

# A TUTELA DE URGÊNCIA NO PROCEDIMENTO ARBITRAL: ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A TUTELA DE URGÊNCIA NO PROCEDIMENTO  
ARBITRAL: ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

.....  
Ana Carolina Costabeber Perin<sup>1</sup>

## Sumário

Introdução; 1. A tutela de urgência arbitral nos enunciados e legislações estrangeiras; 1.1. A Lei Modelada da UNCITRAL; 1.2 Civil Law; 1.3. Common Law; 1.4. MERCOSUL; 2. A tutela de urgência no Código de Processo Civil Brasileiro; 2.1. Tutela cautelar e tutela satisfativa: diferenciações; 3. A tutela de urgência na Lei de Arbitragem Brasileira (Lei Federal n. 9.307/96); 3.1. Tutela cautelar; 3.2. Tutela antecipada satisfativa; 3.3. Decisões jurisprudenciais: quando o juiz estatal entra em cena na arbitragem; 4. Ventos de mudança: o Projeto de Lei do Senado n. 406/2013; 4.1. Capítulo IV-A – tutelas cautelares e de urgência; 4.2. Capítulo IV-B – carta arbitral; Considerações finais.

## Summary

Introduction; 1. Les mesures d'urgence arbitrales dans des règlements et législations étrangères; 1.1. La Loi type de la CNUDCI; 1.2. Civil Law; 1.3. Common Law; 1.4. MERCOSUL; 2. Les mesures d'urgence dans le Code de Procédure Civile Brésilien; 2.1. Mesures conservatoires et provisoires: différenciation; 3. Les mesures d'urgence dans la Loi d'Arbitrage Brésilienne (Loi Fédérale n. 9.307/96); 3.1. Mesures conservatoires; 3.2. Mesures provisoires; 3.3. La jurisprudence: quand le juge d'État entre en scène à l'arbitrage; 4. Des vents du changement: le Projet de Loi du Sénat n. 406/2013; 4.1. Chapitre IV-A – mesures conservatoires et provisoires; 4.2. Chapitre IV-B – lettre arbitrale; Considérations finales.

---

<sup>1</sup> Bacharelada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

### **Resumo**

Ainda que represente um célere método alternativo de resolução de conflitos, a arbitragem poderá encontrar obstáculos à efetiva tutela jurídica. Um desses entraves, e talvez o de maior representação, é a necessidade de se prover medidas de urgência pela garantia da prestação final da tutela ou no viés das cautelares. A lei brasileira de arbitragem nº 9.307/2006 prevê que “havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.” À primeira vista, o juiz arbitral parece se atrelar ao juiz togado, quando imprescindível a concessão de medidas de urgência no curso do procedimento. Posta constatação não é, por todas as óticas, negativa, uma vez que a cooperação entre a justiça estadual e a arbitral é necessária. Ocorre, porém, que a eficiência e celeridade da arbitragem entram em risco quando o processo jurídico se faz presente – em especial se a autonomia do árbitro for tolhida por completo. Como, então, solucionar essa dualidade? De que forma tornar o magistrado favorável e amistoso à arbitragem num país em que esse instituto ainda está em desenvolvimento? Tais interrogações são feitas e analisadas no artigo em voga. Para tanto, lança-se mão do direito estrangeiro comparado e traz-se à luz a realidade da arbitragem pátria como vista pela doutrina e jurisprudência. Prognostica-se, ainda, o futuro do instituto no Brasil, que poderá ser alterado pelo projeto de reforma da atual lei que o regula.

Palavras-chave: Arbitragem. Antecipação de tutela. Medidas cautelares. Poder Judiciário.

### **Résumé**

Bien que représentant un mode alternatif de résolution des conflits, l'arbitrage pourra trouver des obstacles à la tutelle juridique effective. L'un de ses obstacles, et peut-être ce de majeur représentation, c'est la nécessité d'ordonner des mesures provisoires par la garantie de la tutelle juridique finale ou par le moyen des mesures conservatoires. La loi brésilienne d'arbitrage n. 9.307/1996 prévoit que “em ayant nécessité des mesures coercitives ou conservatoires, les arbitres pourront solliciter à l'organe du Pouvoir Judiciaire qui serait compétent pour juger la cause.” À première vue, le juge arbitral paraît dépendre du juge d'État, quand la conception des mesures provisoires ou conservatoires pendant la procédure arbitrale est indispensable. Cette constatation n'est pas, par toutes les optiques, négative puisque la coopération entre la juridiction d'État et l'arbitrale est

nécessaire. Il arrive, cependant, que l'efficacité et la célérité de l'arbitrage sont mises en péril quand le procès juridique est présent. Alors, comment solutionner cette dualité? De quelle manière le magistrat deviendrait-il favorable et amical à l'arbitrage dans un pays où cet institut est encore en phase de développement? Ces interrogations sont posées et analysées dans l'article suivant. Pour cela, le droit étranger comparé est utilisé et la réalité de l'arbitrage nationale, en tant que vue par la doctrine et la jurisprudence, est clarifiée. En plus, on pronostique le futur de l'institut au Brésil, qui pourra être modifié par le projet de réforme de la loi actuelle.

Mots-clés: Arbitrage. Mesures provisoires. Mesures conservatoires. Pouvoir Judiciaire.

## Introdução

Sob a redoma do Estado Democrático de Direito, a procura de uma justiça efetiva pode ocorrer no seio da tutela estatal ou apartada dela. Neste último caso, contudo, não se pode olvidar o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, elencado no artigo 5º, XXXV, da Magna Carta. Assim, embora os métodos paraestatais venham sendo, ainda que não sem grandes polêmicas, considerados o modo ideal de resolução de lides, há de ser feita a concessão de que a justiça institucionalizada poderá entrar em cena como coadjuvante ou mesmo verdadeira reguladora do procedimento.

Nesse contexto, muito embora a celeridade seja uma das características mais relevantes da arbitragem, é preciso considerar que, por vezes, a ligeireza do procedimento não bastará para um provimento satisfatório da demanda formulada. Será preciso recorrer a métodos emprestados do código de ritos para que uma decisão possa ser dada a tempo de se evitar que o direito pleiteado seja lesado.

É nesse cenário que as tutelas de urgência se instalam no curso do procedimento arbitral, ou de forma prévia a ele. Elas não têm o propósito de substituir a decisão final, mas apenas possibilitá-la. Ocorre que, nessa atuação dupla, questiona-se o deslinde da aplicação de ambos os institutos concomitantemente, ou na forma de parceria árbitro-juiz. Como os diferentes ordenamentos jurídicos em que se aplica o método arbitral tratam do assunto? De que maneira isso se aplica à experiência brasileira? Qual a visão dos tribunais pátrios? Há sinais de mudanças?

Os empecilhos à tutela emergencial na arbitragem e a forma com que a ordem jurídica internacional e a doutrina e jurisprudência brasileiras os vêm sobrepujando é o tema das considerações a seguir.

## **1 A tutela de urgência arbitral NOS Enunciados e legislações estrangeiras**

Um dos principais atributos da arbitragem é a sua possibilidade de ser aplicada mais facilmente em caráter internacional se comparada à justiça institucionalizada. Assim, um crescente número de Estados e organizações procuram regular a prática desse método de resolução de conflitos de forma harmoniosa, tornando-a aplicável em âmbito intercontinental.

No sistema do Common Law, por exemplo, a arbitragem vem sendo utilizada de longa data. No MERCOSUL, porém, sua incidência é mais tímida. Assim, para início de estudo, é proveitoso analisar como a tutela de urgência se encontra inserida em diferentes ordenamentos jurídicos.

### **1.1 A Lei Modelo da UNCITRAL**

Um dos grandes desafios enfrentados por câmaras arbitrais, partes e árbitros é o de estabelecer a lei mais adequada a ser aplicada na arbitragem. Assim sendo, a fim de uniformizar os ordenamentos jurídicos dos diferentes países que utilizam esse meio alternativo de resolução de conflitos, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) criou, em 1985, a Lei Modelo para Arbitragem Comercial.

Trata-se de uma tentativa de orientar os Estados na reforma e modernização de sua legislação arbitral. Para que isso seja possível, a Lei Modelo estabelece um consenso nos aspectos fundamentais da arbitragem internacional reconhecidos por diversos sistemas jurídicos e econômicos hoje.

Em 7 de julho de 2006 foi publicada emenda à Lei que, entre outras inovações, substituiu o antigo artigo 17 pelo capítulo IV-A, estabelecendo, assim, um regime legal mais claro e coeso sobre a tutela de urgência na arbitragem. Tal alteração foi significativa para a arbitragem internacional já que, antes de 2006, até mesmo o conceito de “medidas cautelares” (*interim measures*) era impreciso e podia variar de acordo com o país em que se aplicava, conforme aduz Kaminskiene<sup>2</sup>. Impasse esse cujo fim se deu pela distinção entre medidas cautelares de providências cautelares nos artigos 17º, (2), e 17º-B, (1)<sup>3</sup>:

---

<sup>2</sup> 2011, p. 246-247

<sup>3</sup> UNCITRAL, 1985, acesso em: 10 dez. 2013

Artigo 17.º Poder do tribunal arbitral de ordenar medidas provisórias

1) Salvo acordo das partes em contrário, o tribunal arbitral pode ordenar medidas provisórias, a pedido de uma das partes.

2) Uma medida provisória é uma medida temporária, quer sob a forma de uma sentença arbitral ou sob qualquer outra forma, pela qual, em qualquer momento anterior à resolução definitiva da disputa, o tribunal arbitral ordena a uma das partes que:

(a) Mantenha ou reponha o *status quo* enquanto pender a resolução da disputa;

(b) Tome medidas para prevenir, ou que se abstenha de tomar medidas que possam causar dano ou prejuízo atual ou iminente ao próprio procedimento arbitral;

(c) Forneça meios para salvaguardar os bens que possam ser objeto de uma sentença arbitral subsequente; ou

(d) Preserve as provas que possam ser relevantes e materiais na resolução da disputa . [...]

Artigo 17.º- B Pedidos de providências cautelares e requisitos para a sua concessão

[...]

(2) O tribunal arbitral pode conceder uma providência cautelar desde que considere que a divulgação prévia do pedido de medida provisória à parte contra a qual ela foi solicitada implica risco de frustração do objetivo da medida provisória. [...]

A partir de 2006, muitos países criaram leis especiais de arbitragem, modernizaram as já existentes por meio de decretos ou atos ou, ainda, reformaram o Código de Ritos para se adequarem à Lei Modelo. A seguir, alguns exemplos da experiência europeia, do Common Law e do MERCOSUL, apontando as modificações mais relevantes.

## 1.2 *Civil Law*

Na França, o decreto nº 2011-48, de 13 de janeiro de 2011, reformou a legislação de arbitragem naquele país por adaptar diversos textos legais à Lei Modelo da UNCITRAL. O novo enunciado do artigo 1468, do Código de

Processo Civil<sup>4</sup>, em especial, reafirma a autoridade do árbitro por permitir-lhe a pronúncia de medidas cautelares ou mesmo a antecipação de tutela.

Não lhe é consagrada, porém, a execução de tais medidas, que se inicia com as “*saisies conservatoires*” e “*sûretés judiciaires*”, indisponibilidade de bens e registro de penhora. Estas últimas continuam sendo prerrogativas do magistrado estatal, que exerce agora um papel de “juiz de apoio” no procedimento arbitral.

Art. 1449 - A existência de uma convenção de arbitragem não obsta, enquanto o tribunal arbitral não for constituído, que uma das partes recorra à jurisdição estatal a fim de obter medida de instrução processual, medida cautelar ou provisória. [...]

Art. 1468 - O tribunal arbitral pode conceder às partes, nas condições que determinar e sob pena de astreinte, toda medida cautelar ou provisória que julgar oportuna. Todavia, a jurisdição estatal é a única competente para determinar a indisponibilidade de bens e registros de penhora. O tribunal arbitral poderá modificar ou complementar medida provisória ou cautelar que conceder<sup>5</sup>. (Tradução livre)

Em Portugal, a adaptação à Lei Modelo se deu também em 2011, por meio da Lei de Arbitragem Voluntária, de nº 63/2011<sup>6</sup>, que, logo no 7º artigo, estabelece a competência do juiz estatal para a decretação de providências cautelares.

Artigo 7º - Convenção de arbitragem e providências cautelares decretadas por tribunal estadual.

Não é incompatível com uma convenção de arbitragem o requerimento de providências cautelares apresentado a um tribunal estadual, antes ou durante o processo arbitral, nem o decretamento de tais providências por aquele tribunal.

<sup>4</sup> FRANÇA, 2011, acesso em: 2 dez. 2013.

<sup>5</sup> « Art. 1449.-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.

« Art. 1468.-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. Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée.

<sup>6</sup> PORTUGAL, 2011, acesso em: 2 dez. 2013

De fato, a legislação lusa é, talvez, a mais fiel ao modelo da UNCITRAL ao tratar da tutela de urgência na arbitragem nacional e internacional, uma vez que não somente determina a competência para sua concessão como também detalha muitos de seus desdobramentos.

São especificados, por exemplo, os requisitos para o decretamento de providências cautelares (artigo 21º) e ordens preliminares (artigo 22º); a necessidade de modificação, suspensão, revogação e prestação de caução (artigo 24º); a responsabilidade do requerente (artigo 26º); e a forma de seu reconhecimento ou execução coerciva (artigo 27º), se reconhecida, ou os fundamentos de recusa do reconhecimento pelo juiz estatal (artigo 28º), se não reconhecida.

Na Itália, o Decreto Legislativo nº 40/2006<sup>7</sup> reforma o procedimento arbitral no país por alterar dispositivos do Código de Processo Civil que tratam de tal tema. O anterior artigo 818 descrevia a relação juiz-árbitro na concessão de provimentos cautelares reservando ao Estado a função de ordenar tais medidas, julgar sua validade e determinar eventual revogação.

Hoje, o novo texto do mesmo artigo se resume a estabelecer que “os árbitros não podem conceder sequestros nem outras medidas cautelares, salvo disposição legal em contrário.”<sup>8</sup> (Tradução livre). Inova, porém, o Decreto Legislativo ao acrescentar a hipótese de legislação especial tratar de cautelares em âmbito arbitral – o que atenua o engessamento anterior, “ainda que evoluções doutrinárias e reorientações jurisprudenciais não possam abrir portas para outras medidas cautelares concessíveis por árbitros, apenas disposições legais textuais e explícitas.”<sup>9</sup> (Tradução livre).

### 1.3 *Common Law*

Em se tratando do sistema do *Common Law*, o *Arbitration Act* do Reino Unido, de 1996, no artigo 39<sup>10</sup>, permite a concessão de medidas provisórias pelo tribunal arbitral, desde que este tenha competência para pronunciar a respectiva decisão final. Tal prerrogativa, porém, limita-se à prévia convenção das partes.

#### 39. Poder para ordenar medidas provisórias

<sup>7</sup> ITÁLIA, 1940, in CHIARLONI, 2007, p. 1783-1784

<sup>8</sup> Art. 818. *Gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge.*

<sup>9</sup> *Ancorchè non evoluzioni dottrinali o riorientamenti giurisprudenziali potranno aprire le porte ad altre misure cautelari concedibili dagli arbitri, ma solo testuali ed esplicite disposizioni di legge [...].* LA CHINA, 211, p. 163

<sup>10</sup> REINO UNIDO, 1996, acesso em: 3 dez. 2013

(1) As partes têm liberdade para acordar que o tribunal tenha poder para ordenar em caráter provisório qualquer medida cuja decisão final teria competência para pronunciar. [...]

(4) A menos que as partes acordem em conceder o poder de ordenar medidas provisórias, o tribunal arbitral não poderá fazê-lo.<sup>11</sup>  
(Tradução livre)

Destarte, infere-se que, ao se manifestar a respeito da tutela de urgência na arbitragem, a lei britânica dispõe apenas sobre a possibilidade de antecipação de tutela (*provisional awards*) e não sobre a concessão de medidas cautelares (*interim measures* e *conservatory measures*).

Posto que inexistia legislação específica sobre o assunto, as próprias instituições arbitrais e câmaras de arbitragem do Reino Unido poderão regulamentar seus próprios critérios para concessão de medidas cautelares. É o que faz a LCIA (*London Court of International Arbitration*), ao definir, em seu diploma *LCIA Arbitration Rules*, de 1998<sup>12</sup>, quais medidas poderão ser solicitadas pelas partes, desde que previamente concordem com tal possibilidade, preservando, contudo, o direito de recorrer aos tribunais estatais para esse mesmo fim.

O direito canadense – também baseado no *Common Law*, à exceção da província de Québec –, no que tange a arbitragem internacional, mantém o posicionamento da Lei Modelo prévia à emenda de 2006, uma vez que o *Commercial Arbitration Act* foi publicado em 1986. Desse modo, o artigo 9<sup>13</sup>, que trata das medidas cautelares, tem redação sucinta:

Artigo 9 – Convenção de arbitragem e medidas provisórias ordenadas por tribunal

O requerimento de uma das partes, antes ou durante o procedimento arbitral, de concessão de medida provisória ou cautelar ou da garantia destas não é incompatível com a convenção de arbitragem.  
(Tradução livre)<sup>14</sup>

<sup>11</sup> 39. *Power to make provisional awards.*

(1) *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. [...]*

(4) *Unless the parties agree to confer such power on the tribunal, the tribunal has no such power.*

<sup>12</sup> LCIA, 1998, acesso em 5 dez. 2013

<sup>13</sup> CANADÁ, 1986, acesso em: 2 dez 2013

<sup>14</sup> *Article 9 - Arbitration agreement and interim measures by court*

*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.*



De acordo com o jurista Frédéric Bachand<sup>15</sup>, é mister a “adoção de um mecanismo de execução judicial de medidas de urgência [...] e a restrição correlativa do poder do juiz de tais medidas durante a arbitragem internacional comercial se destinadas a evitar a competência arbitral” (Tradução livre)<sup>16</sup>

## 1.4 MERCOSUL

Segundo João Bosco Lee<sup>17</sup>, os ordenamentos jurídicos dos países do MERCOSUL costumam tripartir a conceituação de medidas tutelares em “medidas relativas à ‘salvaguarda de um direito ou de uma coisa’; as medidas concernentes à administração ou à conservação da prova e as que regulam as relações entre as partes durante o procedimento”.

Na Argentina, a legislação é omissa no que concerne à tutela de urgência na arbitragem. Doutrinas mais recentes, porém, têm tomado por escopo o artigo 196 do Código Processual Civil para permitir às partes “optar por submeter seu pedido de cautelar ao tribunal arbitral ou ao juiz togado, cuja competência lhe seria atribuída, caso não houvesse convenção de arbitragem.”<sup>18</sup>

Artigo 196 - Medida decretada por juiz incompetente.

Os juízes deverão se abster de decretar medidas cautelares quando o conhecimento da causa não for de sua competência. No entanto, a medida ordenada por um juiz incompetente será válida sempre que houver sido disposta em conformidade com as prescrições deste capítulo, mas não prorrogará sua competência. O juiz que houver decretado a medida, imediatamente após o requerimento, remeterá os autos ao juiz competente. (Tradução livre)<sup>19</sup>

No Paraguai e Uruguai, os árbitros têm competência para editar medidas cautelares, conforme explica Lee<sup>20</sup>. De acordo com o jurista, o ordenamento

<sup>15</sup> BACHAND *apud* WALD, 2007, p. 430

<sup>16</sup> “*adoption d’un mécanisme d’exécution judiciaire de mesures provisoires ou conservatoires [...] et restriction corrélative du pouvoir du juge d’octroyer de telles mesures au soutien d’un arbitrage commercial international destinée à éviter tout empiètement sur la compétence arbitrale*”

<sup>17</sup> 2011, p. 159-160

<sup>18</sup> SALLA, 213, p. 185

<sup>19</sup> *Artículo 196: Medida decretada por juez incompetente.*

*Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. Sin embargo, la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia. El juez que decretó la medida, inmediatamente después de requerido remitirá las actuaciones al que sea competente.*

<sup>20</sup> 2011, p. 161

do primeiro dispõe que os árbitros têm poderes jurisdicionais e podem, conseqüentemente, ordenar medidas cautelares; ao passo que o Código Processual do segundo determina apenas que o tribunal arbitral poderá obter a intervenção dos tribunais estatais quando medidas coercitivas forem necessárias.

## **2 A tutela de urgência no Código de Processo Civil Brasileiro**

Conforme visto, a tutela urgente, ou seja, aquela que, exaustiva ou cautelarmente, protege o direito pleiteado, é aplicada de maneiras diferentes nos ordenamentos jurídicos estrangeiros – demonstrando quão imprescindível foram as modificações de 2006 à Lei Modelo na função de uniformização da arbitragem.

Ciente dessa problemática, Marcelo Abelha Rodrigues<sup>21</sup> sistematiza as ferramentas processuais de agilização do processo encontradas no direito brasileiro, bifurcando-as em dois tipos de técnica: sumarização do procedimento e sumarização da cognição. A primeira imprime maior celeridade ao próprio processo, por encurtar prazos e adotar princípios que o simplifiquem; a segunda envolve técnicas como o contraditório eventual (não necessário) e adiantamento de tutela em caráter cautelar ou satisfativo, sendo esta última a que nos interessa.

O adiantamento da prestação da tutela judicial tem o condão de catalisar o resultado esperado por meio de mecanismos que recaem sobre o processo, o procedimento ou os provimentos. E esse provimento adiantado é o que se conhece, de forma genérica, como tutela de urgência.

No Brasil, o Código Processual Civil (Lei n. 5.869/73), com as reformas sofridas a partir das leis 8.952/1994 e 10.444/2002, faz uma subdivisão da tutela de urgência em tutela antecipada (artigo 273) e tutela cautelar (artigo 273, § 7º, e Livro III). Ambas têm caráter temporário e são ordenadas a partir de cognição sumária – aquela em que a análise dos fatos é superficial, não exauriente. Buscam, assim, minorar os efeitos do tempo e garantir a prestação jurisdicional definitiva.

De tal forma, Carreira Alvim<sup>22</sup> aduz que ambas “são espécies do gênero provimento antecipado, apresentando a característica comum de serem concedidas fora daquele momento normalmente adequado ao reconhecimento do direito, que é a sentença.”

---

<sup>21</sup> 2010, p. 804

<sup>22</sup> 2006, p. 29

## 2.1 Tutela cautelar e tutela satisfativa: diferenciações

Apesar de, por vezes, ainda serem confundidas, há fatores que permitem definir qual o tipo de tutela de urgência melhor aplicável *in casu* - e isso é feito a partir da delimitação das diferenças entre uma e outra. Embora essa linha divisória seja tênue para a legislação, a doutrina e mesmo a práxis forense, é possível esboçar as principais funções e características singulares.

Para Humberto Theodoro Júnior<sup>23</sup>, o que distingue as espécies de tutela emergencial “em substância é que a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão, enquanto a tutela antecipatória realiza de imediato a pretensão.”

Segundo Freddie Didier Jr.<sup>24</sup>, o marco distintivo se dá pela estabilidade, isto é, se a tutela é dotada de provisoriedade ou definitividade:

A tutela antecipada é decisão provisória (sumária e precária) que antecipa os efeitos da tutela definitiva (satisfativa ou não) – permite o seu gozo imediato. E a tutela cautelar é decisão definitiva (exauriente, malgrado com eficácia temporária) que garante os futuros efeitos da tutela definitiva satisfativa. [...]

Sob essa perspectiva, somente a tutela antecipada pode ser satisfativa e atributiva, quando antecipa provisoriamente a satisfação de uma pretensão cognitiva e/ou executiva, atribuindo bem da vida. Já a tutela cautelar é sempre não-satisfativa e conservativa, pois se limita a assegurar a futura satisfação de uma pretensão cognitiva ou executiva, conservando bem da vida, embora possa ser tutelada antecipadamente. Há tutela antecipada cautelar ou não-cautelar.

Por sua vez, Carreira Alvim<sup>25</sup> sintetiza o assunto por demonstrar a que prestação jurisdicional se propõe cada uma das tutelas – na antecipação de tutela, ela corresponde ao pedido formulado pela parte requerente, ou parte dele; enquanto na cautelar, há um provimento diverso cujo objetivo é justamente garantir a futura fruição do direito pleiteado.

A antecipação da tutela nada mais é do que a antecipação da própria pretensão material traduzida no pedido, tendo conteúdo substancial, havendo no todo ou em parte coincidência entre o conteúdo

<sup>23</sup> 2002, p. 90

<sup>24</sup> 2009, p. 459

<sup>25</sup> 2006, p. 32

do provimento liminar (decisão) e o provimento definidor da lide (sentença). Isto não acontece com a liminar estritamente cautelar, exceto tratando-se de cautelar de índole satisfativa caso em que o conteúdo do provimento liminar se identifica também com o provimento de mérito.

Ademais, Marcelo Abelha Rodrigues<sup>26</sup> assevera que os diferentes tipos de provimento judicial diferem no que tange o grau de “probabilidade de que o direito esteja com o requerente”, isto é, na exigência de conteúdo probatório trazido ao juiz – ainda que na prática seja difícil precisar o que é prova inequívoca para convencimento da verossimilhança ou fundamento relevante.

É importante ressaltar que os dois institutos abordados não são independentes por completo, podendo ser combinados quando a situação o requerer. Assim, é possível a antecipação da tutela satisfativa em sede de ação cautelar, conforme previsto no já citado artigo 273, § 7º.

Por fim, vale lembrar que o juiz poderá, ainda que sem o requerimento das partes, ordenar medidas conservativas, isto é, de natureza cautelar, uma vez que possui poder geral de cautela. Para isso, devem estar presentes os requisitos da fumaça do bom direito e do perigo da demora. De forma similar, ao magistrado é válida a antecipação de ofício da tutela satisfativa, conforme previsão legal nos artigos 273, § 3º, e 461, do CPC.

### **3 A tutela de urgência na lei de arbitragem brasileira (Lei Federal n. 9.307/96)**

No Direito moderno, conforme ensina Carreira Alvim<sup>27</sup>, havendo a necessidade de agilizar um provimento jurisdicional, a parte poderá lançar mão de duas modalidades de catalisação principais: tomar para si a incumbência de solucionar as próprias questões, por meio dos organismos parajudiciais - conciliação, mediação e arbitragem; ou manter a justiça estatizada, mas buscar simplificar o processo por adotar alternativas como a antecipação de tutela.

O grande desafio do aplicador do direito é lançar mão de ambas as técnicas de maneira concomitante, fazendo com que as jurisdições estatal e arbitral atuem juntas sem que essa parceria diminua a eficiência da tutela prestada.

Nesse viés, sabe-se que a independência do tribunal arbitral não é plena, pois parte de sua competência concorre com a estatal, ao passo que em algumas

---

<sup>26</sup> 2010, p. 823

<sup>27</sup> 2006, p. 18-19

hipóteses, a via estatal é a única cabível. Este é o caso das medidas coercitivas que, na maioria dos países, são vetadas aos árbitros, sendo necessária a participação do juiz togado para que, havendo resistência de uma das partes, a prestação jurisdicional arbitral se efetive.

No Brasil a Lei n. 9.307/96, que dispõe sobre arbitragem, prevê, no artigo 22, de quais poderes são dotados o tribunal ou juiz arbitral. O parágrafo 4º do mesmo artigo contém a possibilidade de requerimento de concessão de medidas coercitivas ou cautelares ao Poder Judiciário institucionalizado.

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

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

Como visto, a Lei de Arbitragem Brasileira, em contraposição à legislação de muitos países utilizadores da arbitragem, não esgota o assunto ao tratar da tutela de urgência. Limita-se à tutela cautelar, isto é, a conservativa, sem mencionar a satisfativa. Ainda assim, o texto legal tão somente delinea a relação árbitro-juiz, sem descrever de fato como essa aproximação deve ocorrer. Tampouco traz qualquer informação sobre parcela de autonomia do juiz arbitral para a concessão de tais medidas e em que momento procedimental.

Além disso, conforme bem afirmado por Wald<sup>28</sup>, o comando “se dirige precipuamente, às cautelares incidentais, eis que a lei pressupõe que o Juízo Arbitral já se tenha instalado e, portanto, já esteja instaurada a lide.” Mais uma vez a lei silencia, pois deixa de tratar das cautelares preparatórias, isto é, aquelas que são ajuizadas antes do procedimento arbitral entrar em curso.

Fica claro que a Lei n. 9.307/96 não se adequou aos novos padrões da Lei Modelo da UNCITRAL estabelecidos pela Emenda de 2006. Em consequência, esse papel foi assumido pela doutrina e jurisprudência. Primeiramente, veja-se o posicionamento de diferentes juristas sobre a aplicação da Lei de Arbitragem Brasileira hoje.

---

<sup>28</sup> 2005, p. 10

### 3.1 Tutela cautelar

Antes do advento da Lei n. 9.307/96, a arbitragem no Brasil era regulada por enunciados do Código de Processo Civil hoje revogados. Àquele tempo, pelo artigo 1.086, era defeso ao árbitro não somente empregar medidas coercitivas contra as partes ou terceiros, mas também decretar medidas cautelares. O artigo 1.087 arrematava esse pensamento retrógrado por determinar que, sendo necessária a aplicação de tais medidas, o árbitro as solicitasse à autoridade competente para a homologação do laudo.

A mudança trazida pelo artigo 22 da Lei de Arbitragem é benéfica, porém tímida. Malgrado remova o árbitro da posição de total dependência do Poder Judiciário, não lhe dá as ferramentas necessárias para exercer sua autonomia – que, há de ser dito, não se tornou tão evidente quanto deveria.

Logo após o advento da Lei 9.307/96, a doutrina brasileira adotava uma interpretação legalista e restritiva, inadmitindo que o texto legal abrisse espaço para que o árbitro exercesse poderes de concessão de cautelares. Bulos<sup>29</sup>, ao se manifestar sobre o tema, entendeu que o § 4º inibisse os árbitros de decretarem qualquer forma de tutela cautelar, ainda que incidentalmente.

Não pode o árbitro, ou o tribunal, decretar medidas coercitivas, ou processar e julgar ações cautelares. Como dito, é limitada a provisão de autoridade daqueles. Aqui, igualmente, diz a lei que “poderão” solicitar ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa, mas, em verdade, “deverão” solicitar. Não é uma faculdade; é um dever. [...] No procedimento arbitral, também podem estar presentes, além do *fumus boni jûris* e do *periculum in mora*, autorizadores da prestação cautelar. Mas, em havendo necessidade de propositura da ação cautelar, é ao juiz de direito, perante a Justiça Comum, que se haverá de pedir a providência de assegurar a prova, ou bens, ou, ainda, para obstaculizar a ameaça de dano, iminente ou irreparável, ao interesse tutelado no processo principal.

Da mesma forma, Stenger<sup>30</sup> adotou posicionamento segundo o qual a legislação brasileira, que teve “propositura corretamente articulada”, exclui o

---

<sup>29</sup> 1997, p. 93

<sup>30</sup> 1998, p. 131-133

poder do árbitro de ordenar medidas cautelares, reservando-as exclusivamente ao juiz estatal.

Com o tempo, porém, a doutrina evoluiu, passando a flexibilizar o § 4º. Dessa forma, a tepidez do texto legal levou Carlos Alberto Carmona<sup>31</sup> a afirmar que uma melhor redação seria: “Os árbitros poderão solicitar o concurso do juiz togado para a execução da medida cautelar, e ainda assim se isso for necessário”.

O jurista assevera, contudo, que tal visão ampla dos poderes do árbitro ainda não encontra respaldo total na doutrina e que intérpretes que mantêm uma postura radicalmente positivista correm o risco de tornar o juiz arbitral um mero “substituto processual da parte”, admitindo que ele simplesmente postule um direito alheio, tolhendo-lhe a competência outorgada para decidir a lide.

Carmona<sup>32</sup> entende, ainda, não haver necessidade de autorização prévia das partes para a concessão de medidas cautelares pelo tribunal arbitral, uma vez que essa possibilidade é assegurada tacitamente na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral, e encontra respaldo no princípio da *kompetenz-kompetenz*. Todavia, é lícito às partes elidir, de maneira consensual, os poderes cautelares, tendo em vista a autonomia da vontade, princípio basilar da arbitragem. Ainda assim, neste último caso, convém notar que a decisão do mérito continua sendo do tribunal arbitral, que poderá cassar a cautelar deferida pelo Judiciário, se entender, ao final do procedimento, que o requerente não tem razão.

Lee<sup>33</sup>, igualmente, entende que a disposição do artigo 22, § 4º foi mal formulada, pois não deixa claros os limites da competência do árbitro. Para ele, embora alguns autores neguem tal competência, a contraposição entre a lei atual e os dispositivos do Código de Processo Civil revogados permite visão ampliativa:

A nova lei não seguiu a proibição do art. 1.086, II, do CPC brasileiro, vedando aos árbitros tomar tais medidas. Na verdade, o § 4º do art. 22 é inspirado no art. 17 da lei modelo da UNCITRAL que autoriza ao tribunal arbitral ordenar essas medidas. Assim, o tribunal arbitral, sob o império da Lei 9.307/96, é competente para determinar medidas cautelares.

Também adere à interpretação extensiva da lei Beat Walter Rechsteiner<sup>34</sup>, sustentando que, em relação aos tribunais estatais, o tribunal arbitral terá competência concorrente para decretar medidas cautelares e que este sempre

<sup>31</sup> 2009, p. 324

<sup>32</sup> 2009, p. 325-327

<sup>33</sup> 2011, p. 161-162

<sup>34</sup> 2001, p. 122-123

dependerá daquele para conferir à decisão força coercitiva, caso a parte não a cumpra voluntariamente.

No Brasil, atualmente, significativa parte da doutrina afirma ter o tribunal arbitral competência para decretar medidas cautelares, embora o texto da Lei 9.607, de 23.09.1996, não seja tão claro assim. Acreditamos que a interpretação extensiva da Lei mereça aplauso, porque segue tendências mais atuais em relação à arbitragem. Entretanto, cumpre lembrar aqui alguns princípios básicos a serem levados em consideração. Um pedido específico de pelo menos uma das partes é requisito indispensável para a decretação de uma medida cautelar por um tribunal arbitral, este deve se situar dentro do objeto da lide entre as partes.

De forma similar, Garcez<sup>35</sup> entende que a lei brasileira andou mal ao dispor sobre as cautelares de forma tautológica o que forçou a doutrina adotar uma interpretação progressista, beirando uma reinvenção do texto da lei.

Sob nossa lei, se no curso do processo arbitral tornar-se imprescindível à concessão de medida cautelar, que evite dano irreparável ou torne inútil a decisão que será proferida, embora o árbitro não tenha poder de coerção, cabe a ele diretamente decretar a medida cautelar, que será executada pelo juiz togado. [...]

Ora, sendo o processo principal de natureza arbitral, apenas ao árbitro (ou tribunal arbitral) se poderia atribuir competência para a concessão da tutela cautelar. Registra-se, ainda, que nenhum órgão do Poder Judiciário poderia ser considerado competente para a apreciação da demanda cautelar, na medida em que nenhum órgão daquele Poder Estatal é competente para a causa principal (o que decorre da convenção de arbitragem).

Também admite a ampliação da competência do árbitro, apesar do omissivo dispositivo legal, Nádia de Araujo<sup>36</sup>, para quem:

[...] o árbitro pode decretar a medida, faltando-lhe apenas a competência para a efetivação da coerção, pois só o juiz tem poder de

---

<sup>35</sup> 2007, p. 274

<sup>36</sup> 2011, p. 304



sanção para impô-la. O juiz pode decretar uma medida cautelar antes do início do procedimento arbitral, desde que seja cabível, como medida preparatória, à luz das regras do CPC. Por analogia, aplica-se a norma dos artigos 806 e 808, I, do CPC, que retiram a eficácia da medida cautelar preparatória quando a parte deixa de propor a ação principal no prazo de 30 dias.

Há, pois, duas situações em que a tutela cautelar seja necessária em sede arbitral: aquela em que a medida deve ser deferida antes do início do procedimento (preparatória) e aquela cujo deferimento ocorre durante a arbitragem (incidental). No primeiro caso, a melhor doutrina entende por aplicar, analogicamente, o artigo 806, do Código de Processo Civil, devendo-se ajuizar ação cautelar perante o juiz estatal que seria competente para julgar o caso. Caberá à parte requerente, no prazo de 30 dias, demonstrar que providenciou a instituição da arbitragem, que agora servirá de ação principal.

Na segunda situação, compactua-se com a parcela doutrinária que amplifica os poderes arbitrais para a concessão de tutela emergencial e entende-se que o árbitro ou tribunal arbitral instituído é a autoridade competente para ordenar qualquer medida que diga respeito ao processo – seja ela cautelar ou não. Desnecessário, pois, valer-se da jurisdição estatal para mero deferimento. O juiz somente deverá intervir quando for necessário executar coercitivamente a decisão, havendo resistência da parte.

Por óbvio, não se pretende aqui tomar uma atitude radical no que concerne a relação juiz togado-juiz arbitral. Há casos em que a cautelar incidental deverá ser pleiteada perante o juízo estatal, mesmo que a arbitragem já esteja instituída. Tanto a jurisdição paraestatal quanto a justiça estatizada têm como escopo a prestação jurisdicional – ambas são meios de solucionar conflitos e não fins e si mesmas. Destarte, quando a situação de urgência não puder ser combatida via arbitragem – por fins diversos, como recesso dos árbitros, feriado local ou dificuldade geográfica para a efetivação da providência -, naturalmente, as partes deverão recorrer ao Judiciário.

Tal ambivalência de jurisdições é a melhor forma de garantir a prestação da tutela jurisdicional e colocar em prática a tão almejada parceria pacífica entre árbitros e magistrados, sem que o último interfira na autoridade do primeiro e preservando a vontade das partes de conceder a um tribunal de sua confiança a competência para resolver seus conflitos.

### 3.2 Tutela antecipada satisfativa

Como já visto, a Lei n. 9.307/96 trata, ainda que superficialmente, da concessão de medidas cautelares, mas se omite no que tange à antecipação de tutela satisfativa – aquela trazida pelo Código de Processo Civil precipuamente no artigo 273. Quanto a isso, Fernando Silva Moreira dos Santos<sup>37</sup> faz uma meritoria observação:

Em razão do disposto na Lei de Arbitragem, em seu art. 22, § 4.º, que fala em “medidas coercitivas ou cautelares”, a doutrina majoritária entende que a lei trata de gênero de medidas provisórias. Dentro deste conceito de medidas provisórias se incluiriam as tutelas antecipadas. Na seara da arbitragem, portanto, a classificação em tutelas antecipatórias e cautelares carece de maior sentido, sendo conferido tratamento uniforme às tutelas de urgência.

Entendendo que a Lei de Arbitragem Brasileira, ao tratar de “medidas coercitivas ou cautelares” se dirigia também à antecipação de tutela *stricto sensu*, doutrinadores passaram a admitir que o árbitro emita decisão concedendo parte da pretensão inicial, mas que não constitua propriamente uma sentença parcial e sim verdadeira interlocutória.

Para Carmona<sup>38</sup>, a questão de competência arbitral ressurgiu, uma vez que o tribunal ou o árbitro foi aquele instituído pelas partes para dirimir a questão, afastando do Judiciário qualquer pronunciamento sobre o mérito. O autor vai mais longe ao afirmar que a antecipação de tutela na arbitragem prescinde de autorização prévia das partes nesse sentido, e fornece suas razões:

Não vejo obstáculo para que o árbitro possa, instado pela parte interessada, antecipar tutela. [...]

Se apenas o árbitro está autorizado a proferir o provimento final, toca também a ele – e apenas a ele – decidir se antecipará ou não algum, alguns ou todos os efeitos que sua decisão irá produzir! Não haverá a necessidade de encontrar na convenção de arbitragem autorização para que os árbitros antecipem tutela, pois tal autorização é implícita: as partes investem os árbitros de poderes para resolver todas as questões controvertidas que as envolvem, cabendo aos julgadores

---

<sup>37</sup> 2011, p. 13

<sup>38</sup> 2009, p. 329-330

– juízes que são – zelar pela justa solução do litígio, adotando todas as providências necessárias ao pleno exercício do poder jurisdicional que lhes foi concedido pelos contendentes.

É claro que, tendo as partes a prerrogativa de eleger quais regras processuais a se aplicar na arbitragem (como, *ad exemplum*, algum direito estrangeiro ou mesmo o regulamento de uma câmara arbitral), sendo escolhido procedimento diferente do Código Processual Civil Brasileiro, não há falar na incidência do artigo 273 e a antecipação de tutela seguirá outros ritos.

Magalhães<sup>39</sup> entende o oposto, já que para ele, a possibilidade de antecipação de tutela pelo árbitro deve estar expressamente prevista na convenção arbitral ou no regulamento da instituição da arbitragem que dará escopo ao procedimento.

O poder jurisdicional do árbitro decorre da convenção arbitral, pela qual as partes conferem-lhe autoridade para declarar o direito sobre o qual controvertem. Se essa possibilidade estiver prevista na convenção arbitral, poderá o árbitro dela se utilizar, concedendo tutela antecipada requerida por uma das partes, como decisão provisória a ser ou não confirmada no laudo arbitral.

Concorda com o pensamento acima Carreira Alvim<sup>40</sup>, para quem as partes, no papel de eleitoras do procedimento a ser adotado para a solução de sua lide, têm plena autonomia para autorizar ou vetar a antecipação de tutela durante a arbitragem.

[...] se a convenção de arbitragem tiver disposto sobre a possibilidade de o árbitro conceder medidas cautelares, deve ele, no exercício do iudicium, decretá-las (aliás, tem o dever de fazê-lo)[...]

Se as partes, mediante convenção, estabelecerem expressamente que o árbitro não disporá de poderes para conceder provimentos antecipatórios ou medidas cautelares, então, sim, o seu poder fica circunscrito à decisão da lide principal, porque este poder, apesar de ser jurisdicional, tem a medida que lhe reconhece o princípio da autonomia da vontade das partes.

---

<sup>39</sup> 2005, p. 15

<sup>40</sup> 2007, p. 339

Destarte, apesar de inexistir expressa previsão na lei acerca da antecipação da tutela satisfativa, a doutrina a tem aceitado de maneira generalizada – não sem dissenso acerca da necessidade de autorização das partes. Analisar-se-á, a seguir, o que os tribunais entendem sobre o tema.

### **3.3 Decisões jurisprudenciais: quando o juiz estatal entra em cena na arbitragem**

Em 2007, a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e a Câmara Brasileira de Arbitragem realizaram e publicaram<sup>41</sup> um levantamento sobre decisões a respeito de decisões sobre arbitragem proferidas por diversos tribunais de justiça do país. Das 790 decisões proferidas, 9% tratavam da tutela de urgência.

Uma das conclusões tiradas da pesquisa<sup>42</sup> é que ainda há grande desconhecimento pelo Judiciário no que abrange a arbitragem. Melhor colocando, o Poder Judiciário não está familiarizado com meios paraestatais de resolução de conflitos e acaba por conceder à arbitragem uma roupagem demasiadamente formal-processualista que não lhe cai bem:

Muitas vezes, questões sobre arbitragem chegaram ao judiciário, por exemplo, sob a roupagem dos requisitos da tutela de urgência, *periculum in mora* ou *fumus boni iuris*, demonstrando que a receptividade do instituto pode estar influenciada ainda por visão um pouco procedimentalista, formalista.

Vê-se, contudo, que apesar de a arbitragem ainda não ser procedimento uniformemente aceito no cenário do direito brasileiro, os tribunais têm admitido a ampliação das funções dos juízes arbitrais para que possam conceder medidas de urgência. Os próprios pesquisadores<sup>43</sup> perceberam que uma análise qualitativa dos acórdãos traz boas notícias:

Os tribunais judiciais reconhecem [...] a possibilidade das partes recorrerem ao Poder Judiciário para obter uma medida de urgência para evitar o perecimento do seu direito antes da instituição do

<sup>41</sup> BRAGHETTA et al., 2009, p. 19

<sup>42</sup> BRAGHETTA et al., 2009, p. 158

<sup>43</sup> CBAR, 2007, acesso em 10 dez. 2013

tribunal estatal, bem como a transferência da análise desta medida de urgência para o tribunal arbitral, após a sua instauração.

Os próprios tribunais de superposição já tiveram a oportunidade de se manifestar sobre a questão, adotando uma visão extensiva dos poderes do árbitro. Na decisão do Recurso Especial nº 1.297.974 - RJ<sup>44</sup>, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, corretamente, que caberá ao juiz arbitral, se já instituída a arbitragem, deferir a medida cautelar requerida. Caso a cautelar seja preparatória, porém, o Judiciário poderá decretá-la cabendo ao árbitro, posteriormente, manter, alterar ou revogá-la.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR.

COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO.

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

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

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

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

<sup>44</sup> No mesmo sentido, AgRg na MMedia Cautelar n. 19.226 - MS (2012/0080171-0)

De forma similar, os tribunais estaduais e juízes de primeira instância<sup>45</sup> têm entendido conforme a doutrina menos restrita, concedendo ao árbitro a palavra final quando se trata de tutelas de urgência proferidas pela jurisdição estatal – sejam elas cautelares ou satisfativas.

Caso especial, porém, é o das medidas cautelares proferidas por árbitros estrangeiros. Segundo Nádia de Araújo<sup>46</sup>, o STF tende a aplicar à arbitragem, analogamente, o entendimento de que a cautelares provenientes de jurisdição estrangeira por meio de carta rogatória não cabe concessão de *exequatur*, sob a alegação de considerá-las atentatórias à ordem pública. Tais medidas só são exequíveis no Brasil se houver convenção internacional prevendo expressamente essa possibilidade. É o que ocorre com os países do MERCOSUL, que assinaram o Protocolo de Ouro Preto<sup>47</sup>.

Destarte, o posicionamento dos tribunais pátrios em relação às medidas na arbitragem, malgrado o ainda tímido aprofundamento no tema, reflete a posição amplificativa adotada pela doutrina. Assim, com um posicionamento claro da maior parte dos juristas e da jurisprudência, nada mais natural que a legislação sofra adaptações.

#### **4 Ventos de mudança: o Projeto de Lei do Senado n. 406/2013**

Sete anos após a emenda de 2006, que modernizou a Lei Modelo da UNCITRAL, e dezessete após a publicação da Lei de Arbitragem Brasileira, o senador Renan Calheiros apresentou o Projeto de Lei do Senado n. 406/2013, propondo significativas alterações na Lei Federal n. 9.307/96. Os próprios redatores do projeto<sup>48</sup> apresentam seus motivos:

Decorridos mais de 17 anos de sua edição, a Lei de Arbitragem se deparou com o avanço de novas tecnologias, profundas alterações legislativas no campo processual e a jurisprudência que vem se for-

---

<sup>45</sup> Em sede de antecipação de tutela satisfativa, é possível destacar a decisão interlocutória no processo de n. 2000.001.113638-7, do 5ª Vara Cível do RJ, por meio da qual foi deferida liminar em ação cautelar impedindo a parte de vender as ações que eram objeto da demanda. Também foi mantida liminar semelhante em sede de Agravo Regimental no Agravo Interno n. 99305776, do TJ-PA. Em relação à tutela cautelar, vejam-se: decisão em Agravo de Instrumento de n. 0900674-08.2010.8.08.0000, TJ-ES; decisão em Agravo de Instrumento, no processo 0108092-58.2012.8.26.0000 TJ-SP e Ação cautelar 1.0480.06.083392-2/001, TJMG.

<sup>46</sup> 2011, p. 305

<sup>47</sup> Nesse sentido, o julgamento do Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 9.194-1, que considera medida cautelar ordenada na Argentina inexecutível por não atender a todos os requisitos do artigo 21 do Protocolo de Ouro Preto.

<sup>48</sup> BRASIL, 2013, acesso em: 15 dez. 2013

mando em torno do instituto, o que fez exsurgir a necessidade de seu aperfeiçoamento. [...] Assim, com o escopo de aprimorar a Lei de Arbitragem e sintonizá-la com o cenário de crescente participação internacional, a presente proposta tem por foco alterações pontuais que não afetam a sua estrutura normativa principal.

Como visto, muitas e importantes são as adaptações e, melhor dizer, atualizações propostas. De fato, o Projeto trata da arbitragem na administração pública, no direito consumerista, nos contratos trabalhistas e nos conflitos societários, trazendo, ainda, modificações no procedimento geral. Esta análise, contudo, ater-se-á à parte concernente à tutela de urgência.

#### **4.1 Capítulo IV-A – tutelas cautelares e de urgência**

Nesse escopo, o PLS n. 406/2013<sup>49</sup> inova com o capítulo IV-A, que trata das tutelas cautelares e de urgência e contém dois novos artigos, o 22-A e 22-B, e revoga-se o artigo 22, § 4º da lei atual.

##### Capítulo IV-A

##### Das Tutelas Cautelares e de Urgência

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

*Parágrafo único.* Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de trinta (30) dias, contados da data da efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

*Parágrafo único.* Estando já instituída a arbitragem, as medidas cautelares ou de urgência serão requeridas diretamente aos árbitros.

De pronto, nota-se a, talvez, mais incisiva alteração: a inclusão das tutelas de urgência como um todo. Já vimos que a melhor interpretação da redação atual é aquela extensiva, que inclui a tutela antecipatória satisfativa no bojo das cautelares. Com o projeto de lei, no entanto, o próprio texto legal, acertadamente,

<sup>49</sup> BRASIL, 2013, acesso em: 15 dez. 2013

passará a admitir a antecipação da tutela também em sede arbitral. A nosso ver, a melhor forma para efetivar tal prestação de urgência é por aplicar à arbitragem, por analogia, o artigo 273 do CPC.

O parágrafo único no artigo 22-A adotou a regra do artigo 806, do CPC, de que, havendo medida de urgência preparatória, a parte requerente deverá dar início à ao procedimento arbitral em até 30 dias, sob pena de perda da eficácia daquela. Aqui a instituição da arbitragem cumpre o papel do “ajuizamento da ação principal”, previsto no processo civil. Andaram bem os idealizadores do projeto ao incluírem tal enunciado, uma vez que a porção majoritária da doutrina já possuía entendimento similar.

O *caput* do artigo 22-B concede ao árbitro ou ao tribunal arbitral poder que doutrinadores já lhe conferiam, mas que legalmente não era reconhecido: o de modificar ou mesmo revogar a medida ordenada na seara estatal. Ora, nada mais apropriado, uma vez que a autoridade final, isto é, a que conhecerá o mérito da lide, será o árbitro. A competência pertence a ele, pois foi concedida pelas partes. A ele caberá, pois, alterar a tutela emergencial ao longo do julgamento, se assim houver por bem, ainda que deferida pelo Poder Judiciário. Essa expressiva modificação finda a retrógrada visão inferiorizada da justiça arbitral como “alternativa”, ou secundária. O árbitro se desvincula das rédeas do Estado e passa a ser uma entidade autônoma.

Por fim, o parágrafo único do artigo 22-B tem redação oposta ao núcleo do atual artigo 22, § 4º, da Lei de Arbitragem. Se hoje a regra, ao menos no texto legal, é que o árbitro recorra ao Judiciário sempre que necessária a prestação de tutela de emergência, o PLS 406/2013 pretende fazer com que, após a instituição da arbitragem, as medidas de urgência sejam requeridas diretamente aos árbitros. Por conseguinte, o árbitro decidirá por concedê-las ou não, sem que o juiz estatal nisso intervenha. E, assim como na legislação internacional, havendo resistência da parte contrária, devido à ausência de poder de *imperium* do árbitro, recorrer-se-á ao Estado para aplicação de métodos de coerção.

## 4.2 Capítulo IV-B – carta arbitral

Diz respeito, de maneira indireta, à tutela de urgência, o capítulo IV-B do projeto de lei<sup>50</sup>, que institui a carta arbitral<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> BRASIL, 2013, acesso em: 15 dez. 2013

<sup>51</sup> Importante salientar que a carta arbitral é ferramenta já prevista no Projeto de Lei do Senado de n. 166/10, que trata da reforma do Código de Processo Civil (Brasil, 2010, acesso em 15 dez. 2013). Felizmente, o projeto foi bem elaborado nesse sentido e preza pela cooperação entre jurisdições. A carta arbitral encontra previsão nos artigos 69, § 1º e 2º, 206, IV, 236, e 164, IV. Neste último, garante-se o sigilo da carta.



## Capítulo IV-B

### Da Carta Arbitral

Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral, para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro.

O artigo 22-C traz previsão inédita à arbitragem brasileira, pois cria um mecanismo de comunicação árbitro-juiz antes inespecífico na lei. Carmona (2006, p. 329) entende que, sendo a arbitragem verdadeira jurisdição, pela lei atual, essa troca de informações deve ocorrer por meio de ofício, por se tratar de duas jurisdições que se correspondem.

A carta arbitral, além de ser um instrumento estipulado por lei, traz o grande diferencial de garantir o sigilo da questão litigada – outra das grandes vantagens da arbitragem em relação ao processo estatal. O uso do ofício entre tribunal arbitral e jurisdição estatal tendia a comprometer a discricionariedade adotada no procedimento de arbitragem, o que, a partir da alteração, não deverá mais ocorrer.

Ademais, essa ferramenta processual servirá de incentivo à colaboração do juiz togado, já que “algumas decisões de um árbitro podem precisar da atuação de outro juiz. Isso causava um problema prático, pois magistrados que não conheciam muito bem o modelo de arbitragem se recusavam a colaborar.”<sup>52</sup>

Inferese, assim, que a arbitragem brasileira possui um promissor futuro visto que, “sairá fortalecida da nova lei, complementando a atual legislação, desfazendo incertezas e permitindo soluções rápidas e eficientes para os litígios, além de ser também o processo arbitral um importante indutor de acordos.”<sup>53</sup>

## Considerações finais

A arbitragem, como método paraestatal de resolução de conflitos traz benefícios geralmente não proporcionados pelo Poder Judiciário. Assim sendo, a celeridade, o sigilo e a prevalência da autonomia das partes fazem com que em todo mundo esse procedimento seja adotado – em contexto regional ou internacional.

Desafios à aplicação do processo arbitral, porém, não deixam de surgir e a concessão da tutela de urgência é nítido exemplo. Esforços foram feitos por

<sup>52</sup> MUNIZ *apud* BITTAR, 2013, acesso em: 9 jan. 2014

<sup>53</sup> WALD, 2013, Acesso em 10 de dezembro de 2013

diferentes Estados para a adaptação de seus ordenamentos, na tentativa de que as medidas de urgências ordenadas pudessem ser efetivas e otimizar o procedimento de arbitragem ao invés de comprometê-lo. No Brasil, tais esforços consagraram-se no art. 22, §4º, da Lei n. 9.307/96. Com um texto modesto e obscuro, o dispositivo gerou controvérsias doutrinárias e precisou ser interpretado de forma ampliativa para que as medidas cautelares e a antecipação da tutela satisfativa fossem asseguradas às partes.

Em 2013, diante da necessidade de reforma da Lei de Arbitragem Brasileira, realizou-se o Projeto de Lei do Senado de n. 406/2013. Entre as muitas alterações propostas, pretende-se revogar o atual parágrafo que trata das medidas cautelares e inaugurar um novo capítulo na lei, que passa a prever a utilização da tutela de urgência analogamente ao rito previsto no Código de Processo Civil. Se aprovado o projeto, os

São louváveis as inovações trazidas pelo PLS 406/96 que, se aprovado auxiliará o desenrolar da intervenção do Judiciário na arbitragem, quando isso for necessário à pacificação social com justiça, e concederá aos árbitros maior autonomia para o manejo da tutela de urgência durante o procedimento, em homenagem ao princípio da autonomia da vontade das partes.

## Referências

ALVIM, J. E. C. *Tutela antecipada*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito arbitral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BACHAND, Frédéric *apud* WALD, Arnaldo. Frédéric Bachand. L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international. *Revue internationale de droit comparé*. Paris, v. 59, n. 2, p. 427-430, 2007.

BITTAR, Cássia. *Tribuna do Advogado da OAB RJ – Reforma na Lei da Arbitragem e regulação da mediação de conflitos impulsionam soluções extrajudiciais no Brasil*. Disponível em: <<http://cbar.org.br>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BULOS, Uadi L. *Lei da arbitragem comentada: breves comentários à lei n. 9.307, de 23-9-1996*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. Congresso. Senado. *Projeto de Lei do Senado n. 406/2013*. Altera as leis n. 9.307/96 e 6.404/76. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143302&tp=1>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

- BRASIL. Congresso. Senado. *Projeto de Lei do Senado n. 166/2010*. Propõe a Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495&ctp=1>>. Acesso em: 15 dez. 2013.
- CANADÁ. *Commercial Arbitration Act, de 17 de junho de 1986*. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca>> Acesso em: 2 de dez. 2013.
- CARMONA, Carlos A. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARNEIRO, Athos G. Arbitragem. Cláusula compromissória. Cognição e imperium. Medidas cautelares e antecipatórias. Civil Law e Common Law. Incompetência da justiça estatal. *Revista dos Tribunais*. v. 839. p. 129-139. São Paulo: Ed. RT, Setembro/2005.
- CBAR, *Medidas de urgência e coercitivas: 2ª fase da pesquisa 'Arbitragem e Poder Judiciário'*. Disponível em: <[http://cbar.org.br/PDF/Medidas\\_de\\_Urgencia\\_e\\_Coercitivas.pdf](http://cbar.org.br/PDF/Medidas_de_Urgencia_e_Coercitivas.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2013.
- COSTA, Mariana M. Os poderes do tribunal arbitral para decretar medidas cautelares. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 28. p. 109. São Paulo: Ed. RT, Janeiro/2011.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. 2. 4 ed. Salvador: Jus Podium, 2009.
- FRANÇA. *Decreto n. 2011-48, de 14 de janeiro de 2011*. Dispõe sobre a reforma da arbitragem. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr>> Acesso em: 2 dez. 2013.
- GAIO JÚNIOR, Antônio P. *Teoria da arbitragem*. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2012.
- GARCEZ, José M. R. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007
- GONÇALVES, Marcus V. R. *Processo de execução e cautelar*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ITÁLIA. *Decreto n. 1443, de 28 de outubro de 1940*. Aprova o Código de Processo Civil. In: CHIARLONI, Sergio. et al. *Le recenti riforme del processo civile*. v. 2. Bologna: Zanichelli, 2007.
- KAMINSKIENE, Natalija. Application of interim measures in international arbitration: the lithuanian approach. *Jurisprudencija*. v. 119, n. 01. p. 243-260. Vilnius: Mykolas Romeris University, Março/2010.
- LA CHINA, Sergio. *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, IV ed., Milão: Giuffrè, 2011.
- LCIA. *LCIA Arbitration Rules*, de 1 de janeiro de 1998. Disponível em: <<http://www.lcia.org>> Acesso em 5 dez. 2013.
- LEE, João B. *Arbitragem comercial e internacional nos países do MERCOSUL*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- BRAGHETTA, Adriana. et al. Arbitragem e poder judiciário: uma radiografia dos casos de arbitragem que chegam ao judiciário brasileiro. *Cadernos Direito GV*. v. 6, n. 6. Novembro/2009.
- MAGALHÃES, José Carlos de. A tutela antecipada no processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 2, n. 4, p. 14-22, jan-mar de 2005.

MUNIZ, Joaquim *apud* BITTAR, Cássia. *No Senado, incentivo à cultura do não litígio: Reforma da Lei da Arbitragem e regulação da mediação de conflitos impulsionam soluções extrajudiciais no Brasil*. Tribuna do advogado: Dez/2013. Disponível em: <<http://www.oabrij.org.br/materia-tribuna-do-advogado/17970-No-Senado-incentivo-a--cultura-do-nao-litigio>>. Acesso em: 3 jan. 2014.

PORTUGAL. *Lei n. 63/2011, de 14 de dezembro de 2011*. Aprova a Lei de Arbitragem Voluntária e altera o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.dre.pt>> Acesso em: 2 dez. 2013.

REINO UNIDO. *Arbitration Act 1996, de 17 de junho de 1996*. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk>> Acesso em: 3 dez. 2013.

RODRIGUES, Marcelo A. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SALLA, Ricardo M. Tutela jurisdicional de urgência e arbitragem: perspectivas argentina e brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 38. p. 183-189. São Paulo: RT, Julho/2013.

SANTOS, Fernando S. M. Medidas de Urgência do Processo Arbitral. *Revista dos Tribunais*. Vol. 912. p. 327-357. São Paulo: Ed. RT, Outubro/2011.

STRENGER, Irineu. *Comentários à lei brasileira de arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA, Ovídio A. B., *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar: (com análise das Leis nº 8.952/94 – antecipação da tutela, e 9.492/97 – protesto de títulos)*. 20 ed. São Paulo: Liv e Ed. Universitária de Direito, 2002.

UNCITRAL. *Lei modelo da UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional (com as alterações adotadas em 2006), de 11 de dezembro de 1985*. Tradução da Câmara Brasileira de Arbitragem. Disponível em: <<http://cbar.org.br>> Acesso em: 10 dez 2013.

WALD, Arnoldo. Sociedade Limitada. Sociedade Limitada. Necessidade de aprovação do quotista na transferência de quotas. Direito de bloqueio. Direito do sócio remanescente e de não subscrever o acordo de quotistas com o adquirente de quotas do outro sócio. Quebra da affectio societatis e conflito de interesses. Cabimento de medida cautelar preparatória perante o poder judiciário antes de instaurado o juízo arbitral. Foro competente. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 27. p. 141-162. São Paulo: RT/ 2005

WALD, Arnoldo. A reforma da lei de arbitragem. *Valor Econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3303116/reforma-da-lei-da-arbitragem>> Acesso em: 10 dez 2013.