; (b) impossibilidade de agir de forma tempestiva e efetiva durante o curso do processo arbitral; (c) ausência de poder do tribunal arbitral com relação a terceiros; e (d) ausência de poderes coercitivos.

9. Durante a fase em que o tribunal arbitral está constituído, a maior dificuldade é encontrar o equilíbrio entre a competência exclusiva dos árbitros para o mérito do litígio e a competência arbitral ou estatal para as tutelas de urgência. O grau de aceitação de intervenção das cortes estatais varia significativamente de acordo com o modelo escolhido. No modelo da competência concorrente, as partes podem livremente decidir se devem solicitar a tutela de urgência aos tribunais arbitrais ou às cortes estatais. No modelo da competência exclusiva, a intervenção das cortes estatais será permitida tão somente quando existir algum obstáculo material ou jurídico ao efetivo exercício da competência pelos árbitros. O modelo da competência exclusiva do árbitro representa com maior fidelidade a vontade inicial das partes de ter uma resolução extrajudicial e privada para seu litígio. No modelo da competência concorrente existe a possibilidade de conflito de competência, solucionado geralmente em favor do primeiro juízo ao qual a tutela de urgência foi requerida. Para quem adota o modelo da competência exclusiva do árbitro, eventuais decisões em desrespeito à competência dele devem ser impugnadas perante as próprias cortes estatais.

10. Quando se compreende que os árbitros possuem limitações no que diz respeito à concessão de tutelas de urgência, também se aceita que (a) a convenção de

arbitragem não impede que as cortes estatais, em determinados casos, concedam tutelas de urgência; e (b) o pedido de tutela de urgência pela parte interessada, perante as cortes estatais, não significa renúncia à jurisdição arbitral.

11. No direito brasileiro, a disciplina das tutelas de urgência concedidas por árbitros apareceu, pela primeira vez, apenas no Código de Processo Civil de 1973, para negar a competência ao árbitro. A Lei de Arbitragem (art. 22, § 4.º) decidiu regular o assunto, mas a redação do artigo é clara. Diante da obscuridade do dispositivo legal, sugeriram três correntes doutrinárias sobre o assunto. A primeira entende que a competência seria exclusiva dos juízes. A segunda entende que a competência poderia ser outorgada pelas partes. A terceira entende que a Lei de Arbitragem concede competência ao árbitro.

12. Intrepretando-se a Lei de Arbitragem de forma sistemática e teleológica, demonstrou-se que essa lei é, de fato, fonte de competência aos árbitros para tutelas de urgência. Mesmo para quem nega a conclusão acima, não se pode negar o papel da autonomia da vontade para outorga de competência ao árbitro ou, até mesmo, da teoria dos poderes implícitos. Atualmente, salvo proibição expressa do legislador por algum estranho motivo de política legislativa ou acordo específico das partes em sentido contrário, a competência é dos árbitros. Analisando-se julgados das cortes brasileiras, constatou-se que o direito brasileiro adota o modelo da competência exclusiva dos árbitros e que, diante da convenção de arbitragem, são diversos julgados reconhecendo a competência extraordinária do juiz com base no adágio latino *quando est periculum in mora incompetentia non attenditur*.

13. A análise do pedido de tutela de urgência, quando formulado perante o Poder Judiciário, submete-se às regras do Código de Processo Civil, mas essa legislação processual não foi desenhada para atender às necessidades de litígios a serem submetidos ou já submetidos à jurisdição arbitral. Este trabalho mostrou que, quando o juiz é chamado a manifestar-se sobre tutelas de urgência arbitrais, geralmente há confusão sobre os pressupostos negativos analisados, levando-se à rejeição de pedidos indevidamente. Este trabalho também realizou a interpretação de diversos aspectos procedimentais, de forma a garantir harmonização entre as normais processuais e a

devida necessidade de proteção à tutela jurisdicional arbitral, inclusive posicionando-se em favor da cooperação com arbitragens estrangeiras e contra eventuais imersões do juiz sobre o mérito da relação de direito material sob a suposta justificativa de analisar prescrição ou decadência.

14. Ainda que na fase pré-arbitral seja muito comum a utilização das cortes estatais, não se pode esquecer da nova tendência, criada por instituições arbitrais, de utilização de mecanismos privados para tutelar questões de emergência. Os regulamentos de processos pré-arbitrais são todos adaptados para refletir a necessidade de tutela célere e efetiva, sem contudo desrespeitar os princípios fundamentais do processo arbitral.

15. Tendo em vista o amplo reconhecimento, hoje, de que os árbitros são os julgadores naturais para as tutelas de urgência em litígios submetidos à arbitragem, analisaram-se as questões polêmicas de quando o árbitro é chamado a decidir sobre o assunto. Conclui-se que (a) o árbitro deve estar restrito aos limites de sua jurisdição, mas que pode decidir com base em verificação *prima facie* de jurisdição; (b) não pode em regra agir *ex officio*, mas não há problema em conceder tutela de urgência *ex parte* quando houver risco de que o conhecimento prévio da parte contrária frustre a finalidade da medida; (c) os pressupostos para concessão de tutelas de urgência são semelhantes aos existentes no processo estatal; (d) o árbitro possui maior liberdade quanto à forma do ato de concessão da medida; (e) o árbitro possui competência para rever as tutelas de urgência anteriormente concedidas por árbitros ou juízes; (f) o árbitro pode atribuir responsabilidade por eventual fruição de medida depois revogada. Conclui-se ainda pela possibilidade de exigir-se a prestação de caução e pela impossibilidade de as partes impugnarem judicialmente tutelas de urgência concedidas pelo árbitro.

16. As tutelas de urgência concedidas por árbitros são denominadas de *leges imperfectae*, uma vez que lhes falta *imperium* para serem efetivadas coercitivamente contra as partes. Ainda assim, as tutelas de urgência arbitrais são geralmente cumpridas voluntariamente. Para que o cumprimento seja voluntário, mesmo que não espontâneo, há a possibilidade de o árbitro impor sanções às partes, tais

como (a) multas coercitivas, (b) inferências adversas, (c) responsabilidade por danos processuais, (d) acréscimo de despesas processuais.

17. A necessidade de assistência das cortes estatais varia conforme o grau de efetividade da decisão do árbitro. Três tipos de cenários foram constatados: (a) cenário no qual a assistência das cortes estatais é essencial para garantir a efetividade da tutela de urgência proferida pelos árbitros; (b) cenário no qual a assistência das cortes estatais é importante, mas não é essencial para garantir a efetividade da tutela de urgência proferida pelo árbitro, pois eventual sanção é suficiente para penalizar a parte recalcitrante; (c) cenário no qual a cooperação das cortes estatais não é essencial para garantir a efetividade da tutela de urgência e não há necessidade de sanção.

18. Existem três modelos mais comuns de assistência das cortes estatais para efetivação das tutelas de urgência arbitrais: (a) efetivação direta da decisão do árbitro, como se fosse decisão do juiz; (b) efetivação mediante assistência do juiz; (c) efetivação mediante *exequatur* da decisão do árbitro. Depois de analisadas as características de cada uma, conclui-se que o direito brasileiro adota o modelo da assistência, o qual garante método célere, efetivo e adequado para a efetivação das tutelas de urgência proferidas pelos árbitros, mas, ao mesmo tempo, permite que haja controle mínimo prévio das decisões dos árbitros pelo juiz, analisando-se questões procedimentais relacionadas a essa fase.

19. Por fim, tutelas de urgência concedidas pelos árbitros nem sempre serão efetivadas no local da arbitragem. Analisou-se, assim, a hipótese na qual os juízes brasileiros são chamados a auxiliar na efetivação de tutelas de urgência proferidas em arbitragens estrangeiras. Depois de verificar-se a possibilidade de eventuais homologações de sentenças cujo conteúdo seria de tutela de urgência concedida pelo árbitro e de tutelas de urgência advindas do exterior por meio de cartas rogatórias, concluiu-se que este último método é o mais efetivo. Existe, todavia, ainda, a necessidade de maior segurança sobre a questão, o que pode ser resolvido com o projeto do Código de Processo Civil atualmente em trâmite no Congresso Nacional.

12. BIBLIOGRAFIA

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008.

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. “Interpretação”. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, ano 16, n. 45, mar. 1989.

ALCAMÍ, Rosa Lapiedra. *La intervención judicial en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*. Valencia: Servei de Publicacions, 2003.

_____. *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho; ARAÚJO, Nadia de; SALLES, Carlos Alberto de. “Medidas de cooperação interjurisdicional no Mercosul”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, ano 30, n. 123, maio 2005.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. “Perfil dogmático da tutela de urgência. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, ano 94, n. 342, abr./jun. 1998.

ALVES, Rafael Francisco. “A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro: autonomia privada ou devido processo legal?”. *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: RT, ano 2, n. 7, out.-dez. 2005.

_____. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. “O devido processo legal na arbitragem”. In EDUARDO JOBIM; RAFAEL MACHADO (Coord.). *Arbitragem no Brasil aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e poder público*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AMORIM FILHO, Agnelo. “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 86, n. 744, out. 1997.

ANDRADE, Érico; THEODORO Junior, Humberto.. “A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC”. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 37, n. 206, abr. 2012.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. “Cláusula compromissória: aspectos contratuais”. *Revista do advogado*. São Paulo: RT, ano 32, n. 116, jul. 2012.

_____. “Admissão de prova documental tardia: uma análise sob a perspectiva dos princípios constitucionais do processo”. In MILTON PAULO DE CARVALHO e DANIEL DE CASTRO (coords.). *Direito Processual Civil vol. II*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; ALMEIDA, Ricardo Ramalho; SALLES, Carlos Alberto de. “Medidas de cooperação interjurisdicional no Mercosul”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, ano 30, n. 123, maio 2005.

_____; GAMA JUNIOR, Lauro. “Sentenças estrangeiras e cartas rogatórias: novas perspectivas da cooperação internacional”. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Último acesso: 02/01/2013.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: processo cautelar*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, vol. 4.

ARIETA, Giovanni; SANTIS, Francesco de; MONTESANO, Luigi. *Corso base di diritto processuale civile*. 4. ed. Padova: CEDAM, 2010.

_____. “Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale e tutela cautelare”. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, n. 3, 1993.

_____. *Provvedimenti d’urgenza*. 2. ed. Padova: Cedam, 1985.

ARMELIN, Donaldo. “Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, ano 1, n. 1, jan./abr. 2004.

_____. “Tutela de urgência e arbitragem”. In DONALDO ARMELIN (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel de. “tutela antecipatória”. In SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ARVIND, T. T.; MODY, Zia. “Redeeming sispylus: the need to invigorate interim relief in international commercial arbitration”. In ALBERT JAN VAN DEN BERG (ed.). *International arbitration and national courts: the never ending story*, ICCA Congress Series. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006..

_____. *Manual da execução*. São Paulo: RT, 2007.

AULETTA, Ferruccio. “Cognizione sommaria e giudizio arbitrale”. In GIOVANNI VERDE (Coord.). *Diritto dell’arbitrato rituale*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2005.

BARBOSA, Bruno Valentim. *Julgamentos parciais de mérito no processo civil individual brasileiro*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

BARBOSA, Flávio Spaccaquerche; VERONA, Carlo de Lima. Sentença parcial. Mandado de segurança. Interferência do Poder Judiciário na instrução de procedência arbitral. *Revista brasileira de arbitragem*. São Paulo, ano 07, n. 27, jul./ago./set. 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 21, n. 81, jan./mar. 1996.

_____. “A sentença mandamental: da Alemanha ao Brasil”. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. “A tutela específica do credor nas obrigações negativas”. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. “Convenções das partes sobre matéria processual”. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. “Cumprimento e execução de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 42, set. 2006.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. “Responsabilidade das partes por danos processuais”. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 03, n. 10, abr./jun. 1978.

_____. Tutela de urgência e efetividade do direito. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Genesis, n. 28, abr./jun. 2003.

BARRETT, Jerome T.; BARRETT, Joseph P. *A history of alternative dispute resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004.

BARRETT, Joseph P.; BARRETT, Jerome T. *A history of alternative dispute resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004.

BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de arbitragem*. Lisboa: Almedina, 2010.

BARROS, Vera Cecília Monteiro de. “Convenção de arbitragem. Sede em Londres e aplicação da lei inglesa. Medida cautelar pré-arbitral concedida pelo Poder Judiciário brasileiro”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, n. 27, 2010.

BASSO, Maristela. “Procedimento arbitral atual: necessidade de um diálogo de reforma?”. In SELMA FERREIRA LEMES; CARLOS ALBERTO CARMONA; PEDRO BATISTA MARTINS (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

BATISTA, Lia Carolina. *Assistência no processo civil brasileiro*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. ANTONIO CARLOS MARCATO (Coord.). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. “Cognição e decisões do juiz no processo executivo”. In LUIZ FUX; NELSON NERY JR.; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Direito e processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. In: JOSÉ ROGÉRIO CRUZ TUCCI; JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERMANN, George. “Provisional relief in transnational litigation”. *Columbia Journal of Transnational Law*. Columbia, ano 35, 1997.

BERMUDES, Sérgio. “Medidas coercitivas e cautelares no processo arbitral”. In PEDRO BATISTA MARTINS; JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem – in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTR, 2002.

BERNARDINI, Piero. *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*. Milano: Giuffrè, 2008.

_____. “Le pouvoirs de l'arbitre”. In ICC (ed.). *Measures conservatoires et provisoires em matière d'arbitrage internacional*. Paris: ICC Services, 1993.

BENETI, Sidnei. “Arbitragem e tutela de urgência”. *Revista do Advogado*. São Paulo:RT, ano 26, n. 87, set. 2006.

BERTI, Stephen V. “Article 183”. In STEPHEN V. BERTI (ed.). *International Arbitration in Switzerland*. London: Kluwer, 2000.

BESSON, Sébastien. *Arbitrage international et mesures provisoires: étude de droit comparé*. Tese de doutorado. Université de Lausanne, 1998.

_____; POUDRET, Jean-François. *Comparative law of international arbitration* (Trad. de Droit comparé de l'arbitrage international por Stephen V. Berti e Annete Ponti). London: Sweet and Maxwell, 2007.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Vol. IV*. (Atualizado por Achilles Bevilaqua). 9. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1953.

BISMUTH, Régis, “Anatomy of the law and practice of interim protective measures in international investment arbitration”. *Journal of International Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, vol. 26, issue 6, 2009

BLACKABY, Nigel; PAULSSON, Jan; REED, Lucy. *Guide to ICSID arbitration*. 2. ed. New York: Kluwer Law International, 2011.

_____; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on international arbitration*. 5. ed. New York: Oxford, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. (Trad. por Maria Leite dos Santos). 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. “An introduction to the new German Arbitration Act based on the UNCITRAL Model Law”. The Hague: Kluwer Law International, vol. 14, issue 1, 1998.

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia. *Arbitration in Germany*. The Hague: Kluwer Law International, 2007.

BODIN DE MORAIS, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo; HELENA BARBOSA, Heloisa. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BOISSESON, Mathieu de. As anti-suit injunctions e o princípio da competência-competência. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, n. 7, 2005.

BOND, Stephen. “La nature des mesures conservatoires et provisoires”. In ICC (ed.). *Measures conservatoires et provisoires em matière d’arbitrage international*. Paris: ICC Services, 1993.

BONNIN, Victor; LAGO, Carlos de los Santos. “Emergency proceedings under the new ICC Rules”. In DAVID ARIAS; MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (eds.). *Spain Arbitration Review*. Wolters Kluwer España, issue 13, 2012.

BORN, Gary. *International commercial arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer Arbitration Law, 2001.

_____. *International commercial arbitration*. 3. ed. The Hague: Kluwer Arbitration Law, 2009, vol. I.

_____. *International commercial arbitration*. 3. ed. The Hague: Kluwer Arbitration Law, 2009, vol. II.

BOVE, Mauro. “Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale”. *Revista dell’arbitrato*. *Revista dell’arbitrato*. Milano: Giuffrè, ano 17, 2007.

_____. “Raporti tra arbitro e giudice statale”. *Revista dell’arbitrato*. Milano: Giuffrè, ano 9, 1999.

BRAGA, Paulo Sarna. “Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 32, n. 148, 2007.

BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BREKOUKAKIS, Stavros K.. *Arbitration and third parties*. Tese de doutorado em Filosofia. Queen Mart university of London, 2008.

BROCHES, Aron. "UNCITRAL - commentary on the Model Law (1990)". In JAN PAULSSON (Ed.). *International Handbook on Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1990.

BULOS, Uadi Lammêgo; FURTADO, Paulo. *Lei de arbitragem comentada: breves comentários à Lei 9.307, de 23-9-1996*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-hoc, 2008.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 1983, vol. X, tomo I.

CALVO, Michel A.. "The new ICC rules of arbitration: substantial and procedural changes". *Journal of International Arbitration*. The Hague: Kluwer Law international, 1997.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. "Das relações entre a arbitragem e o Poder Judiciário". *Revista Brasileira de arbitragem*. Porto Alegre, ano 2, n. 06, abr./jun. 2005.

CAMPOS MELO, Leonardo de. "Introdução às arbitragens de investimento perante o sistema ICSID". *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, v. 34, jul./set. 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. “A arbitragem no Brasil: em busca de uma nova lei”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, ano 18, n. 72, 1993.

_____. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. “Arbitragem e jurisdição”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, ano. 15, n. 58, abr./jun. 1990.

_____. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2009.

_____. Árbitros e juízes: guerra ou paz? ”. In SELMA FERREIRA LEMES; CARLOS ALBERTO CARMONA; PEDRO BATISTA MARTINS (Coords.). *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Código de Processo Civil interpretado*. ANTONIO CARLOS MARCATO (Coord.). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. “Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro”. In SELMA FERREIRA LEMES; CARLOS ALBERTO CARMONA; PEDRO BATISTA MARTINS (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. “Considerações sobre a evolução conceitual de processo”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, ano 15, n. 57, 1990

_____. Contrato de Joint Venture: Contratos-satélites que absorvem as previsões constantes do contrato-base. Revogação tácita e revogação expressa de cláusula compromissória. Propositura de demanda perante o Poder Judiciário Brasileiro. Revogação Parcial de cláusula compromissória. Manifestação de vontade no sentido de restringir os limites da cláusula de vontade no sentido de restringir os limites da cláusula compromissória. Autonomia da vontade das partes. Impossibilidade de

homologar sentença arbitral estrangeira. Art.38, II da Lei de Arbitragem. *Revista de mediação e arbitragem*. São Paulo: RT, ano 5, n. 19, out./dez. 2008.

_____. “Das boas relações entre os juízes e os árbitros”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, ano. 22, n. 87, jul./set. 1997.

_____. “Em torno do árbitro”. *Revista brasileira de arbitragem*. São Paulo: RT, ano 8, n. 28, jan./mar. 2011.

_____. “Ensaio sobre a sentença arbitral parcial”. *Revista brasileira de arbitragem*. São Paulo: RT, n. 18, 2008.

_____. “Flexibilização do procedimento arbitral”. *Revista brasileira de arbitragem*. nº 24. Curitiba: IOB, out./nov./dez. 2009.

_____. “O processo arbitral”. *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo, ano 1, n. 1, 2004.

_____. “Superior Tribunal de Justiça, segurança jurídica e arbitragem”. *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: RT, ano 9, n. 34, jul./set. 2012.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Aspectos processuais da nova lei de arbitragem. In *Arbitragem: A Nova Lei Brasileira (9.307/96) e a Praxe Internacional*. Coordenado por Paulo Borba Casella. São Paulo: LTr, 1997, pp. 131-156).

_____. Arbitragem: cláusula compromissória, cognição e *imperium*; medidas cautelares e antecipatórias; civil law e common law; incompetência da justiça estatal. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre: IOB, CBar, ano 1, n. 03, jul./out 2004.

CARLEVARIS, Andrea. *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*. Padova: CEDAM, 2006.

_____. “The enforcement of interim measures ordered by international arbitrators: different legislative approaches and recent developments in the amendment of the UNCITRAL Model Law”. In Association for international arbitration (ed.). *Interim measures in international commercial arbitration*. Florida: Maklu, 2007.

_____. “Tutela cautelare «pre-arbitrale»: natura del procedimento e della decisione”. *Revista dell’arbitrato*. Milano: Giuffrè, ano 13, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápole: Morano, 1958.

CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Tutela de urgência*. São Paulo: RT, 2008.

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.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAVALLINI, Cesare. *L’arbitrato rituale*. Milano: EGEA, 2004.

CHAPPUIS, Christine. “A comparative overview on performance as a remedy: a key to divergent approaches”. In MICHAEL E. SCHNEIDER; JOACHIM KNOLL (eds.). *ASA Special Series no. 30 – Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration*. Nova York: Juris, 2011.

CHASE, Oscar G. “Reflections on civil procedure reform in the United States: What has been learned? What has been accomplished?”. In NICOLÒ TROCKER; VICENZO VARANO (eds.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: Giappichelli, 2005.

_____; HERSHOFF, Helen; SILBERMAN, Linda; TANIGUCHI, Yasuhei; VARANO, Vincenzo; ZUCKERMAN, Adrian. *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thompson, 2007.

CHENG, Bin. *General principles of law as applied by international courts and tribunals*. Nova Yorke: Cambridge, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. (Trad. de *Istituzioni di diritto processuale civile* por J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, vol I.

_____. “Dell’azione nascente dal contratto preliminare”. *Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937). Milano: Giuffrè, 1993, vol. I.

CHIRGA, Maria Francesca. *La nuova disciplina dell’arbitrato*. SERGIO MENCHINI (Coord.). Padova: CEDAM, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo.; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; *Teoria geral do processo*. 24. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COLLINS, Lawrence. *Provisional and protective measures in international litigation*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1993.

COMMELIN, P. *Mitologia grega e romana*. (Trad. de *Mythologie grecque et romaine* por Eduino Brandão). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

COSTA, Guilherme Recena. “Entre função e estrutura: passado, presente e futuro da tutela de urgência no Brasil”. In DONALDO ARMELIN (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA E SILVA, Paula. “A arbitrabilidade de medidas cautelares”. Disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=57754&ida=57711. Último acesso em 05/05/2011.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1982, vol. XI, tomo II.

CRAIG, W. Laurence; PARK, William; PAULSSON, Jan. *International chamber of commerce arbitration*. 3. ed. Nova York: Oceana Publications, 2008.

CREMADES, Bernardo M. “Is exclusion of concurrent courts' jurisdiction over conservatory measures to be introduced through a revision of the Convention?”. *Journal of International Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, vol. 6, issue 3, 1989.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Tempo e processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

DELGADO, José Augusto. “Arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual”. In EDUARDO JOBIM; RAFAEL MACHADO (Coord.). *Arbitragem no Brasil aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DELVOLVÉ, Jean-Louis; POINTON, Gerald H.; ROUCHE, Jean. *French arbitration law and practice: a dynamic civil law approach to international arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer Arbitration Law, 2009.

DERAINS, Yves; SCHWARTZ, Eric A. *Guide to ICC rules of arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

_____; KIFFER, Laurence. “National report for France (2010)”. In JAN PAULSSON (Ed.). *International Handbook on Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2010.

_____. ”Technical expertise and référé arbitral”. In PIETER SANDERS (ed.). *New trends in the Development of International Commercial Arbitration and the Role of Arbitral and Other Institutions*, ICCA Congress Series. The Hague: Kluwer Law International, 1983.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. *Dealing in virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*. Chicago: University of Chicago, 1996.

DHARMANANDA, Kanaga. “The unconscious choice: reflections on determining the lex arbitri”. *Journal of International Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, vol. 19, issue 2, 2002.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, vol. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. I.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. II.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. III.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. IV.

_____. “Declaração *ex officio* da incompetência relativa?”. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Intervenção de terceiros*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. “O regime jurídico das medidas urgentes”. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. “O princípio do contraditório e sua dupla destinação”. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I.

_____. Parecer “Arbitragem e processo. Garantias constitucionais. Uma indevida expensão subjetiva de cláusula compromissória. Correlação entre sentença e demanda (ou entre laudo e o termo de arbitragem). Desconsideração da personalidade jurídica e dolo de terceiro. Fundamentos fáticos e jurídicos distintos”, inédito, 2011.

_____. “Relendo princípios e renunciando a dogmas”. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 24. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. “Tutela jurisdicional”. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I.

_____. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIPP, Gilson Langaro. “Carta rogatória e cooperação internacional”. *Revista CEJ*. Brasília, ano 11, n. 38, jul./set. 2007.

DOMKE, Martin. *Domke on commercial arbitration* (revisto por LARRY EDMONSON). 3. ed. New York: West/Thomson Reuters, 2009, vol. I.

DONOVAN, Donald Francis. “The allocation of authority between courts and arbitral tribunals to order interim measures: a survey of jurisdictions, the work of UNCITRAL and a model proposal”. In ALBERT JAN VAN DEN BERG (ed.). *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA Congress Series. The Hague: Kluwer Law International, 2005, vol 12.

_____. “The scope and enforceability of provisional measures in international commercial arbitration a survey of jurisdictions, the work of UNCITRAL and proposals for moving forward”. In ALBERT JAN VAN DEN BERG (ed.). *International commercial arbitration: important contemporary questions*, ICCA Congress Series. The Hague: Kluwer Law International, 2003, vol. 11.

DRAHOZAL, Christopher R. “Party autonomy and interim measures in international commercial arbitration”. In ALBERT JAN VAN DEN BERG (ed.), *International commercial arbitration: important contemporary questions*, ICCA Congress Series. The Hague: Kluwer Law International, 2003, vol. 11.

DWORKIN, Ronald M. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

FIORUCCI, Fabio. *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 C.P.C.* 2. ed. Milano: Giuffrè, 2009.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. “A arbitragem na jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, ano 5, n. 19, out./dez. 2008.

FORTIER, L. Yves. “International arbitration and national courts: who has the last word?”. In ALBERT JAN VAN DEN BERG (ed). *International arbitration and national courts: the never ending story*, ICCA Congress Series. The Hague: Kluwer Law International, 2001, vol. 10.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

FRIEDLAND, Paul D. “Provisional measures and ICSID arbitration”. *Arbitration International*. The Hague: Kluwer Law International, v. 2, issue 4, 1986.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. *Lei de arbitragem comentada: breves comentários à Lei 9.307, de 23-9-1996*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GAILLARD, Emmanuel. FOUCHARD, Philippe; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

_____. *Legal theory of international arbitration*. Boston: Martinus Nijhoff, 2010.

_____. “Reflections on the use of anti-suit injunctions in international arbitration”. In LOUKAS A. MISTELIS; JULIAN LEW (Coord.). *Pervasive problems in international arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2006.

_____; PINSOLEE, Philippe. “The ICC pre-arbitral referee: first practical experiences”. *Arbitration international*. The Hague: Kluwer Law International, vol. 20, issue 1, 2004

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “A moderna ótica do poder geral de cautela do juiz”. In DONALDO ARMELIN (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GALGANO, Francesco. *Il contatto*. Padova: CEDAM, 2007.

GAMA JUNIOR, Lauro. *Contratos internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. ARAÚJO, Nádia de. "Sentenças estrangeiras e cartas rogatórias: novas perspectivas da cooperação internacional". Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Último acesso: 22/12/2012.

GARCEZ, José Maria Rossani. "Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras: direito brasileiro e comparado". In PEDRO A. BASTISTA MARTINS e JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Viana de Lima*. São Paulo: LTr, 2000.

GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*. 8. ed. St. Paul: Thomson West, 2004.

GARTH, Bryant G; DEZALAY, Yves. *Dealing in virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*. Chicago: University of Chicago, 1996.

GASPAR, Renata Alves. *Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

GUERRERO, Luis Fernando. "Tutela de urgência e arbitragem", *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: IOB, n. 24, out./nov./dez., 2009.

GIOIA, Valério de; RASCHELLÀ, Anna Maria. *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 Cod. Proc. Civ.* 2. ed. Forlì: Expert, 2006.

GOLDMAN, Berthold; FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel. *Fouchard, Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

GOODE, Roy. “The role of the *lex loci arbitri* in international commercial arbitration”. *Arbitration international*. The Hague: Kluwer Law International, vol 17, issue 1, 2001.

GOSWAMI, Lira. “Interim reliefs: the role of the courts”. In ALBERT JAN VAN DEN BERG (ed.). *International arbitration and national courts: the never ending story*. ICCA Congress Series, 2000, New Delhi. The Hague: Kluwer Law International, 2001, vol. 10.

GREBLER, Eduardo. “A recusa de reconhecimento à sentença arbitral estrangeira com base no artigo V, (1), alíneas ‘a’ e ‘b’ da Convenção de Nova Iorque”. In ARNOLDO WALD e SELMA LEMES (Coord.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. I.

GRENNBERG, Simon; KEE, Christopher; WEERAMANTRY, J. Romesh, *International commercial arbitration: an asia-pacific perspective*. Cambridge: Cambridge University, 2011.

GRIERSON, Jacob; VAN HOOFT, Annet. *Arbitration under the 2012 ICC rules*. The Hague: Kluwer Law International, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1999.

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.

GUSY, Martin F.; HOSKING, James M.; SCHWARZ, Franz T. *A guide to the ICDR international arbitration rules*. Nova Iorque: Oxford, 2011.

HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*. The Hague: Kluwer Law international, 2006.

_____. “A experiência da cautelar pré-arbitral da CCI”. *Revista de direito bancário do mercado de capitais e da arbitragem*. São Paulo: RT, ano 5, n. 17, jul./set. 2008.

HELENA BARBOSA, Heloisa; BODIN DE MORAIS, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, vol. II.

HERNÁN, Mairina Cedeño. “La intervención judicial en el arbitraje en la Ley 11/2011 y en la Ley Orgánica 5/2011, de reforma de la legislación arbitral”. In EVELIO VERDERA Y TUELLS E JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS (eds.), *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, v. 4, issue 3, 2011

HERSHOFF, Helen; CHASE, Oscar G.; SILBERMAN, Linda; TANIGUCHI, Yasuhei; VARANO, Vincenzo; ZUCKERMAN, Adrian. *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thompson, 2007.

HOBÉR, Kaj. “The Trailblazers v. the Conservative Crusaders, or why arbitrators should have the power to order ex parte interim relief”. In ALBERT JAN VAN DEN BERG (ed.). *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA Congress Series. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

HOELLERING, Michael F. “Pratique et expérience le l’AAA”. In ICC (ed.). *Measures conservatoires et provisoires em matière d’arbitrage internacional*. Paris: ICC Services, 1993.

HOFFMAN, Paulo. “Arbitragem: algumas dúvidas processuais práticas quando o juízo estatal é chamado a intervir”. In EDUARDO JOBIM; RAFAEL MACHADO (Coord.). *Arbitragem no Brasil aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

HOSKING, James M.; GUSY, Martin F.; SCHWARZ, Franz T. *A guide to the ICDR international arbitration rules*. Nova Iorque: Oxford, 2011.

HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan. *Redfern and Hunter on international arbitration*. 5. ed. New York: Oxford, 2009.

JABARDO, Cristina Saiz. “*Extensão*” da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

JARAMILLO, Eduardo Zuleta. “National report for Colombia (2010)”. In JAN PAULSSON (ed.). *International handbook on commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, n. 62, dec. 2010.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. (Trad. de Zivilprozessrecht por F. Silveira Ramos). 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

JÚDICE, José Miguel. “As providencias cautelares e a arbitragem: em que estamos?”. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida. Coimbra: Almedina, 2011, vol III.

KAPLAN, Neil; MORGAN, Robert. “National report for Hong Kong (1999)”. In JAN PAULSSON (ed.). *International handbook on commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, dez. 1999.

KARRER, Pierre A. “Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts: less theory please”. In ALBERT JAN VAN DEN BERG (ed.). *International arbitration and national courts: the never ending story*, ICCA Congress Series, 2000 New Delhi. The Hague: Kluwer Law International, 2001, vol. 10.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. "Globalization of arbitral procedure". *Vanderbilt journal of transnational law*, no 4, vol. 36, 2003.

KAYALI, Didem. "Enforceability of multi-tiered dispute resolution clauses". *Journal of International Arbitration*. The Hague: Kluwer Law international, vol. 27, issue 6, 2010.

KEE, Christopher; GRENNBERG, Simon; WEERAMANTRY, J. Romesh, *International commercial arbitration: an asia-pacific perspective*. Cambridge: Cambridge University, 2011.

KIFFER, Laurence; DERAIS, Yves. "National report for France (2010)". In JAN PAULSSON (Ed.). *International Handbook on Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2010.

KOJOVIĆ, Tijana. "Court enforcement of arbitral decisions on provisional relief: how final is provisional?". *Journal of International Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, vol 18, issue 5, 2001.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade do processo civil*. São Paulo: RT, 1991.

KREINDLER, Richard H.; SCHÄFER, Jan. "Interim Measures of Protection". In KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL; STEFAN MICHAEL KRÖLL ET AL. (eds.), *Arbitration in Germany: the Model Law in practice*. The Hague: Kluwer Law International, 2007.

KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia; BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. *Arbitration in Germany*. The Hague: Kluwer Law International, 2007.

_____. "National report for Germany (2007)". In JAN PAULSSON (ed.). *International Handbook on Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2007.

_____. LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Arbitration Law, 2003.

KULKOV, Maxim. “Can interim measures be obtained in Russia in support of commercial arbitration conducted outside of Russia”. ”. In Association for International Arbitration (ed.). *Interim measures in international commercial arbitration*. Antwerp: Maklu, 2007.

KURTH, Christoph; SEGESSER, Georg von. “Interim measures”. In BLAISE STUCKI; GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER *International arbitration in Switzerland: a handbook for practitioners*, 2005.

LA CHINA, Sergio. *L’arbitrato: il sistema e l’esperienza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. VIII, tomo I.

_____; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. VIII, tomo II.

LAGO, Carlos de los Santos; BONNIN, Victor. “Emergency proceedings under the new ICC Rules”. In DAVID ARIAS; MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (eds.). *Spain Arbitration Review*. Wolters Kluwer España, issue 13, 2012.

LAUDISA, Luciana. “Arbitratio internazionale e tutela cautelare”. *Revista dell’arbitrato*. Milano: Giuffrè, ano 15, 2005.

LAZZARINI, Renato. *Tutelas urgentes na arbitragem internacional*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

LEBRE DE FREITAS, José. *A acção executiva*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2009.

LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002.

LEMES, Selma Ferreira. “A inteligência do art. 19 da Lei de Arbitragem (instituição da arbitragem) e as medidas cautelares preparatórias”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, ano 6, n. 20, abr./jun. 2003.

_____. *Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade*. São Paulo: LTr, 2001.

_____. “Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes”. In PEDRO A. BASTISTA MARTINS e JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Viana de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. Convenção de arbitragem e termo de arbitragem: características, efeitos e funções. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano 26, n. 87, set. 2006.

LÉVY, Laurent. “Les astreintes et l'arbitrage international en Suisse”. Bulletin ASA (Association Suisse de l'Arbitrage), The Hague: Kluwer Law International, ASA Bulletin, v. 19, issue 1, 2001.

_____. “Anti-suit injunctions issued by arbitrators”. In EMMANUEL GAILLARD (ed.). *Anti-suit injunctions in international arbitration*, New York: Juris; International Arbitration Institute, 2005.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Arbitration Law, 2003.

_____. “Achieving the dream: autonomous arbitration”. *Arbitration International*. The Hague: Kluwer Arbitration Law, v. 22, issue 2, 2007.

_____. “Does national court involvement undermine the international arbitration process?”. *American University International Law Review*. v. 24, issue 3, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. (Trad. de *Manuale di diritto processuale civile* por Cândido Rangel Dinamarco). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, vol. I.

_____. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

LIU, Ge. “UNCITRAL Model Law v. Chinese Law and practice: a discussion on interim measures of protection”. In ALBERT JAN VAN DEN BERG (ed.). *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA Congress Series. The Hague: Kluwer Law International, 2005, vol 12.

LONGO, Samantha Mendes. “Ação cautelar visando à obtenção de medida urgente ajuizada perante o Poder Judiciário quando ainda não constituído o tribunal arbitral. Possibilidade”. *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: RT, n. 17, abr.-jun., 2008.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. “Honorários advocatícios nas medidas cautelares”. In DONALDO ARMELIN (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Tutela antecipada sancionatória*. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Medidas preventivas: medidas preparatórias, medidas de conservação*. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

_____. “Arbitration: history and background”. *Journal of International Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, v. 6, issue 2, 1989.

LIAKOPOULOS, Dimitris; ROMANI Mauro. *Tutela cautelare nel diritto processuale internazionale e privato*. Padova: Libreriauniversitaria.it, 2009.

LU, Song. "The new CIETAC arbitration rules of 2012". *Journal of International Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, v. 29, issue 3, 2012.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: RT, 2000.

_____. "Estabilização da tutela antecipada e julgamento parcial do mérito". Disponível em: <http://direitoprocessual.org.br/content/blocos/104/1>. Acessado em: 15/02/2012.

_____. "Prescrição, decadência e processo civil". In FERNANDO GONZAGA JAYME, JULIANA CORDEIRO DE FARIA e MAIRA TERRA LAUAR (Orgs.). *Processo civil novas tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

LUISO, Francesco P. "Appunti sull'arbitrato societario". *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, n. 3, 2003.

LYRA, Michele. Tutela de urgência e arbitragem: mecanismos de acesso à justiça: uma análise do comportamento do Poder Judiciário na concessão de medidas urgentes relacionadas a processos arbitrais: as *anti-suit injunctions*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

MADRUGA FILHO, Antenor. "O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da cooperação jurídica internacional". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 13, n. 54, maio./jun. 2005.

MAGALHÃES, José Carlos de. "A Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem". *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, v. 18, 2002.

_____. “A tutela antecipada no processo arbitral”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, ano 2, n. 4, jan./mar. 2005.

MALHEIRO, Gonçalo. *Os poderes concorrenciais dos tribunais arbitrais e dos tribunais comuns para o decretamento de providência cautelares*. Porto: Vida Económica, 2008.

MARCATO, Antonio Carlos. *Código de Processo Civil interpretado*. ANTONIO CARLOS MARCATO (Coord.). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____ ; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____ ; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo cautelar*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, vol. 4.

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo, RT: 2004.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. “O STJ, as medidas antiarbitragem e o princípio da competência-competência na lei 9307/1996: comentários às decisões da MC 17.868/BA”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, ano 9, n. 32, jan.-mar. 2012.

MARTINS, Pedro Antonio Batista. “A arbitragem e o mito da sentença parcial”. In SELMA FERREIRA LEMES; CARLOS ALBERTO CARMONA; PEDRO BATISTA MARTINS (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. “Acesso à justiça”. In SELMA FERREIRA LEMES; CARLOS ALBERTO CARMONA; PEDRO BATISTA MARTINS (Coords.). *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. “As três fases da arbitragem”. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano 26, n. 87, set. 2006.

_____. “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro”. In SELMA FERREIRA LEMES; CARLOS ALBERTO CARMONA; PEDRO BATISTA MARTINS (Coords.). *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. “Embaraços na implementação da arbitragem no Brasil, até o advento da Lei n. 9.307/96 e a pseudo-inconstitucionalidade do instituto”. In SELMA FERREIRA LEMES; CARLOS ALBERTO CARMONA; PEDRO BATISTA MARTINS (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. “Medida cautelar de arresto visando garantir execução futura de sentença arbitral estrangeira”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 06, n. 21, abr./jun. 2009.

LUISO, FRANCESCO P. *Diritto processuale civile*. 6. ed. Milano: Gioffrè, 2011, vol V.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MAZZONETTO, Nathalia. *Partes e terceiros na arbitragem*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

MEDEIROS, Suzana; TIBURCIO, Carmem Beatriz. “Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro”. *Revista do Direito da Energia*. São Paulo, ano 3, n. 04, mar. 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

MEHREN, Robert B. von. “Rules of arbitral bodies considered from a practical point of view”. *Journal of International Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, v. 9, issue 3, 1992.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: RT, 2002.

MIRET, Núria Mallandrich. *Medidas cautelares y arbitraje*. Barcelona: Atelier Libros, 2010.

MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M.; LEW, Julian D. M. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Arbitration Law, 2003.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Antecipação da tutela*. São Paulo: RT, 2013.

_____; MARINONI, Luis Guilherme. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Colaboração no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. “Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, ano 36, n. 197, 2011.

MODY, Zia; ARVIND, T. T. “Redeeming sisypylus: the need to invigorate interim relief in international commercial arbitration”. In ALBERT JAN VAN DEN BERG (ed.). *International arbitration and national courts: the never ending story*, ICCA Congress Series. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni; SANTIS, Francesco de. *Corso base di diritto processuale civile*. 4. ed. Padova: CEDAM, 2010.

MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

MORAES E BARROS, Hamilton de. *Comentários ao Código de Processo Civi*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, vol IX..

MORGAN, Robert; KAPLAN, Neil. “National report for Hong Kong (1999)”. In JAN PAULSSON (ed.). *International handbook on commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, dez. 1999.

MOSES, Margareth. *The principles and practice of international commercial arbitration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 2011.

MOURRE, Alexis. “Judicial penalties and specific performance in international arbitration”. In FILIP DE LY; LAURENT LÉVY (eds.). *Interest, auxiliary and alternative remedies in international arbitration*. Paris: ICC Services, 2008.

MURONI, Raffaella. *La pendenza del giudizio arbitrale*. Torino: Giappichelli, 2008.

MUSTILL, Michael. “Commentaires et conclusions”. In ICC (ed.). *Measures conservatoires et provisoires em matière d’arbitrage internacional*. Paris: ICC Services, 1993.

NACIMIENTO, Patricia; BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael. *Arbitration in Germany*. The Hague: Kluwer Law International, 2007.

NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

NUNES, Thiago Marinho. “A prática das *anti-suit injunctions* no procedimento arbitral e seu recente desenvolvimento no direito brasileiro”. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre: IOB, CBar, ano 2, n. 5, jan./mar. 2005.

_____. *Análise dos efeitos da prescrição extintiva na arbitragem interna e internacional com visão a partir do direito brasileiro*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro; Lacerda, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. VIII, tomo II.

OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. (Trad. De Théorie del’arbitrage por EDUARDO ROMERO, FABRICIO ESPINOSA e JOSÉ JOAQUIM DEMOULIN). Bogotá: Legis, 2006.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.

PARK, William; CRAIG, W. Laurence; PAULSSON, Jan. *International Chamber of Commerce arbitration*. 3. ed. Nova York: Oceana Publications, 1998.

_____. “Lex loci arbitri and international commercial arbitration”. *International and Comparative Law Quarterly*. New York: Cambridge University, 1983, vol. 32, issue 1.

_____. “The procedural soft law of international arbitration: non-governmental instruments”. In LOUKAS A. MISTELIS; JULIAN LEW (ed.). *Pervasive problems in international arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2006.

PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel. *Redfern and Hunter on international arbitration*. 5. ed. New York: Oxford, 2009.

PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: RT, 1977, vol. IV.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Código de Processo Civil interpretado*. In ANTONIO CARLOS MARCATO (Coord.). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PAULSSON, Jan; REED, Lucy; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*. 2. ed. New York: Kluwer Law International, 2011.

_____; PARK, William; CRAIG, W. Laurence. *International Chamber of Commerce arbitration*. 3. ed. Nova York: Oceana Publications, 1998.

PETROCHIOS, Georgios. *Procedural law in international arbitration*. Oxford: Oxford University, 2004.

PHILIPPE, Denis. “Interim measures and performance of the contract by the parties”. In Association for International Arbitration (ed.). *Interim measures in international commercial arbitration*. Antwerp: Maklu, 2007.

PINSOLEE, Philippe; GAILLARD, Emmanuel. “The ICC pre-arbitral referee: first practical experiences”. *Arbitration international*. The Hague: Kluwer Law International, vol. 20, issue 1, 2004

PINTO, José Emilio Nunes. “A confidencialidade na arbitragem”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, ano 2, n. 06, jul./set. 2005.

PINTO, Ligia Paula Pires; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões sobre a Arbitragem no Brasil e a arbitragem internacional. *Revista de direito internacional e econômico*, Porto Alegre: Síntese, n. 6, jan./mar. 2004.

PISANI, Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, 5. ed. Nápoli: Jovene, 2010.

PIZZOL, Patricia. *Código de Processo Civil interpretado*. In ANTONIO CARLOS MARCATO (Coord.). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008

POINTON, Gerald H.; DELVOLVÉ, Jean-Louis; ROUCHE, Jean. *French arbitration law and practice: a dynamic civil law approach to international arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer Arbitration Law, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, tomo XII.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, tomo XV.

POSNER, Richard A.. *Economic analysis of law*. 8. ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2010.

POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Comparative law of international arbitration* (Trad. de Droit comparé de l'arbitrage international por Stephen V. Berti e Annete Ponti). London: Sweet and Maxwell, 2007.

POZZI, Vittorio. “Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici”. *Revista dell'arbitrato*. Milano: Giuffrè, ano 15, 2005.

PRAGER, Dietmar W. “Costa Rica has a new arbitration law”, disponível em <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/06/04/costa-rica-has-a-new-arbitration-law/>, acessado em 06.06.2011.

PRICE, Charles. “Conflict with state courts”. In ASSOCIATION FOR INTERNATIONAL ARBITRATION (ed.). *Interim measures in international commercial arbitration*. Florida: Maklu, 2007

PRICE WATERHOUSE; QUEEN MARY UNIVERSITY. *International arbitration: corporate attitudes and practices*, 2008. Disponível em:

http://www.pwc.co.uk/en_UK/uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf.

Último acesso: 22/02/2011.

PRYLES, Michael. "Multi-tiered dispute resolution clauses". *Journal of International Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, v. 18, issue 2, 2001.

QUEEN MARY UNIVERSITY e PRICE WATERHOUSE. *International arbitration: corporate attitudes and practices*, 2008. Disponível em:

http://www.pwc.co.uk/en_UK/uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf.

Último acesso: 22/02/2011.

RANZOLIN, Ricardo. *Controle judicial da arbitragem*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

RASCHELLÀ, Anna Maria; GIOIA, Valério de. *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 Cod. Proc. Civ.* 2. ed. Forlì: Experta, 2006.

RAU, Alan Scott. "Provisional relief in arbitration: how things stand in the United States". *Journal of International Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, v. 22, issue 1, 2005.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. *Redfern and Hunter on international arbitration*. 5. ed. New York: Oxford, 2009.

REED, Lucy; BLACKABY, Nigel; PAULSSON, Jan. *Guide to ICSID arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2011.

RODRIGUES FILHO, Renato. *Tutelas de urgência na arbitragem*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

ROMANI Mauro; LIAKOPOULOS, Dimitris. *Tutela cautelare nel diritto processuale internazionale e privato*. Padova: Libreriauniversitaria.it, 2009.

ROUCHE, Jean; DELVOLLÉ, Jean-Louis; POINTON, Gerald H. *French arbitration law and practice: a dynamic civil law approach to international arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer Arbitration Law, 2009.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International arbitration: law and practice*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. ALMEIDA, Ricardo Ramalho; ARAÚJO, Nadia de. “Medidas de cooperação interjurisdicional no Mercosul”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, ano 30, n. 123, maio 2005.

_____. “Mecanismos alternativos de resolução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocadas”. In LUIZ FUX; NELSON NERY JR.; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. “Efeitos da judicialização da arbitragem”. *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: RT, ano 4, n. 13, abr./jun. 2007.

SANCHES, Guilherme. *Sentença parcial no processo arbitral*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juiz*. São Paulo: RT, 1978.

SANDERS, Pieter. “Procedures and practices under the UNCITRAL Rules”. *The American Journal of Comparative Law*, v. 27, 1979.

SANTIS, Francesco de; MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. *Corso base di diritto processuale civile*. 4. ed. Padova: CEDAM, 2010.

SANTOS, Nilton dos. *Código de Processo Civil interpretado*. In ANTONIO CARLOS MARCATO (Coord.). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Código de Processo Civil interpretado*. ANTONIO CARLOS MARCATO (Coord.). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 2, tomo I.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 4.

SCHÄFER, Jan K.; KREINDLER, Richard H. “Interim measures of protection”. In KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL; STEFAN MICHAEL KRÖLL ET AL. (eds.), *Arbitration in Germany: the Model Law in practice*. The Hague: Kluwer Law International, 2007.

_____. “New solutions for interim measures of protection in international commercial arbitration: English, German and Hong Kong law compared”. *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 2.2, aug. 1998.

SCHNEIDER, Michael E. “Non-monetary relief in international arbitration: principles and arbitration practice”. In MICHAEL E. SCHNEIDER; JOACHIM KNOLL (eds.). *ASA Special Series no. 30 – Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration*. Nova York: Juris, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: venire contra factum proprium e tutela da confiança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHWARTZ, Eric A.; DERAIS, Yves. *Guide to ICC rules of arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

SCHWARZ, Franz T.; GUSY, Martin F.; HOSKING, James M. *A guide to the ICDR international arbitration rules*. Nova Iorque: Oxford, 2011.

SCHWARTZ, Eric A. “Pratique et expérience de la Cour de la CCI”. In ICC (ed.). *Measures conservatoires et provisoires en matière d’arbitrage international*. Paris: ICC Services, 1993.

SEGESSER, Georg von.; KURTH, Christoph. “Interim measures”. In BLAISE STUCKI; GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER *International arbitration in Switzerland: a handbook for practitioners*, 2005.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. A nova legislação espanhola em matéria de arbitragem. *Revista de processo*. São Paulo: RT, ano 31, n. 132, fev. 2006.

_____. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____; PINTO, Ligia Paula Pires. “Reflexões sobre a Arbitragem no Brasil e a arbitragem internacional”l. *Revista de direito internacional e econômico*, Porto Alegre: Síntese, n. 6, jan./mar. 2004.

SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofía del derecho*. 19. ed. México: Porrúa, 2008.

SILBERMAN, Linda; CHASE, Oscar G.; HERSHOFF, Helen; TANIGUCHI, Yasuhei; VARANO, Vincenzo; ZUCKERMAN, Adrian. *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thompson, 2007.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985, vol. XI.

_____. *Curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, vol. 2.

_____. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, vol. 3.

_____. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 91, n. 798, abr. 2002.

SIOUFI FILHO, Alfred Habib. “A grande latitude do interesse e legitimidade processual na ação de homologação de sentença arbitral estrangeira”. *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: RT, ano 6, n. 22, jul./set. 2009.

_____. “Denegação de justiça”. *Revista Brasileira de Arbitragem, edição especial: a proteção do investimento estrangeiro*, 2011.

SO, Thomas. “New CIETAC arbitration rules”. *Spain Arbitration Review*. Wolters Kluwer España, v. 2012, issue 14, 2012.

TABOSA, Fabio. *Código de Processo Civil interpretado*. ANTONIO CARLOS MARCATO (Coord.). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

TALAMINI, Eduardo. “Medidas urgentes (‘cautelares’ e ‘antecipadas’): a Lei 10.444/02 e o início de correção de rota para um regime jurídico único”. *Revista Dialética de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 2, 2003.

_____; WLADECK, Felipe Sripes. “Sentença arbitral e liquidez”. In: CÉSAR AUGUSTO G. PEREIRA; EDUARDO TALAMINI. *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. “Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro”. *Revista de processo*. São Paulo, ano 37, n. 209, jul. 2012.

_____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

TANIGUCHI, Yasuhei; CHASE, Oscar G.; HERSHOFF, Helen; SILBERMAN, Linda; VARANO, Vincenzo; ZUCKERMAN, Adrian. *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thompson, 2007.

TAO, Jingzhou. *Arbitration law and practice in China*. 3. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2012.

TARUFFO, Michele. *La semplice verità*. Bari: Laterza, 2009.

TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del processo civile di cognizione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2009.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; HELENA BARBOSA, Heloisa; BODIN DE MORAIS, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, vol. II.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Medidas cautelares*. São Paulo: Saraiva, 1974.

THEODORO Junior, Humberto. “A arbitragem como meio de solução de controvérsias”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, ano 97, n. 353, jan./fev. 2001.

_____; ANDRADE, Érico. “A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC”. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 37, n. 206, abr. 2012.

_____. *Processo cautelar*. 23. ed. São Paulo: Leud, 2006.

TIBURCIO, Carmem Beatriz; MEDEIROS, Suzana. “Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro”. *Revista do Direito da Energia*. São Paulo, ano 3, n. 04, mar. 2006.

TOMMASEO, Ferruccio. “Lex fori e tutela cautelare nell’arbitrato commerciale internazionale”. *Revista dell’arbitrato*. Milano: Giuffrè, ano 9, 1999.

TRAPPE, Johannes. “The arbitration proceedings: fundamental principles and rights of the parties”. *Journal of international arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, v. 15, issue 3, 1998.

TWEEDDALE, Andrew; TWEEDDALE, Keren. *Arbitration of commercial disputes: international and English law and practice*. Nova York: Oxford, 2005.

TWEEDDALE, Keren; TWEEDDALE, Andrew. *Arbitration of commercial disputes: international and English law and practice*. Nova York: Oxford, 2005.

TYLER, Tom R. “Public trust and confidence in legal authorities: what do majority and minority group members want from the law and legal institutions?” *Behavioral Sciences & the Law*, v. 19, issue 2, 2001.

VAN DE HEL-KOEDOOT, Mirjam. *A guide to the NAI arbitration rules: including a commentary on dutch arbitration law*. BOMMEL VAN DER BEND; MARNIX LEIJTEN; MARC YNZONIDES (eds.). The Hague: Kluwer Law International, 2009.

VAN HOOFT, Annet; GRIERSON, Jacob. *Arbitration under the 2012 ICC rules*. The Hague: Kluwer Law International, 2012.

VAN HOUTTE, Hans. “Ten reasons against a proposal for ex parte interim measures of protection in arbitration”. *Arbitration International*. The Hague: Kluwer Law International, v. 20, issue 1, 2004.

VALENÇA FILHO, Clávio. “Tutela judicial de urgência e a lide objeto de convenção de arbitragem”. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2009.

VALLE, Martin Della. *Arbitragem e equidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

VARANO, Vincenzo; CHASE, Oscar G.; HERSHOFF, Helen; SILBERMAN, Linda; TANIGUCHI, Yasuhei; ZUCKERMAN, Adrian. *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thompson, 2007.

VEEDER, V. V. “National report for England (1997)”. In JAN PAULSSON (ed.). *International handbook on commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, n. 23, 1997.

_____. “Compound interest and specific performance: ‘arbitral imperium’ and sections 49 and 48 of the English Arbitration Act 1996”. In FILIP DE LY; LAURENT LÉVY (eds.). *Interest, auxiliary and alternative remedies in international arbitration*. Paris: ICC Services, 2008.

_____. “Conservatory and provisional measures” In UNITED NATIONS (Org.). *Enforcing arbitration awards under the New York Convention: experience and prospects*. New York: United Nations Publication, 1999.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. “Doze anos da lei de arbitragem: alguns aspectos ainda relevantes”. In HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA (Org.). *Aspectos da arbitragem internacional: 12 anos da lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros, 2008.

VERONA, Carlo de Lima; BARBOSA, Flávio Spaccaquerche. Sentença parcial. Mandado de segurança. Interferência do Poder Judiciário na instrução de procedência arbitral. *Revista brasileira de arbitragem*. São Paulo, ano 07, n. 27, jul./ago./set. 2010.

VICENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processual civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

VIGORITI, Vincenzo. “Em busca de um direito comum arbitral: notas sobre o laudo arbitral e sua impugnação”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, ano 23, n. 91, 1998.

_____. “Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 11, n. 43, jul./set. 1986.

VILAR, Silvia Barona. *Medidas cautelares em el arbitraje*. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. “Reflexões sobre a tutela cautelar na arbitragem”. *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo, n. 27, jul./set. 2005.

WALD, Arnoldo. “A Convenção de Nova Iorque: passado, presente e futuro”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, n. 18, jul./set. 2008.

_____. “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação às sentenças arbitrais”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, ano 3, n. 8, jan./mar. 2006.

_____. “A recente evolução da arbitragem no direito brasileiro (1996-2001)”. In PEDRO BATISTA MARTINS; JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem – in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTR, 2002.

_____. “As anti-suit injunctions no direito brasileiro”. *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: RT, ano 3, n. 9, abr./jun. 2006.

_____. “Novos rumos para a arbitragem no Brasil”. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, ano 4, n. 14, out./dez. 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Existe a ‘discrecionabilidade’ judicial?”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 70, abr./jun. 1993.

_____. “Impossibilidade de decretação de pena de prisão como medida de apoio, com base no art. 461, para ensejar o cumprimento da obrigação *in natura*”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 28, n. 112, out./dez. 2003.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed., São Paulo: RT, 2004.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: DJP, 2005.

WEERAMANTRY, J. Romesh; GRENNBERG, Simon; KEE, Christopher, *International commercial arbitration: an asia-pacific perspective*. Cambridge: Cambridge University, 2011.

WIRTH, Markus. “Interim or preventive measures in support of international arbitration in Switzerland”. *Bulletin ASA* (Association Suisse de l'Arbitrage), The Hague: Kluwer Law International, 2000, vol. 18, issue 1.

WLADECK, Felipe Sripes. *Meios de controle judicial da sentença arbitral nacional*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

_____. TALAMINI, Eduardo. “Sentença arbitral e liquidez”. In: CÉSAR AUGUSTO G. PEREIRA; EDUARDO TALAMINI. *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. “Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada da prova na arbitragem”. *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: RT, n. 14, 2007.

_____. “‘Efetivação’ da tutela antecipada: uma nova execução civil?”. In LUIZ FUX; NELSON NERY JR.; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: DJP, 2006.

YESILIRMAK, Ali. *Provisional measures in international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Execução extrajudicial e devido processo legal*. São Paulo: Atlas, 2010.

ZANETI JUNIOR, Hermes. “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o protocolo do Mercosul para cooperação jurisdicional em medidas cautelares: perfil de um processo transnacional para a efetividade”. *Revista de direito processual civil*. Curitiba: Genesis, n. 37, jul./set. 2005.

ZANZUCCHI, Marco Tulio. *Diritto processuale civile*. Milano: Guiffre, 1964, vol. I.

ZAVASCKI, Teori Albino. “Antecipação da tutela e colisão”. In SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, vol. 8.

ZUCKERMAN, Adrian; CHASE, Oscar G.; HERSHOFF, Helen; SILBERMAN, Linda; TANIGUCHI, Yasuhei; VARANO, Vincenzo. *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thompson, 2007.

ABREVIATURAS

AAA	American Arbitration Association
ALI	American Law Institute
AMCHAM	Câmara Americana de Comércio Brasil-Estados Unidos
Art.	Artigo
CAM	Câmara de Arbitragem do Mercado
CAMARB	Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil
CCBC	Câmara de Comércio Brasil-Canadá
CCI ou ICC	Câmara de Comércio Internacional
CE	Comunidade (Econômica) Europeia
CF	Constituição Federal (Brasil)
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission
Convenção de Genebra	Convenção de Genebra sobre Execução de Sentenças Arbitrais (Genebra, 1927)
Convenção de Nova Iorque	Convenção da ONU sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Nova Iorque, 1958).
Convenção de Washington ou Convenção ICSID	Convenção sobre a Resolução de Conflitos Relativos a Investimentos entre Estado e Nacionais de outros Estados
CPC	Código de Processo Civil
ECA	European Court of Arbitration
Des.	Desembargador

FIESP-CIESP	Federação e Centro das Indústrias do Estado de São Paulo
IBA	International Bar Association
ICDR	International Center for Dispute Resolution
ICSID	International Center of Settlement of Investment Dispute
Inc.	Inciso
LCIA	London Court of International Arbitration
Lei de Arbitragem	Lei nº 9307 de 1996
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
Min.	Ministro
NAI	Nederlands Arbitrage Instituut
ONU	Organização das Nações Unidas
Protocolo de Genebra	Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais (Genebra, 1923)
Protocolo de Ouro Preto	Medidas de Cooperação Jurisdicional do Mercosul (1994)
Protocolo de Las Leñas	Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa do Mercosul (1992)
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SIAC	Singapore International Arbitration Centre
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
SWCC	Swiss Chamber of Commerce
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJPR	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
UE	União Europeia
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado
ZPO	Zivilprozessordnung

RESUMO

CARRETEIRO, Mateus Aimoré. Tutelas de urgência e processo arbitral. Dissertação. Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

Esta dissertação de mestrado possui o objetivo de identificar as particularidades relacionadas à utilização das tutelas de urgência nos casos em que as partes convencionam submeter seus litígios atuais ou futuros à jurisdição arbitral (*i.e.*, tutelas de urgência arbitrais) e explorar o seu tratamento sob a perspectiva do direito brasileiro.

As tutelas de urgência arbitrais adquirem cada vez maior importância para o desenvolvimento da arbitragem e para que o processo arbitral seja efetivo, alcançando o resultado desejado pelo direito material. Esta dissertação, depois de breves considerações iniciais, analisou as principais características e tipos de tutelas de urgência arbitrais (capítulos 2 e 3). Em seguida, passou em revista as bases teóricas para a compreensão da competência dos árbitros com relação às tutelas de urgência (capítulos 4 e 5), com estudo específico do cenário do direito brasileiro (capítulo 6). Esta dissertação reviu em detalhes as questões polêmicas da fase pré-arbitral (tanto perante as cortes estatais quanto perante árbitros de emergência), assim como as questões pertinentes sobre o momento em que o árbitro precisa analisar o assunto na fase arbitral (capítulos 7, 8 e 9). Por fim, analisou a hipótese na qual os juízes são chamados a auxiliar na efetivação de tutelas de urgência proferidas por árbitros em arbitragens nacionais e estrangeiras (capítulo 10).

Palavras-chave: Arbitragem – Processo arbitral – Tutelas de urgência arbitrais – Tutelas de urgência – Tutela antecipada – Tutela cautelar – Efetividade do processo – Competência do juiz – Competência do árbitro – Efetivação de tutelas de urgência.

ABSTRACT

This master's dissertation addresses the subject of the use of provisional or interim measures on cases in which the parties agree to submit their current or future disputes to the arbitral jurisdiction (*i.e.*, arbitral provisional measures) and develops its treatment under the perspective of Brazilian Law.

The arbitral provisional measures have an increasing importance for the development of arbitration and for the effectiveness of the arbitration process, reaching the result aimed by the substantive law. This dissertation, after brief preliminary considerations, analyzed the main characteristics and types of arbitral provisional measures (Sections 2 and 3). Afterwards, it has reviewed the theoretical basis for understanding of arbitrator's competence with regard to provisional measures (Sections 4 and 5), specifically in relation to the Brazilian law (Section 6). This dissertation has performed a detailed review of the controversial issues in the pre-arbitral phase (regarding state courts and emergency arbitrators), and has also reviewed issues related to the moment in which the arbitrator needs to analyze such controversial subject during the arbitral phase (Sections 7,8,9). Finally, this paper analyzed the hypothesis in which judges are called to assist on the enforcement of provisional measures issued by arbitrators in domestic and international international arbitrations (Section 10).

Keywords: Arbitration – Arbitration proceeding – Arbitral provisional measures – Provisional Measures – Injunctive relief – Conservatory measure – Competence of the judge – Competence of the arbitrator – Enforcement of provisional measures.