

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP**

Maria Gabriella Dignani Schmidt de Barros

Arbitragem e tutelas provisórias

Mestrado em Direito

**São Paulo
2020**

Maria Gabriella Dignani Schmidt de Barros

Arbitragem e tutelas provisórias

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Francisco José Cahali.

São Paulo

2020

Banca Examinadora

Dedico este trabalho aos meus pais, que possibilitaram tudo, sendo um alicerce em todos os momentos. Nunca conseguirei compensar todo o esforço e o amor incondicional.

À minha amada irmã, pela sua amizade e cumplicidade eterna.

O presente trabalho foi realizado com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

This study was financed in part by the Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

Número de Processo 170.208/2017-6

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a minha família, especialmente aos meus pais, Adriana e Schmidt, aos quais devo minha eterna gratidão pela minha formação como ser humano e profissional. Agradeço também a minha amada irmã, Maria Giulia, por ser uma grande amiga em todos os momentos e pelo incentivo ao meu crescimento profissional e pessoal. Vocês, sem dúvida, são a minha fortaleza. Amo muito vocês, de todo o meu coração.

Ao meu namorado, Henrique, pelo amor, paciência e compreensão em todos os momentos em que estive distante, e principalmente pelo constante incentivo, acreditando em mim e me apoiando incondicionalmente.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Francisco José Cahali, jurista brilhante, que me guiou, aconselhou e comigo compartilhou sua imensa sabedoria. Agradeço por ter me aberto as portas e pelos incontáveis incentivos e ensinamentos, sendo razão de grande honra ter sido sua orientanda nesta empreitada de dedicação ao mestrado e à vida acadêmica.

Aos membros de minha banca, Prof^a Dra. Fernanda Levy e Prof. Dr. Giovanni Ettore Nanni, pelo privilégio e respeitabilidade que não só marcaram minha trajetória acadêmica, mas se tornaram imprescindíveis para a finalização deste trabalho.

A minha sócia e grande amiga, Maria Helena. A você sou grata por todo o apoio dispensado, compreendendo minha ausência e possibilitando meu crescimento profissional. Obrigada pela imensidão de sua confiança e carinho.

A todas as minhas amigas, sem exceção. Sejam aquelas de uma vida, cuja menção e agradecimento são feitos de coração, ou as que me acompanharam durante esta jornada. Alina, Isadora, Letícia e Viviane, vocês são parte disto e estarão presentes em minha memória para sempre. Que o caminho de vocês seja

iluminado não só pela conquista do título, mas também por serem pessoas brilhantes e leais. É gratificante saber que a vitória de uma é também da outra.

Ainda, agradeço à Coordenação da Pós-Graduação em Direito da PUC-SP, na pessoa do Rui, que se tornou não só incentivador desta conquista, mas um grande amigo.

Por fim, agradeço a Deus, pelo dom da vida e da inteligência. Por ter me proporcionado cada dia que passou e ainda passará. E, claro, por ter me permitido conviver com tantas pessoas incentivadoras e grandiosas. A Ele, minha existência.

RESUMO

O presente trabalho aborda a arbitragem, como forma adequada de solução de conflitos, e sua relação com as tutelas provisórias. As recentes alterações legislativas, sejam na Lei de Arbitragem, sejam no diploma processual civil, demandam atenção e estudo, pois alteraram a sistematização das tutelas. Ainda, fez-se uma breve análise a respeito do conflito e das formas existentes para sua solução, sem que o Estado seja visto como elemento e figura central. Os meios adequados de solução de conflitos são hoje reconhecidos em sua excelência, e este fato enseja não só destaque, mas também uma busca inconstante pela pacificação social. Ao passo que o trabalho se desenvolve, é possível notar que a arbitragem é não só uma forma de jurisdição, mas contribui para a democratização do Poder Judiciário brasileiro, de tal maneira que os diversos problemas apontados podem ser resolvidos não só com uma boa redação da convenção de arbitragem como com a cooperação jurisdicional entre juízes e árbitros.

Palavras-chave: Formas adequadas de solução de conflitos – Arbitragem – Tutelas provisórias – Código de Processo Civil – Cooperação jurisdicional.

ABSTRACT

The current essay approaches arbitration such as a proper mean to conflict resolution, and its relation towards the interim protection. The current legislative changes, either in the arbitration law or in the civil procedure code, demand attention and study, because they have changed the systematization of the protection. Also, a brief analysis was made about the conflict and the existing ways to its solution, without the State to be seen as a central element. The means that proper conflict resolution are known today in its brilliance, and this very fact not only highlights, but also seeks the social pacification. As the essay develops, one can notice that arbitration is not only a kind of jurisdiction, but it contributes for the democratization of the own Brazilian judiciary power, to such an extent that the several problems found can be solved not only with a proper redaction of the arbitral convention, but also with jurisdictional cooperation between judges and arbiters.

Keywords: Proper means to conflict resolution – Arbitration – Interim protection – Civil procedure code – Jurisdictional cooperation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. FORMAS ADEQUADAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	15
1.1 Considerações iniciais.....	15
1.2 Negociação, mediação e conciliação	21
1.3 Outras formas de solução de conflitos	27
2. ARBITRAGEM.....	30
2.1 Arbitragem como forma de acesso à justiça.....	30
2.2 Transcendência jurídica e o advento da Lei n. 9.307/96	34
2.3 Natureza jurídica	38
2.4 Princípios norteadores.....	43
2.4.1 Autonomia privada.....	44
2.4.2 Devido processo legal.....	46
2.4.3 Kompetenz-Kompetenz e autonomia da cláusula compromissória	47
2.4.4 Demais princípios	51
2.5 Características gerais.....	52
2.6 Arbitrabilidade	56
2.7 Convenção de arbitragem	57
2.8 A reforma da Lei de Arbitragem: Lei n. 13.129/2015.....	62
3. TUTELAS PROVISÓRIAS NA ARBITRAGEM	65
3.1 Introdução	65
3.2 Previsão legislativa das tutelas provisórias arbitrais: breve histórico	66
3.2.1 Anteriores à Lei de Arbitragem	66
3.2.2 Com o advento da Lei n. 9.307/96.....	67
3.2.3 Após a reforma da Lei de Arbitragem	68
3.3 O descompasso entre a reforma da Lei de Arbitragem e o Código de Processo Civil de 2015: nomenclatura e sistematização	71
4. A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA NA ARBITRAGEM.....	75
4.1 Considerações gerais.....	75
4.2 Tutela satisfativa: cautelar ou antecipada e pressupostos jurídicos para concessão	76
4.2.1 Fungibilidade das medidas	80

4.3 Antecedente ou incidente	81
4.3.1 Anteriores à instauração do procedimento arbitral: disciplina dos arts. 22-A e 22-B.....	82
4.3.2 No curso da arbitragem: disciplina do art. 22-B, parágrafo único	84
4.4 Os regulamentos das câmaras de arbitragem.....	85
4.4.1 Árbitro de emergência.....	85
4.4.2 A alteração dos regulamentos das instituições eleitas em convenção de arbitragem (<i>opt-in</i> e <i>opt-out</i>)	87
4.5 Interações entre as normas processuais civis e a arbitragem.....	89
4.5.1 Contracautela	90
4.5.2 Concessão <i>inaudita altera parte</i> e audiência de justificação prévia.....	90
4.5.3 Irreversibilidade dos efeitos da decisão	91
4.5.4 Estabilização da tutela	93
5. A TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA NA ARBITRAGEM	98
5.1 Breve introdução: conceito, histórico e características gerais	98
5.2 As hipóteses do art. 311 do Código de Processo Civil.....	102
5.2.1 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório (inciso I)	104
5.2.2 Alegações de fatos comprováveis documentalmente e incidência de casos repetitivos ou súmula vinculante (inciso II)	104
5.2.3 Pedido reipersecutório fundado em prova documental do depósito (inciso III)	105
5.2.4 Petição inicial instruída com provas suficientes e a ausência de dúvida razoável (inciso IV).....	105
5.3 Arbitragem.....	106
6. COOPERAÇÃO JURISDICIONAL	108
6.1 Regime de cooperação entre a justiça arbitral e a estadual: <i>ius cognitio x ius imperium</i>	108
6.2 Carta arbitral.....	111
6.3 Varas especializadas	115
7. JURISPRUDÊNCIA.....	117
CONSIDERAÇÕES FINAIS	121
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	126
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR	133

INTRODUÇÃO

A proposta apresentada por este estudo tem como objeto a arbitragem, como forma adequada de solução de conflitos, e sua relação com as tutelas provisórias, existentes no ordenamento jurídico processual brasileiro.

Em um primeiro momento, o estudo volta seus olhos ao conflito. Isso porque este é natural ao ser humano e inerente à vida em sociedade. Ora, vontades divergentes, direitos contrapostos e entendimentos opostos geram situações obrigacionais incompatíveis. Nesse cenário, as formas adequadas de solução de conflitos se destacam, evidenciando e ampliando o acesso à justiça, com a obtenção da tutela pretendida, ainda que não fornecida pelo Estado.

Após uma breve análise das diversas formas adequadas de solução de conflitos e de suas principais características e vantagens, o presente estudo avança para a arbitragem, um dos temas centrais aqui propostos, como um instituto privado, revestido de constitucionalidade. Trata-se de uma forma de resolução de conflitos na qual, a partir da autonomia da vontade das partes, elege-se um terceiro para pôr fim à controvérsia.

Destaca-se aqui a promulgação da Lei n. 9.307/96, que consagrou a arbitragem como forma de solução de conflitos no Brasil.

Neste trabalho serão abordados os principais aspectos do instituto, não de forma exaustiva, mas buscando alinhar os conceitos e teorias propostas, bem como sua transcendência e natureza jurídica, princípios norteadores, características gerais, espécies e forma, trazendo ainda a reforma da Lei de Arbitragem, ocorrida no ano de 2015, que acrescentou à Lei n. 9.307/96 a previsão legislativa acerca das tutelas de urgência.

Neste momento, ao adentrar ao objeto estudo deste trabalho, os problemas surgem, pois o descompasso entre a reforma do Código de Processo Civil e as alterações na Lei de Arbitragem são evidentes: a nomenclatura e a

sistematização da Lei de Arbitragem não acompanham o diploma processual, que, além de alterar a terminologia, acaba por separar as tutelas provisórias de urgência das tutelas provisórias de evidência.

Defender-se-á, a partir de então, que as medidas cautelares e as tutelas antecipadas na arbitragem também devem ser denominadas tutelas provisórias de urgência, de natureza satisfativa, apontando os pressupostos jurídicos para sua concessão. Em seguida, discorrer-se-á sobre o momento em que elas devem acontecer na arbitragem (antes ou depois da instauração do procedimento arbitral) e as previsões legislativas do Código de Processo Civil e dos regulamentos das câmaras de arbitragem.

Importante frisar que as interações entre as normas processuais e a arbitragem são realizadas considerando a premissa de que uma é independente da outra. Ou seja, a arbitragem não se utiliza das normas processuais, mas se comunica com elas, na medida em que o direito a ser aplicado ao caso concreto é o brasileiro. O diálogo entre as normas é de suma importância, tendo em vista o estudo aqui proposto.

Ato contínuo, abordar-se-á a tutela provisória de evidência, inovação trazida na reforma do Código de Processo Civil. Pelo descompasso já mencionado, a Lei de Arbitragem ficou-se inerte quanto a essa espécie de tutela. Porém, por se tratar de medida de urgência importante para a manutenção do procedimento, far-se-á um estudo acerca das hipóteses, conceito, histórico e características gerais, para que, independentemente de previsão legislativa, possa-se utilizar da interação entre normas e aplicar à arbitragem essa modalidade de tutela.

Por fim, considerando a jurisdição exercida pelo árbitro, o presente estudo fará uma abordagem da cooperação entre justiças (estadual e arbitral), buscando a colaboração entre elas. Assegurar a efetividade do cumprimento das decisões arbitrais em sede de tutela de urgência é não apenas dar às partes contratantes segurança jurídica, mas também assegurar o resultado útil do procedimento arbitral.

Com a problematização que se propõe enfrentar, o foco é a arbitragem e as tutelas provisórias, adotando a cooperação entre justiças e a complementação das normas como premissas fundamentais para o desenvolvimento deste estudo.

1. FORMAS ADEQUADAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

1.1 Considerações iniciais

De início, considerando o objeto proposto por este trabalho, que é o estudo da arbitragem e das tutelas provisórias, cumpre informar que será feita uma breve análise neste capítulo acerca das formas adequadas de solução de conflitos.

Em se tratando de formas adequadas de solução de conflitos, tem-se um amplo leque oferecido pela *Alternative Dispute Resolution* (ADRs), que nada mais são que os meios extrajudiciais de solução de conflitos (MESCs). Também já denominados meios alternativos de solução de controvérsias, hoje a preferência é pela denominação “formas adequadas de solução de conflitos”.

Isto porque, ao denominá-las como alternativas, a interpretação que lhes é atribuída é de coadjuvantes: como se o Poder Judiciário fosse a regra, e as demais formas, mera alternativa. Ao preconizar a expressão “meio alternativo”, reconhece-se que o método jurisdicional estatal é o mecanismo padrão, enquanto os demais são alternativos a este. Por essa razão, a preferência pela atual denominação advém da própria autonomia das partes em obter a sua forma de busca e acesso à Justiça, sem que se tenha como elemento central a jurisdição estatal, deixando de ser então alternativa¹.

Porém, indaga-se *prima facie*: o que é conflito? Esse questionamento faz-se importante tendo em vista que todo ordenamento jurídico visa à proteção de um direito, baseado na existência da falta de entendimento em sociedade, seja por situações incompatíveis, seja pela diferença na forma de agir ou pensar.

Nessa seara, o conflito tem origem no latim *conflictus* e apresenta-se como sinônimo de embate, oposição e desinteligência. Em um sentido mais amplo, a palavra “conflito” pode abarcar diversas situações concretas, como tensões dos mais

¹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008. p. 181.

diversos tipos e origens. Afinal, o conflito é natural ao ser humano e envolve não só aspectos jurídicos, mas também sociológicos e psicológicos².

Cândido Rangel Dinamarco conceitua a palavra “conflito” como “a situação existente entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizado pela pretensão a um bem ou situação da vida e impossibilidade de obtê-lo”³. Assim, nascida a situação de conflito, e posta ao conhecimento no mundo jurídico, é que se forma o denominado litígio.

Também sinônimo de lide, o litígio corresponde ao conflito manifestado em juízo. Trata-se do entrelaço entre ideias e interesses, que acabam culminando na esfera jurídica com uma divergência entre fatos, coisas e/ou pessoas. Por essa razão, sua concepção é apresentada por Francesco Carnelutti como “o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”⁴.

Advinda da doutrina clássica, a presente definição tem como preceito básico a ideia de satisfação de interesse por meio da busca da justiça por uma das partes que, de alguma maneira, sentiu-se lesada pela outra. Porém, garantir justiça não é exclusividade do Poder Judiciário. Segundo Francisco José Cahali⁵:

A oferta de alternativas para a resolução de controvérsias está incluída no objetivo maior de garantir o acesso à Justiça, o que nunca foi exclusividade do Poder Judiciário, mas sim finalidade do Estado, que, assim, pode incentivar que os conflitos sejam resolvidos no âmbito estadual ou fora dele, como, de fato, ocorre em muitos desses métodos privados.

² A despeito desse assunto, Fernanda Tartuce faz uma reflexão mais ampla em sua obra acerca dos conflitos e das controvérsias. Afirmo a autora: “deve-se atentar que o conflito é um tema que envolve aspectos não apenas jurídicos, mas também sociológicos, psicológicos e filosóficos. Assim, diversas ciências e técnicas de conhecimento vêm abordando o tema, merecendo especial destaque a atuação da sociologia e da psicanálise. Eis por que a interdisciplinaridade se revela um importante instrumento para a compreensão adequada do fenômeno”. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008. p. 25.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1. p. 117.

⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944. v. 1. p. 11.

⁵ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 44.

Aliás, as formas de solução extrajudicial de conflitos são tão antigas quanto a própria humanidade. Isso porque a concepção de Estado, dotado de jurisdição, advém dos tempos mais modernos. Só se pode afirmar que o Judiciário existe a partir de um poder legítimo constituído diante de um Estado moderno, organizado e com funções definidas⁶.

O conflito existe e é natural do ser humano, principalmente em uma sociedade mais avançada, com a tecnologia cada vez mais à disposição, e facilitando em muito a concretização das vontades humanas. Exatamente por se tratar de um fenômeno próprio do ser humano é que este não é um evento isolado, mas sim dinâmico, sujeito a alterações conforme a evolução da própria sociedade⁷.

Nesse sentido, afirma Petrônio Calmon⁸:

A sociedade moderna se apresenta como uma cultura de conflitos, na qual tão somente se verifica uma enorme e interminável quantidade de conflitos, como, igualmente, o hábito predominante de atribuir ao Estado a responsabilidade de proporcionar sua solução.

De outro modo, certo é que as tensões estão cada vez maiores em um mundo globalizado⁹. O que se nota é que há uma baixa no nível de tolerância das

⁶ O Estado passou por três principais fases de transição: o Estado na Antiguidade Clássica, o Estado Feudal e o Estado Moderno. Sua história vem de longe, já na Grécia, onde os futuros estados eram chamados de *Polis*, habitados por cidadãos políticos executores da atividade cívica. Inclusive, foram a *Polis*, dos gregos, e, posteriormente, a República, dos romanos, que traduziram a primeira ideia de Estado, no aspecto do vínculo comunitário de ordem política e de cidadania. Na antiguidade clássica, o Estado teve uma variedade de formas: desde as monarquias até os impérios. Porém, é na transição do Estado Feudal para o Estado Moderno que se destaca a necessidade de ordem e autoridade. A principal característica que compõe o nascimento do Estado Moderno é a centralização política. E com isso nasce o conceito de soberania, de eficácia do direito como poder jurídico. Dessa forma, o Poder Judiciário nasce no momento em que nasce o Estado Moderno, revestido das características de soberania: uno, indivisível, inalienável e imprescritível.

⁷ ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samanta; JONATHAN Eva. *Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 72.

⁸ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 19.

⁹ Nesse sentido, afirma Ricardo Pereira Junior: “Nesse ambiente mutável, dinâmico, que demanda energia e velocidade de decisão, o Judiciário permanece com a mesma estrutura que tinha no século XIX e início do século XX. Procura resolver enorme quantidade de litígios gerada em uma lógica de produção em massa, mas trabalha com métodos artesanais de solução de conflitos, caso a caso, pelo processo. Experimenta progressiva e incontestemente a demanda de serviços da qual não consegue dar cabo. É visto como um poder antiquado, que não mais atende às

peças, influenciando a controvérsia de opiniões. O momento atualmente vivido é volátil, e o impacto da velocidade com que a tecnologia tem se desenvolvido altera a maneira como as pessoas enfrentam as relações sociais.

Além disso, o conflito pode ter diversas origens: interesses distintos, objetivos, formas de pensar e opiniões diversas são alguns dos múltiplos fatores que acabam por fomentar a controvérsia. Como bem esclarece Alexandre Costa¹⁰:

Pela nomação genérica de conflito, são tratadas situações múltiplas envolvendo tensões. Daí a necessidade de desenvolver estratégias específicas conforme o tipo de conflito ou natureza da tensão.

Por essa razão, a proposta da adoção de formas adequadas é uma aposta certa no mundo contemporâneo. A busca por outros meios de solução de controvérsias deve fazer parte do dia a dia do operador do direito, que passa a voltar os olhos às relações dinâmicas existentes na sociedade. Deve-se levar em consideração a superação do conflito, incentivando cada vez mais as novas formas de diálogos existentes, amadurecendo as relações e adequando o conflito à sua solução. Nas palavras de Kazuo Watanabe¹¹:

Quando se trata de solução adequada dos conflitos de interesses, insisto em que o preceito constitucional que assegura o acesso à Justiça traz implicitamente o princípio da adequação; não se assegura apenas o acesso à Justiça, mas se assegura o acesso para obter uma solução adequada aos conflitos, solução tempestiva, que esteja bem adequada ao tipo de conflito que está sendo levado ao Judiciário.

expectativas da cidadania moderna. É vítima, no dizer de Frédéric Zenati, de seu próprio sucesso, experimentando uma expansão vertiginosa de demanda". PEREIRA JUNIOR, Ricardo. *Judiciário e modernidade: ordem jurídica, tempo, espaço e atuação da justiça*. São Paulo: Edusp, 2016. p. 136.

¹⁰ COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, mediação e negociação*. Vol. 3. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. Pag. 163.

¹¹ WATANABE Kazuo. *Modalidade de mediação*. Disponível em: <http://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---Modalidade-de-mediacao---Kazuo-Watanabe.pdf>. p. 46. Acesso em: 28 dez. 2019.

Dessa forma, visa-se não só por fim ao embate, mas também resolvê-lo de forma adequada, buscando maior pacificação social e evitando sua propagação. Deve-se valorizar o diálogo, a autonomia das partes e a visão colaborativa da sociedade para a solução dos problemas.

Para corroborar o ora exposto, importante mencionar ainda que a Constituição Federal do Brasil tem como direito fundamental a solução pacífica dos conflitos, em seu art. 1º, VII¹². E não só. Tão grande é sua importância que, desde o preâmbulo constitucional¹³, a solução pacífica de controvérsias é tida como um dos valores fundamentais para assegurar aos cidadãos o livre exercício de seus direitos, sejam eles de caráter social ou individual.

Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que existe à disposição das partes um importante sistema multiportas e interdisciplinar, que se completa e permite a escolha do meio mais adequado à solução do conflito. Nas palavras de Antônio Carlos Ozório Nunes¹⁴:

O diálogo é o grande esteio de todo sistema autocompositivo. Se for guiado com estratégias, leva a negociações integrativas e possibilita soluções inteligentes para os conflitos da vida. Ele está presente e é o fio condutor de todo o processo nas modalidades de autocomposição, nos quais o poder de tomar decisões é das próprias partes.

É por essa razão que se menciona que não só o diálogo, mas a existência de diversas formas de solução é essencial para a manutenção da pacificação social. Ora, se na medicina temos um tratamento médico e medicação correspondente para

¹² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) VII – solução pacífica dos conflitos.

¹³ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

¹⁴ NUNES, Antônio Carlos Ozório. *Manual de mediação: guia prático da autocomposição*. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 39.

cada doença, o mesmo deve ocorrer com o conflito: cada tipo enseja uma ou outra solução que lhe seja mais pertinente, sem que o objetivo principal seja desafogar o Poder Judiciário. Muito pelo contrário. A ideia é de satisfação das partes. Igualmente, afirma Kazuo Watanabe¹⁵:

O objetivo primordial que se busca com a instituição de semelhante política pública é a solução mais adequada dos conflitos de interesse pela participação decisiva de ambas as partes na busca do resultado que satisfaça seu interesse, o que preservará o relacionamento delas, propiciando a justiça coexistencial. A redução do volume de serviços do judiciário é uma consequência importante dessa política judiciária, mas não seu escopo fundamental.

Essa hoje é uma realidade muito significativa que tem tomado espaço no Brasil, de tal maneira a incentivar as partes a optar por uma ou outra forma que não seja a prestação jurisdicional do Estado, uma vez que este encontra inúmeras dificuldades em conferir harmonia às relações sociais¹⁶.

Espera-se, cada vez mais, que, em um mundo contemporâneo, os meios adequados de solução de conflitos sejam fortalecidos, não só possibilitando às partes encontrar a pacificação, mas também incentivando o diálogo entre elas. Garantir maior humanização dos problemas sociais é sim uma questão a ser enfrentada, pois o acesso à Justiça é direito fundamental dos cidadãos e exercício garantidor do Estado Democrático de Direito¹⁷.

Ademais, é importante mencionar a classificação das formas de solução de conflitos, para fins de referência do presente trabalho. Petrônio Calmon, em sua

¹⁵ WATANABE Kazuo. Tratamento adequado de conflitos: noções gerais. In: SILVEIRA, João José Custódio da (org. e coord.). *Manual de negociação, conciliação, mediação e arbitragem*. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 20.

¹⁶ O mesmo autor, em outra obra, ainda afirma que “o Estado colabora e muito com essa situação, na condição de grande gerador de conflitos e insatisfações”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGRATA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007.

¹⁷ O acesso à justiça como direito fundamental será abordado adiante, ao ser identificado também presente também na arbitragem.

obra, diz existirem três possíveis soluções para um conflito: a autotutela, a autocomposição e o processo¹⁸.

Em breve síntese, a autotutela é uma forma primitiva de solução de conflitos, de forma que se utiliza da força para pôr fim à controvérsia. Hoje, como regra, ela é proibida¹⁹. Já a autocomposição, por outro lado, tem o condão de trazer um terceiro ao conflito como facilitador da comunicação, sendo que este deverá auxiliar as partes, mas o resultado final dependerá exclusivamente delas.

Por fim, o processo, também conhecido como método heterocompositivo, traz uma solução adjudicada por um terceiro, que impõe a decisão final às partes. Neste caso, temos como exemplo o processo judicial, e a arbitragem, forma de solução de conflitos objeto do presente estudo.

Porém, antes de adentrar ao objeto central, passemos à análise das formas adequadas de solução de conflitos autocompositivas mais conhecidas e, por consequência, mais utilizadas, que são a negociação, a conciliação e a mediação.

1.2 Negociação, mediação e conciliação

Todas advindas da autocomposição, ou seja, aquela em que o resultado final depende exclusivamente das partes, elas se diferenciam entre si na técnica utilizada para dirimir o conflito, a depender do resultado que se espera. Frise-se que são tantas opções e técnicas existentes que escaparia ao escopo deste trabalho apontar uma a uma.

Apesar de todas terem em comum a figura de um terceiro, denominado facilitador (ou intermediário), a escolha por uma ou outra deve atentar principalmente ao tipo da controvérsia. Destacam-se, então, algumas diferenças entre elas.

¹⁸ CALMON. Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 23.

¹⁹ Afirma-se como regra, pois há exceção, como o caso do art. 1.120, § 1º, do Código Civil, que permite a autotutela em matéria possessória.

Com um olhar diferente da mediação e da conciliação, a negociação tem por base a persuasão, o que facilita a composição entre as partes. Ela tende a ser utilizada desde os casos mais rotineiros (aqueles que dizem respeito, por exemplo, a uma compra e venda consumerista) até aqueles de espectro negocial de grandes incorporações. Conforme Francisco José Cahali²⁰:

Pela negociação, as partes tentam resolver suas divergências diretamente. Negociam com troca de vantagens, diminuição de perdas, aproveitam as oportunidades e situações de confronto, exercitam a dialética, mas, em última análise, querem uma composição e, para tanto, o resultado deve propiciar ganhos recíprocos, em condições mutuamente aceitáveis e, em certa medida, equitativas, caso contrário será rejeitado por uma das partes.

Podendo ou não se utilizar da figura do negociador²¹, o grande diferencial desse método é que ele tem um viés de mútua satisfação. Para lidar com as diferenças humanas, a negociação visa influenciar e modificar as ideias das partes, demonstrando eventuais vantagens e oportunidades para cada um dos envolvidos. Assim, essa modalidade apresenta um viés mais econômico, com acordos equitativos, tendo como finalidade a diminuição das perdas e um resultado de ganhos recíprocos, atendendo aos interesses de todos os envolvidos²².

²⁰ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 45.

²¹ Afirma-se que pode ou não ser utilizada a figura de um negociador, pois as partes podem resolver suas divergências diretamente. Mas nada impede que seja utilizada a figura de um terceiro, que poderá ser representante de uma das partes ou até de ambas. Nesse sentido, Daniela Monteiro Gabbay e Flavia Foz Mange afirmam: “A negociação difere de outros mecanismos consensuais de solução de conflitos que são assistidos pela presença de um terceiro, como a mediação e a conciliação. Isto porque, enquanto na negociação já um diálogo direto entre as partes, na mediação e na conciliação há presença de um terceiro – devidamente capacitado –, que tem o papel de facilitar a comunicação entre as partes e costuma auxiliar na troca de informações e esclarecimento da controvérsia. Todos esses métodos autocompositivos, assistidos ou não por um terceiro, trabalham adequadamente as relações continuadas entre as partes e podem criar valor quando utilizados para resolver litígio. Além disso, quando não resolvem a controvérsia, costumam melhorar a compreensão das partes sobre a disputa envolvida”. GABBAY, Daniela Monteiro; MANGE, Flavia Foz. *Negociação*. In: SILVEIRA, João José Custódio da (org. e coord.). *Manual de negociação, conciliação, mediação e arbitragem*. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 143.

²² MNOOKIN, Robert H.; ROSS, Lee. In: ARROW, Kenneth J. *et al.* (coord.). *Negociação: barreiras para resolução de conflitos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46.

A mediação, por sua vez, tem os olhos voltados para a origem do conflito. Essa é a forma adequada de solução de conflitos indicada para os casos em que as partes mantêm relacionamento continuado, de longo prazo, como nas relações familiares, societárias, de vizinhança, entre outras. Isso porque, muitas vezes, as relações do cotidiano são ao mesmo tempo pessoais e jurídicas, e por essa razão acabam tornando a demanda mais complexa, fazendo com que o mediador precise de maior tempo, complexidade e dedicação visando a uma perspectiva de boa convivência entre as partes no futuro.

O terceiro, neste caso, deverá encontrar uma forma de reestabelecer os laços de convivência. Em razão de sua metodologia particular, a mediação tende a ir mais longe do que os demais métodos autocompositivos, pois busca a causa da controvérsia para tentar sanar o conflito. Seu papel é buscar a origem do conflito para minimizar os efeitos do litígio, não devendo intervir nas propostas trazidas pelas partes, tampouco interferir nas relações e decisões tomadas. Para Francisco Cahali²³:

O mediador não julga, não intervém nas decisões, tampouco se intromete nas propostas, oferecendo opções. O que faz é a “terapia do vínculo conflitivo”, sem apresentar propostas ou sugestões de resolução, pois estas deverão vir dos próprios mediados, com amadurecimento quanto à relação conflituosa. Como se vê, uma diferença fundamental na mediação em relação à conciliação é que naquela o mediador não faz propostas de acordo, mas apenas tenta reaproximar as partes para que elas próprias consigam alcançar uma situação consensual de vantagem.

Complementa-se com Fernanda Tartuce²⁴:

A função do mediador é impor regras de comunicação para que esta se realize de forma eficiente com atenção, clareza e aceitação do ponto de vista do outro. O mediador há de atuar auxiliando as partes em conflito para que estas possam estabelecer uma comunicação

²³ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 48.

²⁴ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008. p. 223.

produtiva na busca de um acordo satisfatório. Assim, pela mediação poderão encontrar uma saída original para a controvérsia, trabalhando por si mesmas e tornando-se autoras (em vez de meras espectadoras) da decisão a ser tomada.

Assim, utiliza-se desse método para superar as adversidades preexistentes, e levar as partes à busca de uma solução consensual, de maneira a reestabelecer o diálogo – que por vezes é impossível, tendo em vista a existência de fatores emocionais como rancor, insegurança ou desprezo. Dada a interdependência das relações sociais, há a necessidade de encontrar uma solução harmônica dos problemas, de modo a preservar o relacionamento entre as partes e evitar novos litígios.

Aliás, importante mencionar ainda que a mediação pode ser judicial ou extrajudicial. Com a promulgação da Lei de Mediação, em 2015, regulamentou-se a mediação extrajudicial, e, com a recente inclusão da mediação no Código de Processo Civil, no mesmo ano, estipulou-se a mediação judicial.

Cita-se, para fins de compreensão, o art. 1º da Lei de Mediação²⁵:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Por outro lado, o art. 165, § 3º, do Código de Processo Civil dispõe²⁶:

²⁵ Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997.

²⁶ Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Destaca-se, no primeiro caso, “o meio de solução de controvérsias entre particulares”, e, no segundo, “os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos (...)”. Com a mera leitura e observação dos trechos de lei extraídos é possível verificar a diferença entre a mediação extrajudicial e a mediação judicial.

Ainda, afirma Fernanda Levy²⁷:

Sob a ótica do Poder Judiciário, a mediação é instrumento inserido no contexto de política pública como meio que proporciona ampliação do acesso à ordem jurídica justa. Atuando como filtro de litigiosidade e desjudicialização do conflito, oferece o efeito indireto de desafogar a altíssima taxa de congestionamento enfrentada por nossos tribunais (...). Sob a ótica dos envolvidos no conflito, consiste em uma verdadeira oportunidade de solucionar controvérsias de maneira amigável e sustentável. Mediação é liberdade com responsabilidade pelas decisões assumidas.

Portanto, independentemente de como a mediação acontecerá (se em âmbito judicial ou extrajudicial), o importante é que em ambos os casos o profissional escolhido esteja qualificado para dar o andamento que se espera e que as partes estejam cientes das responsabilidades assumidas. Trata-se de uma forma

²⁷ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 101.

de solução de conflitos flexível, levando em consideração a complexidade e a particularidade de cada caso.

Já a conciliação tem como objetivo a obtenção de um acordo, com a figura de um terceiro, que pretende auxiliar os litigantes, focando na solução do problema. Isso significa dizer que ele faz o papel de intermediário, sugerindo propostas razoáveis para pôr fim litígio, sem constrangimentos ou intimidações, a fim de demonstrar às partes as desvantagens de judicializar a demanda e as vantagens da composição.

Destaca-se a diferença primordial entre a mediação e a conciliação: a primeira busca a origem do problema, enquanto a segunda busca a sua solução. Sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover explica²⁸:

A conciliação é conceituada como o método de solução de conflitos, que se dá por intermédio da atividade desenvolvida por um terceiro facilitador, para incentivar, facilitar e auxiliar as partes a se autocomporem, adotando metodologia que permite a apresentação de propostas, visando a obtenção de um acordo, embora sem forçar as vontades dos participantes. O conciliador investiga, assim, apenas os aspectos objetivos do conflito e sugere opções para a solução, estimulando às partes à celebração de um acordo.

Trata-se, então, de uma forma de solução de conflitos que não leva em consideração as relações subjetivas das partes. Para a conciliação, busca-se uma composição, de forma que os indivíduos não possuem vínculo pessoal anterior, com a finalidade única de apresentação de propostas e de obter o acordo. Exemplos trazidos pela usualmente pela doutrina são os acidentes de trânsito, casos de responsabilidade civil em geral, problemas entre fornecedor e cliente, entre outros²⁹.

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: LAGRASTA, Valeria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal (coord.). *Conciliação e mediação: ensino em construção*. São Paulo: IPAM, 2016. p. 171.

²⁹ Exemplos extraídos de CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 46.

1.3 Outras formas de solução de conflitos

Não menos importante, porém menos conhecidas, são as demais formas existentes de solução de controvérsias, a exemplo da avaliação de terceiro neutro, adjudicação, *dispute board* e o Sistema Administrativo de Conflitos de Internet – SACI³⁰.

Apesar de serem mais especializadas e indicadas para determinados conflitos, elas estão à disposição das partes, tendo como substrato a mesma perspectiva adotada nos métodos apresentados anteriormente: visam solucionar o conflito sem a necessidade de interpelação judicial.

Por fim, há de se mencionar a existência do Tribunal Multiportas, implementado pelo Conselho Nacional de Justiça quando da aprovação da Resolução n. 125/2010³¹, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário. Atribui-se, aqui, a Kazuo Watanabe a iniciativa de sua realização, efetivada pelo Conselho Consultivo do Departamento de Pesquisa Judiciária³². Em suas palavras:

Desde que seja adequadamente implementada a Resolução, certamente assistiremos a uma transformação revolucionária, em termos de natureza, qualidade e quantidade dos serviços judiciais, com o estabelecimento de filtro importante da litigiosidade, com o atendimento mais facilitado dos jurisdicionados em seus problemas jurídicos e conflitos de interesse e com o maior índice de pacificação das partes em conflito, e não apenas solução dos conflitos, isso tudo

³⁰ A avaliação de terceiro neutro consiste na indicação de um terceiro imparcial por ambas as partes, geralmente com conhecimento específico sobre a matéria de fundo, para avaliação e indicação de resultados na controvérsia. Já a adjudicação é indicada para resultados céleres, apenas para enfrentar o problema. Embora seu nome sugira uma solução imposta, a adjudicação é passível de revisão em procedimento arbitral, ou em processo judicial. O *disput board* é a forma adequada de solução de conflitos na qual se forma um comitê de especialistas para acompanhar a execução de um contrato. Eles geralmente apreciam controvérsias em determinadas situações, e suas decisões vinculam as partes. É utilizado geralmente para grandes obras de engenharia e infraestrutura. Por fim, o Sistema Administrativo de Conflitos de Internet – SACI existe para soluções administrativas de registros de internet (registro.br).

³¹ Resolução n. 125, de 9 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 28 dez. 2019.

³² CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 61.

se traduzindo em redução da carga de serviços do nosso Judiciários, que é sabidamente excessiva, e em maior celeridade das prestações jurisdicionais. A consequência será a recuperação do prestígio e respeito do nosso Judiciário.

Dentre outros meios trazidos pela referida resolução, o Tribunal Multiportas é um sistema criado pelo Estado para ser colocado à disposição da sociedade, com variadas formas de solução de controvérsias.

Ele acontece no âmbito do Poder Judiciário e representa um sistema pacificador, que busca a maneira mais apropriada para a resolução dos conflitos. Tal ferramenta contribui com a autonomia das partes, que passam a participar ativamente do conflito, potencializando o nível de satisfação dos envolvidos. Francisco José Cahali afirma, nesse sentido³³:

Consolidou-se no Brasil, então, com a Res. 125/2010 a implantação do chamado Tribunal Multiportas, sistema pelo qual o Estado coloca à disposição da sociedade alternativas variadas para se buscar a solução mais adequada de controvérsias, especialmente valorizados os mecanismos de pacificação (meios consensuais), e não mais a restrita oferta ao processo clássico de decisão imposta pela sentença judicial. Cada uma das opções (mediação, conciliação, orientação, a própria ação judicial contenciosa, etc.), representa uma “porta”, a ser utilizada de acordo com a conveniência do interessado, na perspectiva de se ter a maneira mais apropriada de administração e resolução do conflito.

Dessa forma, é possível facilitar a comunicação, reestabelecendo vínculos na sociedade e caminhando para um futuro onde a Justiça não é obtida por intermédio de longos e incansáveis processos. Um sistema mais abrangente estimula as partes a utilizar outros meios de solução de conflitos.

Aliás, diante de todo o exposto, é de suma importância concluir este tópico retomando a ideia de que é tarefa de todos os operadores do direito estimular

³³ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 64.

o uso dos métodos alternativos de solução de conflitos, com especial atenção aos consensuais.

Como já mencionado anteriormente, deve-se incentivar os instrumentos de pacificação social a fim de diminuir a judicialização dos conflitos, substituindo a cultura da sentença pela cultura da pacificação³⁴. As ferramentas consensuais são importantes métodos à disposição das partes, que não só põem fim ao conflito, mas também permitem amplo acesso à justiça, deixando de limitar-se a solução adjudicada e impositiva.

³⁴ Há de se mencionar ainda a implantação dos Centros Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, de iniciativa do CNJ, que acabou por promover e incentivar diversas iniciativas hoje adotadas nos vários estados da Federação, todas no sentido de promover de forma mais acentuada as formas de solução de conflitos, inclusive preventivamente.

2. ARBITRAGEM

2.1 Arbitragem como forma de acesso à justiça

De todos os meios ditos *adequados*, a arbitragem é o que mais se aproxima do Poder Judiciário. Isso porque ela caminha ao lado da esfera estatal, sendo uma forma de solução de conflitos heterocompositiva, que atua de maneira procedimental e exige dos participantes, extremo rigor e dedicação. Seu conceito se apresenta nas palavras de Thiago Rodovalho como “o processo através do qual a controvérsia existente entre as partes é decidida por terceiro ou terceiros (árbitros), imparciais, e não pelo Poder Judiciário (juízes)”³⁵.

Nesse viés, a arbitragem é um mecanismo de acesso à justiça no Brasil, cuja finalidade é tutelar direitos e solucionar conflitos, sendo considerada um instrumento à disposição das partes para o exercício pleno da jurisdição. Ao contrário dos meios alternativos de solução de conflitos na modalidade autocompositiva, a arbitragem é um método adversarial, heterocompositivo e que impõe uma decisão final às partes contratantes. Assim, optar pela arbitragem é uma forma de acesso à justiça e, portanto, um método garantidor de justiça.

Importante afirmar, neste contexto, que a arbitragem é plenamente compatível com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, também garantidor do acesso à justiça³⁶.

Ambos os princípios, de ordem constitucional e decorrentes de uma mesma norma, contemplam a capacidade postulatória de uma parte visando à reparação de um direito violado ou ameaça a direito, como forma preventiva de tutelar eventuais direitos a serem lesados. Frisa-se que, em termos internacionais,

³⁵ RODOVALHO, Thiago. Aspectos introdutórios da arbitragem. *In: Manual de arbitragem para advogados*. São Paulo: Editora Lúcia Uchôa, 2015. p. 10.

³⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

essa também é uma garantia prevista na Convenção Europeia de Direitos Humanos³⁷ e na Convenção Interamericana de Direito Humanos³⁸. Mauro Cappelletti³⁹ sustenta:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente juntos.

Dessa forma, garantir o acesso à justiça, como um direito fundamental, é essencial e uma obrigação do Estado enquanto detentor da jurisdição. Porém, tendo em vista o corte metodológico a que se propõe o presente estudo, indaga-se: e a arbitragem? De alguma maneira esse método de solução de conflitos não vai de encontro ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário?

Tais questões foram enunciadas e amplamente discutidas desde a promulgação da Lei de Arbitragem até sua declaração de constitucionalidade, ocorrida em 2001, pelo Supremo Tribunal Federal, na análise do Agravo Regimental de Reconhecimento de Sentença Estrangeira n. 5.206. O referido acórdão não só sedimenta a questão da constitucionalidade da Lei n. 9.307/96 como enfrenta a questão do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, afirmando que a arbitragem não fere nem tampouco vai de encontro a essa garantia constitucional, por ser uma opção das partes. A Ministra Ellen Gracie destaca em seu voto⁴⁰:

Como se vê, o cidadão pode invocar o judiciário, para a solução de conflitos, mas não está proibido de valer-se de outros mecanismos de composição de litígios. Já o Estado, este sim, não pode afastar do

³⁷ Convenção Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 28 dez. 2019.

³⁸ Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 28 dez. 2019.

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

⁴⁰ STF, SE 5.206. Agravo Regimental, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12.12.2001, DJ 30.4.2004, p. 29, ementa v. 2149-06, p. 958.

controle jurisdicional as divergências que a ele queiram submeter os cidadãos.

Assim, a arbitragem é possível diante do poder de escolha das partes para adotar essa forma de solução de conflitos. Por meio da liberdade de contratação, exercida em sua autonomia privada (princípio que será estudado adiante), as partes convencionam que o conflito será dirimido por meio da arbitragem, optando então por essa via, também jurisdicional.

Nelson Nery Junior⁴¹ destaca:

O que não se pode tolerar por flagrante inconstitucionalidade é a exclusão, pela lei, da apreciação de lesão a direito pelo Poder Judiciário, que não é o caso do juízo arbitral. O que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se pode ir à justiça estatal, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral. Em ambas há, por óbvio, a atividade jurisdicional.

No mesmo sentido, aduz José Arnaldo da Fonseca⁴²:

Regra de máxima amplitude, o inciso XXXV do art. 5º da CF/88 preconiza que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, sendo evidente que não cogita só de lei, mas também abrange os atos dos agentes públicos, que tencionem obstar o acesso à justiça. Esse acesso formal aos órgãos judiciários não impede que o legislador – não o afastando, por vedação constitucional – possa fixar um novo modelo de solução de litígios antes de eventual ingresso em juízo, uma instância alternativa em ordem a poder se observar outro ditame de matriz constitucional: a solução de pendências em tempo razoável, sem quebra do sistema.

⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 162.

⁴² FONSECA, José Arnaldo da. Jurisdição estatal e jurisdição arbitral: conflito aparente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 49-59, out./dez. 2009.

Sob essa ótica, a arbitragem, como forma adequada de solução de conflitos, constitui verdadeira opção às partes, ampliando a forma de acesso à justiça. Por esse instrumento, a tutela jurisdicional arbitral se materializa, dando às partes outra forma de solução do conflito, que não a jurisdição tradicional, estatal. Pedro Antônio Baptista Martins afirma⁴³:

... na arbitragem, as regras e a solução da pendência são concluídas em caráter privado, contudo, sob o manto do próprio Estado, legislador primário do instituto. O procedimento arbitral não é processo estatal, mas processo estatalmente disciplinado, ordenado. Apesar do aparente distanciamento do órgão convencional, na realidade, a *longa manus* estatal sempre alcançará a sentença arbitral que violar postulados essenciais ou, enfim, que venha a causar lesão a direito individual.

Como demonstra o autor, o Estado também se faz presente na arbitragem, não estando esta à mercê da libertinagem. O Estado atua como órgão regulamentador e de controle jurisdicional. Nos casos em que há flagrante nulidade no procedimento arbitral, caberá ao Estado o controle posterior dessa sentença. E mais. Não se pode esquecer que o Estado também se faz presente na arbitragem nos casos de necessidade de concessão de tutela provisória anteriores ao início do procedimento arbitral, nos casos de execução de sentença arbitral e até nos casos de colaboração jurisdicional, conforme se observará nos capítulos seguintes.

Constata-se então que a arbitragem não só é uma forma de dar aos cidadãos acesso à justiça, mas compõe um dos meios adequados de solução de conflitos. Francisco José Cahali aponta⁴⁴:

Daí por que se falar em mecanismo privado de resolução de litígios, ou meio alternativo de solução de controvérsia, ou, ainda, método extrajudicial de solução de conflitos (Mesc). E na busca da melhor alternativa às partes, em sua essência, temos na arbitragem o

⁴³ MARTINS, Pedro Antônio Baptista. A arbitragem e o art. 5º, inc. XXXV da Constituição da República de 1988. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, Rio de Janeiro, v. 77, p. 117- 118, jul./set. 1996.

⁴⁴ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 119.

modelo mais adequado para as diversas situações, como em conflitos complexos, envolvendo aprofundamentos em matérias específicas, e exigindo estrutura e tratamento mais dedicado, difíceis de serem obtidos no Poder Judiciário pelas suas características e colossal volume de trabalho.

Em seguida serão apresentadas as características desse instituto, suas vantagens e o exercício da jurisdição, sendo capaz não só de dar às partes acesso à justiça mas também de ampliar seu espectro, concedendo a tutela pretendida em tempo muito mais razoável do que se direcionado para o Poder Judiciário.

2.2 Transcendência jurídica e o advento da Lei n. 9.307/96

Apesar de gozar de grandes antecedentes históricos, a arbitragem no Brasil somente ganhou força a partir do advento da Lei n. 9.307/96. Para fins de apresentação de sua história, tanto em termos mundiais quanto no Brasil, foram utilizadas como referência as obras de Martim Della Valle⁴⁵, José Carlos Moreira Alves⁴⁶ e Oscar Argollo⁴⁷, entre outros que seguem citados ao longo do texto.

Com efeito, a arbitragem é tão antiga quanto a própria humanidade. Há vestígios de sua utilização ainda no Velho Testamento, período bíblico que de forma primitiva narra determinados conflitos resolvidos pela eleição de um terceiro⁴⁸. Na ausência do Estado como ente detentor da jurisdição (ideia que surgiria muitos depois), a arbitragem já era amplamente praticada por particulares.

Há relatos de sua utilização nos escritos cuneiformes de Ur datados de 2.500 a.C. Não só nestes, mas no Código de Hamurabi e na Mesopotâmia, que, em

⁴⁵ VALLE, Martim Della. *Arbitragem e equidade*. São Paulo: Atlas, 2012 (Coleção Atlas de Arbitragem).

⁴⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. I.

⁴⁷ ARGOLLO, Oscar. Anotações históricas sobre arbitragem, desde os primórdios até a atualidade. In: PANTOJA, Teresa Cristina G. (coord.). *Prática em arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

⁴⁸ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 6-17.

estudos mais detalhados, apontam consideráveis comprovações de utilização da arbitragem como forma de solução de conflitos fora do sistema oficial e estatal⁴⁹.

No entanto, o corpo de evidências históricas para um estudo mais aprofundado da arbitragem na antiguidade é escasso. Somente nos estágios posteriores da evolução humana, como na Grécia, em Roma e na Idade Média, é que se pode notar maior compreensão do instituto⁵⁰. Cerca de 3.000 anos antes de Cristo, as cidades-estados da Grécia, Atena e Esparta, já utilizavam a arbitragem para a solução de conflitos internos, entre cidadãos e intermunicipais. Tal descoberta se deu porque as sentenças arbitrais proferidas eram gravadas em muros de templos ou no sopé de estátuas.

Logo após, em Roma, a arbitragem também estava à disposição dos cidadãos, apresentada na forma de cláusulas compromissórias. Essas cláusulas indicavam a existência de um consentimento na vontade das partes, mas não se tornavam uma obrigação civil. Com o tempo, a cláusula compromissória passou a ser respeitada e tornou-se vinculativa. O cidadão que nela tivesse consentido deveria cumprir a sentença arbitral. José Carlos Moreira Alves afirma⁵¹:

⁴⁹ Relatos observados na doutrina de Martim Della Valle. Tais relatos observam a existência da arbitragem milhares de anos antes de Cristo, referindo-se ao ancião como julgador. Como a tradução utiliza-se da palavra “juiz”, difícil é afirmar quais processos são arbitragem e quais são estatais. Porém, razoável é admitir que existiam disputas privadas fora dos tribunais naquele tempo.

⁵⁰ A história da arbitragem remonta à superação da primitiva autotutela. Os conflitos passaram a ser resolvidos pelo ancião da tribo, indivíduo escolhido pelas partes para dar uma solução ao conflito de interesses. Esse terceiro imparcial aplicava os costumes e princípios predominantes na época, uma vez que não havia direito positivo. No período clássico da Grécia Antiga pôde ser visto o uso do instituto. Pedro Batista Martins relata que um tratado firmado entre Esparta e Atenas em 445 a.C. já previa cláusula compromissória. Na Roma antiga, por sua vez, o uso da arbitragem se tornou muito comum com a invasão dos povos bárbaros. Os cidadãos romanos, desejosos de fugir à aplicação compulsória do direito invasor, firmavam compromisso no sentido de resolver as querelas com base no direito livremente escolhido por eles, qual seja, o romano. Já no século XI, com a expansão da atividade negocial, diversos comerciantes lançaram mão da arbitragem para fugir à pluralidade de ordenamentos, aplicando a *lex mercatoria* aos conflitos. Após passar por um esfriamento nos séculos seguintes, o interesse foi retomado no século XVIII, também pelo aumento da atividade negocial entre os indivíduos. Contudo, no século XIX o instituto sofreu uma queda no seu uso, principalmente por conta da processualização conferida a si pelas reformas napoleônicas. Posteriormente, com a elaboração de diversos tratados sobre a matéria, diante da intensa globalização e da necessidade de celeridade das decisões por conta da atividade comercial global, no século XX o interesse pela ADR cresceu exponencialmente, chegando ao século atual com grande impacto (VALLE, Martin Della. *Arbitragem e equidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 36-37).

⁵¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. I. p. 184.

Durante toda a evolução do direito romano (...) sempre se admitiu que os conflitos individuais fossem resolvidos por árbitros, escolhidos, sem a interferência do Estado, pelos litigantes.

Já na Idade Média, as decisões arbitrais ainda eram mais frequentes que as sentenças judiciais. Porém, essa prática acabou enfraquecendo o sistema feudal, e a jurisdição estatal passou a ser mais praticada, posto que havia maior penetração do Estado na vida civil.

Curiosamente, Oscar Argollo traz em sua obra levantamentos de compilações legislativas como as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1514) e as Ordenações Filipinas (1603), contendo previsão de arbitragem como forma de solução de conflitos. O autor afirma que há vestígios históricos de que o Tratado de Tordesilhas, assinado entre Portugal e Espanha, também continha uma espécie de convenção de arbitragem, cujo árbitro previamente nomeado seria o Papa Alexandre VI⁵².

No início do século XIX, houve então a unificação dos Estados e das fontes de direito, começando o que se denomina codificação. Os Códigos Civis passaram a ser unificados, e, tempos depois, surgiu o Código de Processo Civil. Trata-se aqui, da tradição jurídica românico-germânica, mais conhecida como *Civil Law*. Esses Códigos não deixaram de trazer em si o substrato jurídico da arbitragem, recepcionando o compromisso arbitral. Porém, sua menção é mínima, deixando espaço para a insegurança jurídica da utilização dessa forma de solução de conflitos.

Mais adiante, já no século XXI, a arbitragem ganhou maior perspectiva em âmbito internacional, sendo aceita como forma extrajudicial de resolução de conflitos. Atualmente, partindo de uma visão global, pode-se afirmar que “a arbitragem é reconhecida em praticamente todos os sistemas de direito

⁵² ARGOLLO, Oscar. Anotações históricas sobre arbitragem, desde os primórdios até a atualidade. In: PANTOJA, Teresa Cristina G. (coord.). *Prática em arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 9-10.

contemporâneo”, segundo Martim Della Valle⁵³. A prova inequívoca disso é que a Convenção de Nova York de 1958, sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, possui quase 160 Estados-Membros, o que a coloca na posição mais abrangente em convenção mundial – seja em países de tradição românica-germânica, ou anglo-saxônica⁵⁴.

Porém, no direito brasileiro, o que se observa é que a arbitragem não é praticada tradicionalmente⁵⁵. Veja-se que, apesar de prevista no ordenamento jurídico desde 1824, a implementação do instituto no Brasil só ocorreu efetivamente em 1996, com a promulgação da Lei de Arbitragem. Petrônio Muniz⁵⁶ relembra uma passagem⁵⁷:

Terminamos o seu estudo com a convicção do Juízo Arbitral constituir a resposta ao impasse da deficiente prestação jurisdicional em nosso País. Restava-nos decifrar a charada maior. Identificar o motivo pelo qual uma solução de tanta manifesta obviedade hibernava no Código de Processo Civil nacional. Nela residia a chave do problema. Incompreendendo tamanha contradição, socorremos-nos de antigo colega de classe na Faculdade de Direito do Recife, à época já Desembargador Togado e hoje prematuramente falecido. Expus-lhe as ideias do revigoramento daquele Instituto Jurídico como forma alternativa de prestação jurisdicional. Jamais esquecerei as

⁵³ VALLE, Martim Della. *Arbitragem e equidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 30 (Coleção Atlas de Arbitragem).

⁵⁴ Essa afirmação é feita por José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro em sua obra *Teoria geral da arbitragem*. Para os autores, é raro um país que não tenha legislação específica disciplinando a arbitragem, ou ainda que não seja signatário da Convenção de Nova York de 1958. FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 25.

⁵⁵ Em sede constitucional, a Constituição do Império de 1824 tratou da arbitragem em seu art. 160. O texto de 1891, a primeira Constituição republicana, por sua vez, foi omissivo sobre a arbitragem. Já na Carta de 1934, por força de seu art. 5º, alínea c, coube ao instituto figurar no rol de matérias cuja competência privativa para legislar competia à União. Por outro lado, os textos de 1937, 1946 e 1967 foram totalmente omissos quanto ao uso da arbitragem, o que não ocorreu com a vigente Lei Maior de 1988, embora trate do instituto timidamente em seu art. 114, § 1º. Já em matéria infraconstitucional, a arbitragem foi primeiramente regulada pelo Decreto n. 737/1850 e no Código Comercial do mesmo ano, nas relações negociais entre comerciantes. Naquele diploma, a arbitragem primeiramente foi dita obrigatória, disposição esta posteriormente revogada pela Lei n. 1.350/1866.

⁵⁶ Um dos responsáveis pela Lei de Arbitragem, Dr. Petrônio Muniz, faleceu em 1º de junho de 2016 e foi fundador e primeiro presidente do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA).

⁵⁷ MUNIZ, Petrônio. *Operação Arbiter: a história da Lei n. 9.307/96 sobre a arbitragem comercial no Brasil*. 2. ed. Salvador: Assembleia Legislativa, 2016. p. 40.

palavras do eminente ex-colega. Apoiando a mão no obro, respondeu-nos com a lealdade franca e segurança dos crentes: “Petrônio, velho amigo. O Juízo Arbitral é um doente terminal. Por isso ninguém falou dele na faculdade. Na próxima reforma do CPC ele desaparecerá do nosso Ordenamento Jurídico”.

Indo na direção contrária do que lhe foi dito, o autor idealizou a *Operação Arbite*⁵⁸, vencendo diversos obstáculos para que o Brasil pudesse ter uma legislação arbitral expressiva.

Ainda assim, a Lei de Arbitragem brasileira só passou a ter força com o reconhecimento da constitucionalidade dessa norma pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental n. 5.206-7, em 2001⁵⁹, e, posteriormente, com a incorporação da Convenção de Nova York⁶⁰ ao ordenamento brasileiro em 2002.

Apesar de a promulgação da Lei de Arbitragem não ser recente (1996), hoje se verifica uma grande evolução do Brasil nessa matéria, não só pela grande aceitação dos Tribunais Superiores mas também pela recente inclusão do instituto, reconhecido como jurisdição, na reforma do Código de Processo Civil ocorrida em 2015, o que se passa a explorar neste momento.

2.3 Natureza jurídica

Em termos dogmáticos, natureza jurídica é um conceito que busca explicar a essência de determinado instituto jurídico. Não diferente dos demais, a arbitragem também está sujeita a essa análise pela doutrina, como forma adequada de solução de conflitos.

Assim, são quatro teorias criadas para explicar a verdadeira natureza jurídica da arbitragem: publicista (jurisdicionalista), privatista (contratual),

⁵⁸ A *Operação Arbiter* reuniu esforços e resultou no anteprojeto de lei de origem à Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96).

⁵⁹ STF, SE 5.206, Agravo Regimental, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12.12.2001, DJ 30.4.2004, p. 29, ementa v. 2149-06, p. 958.

⁶⁰ Aqui, faz-se referência à Convenção de Nova York apenas no que tange ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

intermediária ou mista (contratual-publicista) e autônoma, segundo Francisco José Cahali⁶¹. Os conceitos a seguir apresentados foram em sua grande parte extraídos da obra do referido autor, assim como a afirmação de que hoje a teoria jurisdicional é a mais aceita na comunidade jurídica. Nesse sentido, inicia-se a apresentação das teorias por ela.

Para teoria publicista, também conhecida como jurisdicionalista, a arbitragem tem natureza jurisdicional, de forma a delegar as regras de competência estatal à justiça privada. Assim, os árbitros são verdadeiros juízes, considerados em sua autoridade para resolver e pôr fim ao litígio. O art. 18 da Lei de Arbitragem⁶² corrobora essa afirmação ao preceituar que o árbitro é juiz de fato e de direito.

Entre diversos adeptos dessa teoria, José Manoel de Arruda Alvim destaca que o instituto da arbitragem⁶³:

Exerce função idêntica e produz os mesmos efeitos que a atividade jurisdicional do Estado, de sorte que o propagado “monopólio estatal” não poderia justificar a exclusão da arbitragem do conceito de jurisdição.

Compartilhando desse entendimento, outros autores, como Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, expressamente afirmam que a “natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição”, inclusive fazendo menção a instrumento de pacificação social⁶⁴. Da mesma forma, para Carlos Alberto Carmona, “o legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem”⁶⁵.

⁶¹ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 127.

⁶² Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

⁶³ ARRUDA ALVIM, José Manoel de; ALVIM, Thereza (revisora). *Novo contencioso cível no CPC/2018: de acordo com o Novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Ed. RT, 2016.

⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 1169.

⁶⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 26.

Transcreve-se, ainda, a lição de Arnoldo Wald⁶⁶:

Por outro lado, embora tendo origem contratual, a arbitragem tem natureza jurisdicional. A vontade das partes é que autoriza a arbitragem, escolhe os árbitros, define a lei que devem aplicar e a sede na qual vai funcionar, mas não interfere no modo de decisão. A doutrina reconhece que atualmente não mais se contesta que o árbitro tem *jurisdictio* em toda sua plenitude, devendo obedecer aos princípios constitucionais e legais que inspiram a distribuição da justiça, como a imparcialidade, o respeito ao contraditório e o direito de defesa (*due processo of law*).

Por ser amplamente majoritária, a teoria jurisdicionalista justifica-se não só por todos os argumentos apresentados pela doutrina, mas também por possuir elementos de jurisdição⁶⁷. O processo inicia-se por provocação da parte interessada, e o resultado se dá em substituição às partes, o que significa dizer que compartilha os elementos de postulação e de substituição à jurisdição estatal. Além de estar sujeita ao princípio do devido processo legal.

Ainda, com a reforma do Código de Processo Civil ocorrida em 2015, o art. 3º do referido diploma passou a definir arbitragem como jurisdição, permitindo-a na forma da lei. Esse importante fator põe fim a ampla discussão, reconhecendo o direito das partes a optar pela jurisdição arbitral. Nesse sentido, Humberto Theodoro Junior afirma: “agora não se pode mais duvidar que saiu vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicista”⁶⁸.

⁶⁶ WALD, Arnoldo. O espírito da arbitragem. *Revista do IASP*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, jan./jun. 2009. p. 22.

⁶⁷ Cintra, Grinover e Dinamarco a definem como “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”. Os autores lembram que a jurisdição é, ao mesmo tempo, *poder, função e atividade*. Como poder, é uma emanção da soberania nacional. Como função, é a incumbência afeta ao órgão jurisdicional de, por meio do processo, aplicar a lei aos casos concretos. Como atividade, é o complexo de atos do juiz no processo, tendentes a dar a cada um o que é seu. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 131.

⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. III. p. 330.

Apesar de já exposta a teoria majoritária, não se pode deixar de mencionar as demais teorias existentes, para fins de compreensão dos estudos realizados pela doutrina.

A segunda teoria, denominada teoria contratualista, revela uma visão extremamente privatista, que representa tão somente o negócio jurídico celebrado entre as partes. Essa vertente vislumbra no instituto da arbitragem natureza jurídica de obrigação criada e vinculada por contrato.

Muito aceita pelos doutrinadores antes de 1996, hoje ela não é mais a teoria que prevalece em nosso ordenamento jurídico, pois, com a promulgação da Lei de Arbitragem, a sentença arbitral passou a ser considerada título executivo judicial, dispensando a necessidade de homologação judicial posterior, conforme aduz o art. 31 da referida lei⁶⁹. Não só por esse argumento, mas também pelo *status* atribuído ao árbitro de juiz de fato e de direito, é possível afirmar que ao árbitro é devolvida toda a análise do conflito, deixando de lado então os argumentos exclusivos de uma visão contratualista.

E, ainda, remetendo ao conceito primário de jurisdição⁷⁰, houve a partir de então uma mudança de paradigma, passando-se adotar como regra a natureza jurisdicional da arbitragem.

Já a terceira teoria, dita mista, agrega os fundamentos apresentados pelas duas teorias anteriores, fazendo uma junção de conceitos. Dessa forma, a arbitragem seria em sua essência contratual, pois sua origem decorre do exercício

⁶⁹ Art. 31. A sentença judicial produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, e, sendo condenatória, constitui título executivo.

⁷⁰ Nesse sentido, a jurisdição é comumente definida como dizer o direito no processo de conhecimento, e, quando necessário, no processo de execução. Para conceituar jurisdição, é necessário destacar que ela é instituto basilar da teoria geral do processo, constituindo pilares e fundamentos de todo o direito processual, ao lado dos conceitos de ação e processo. Atualmente, a visão de jurisdição que predomina na doutrina brasileira advém da ideia criada por Montesquieu, com a prevalência da divisão dos três poderes estatais, Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo eles independentes e harmônicos entre si. Porém, não há que se falar em indelegabilidade da jurisdição. Esse dogma há muito já foi superado, admitindo-se jurisdição fora dos limites estatais, sendo esta uma forte aliada do Estado nas soluções dos mais diversos conflitos.

da autonomia das partes, sendo um verdadeiro negócio jurídico⁷¹. Após a constituição do tribunal arbitral, ter-se-ia o poder decisório para exercer a função jurisdicional por delegação das partes, que ficam sujeitas então à ordem legal existente. Autores como Selma Ferreira Lemes⁷² defendem que “A natureza híbrida, que em nosso entender melhor se coaduna com a arbitragem, ressalta ser ela contratual na fonte, mas jurisdicional no objeto”.

Dessa forma, a teoria mista fixa o olhar desde o nascer da arbitragem até a sentença final, reconhecendo que há tanto a existência de um caráter contratual como jurisdicional.

Por fim, há de se mencionar ainda a existência de uma quarta teoria, denominada autônoma, que identifica na arbitragem um sistema totalmente desvinculado de qualquer sistema jurídico já existente. Sua aplicação faria sentido para aqueles que atuam no âmbito da arbitragem internacional, para os quais há independência em relação às normas aplicáveis. Porém, demonstra-se bastante complexo estabelecer uma relação completa de independência entre a arbitragem e o ordenamento jurídico da sede em que ela ocorrerá. Mesmo sob a ótica internacional, a arbitragem necessita do aparato estatal para tornar exequíveis suas decisões.

Vistas as quatro teorias existentes, observa-se que a jurisdição não é mais uma concepção da função de julgar os conflitos sob monopólio do Estado. Tanto esse fato é incontroverso que o Código de Processo Civil rompe essa barreira e institui a arbitragem como uma das formas de exercício da jurisdição. Em havendo convenção arbitral, o pacto gerado é de eficiência plena e vinculante.

⁷¹ Segundo Giovanni Ettore Nanni, “A peça essencial no assunto é a convenção de arbitragem, que é o pacto pelo qual as partes decidem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral, por intermédio da cláusula compromissória e do compromisso arbitral (art. 3º, Lei n. 9.307/96). Sem ela, não existe arbitragem. Referido pacto consubstancia negócio jurídico, dependendo do consenso das partes, mediante declaração de vontade, para sua implementação. Sendo assim, deve se adequar a todas as características decorrentes das relações jurídicas, como, por exemplo, a formação, os efeitos e a obediência aos requisitos do negócio jurídico estabelecidos no art. 104 do Código Civil”. Dessa forma, o autor defende que a convenção arbitral é, sim, um negócio jurídico que produz efeitos, sujeitos à análise de existência, validade e eficácia, conforme teoria proposta por Pontes de Miranda e posteriormente estudada por Antônio Junqueira de Azevedo. NANNI, Giovanni Ettore. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.

⁷² LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 61.

2.4 Princípios norteadores

Igualmente a todos os institutos de direito, a arbitragem também se submete a princípios próprios, além daqueles elencados na Constituição Federal. Importante mencionar, *a priori*, que o pensamento jurídico contemporâneo engloba mais do que a simples normatização. Hoje, o sistema jurídico demonstra-se aberto e progressivo. Nesse propósito, abandona-se a ideia de que os princípios representam apenas meras declarações de direito, passando-se a enxergar neles certa força normativa, independentemente de qualquer regra escrita, conforme teoria proposta por Robert Alexy⁷³.

Tal introdução faz-se apenas para contextualizar que a tendência neoconstitucionalista é de expansão e interpretação das normas, ampliando também para a arbitragem uma visão mais contemporânea do direito. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁴:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Assim, por serem representativos de valores, os princípios são eleitos como bens a serem defendidos e tutelados pelo Estado.

Uma ressalva importante é que não se faz aqui uma publicização da arbitragem, tampouco alusão a uma arbitragem constitucional. A ideia é de

⁷³ Robert Alexy desenvolveu a teoria da eficácia normativa dos princípios e reconheceu a distinção entre regras e princípios. Em sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*, aduz que os princípios passam a ter eficácia normativa própria, sepultando a ideia de que a interpretação era apenas da regra escrita. Ainda, no que diz respeito à distinção entre princípios e regras, imperiosa é a leitura de Humberto Ávila, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Sua diferenciação está, principalmente, no conteúdo, estrutura e aplicação.

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 950.

preservação dos princípios como essenciais à concretização da justiça em um procedimento cuja natureza é de jurisdição privada.

2.4.1 Autonomia privada

Considerada um dos principais princípios inerentes à arbitragem, a autonomia privada desenvolve no ordenamento jurídico brasileiro função preponderante, de extrema importância, pois representa a liberdade de contratação das relações particulares, consagrada na Constituição Federal em seu art. 5º, II.

Em se tratando de direito privado, especialmente na arbitragem, a autonomia privada é considerada força matriz e força motriz do instituto. Na primeira hipótese, denomina-se força matriz porque permite às partes contratar a arbitragem como forma de solução de conflitos; na segunda hipótese, é considerada força motriz por impulsionar e permitir que ela aconteça, desde o surgimento da desavença até sua conclusão, com ajustes a respeito do procedimento de acordo com a vontade das partes.

Por ser uma forma de autorregulamentação de interesses, não existe, em nosso sistema, arbitragem sem vontade⁷⁵. Desde sua contratação, a arbitragem acontece em uma atmosfera de plena autonomia, movendo-se pelo interesse das partes em afastar-se da jurisdição estatal e optando por submeter-se às vias arbitrais. Dessa maneira, expõe Selma Ferreira Lemes⁷⁶:

O princípio da autonomia da vontade é a mola propulsora da arbitragem em todos os seus quadrantes, desde a faculdade de as partes em um negócio envolvendo direitos patrimoniais disponíveis disporem quanto a esta via opcional de solução de conflitos (art. 1º), até como será desenvolvido o procedimento arbitral no que pertine à forma de indicação dos árbitros (art. 13): a lei aplicável à arbitragem,

⁷⁵ Destaca-se a palavra “nosso” sistema, pois em Portugal, por exemplo, há a Lei de Arbitragem Voluntária. Isso porque existe uma hipótese de obrigatoriedade na opção pela via arbitral, nos casos de recursos aos Tribunais Administrativos.

⁷⁶ LEMES, Selma Ferreira. Princípios e origens da Lei de Arbitragem. *Revista do Advogado*, n. 51, 1997.

seja material ou formal, desde que não viole os bons costumes e a ordem pública (art. 2º, § 1º e 2º); se a decisão será de direito ou equidade (art. 2º); eleger a arbitragem institucional (art. 5º); prazo para o árbitro proferir a sentença arbitral (art. 11, inciso III e art. 23). Enfim, o princípio da autonomia da vontade atinge sua quinta-essência na Lei n. 9.307/96.

Assim, como um elemento vital para a sobrevivência da arbitragem, a autonomia privada é o poder de autodeterminação e autorregulamentação de interesses, que permite às partes a submissão ao procedimento arbitral.

Destarte, é pela existência desse princípio que as partes podem não só optar pela via arbitral como também convencionar livremente as regras aplicáveis ao procedimento arbitral: o prazo, a quantidade de árbitros⁷⁷, o local onde será a sede da arbitragem, entre outras disposições atinentes ao presente estudo, como a questão da análise das tutelas provisórias no procedimento arbitral.

Assim, tem-se que a aplicação do princípio da autonomia privada na arbitragem é exercida em grau máximo, sendo reconhecida de modo amplo, e garantidora do cumprimento do negócio jurídico firmado a partir da convenção arbitral. Sem essa autonomia, não seria possível dar à arbitragem o reconhecimento necessário para sua solidez e segurança no ordenamento jurídico.

Por fim, há de se mencionar, para fins de diferenciação de conceitos e de princípios, a confusão que se faz entre autonomia da vontade e autonomia privada. O conceito de autonomia da vontade foi suplantado pela autonomia privada e adequado diante da teoria do negócio jurídico⁷⁸. Isso porque a autonomia da vontade retrata a liberdade de agir de um indivíduo, enquanto a autonomia privada encontra limitação nas leis e normas cogentes para expressão dessa liberdade.

Assim, a autonomia privada é um princípio do direito privado que decorre da autonomia da vontade, pois permite que os indivíduos contratem, mas, que

⁷⁷ Com exigência, nesse aspecto, de número ímpar, obrigatoriedade que se encontra no art. 13, § 1º, da Lei de Arbitragem.

⁷⁸ NANNI, Giovanni Ettore. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.

diverge deste na medida em que os indivíduos criam leis e normas vinculantes entre si, com o intuito de que eles mesmos executem e respeitem o pactuado, observando os limites impostos pelo ordenamento jurídico. Portanto, é por intermédio da autonomia privada que se consagra aos contratantes a opção de pactuar e estipular a convenção de arbitragem, de tal sorte que as controvérsias sejam levadas ao conhecimento de um tribunal arbitral.

Há, ainda, a existência da denominada autonomia negocial. Ela surge como um princípio que diz respeito não somente aos negócios de conteúdo patrimonial privado, e sim como uma exteriorização da autonomia, referindo-se a todos os negócios jurídicos suscetíveis de apreciação econômica, sejam eles públicos ou privados. Isso significa dizer que não só os indivíduos particulares estão abrangidos pela autonomia negocial, mas também o Estado, como sujeito de direito capaz de firmar negócios jurídicos.

Importante destacar sua existência, pois a Lei de Arbitragem passou a admitir como parte contratante a Administração Pública⁷⁹. A partir dessa nova redação, o Estado passa a figurar como ente público capaz de exercer autonomia para firmar convenção de arbitragem e realizar negócios jurídicos relativos a direitos patrimoniais sujeitos à jurisdição arbitral.

2.4.2 Devido processo legal

Como jurisdição, a arbitragem deve obedecer também ao princípio do devido processo legal. Decorrentes desse primeiro, outros dois princípios importantes e que devem ser resguardados no curso de um procedimento arbitral são o contraditório e a ampla defesa, ambos consequentes do direito de ação, estabelecido na Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV⁸⁰, são garantias constitucionais de acesso à justiça.

⁷⁹ A previsão que possibilita à Administração Pública contratar arbitragem foi inserida com a reforma da Lei de Arbitragem, em 2015. Com isso, foi incluído o § 1º no art. 1º, que dispõe: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

⁸⁰ Art. 5º, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Tais princípios não são apenas de cunho valorativo, mas também regras explícitas na Lei de Arbitragem, em seu art. 21, § 2º⁸¹: “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

Dessa forma, é dada às partes a garantia de sustentar suas pretensões no processo, podendo fazer e trazer provas aos autos de suas alegações. Trata-se, aqui, do respeito à igualdade das partes e de dar a elas oportunidades e instrumentos processuais para que façam valer seus direitos. Ressalta-se que a justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional corretamente.

E na arbitragem não é diferente. A garantia do devido processo legal não se exaure nas observâncias legais, compreendendo também a imparcialidade do árbitro e a fundamentação de todas as sentenças arbitrais. Trata-se de prestar-se a um procedimento não só isonômico como justo, correto e eficaz.

2.4.3 Kompetenz-Kompetenz e autonomia da cláusula compromissória

A expressão alemã *kompetenz-kompetenz* se traduz por competência-competência. Esse princípio, dito um dos essenciais à arbitragem, decorre da jurisdição exercida pelo árbitro e garantida pela Lei de Arbitragem, em seu art. 8º, parágrafo único: “Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

Isso significa dizer que, com primazia, atribui-se ao árbitro a capacidade de analisar sua própria competência. Assim, pode-se afirmar que o princípio competência-competência confere ao tribunal arbitral o poder de examinar sua própria jurisdição, em primeiro lugar. Considera-se aqui, para efeitos práticos, a prioridade cronológica de análise da jurisdição. Francisco José Cahali aduz⁸²:

⁸¹ Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

⁸² CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 145.

Se, por um lado, a arbitragem não pode ser desprestigiada com a utilização do Judiciário como instrumento para contaminar a sua dinâmica, de outro lado não se pode ficar refém do Juízo Arbitral em casos cuja solução neste ambiente está, sem dúvidas, totalmente comprometida por vícios insuperáveis.

Esse princípio, traduzido como regra no referido artigo, é de extrema importância para a arbitragem, na medida em que, ao se devolver ao árbitro toda matéria relacionada à existência, validade e eficácia da convenção arbitral⁸³, evita-se não só postergar a instauração do procedimento arbitral por anos⁸⁴ como também que uma das partes venha a se esquivar de cumprir o estabelecido.

Em termos dogmáticos, competência é a aptidão de um tribunal para decidir sobre determinado ponto, podendo derivar da existência de lei ou de um contrato particular. No caso da arbitragem, ao firmar uma convenção arbitral, as partes estão sujeitas à jurisdição arbitral.

Nesse sentido, importante refutar que a regra básica *kompetenz-kompetenz* é um efeito positivo da convenção de arbitragem, pois, ao chamar para si a apreciação do caso, o tribunal pode e deve fazê-lo. António Menezes Cordeiro afirma⁸⁵:

O poder dos tribunais arbitrais [de] decidirem sobre a existência, a validade e a extensão de uma convenção de arbitragem que lhes diga respeito e, com isso, de decidirem igualmente sobre a sua

⁸³ Nesse sentido, afirma André Luís Quintas Monteiro, em sua tese de doutorado, *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*, defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: “O princípio da competência-competência envolve a atribuição de poder ao tribunal arbitral para examinar toda e qualquer matéria que possa, se acolhida, levar à extinção prematura da arbitragem. Assim, qualquer eventual vício afetando a existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem está coberto pelo princípio da competência-competência. Destaque-se que o termo validade também abrange a arbitrabilidade subjetiva e objetiva da controvérsia, bem como tudo aquilo que estiver relacionado à interpretação da convenção de arbitragem (ou seja, da vontade das partes)”. MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Tese (Doutorado) – PUC-SP, São Paulo, 2017.

⁸⁴ Faz-se, aqui, referência à possibilidade de os advogados das partes, com a intenção de “atrasar” uma sentença final, levarem a discussão de eventuais vícios constantes da cláusula compromissória ao Poder Judiciário.

⁸⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado da arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 195.

competência, com eficácia vinculativa para todos os tribunais do Estado.

E acrescenta-se mais: por ser fortalecedor do instituto e prestigiar a opção das partes pela arbitragem, o princípio competência-competência não deve se limitar apenas à análise da existência, validade e eficácia da convenção arbitral, e sim interpretá-la, para decidir acerca de sua abrangência e da extensão de seus efeitos⁸⁶.

Há de se ressaltar, ainda, que o prestígio ao princípio em análise não está só na Lei de Arbitragem. O Código de Processo Civil estabelece, em seu art. 485, VII⁸⁷, a extinção do processo sem resolução de mérito nos casos em que o juiz arbitral reconhecer a competência do árbitro, evitando sentenças conflitantes. E assim já se posicionam nossos tribunais. São diversos julgados no Superior Tribunal de Justiça, e o entendimento majoritário é no sentido de que, em havendo opção pela via arbitral, o árbitro tem competência para decidir sobre sua própria competência. Cita-se a jurisprudência firmada em tese⁸⁸:

A previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral para decidir com primazia sobre o Poder Judiciário, de ofício ou por provocação das partes, as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que tenha cláusula compromissória.

⁸⁶ A respeito do tema, importante mencionar que a atribuição do árbitro de decidir sobre sua competência incide, inclusive, sobre os efeitos subjetivos da convenção arbitral. Assim afirma Francisco José Cahali. CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 143.

⁸⁷ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência.

⁸⁸ 1) HDE 120/EX, rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 18.12.2018, *DJe* 12.03.2019.
2) AgInt no AREsp 425.955/MG, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25.02.2019, *DJe* 01.03.2019.

3) REsp 1678667/RJ, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 06.11.2018, *DJe* 12.11.2018.

4) CC 150.830/PA, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 10.10.2018, *DJe* 16.10.2018.

5) Rcl 36.459/DF, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 26.09.2018, *DJe* 05.10.2018.

6) AgInt no CC 156.133/BA, rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 22.08.2018, *DJe* 21.09.2018.

Por fim, em termos de direito comparado, Itália, Alemanha, França e Portugal também preveem o *kompetenz-kompetenz* em sua legislação, bem como a Lei-Modelo UNCITRAL⁸⁹ acabou por consagrar essa regra básica, firmando a convenção de arbitragem como um acordo distinto do contrato principal⁹⁰. Assim, dispõe em seu artigo 16-1:

O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, incluindo qualquer objeção relativa à existência ou validade do acordo de arbitragem. Para este efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo distinto das outras cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica *ipso jure* a nulidade da cláusula compromissória.

Além da competência de dizer sobre sua própria competência, o art. 8º da Lei de Arbitragem retrata outro princípio importante, também existente na Lei-Modelo UNCITRAL, conforme acima exposto. Trata-se da autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato em que está inserida. Observa-se: “Artigo 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

A autonomia da cláusula compromissória visa refutar a ideia de que: se determinado contrato for considerado nulo, a convenção de arbitragem é independente e não se vincula a essa nulidade. Isso significa dizer que, mesmo se o contrato em que a cláusula está inserida foi considerado nulo, inválido ou até inexistente, a cláusula compromissória sobreviverá, não sendo contaminada pelos vícios do contrato principal.

⁸⁹ A Lei Modelo UNCITRAL não é uma instituição que administra arbitragens, mas uma comissão formada no âmbito das Nações Unidas com o objetivo de desenvolver e uniformizar regras relacionadas ao comércio internacional. Por essa razão, a UNCITRAL criou as regras de arbitragem em 1976, revisadas em 2010 e emendadas em 2013.

⁹⁰ António Menezes Cordeiro bem explica o contexto da criação da Lei-Modelo UNCITRAL em sua obra *Tratado de arbitragem*. Importante leitura para compreensão do contexto internacional da arbitragem, o que não se faz mais aprofundado por escapar ao contexto do presente trabalho.

Constata-se, então, a natureza acessória da cláusula compromissória, pois sua existência está subordinada a outra relação jurídica que não aquela contida no contrato principal. Para Giovanni Ettore Nanni⁹¹:

Porém, de maneira acessória, entende-se que a cláusula compromissória é autônoma, não estando subordinada a nenhuma sorte de dependência ao contrato que foi incluída. Ainda que a cláusula compromissória detenha, em sua gênese, conforme a letra da norma, um certo grau de acessoriedade ao contrato em que foi incluída, já que sua existência supõe a do principal (art. 92, CC), o que poderia levar à conclusão de sua característica acessória, a verdade é que a Lei de Arbitragem subtrai esse predicado, conferindo-lhe autonomia.

Assim, a cláusula compromissória é um *contrato dentro de um contrato*, configurando-se como um negócio jurídico autônomo e independente, dotado de objeto, conteúdo e dogmática própria. Ainda que a cláusula compromissória seja vazia e/ou incompleta, não será necessário declarar sua nulidade, pois trata-se de um vício sanável, impondo-se, para tanto, sua complementação⁹².

2.4.4 Demais princípios

Para além dos princípios destacados neste trabalho, há de se mencionar brevemente a existência de outros, como o princípio da obrigatoriedade das convenções como desdobramento da força obrigatória dos contratos e do *pacta sunt servanda*, o princípio da boa-fé, do livre convencimento do árbitro, da isonomia e da lealdade processual.

⁹¹ NANNI, Giovanni Ettore. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 19.

⁹² O tema sobre cláusula compromissória vazia e suas consequências será abordado no tópico “Convenção de arbitragem”, em seguida.

Todos estes, apesar de não estudados a fundo, são importantes para a manutenção de um ambiente amistoso às partes e garantidores de um procedimento arbitral justo e imparcial. Nas palavras de Fernanda Levy⁹³:

Não nos cansamos de afirmar que a arbitragem, embora seja um meio adjudicatório de resolução de conflitos, nasce do consenso das partes e é, ou ao menos deveria ser, pautada pelo paradigma da cordialidade, pois as partes que neste momento estão em lados opostos paralelamente podem estar vinculadas a outros negócios ou mesmo entabular novas relações comerciais, e, ao menos sob esse ângulo, mesmo um litígio (e inclusive ele) deve ser conduzido pelas partes com respeito e cortesia.

Dessa forma, por se tratar de um método de solução de conflitos cuja opção foi feita pelas próprias partes, espera-se de todos os seus protagonistas transparência, cordialidade, respeito e boa-fé na condução do procedimento.

2.5 Características gerais

Já abordadas as questões de acesso à justiça, historicidade, natureza jurídica e princípios norteadores do instituto da arbitragem, faz-se mister trazer suas características gerais.

Passados vinte e três anos da vigência da lei de arbitragem, hoje o instituto é vivido intensamente no âmbito jurídico brasileiro. José Antônio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro⁹⁴ aduzem em sua obra:

... neste contexto de inegável sucesso, é relevante examinar as qualidades da arbitragem, de modo a entender, no plano abstrato, os motivos que levaram os Estados nacionais a editar normas específicas incentivando o instituto e as razões que justificam a

⁹³ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 73.

⁹⁴ FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 48.

intensa participação da comunidade internacional na consolidação deste método.

No plano concreto, o exame dessas qualidades também é importante para que se possa decidir, com segurança, se a arbitragem seria a melhor via de solução de conflitos para uma determinada relação jurídica. Como a arbitragem pressupõe acordo de vontades, é fundamental que as partes estejam bem informadas a respeito de suas características para que possam, sopesando vantagens e desvantagens, realizar uma escolha consciente. (...)

Para os autores, as características da arbitragem passam pelo que se denomina *plano abstrato*, que seriam os motivos pelos quais os Estados optaram por incluir a arbitragem como forma adequada de solução de conflitos em seus ordenamentos, e *plano concreto*, que estaria diretamente ligado à opção das partes pela arbitragem. Com esse propósito, é preciso demonstrar algumas das características apresentadas pelo instituto.

A primeira delas está na celeridade. Se, no Poder Judiciário, um processo demora de dez a quinze anos para transitar em julgado, a arbitragem promete uma decisão em 180 dias, podendo tal prazo ser modificado levando em consideração a complexidade da causa.

Ao exemplo do ora mencionado, a Câmara de Comércio Brasil-Canadá publicou um levantamento que aponta que a duração média dos procedimentos arbitrais iniciados entre 2014 e 2018 é de 16,2 meses. Foram iniciados nesse período 101 procedimentos, sendo que a Câmara tem em seus registros, desde 1979, até dezembro de 2018, 981 procedimentos arbitrais⁹⁵.

Por outro lado, o relatório Justiça em Números, emitido pelo Conselho Nacional de Justiça em 2017⁹⁶ (ano-base 2016), demonstra que existem em

⁹⁵ A referida pesquisa foi realizada pela CAM-CCBA e está disponível no *site*, na seção “Estatísticas gerais”. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cam-ccbc/estatisticas-gerais/>. Acesso em: 28 dez. 2019.

⁹⁶ A referida pesquisa foi realizada pelo Conselho Nacional de Justiça e está disponível no *site* para consulta pública. Os números indicam uma coleta de dados com base no ano de 2016. Disponível em: <http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e55f6d32e64c96f0645d.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2019.

tramitação mais de 63 milhões de processos judiciais somente na esfera estadual. Já na Justiça Federal, esses números chegam a pouco mais de 10 milhões de processos. A soma perfaz um total de 73 milhões de processos em curso no Brasil, trazendo uma taxa de congestionamento de quase 75%. Há relatórios que indicam que essa taxa caiu de 75% para 73% em 2018, o que não demonstra um número significativo, diante de tantos processos⁹⁷.

Nesse sentido, o Poder Judiciário não consegue pôr fim à alta taxa de litigiosidade que o país enfrenta, sendo o grande causador, por vezes, da propositura de novas demandas. Além de incansáveis processos, não dão às partes a sensação de justiça, de forma que elas não se dão por satisfeitas com o resultado final apresentado⁹⁸.

A arbitragem, de outro modo, conta com um resultado útil muito menor se comparado ao Poder Estatal, conforme demonstram as estatísticas. Por essa simples razão, o impacto se dá na questão econômica de custo-benefício. Em um primeiro olhar, podem saltar aos olhos os altos valores de taxa de administração de um procedimento arbitral e os honorários dos árbitros. Mas, colocados na ponta do lápis todas as custas judiciais de protocolo inicial, recursos e principalmente o tempo que se demora para ter uma decisão final, a arbitragem se destaca. Trata-se do alto custo de manter um processo judicial, o que fomentou a discussão do custo de oportunidade, explorado principalmente por Selma Ferreira Lemes⁹⁹.

A segunda característica marcante apresentada pelo tema é a confidencialidade. Embora a Lei de Arbitragem não faça menção expressa, é usual que os compromissos e cláusulas arbitrais tragam essa imposição, ou ainda que ela

⁹⁷ A referida pesquisa foi realizada pelo Conselho Nacional de Justiça e está disponível no *site* para consulta pública. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/620bf616dfc0d62e45e52345afd3260a.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2019.

⁹⁸ Novamente, cita-se o Prof. Kazuo Watanabe, que afirma que o Estado colabora e muito com essa situação, na condição de grande gerador de conflitos e insatisfações. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGRATA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007.

⁹⁹ Selma Ferreira Lemes conduziu no ano de 2018 uma pesquisa que demonstra a “Arbitragem em números e valores”. Como resultado dessa pesquisa, a autora afirma que a diferença no tempo de tramitação das disputas traz relevante impacto no custo de oportunidade relacionado a esses litígios. Os dados e estatísticas estão disponíveis em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf>.

seja prevista nos regulamentos das principais câmaras de arbitragem. A vantagem aqui apresentada é nítida. O sigilo traz a reserva de publicidade, evitando-se uma exposição que por vezes não é de interesse das partes, pois há casos em que o custo da arbitragem, apesar de mais alto em relação ao da disputa, demonstra-se atrativo: para que determinado conflito não vá a conhecimento público, as partes optam pelo sigilo em vez de priorizar o baixo custo.

A terceira característica destacada para fins deste estudo é a flexibilidade do procedimento arbitral, muito atrativa para o instituto. Nesse viés, as partes têm a possibilidade de moldar o procedimento arbitral à causa. Assim, dispõe o art. 21 da Lei de Arbitragem¹⁰⁰:

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.

Nesse sentido, segundo o disposto pela lei, as partes, ao elegerem uma instituição para administrar o procedimento arbitral, podem observar previamente os regulamentos de arbitragem, que trazem as regras preestabelecidas para reger todo o procedimento. Assim, pode-se analisar e optar pela câmara que melhor atenderá ao objeto contratado.

Apesar de as partes terem a faculdade de pactuar como ocorrerá o procedimento arbitral, há ainda um poder subsidiário dos árbitros no parágrafo único desse mesmo dispositivo, estabelecendo que, em não havendo estipulação das partes (ou pela câmara), caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral fazê-lo¹⁰¹. Isso faz com que os árbitros que conduzam o procedimento determinem o necessário quando houver divergência entre os envolvidos.

¹⁰⁰ Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

¹⁰¹ Art. 21, § 1º: Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

Por fim, não menos importantes são as demais características apresentadas pela arbitragem como a possibilidade da escolha de um julgador especialista na matéria, a imparcialidade do árbitro, a economia processual e a “instância única”, pois não se admite a interposição de recursos.

2.6 Arbitrabilidade

Como requisito para contratação da arbitragem e exercício da autonomia privada, tem-se a denominada arbitrabilidade. Esse é um conceito fundamental para o instituto, e a não observação pode levar às últimas consequências: a nulidade de sentença arbitral. Sua noção está ligada diretamente a um componente de ordem pública, previamente estabelecido por cada ordenamento jurídico.

No caso do Brasil, ela está estabelecida no art. 1º da Lei de Arbitragem¹⁰², que dispõe ser a capacidade das partes condição essencial para contratar a arbitragem. Trata-se de um limite imposto pela lei, considerado um filtro para determinar quais litígios poderão se submeter à arbitragem.

Temos então, para efeitos dogmáticos, duas limitações: a arbitrabilidade subjetiva, que diz respeito às partes contratantes, e a arbitrabilidade objetiva, que tem relação direta com o objeto a ser contratado: o direito patrimonial obrigatoriamente classificado como disponível¹⁰³.

Em se tratando das partes envolvidas, a capacidade das partes é condição para a utilização desse meio de solução de conflitos. Nas palavras de Francisco Cahali¹⁰⁴: “Para o exercício dos direitos, a lei estabelece restrições, em razão da idade, da inaptidão para exprimir vontade, de vícios, e ainda da prodigalidade, conforme previsão nos arts. 3º e 4º do CC/2002”.

¹⁰² Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

¹⁰³ Carlos Alberto Carmona afirma ser direito disponível aquele que pode ser exercido ou o exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, para o autor, são disponíveis os bens que podem ser alienados ou negociados. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 38.

¹⁰⁴ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 137.

Já com em relação à matéria do litígio, denominada arbitrabilidade objetiva, a lei exige que o objeto contratado verse sobre direito patrimonial disponível. Apenas para fins de esclarecimento, a disponibilidade do direito à qual se refere a lei é a possibilidade de a parte ceder, renunciar, alienar e/ou dispor sem qualquer restrição. Não cabe aqui uma análise mais aprofundada do tema, até pelo corte metodológico a que se propõe o presente trabalho. Mas, a exemplo de direitos indisponíveis e, portanto, não sujeitos à arbitragem, temos o direito da personalidade, o estado da pessoa, o direito penal, as questões que envolvam menores, como guarda e visitas, e até a questão do dano moral.

Frisa-se que é necessário que as partes tenham o poder de autorregulamentar seus interesses, podendo dispor de seu patrimônio por meio de um negócio jurídico. Isso não impede que, em caso de divórcio, o casal leve ao Poder Judiciário as questões relativas aos menores e para a arbitragem, a partilha de bens, por exemplo. O que se reserva são os direitos ditos indisponíveis. Os demais podem ser livremente exercidos pelas partes.

2.7 Convenção de arbitragem

A convenção de arbitragem é a forma pela qual as partes decidem contratar e se submeter à arbitragem. Por se tratar de um negócio jurídico derivado da autorregulamentação de interesses, a convenção arbitral é o exercício da vontade das partes em eleger a via arbitral como forma de solução de conflitos. Trata-se da matriz desse método de solução de conflitos, disposto no art. 3º da Lei de Arbitragem¹⁰⁵. Marcelo Lamego Carpenter destaca¹⁰⁶:

Prevista no art. 3º da Lei 9.307/1996, a convenção de arbitragem pode ser definida como o instrumento pelo qual as partes manifestam sua vontade de submeter um litígio, atual ou futuro, à

¹⁰⁵ Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

¹⁰⁶ CARPENTER, Marcelo Lamego: Primeiras impressões sobre a convenção de arbitragem e o agravo de instrumento no CPC/2015. *In: A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 358.

arbitragem, afastando, deste modo, a competência do juiz togado para o julgamento do conflito.

Para fins de exploração do presente trabalho, a convenção de arbitragem é de extrema relevância, pois, a depender do que for estipulado pelas partes, os pedidos de tutela provisória poderão acontecer de forma distinta da prevista na Lei de Arbitragem, ou, ainda, nos regulamentos das câmaras arbitrais eleitas para a administração do procedimento.

A disciplina do art. 3º da Lei de Arbitragem indica o gênero convenção arbitral, do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, conforme se observará adiante. Ambas retratam um negócio jurídico¹⁰⁷, celebrado entre duas ou mais partes. Cândido Rangel Dinamarco destaca¹⁰⁸:

Como todo negócio jurídico, a convenção de arbitragem está sujeita, segundo o disposto no artigo 104 do Código Civil, ao triplice requisito (a) da capacidade dos sujeitos, não sendo válida a convenção celebrada entre incapazes em geral (LA, art. 1º), (b) da ilicitude e da possibilidade do objeto, não valendo a convenção quando versar sobre direitos indisponíveis (LA, art. 1º), e (c) da forma prescrita ou não defesa em lei. O mais direto e visível efeito programático desse negócio jurídico da convenção de arbitragem consiste na exclusão da jurisdição estatal em benefício da arbitral.

Nesse sentido, a convenção de arbitragem é vinculante e exclui do Poder Judiciário a apreciação dos conflitos oriundos de determinado contrato, para eleger a via arbitral como a solução adequada. Por essa razão, e por nascer da autorregulamentação de interesses, pode-se afirmar que a convenção de arbitragem é um negócio jurídico.

¹⁰⁷ O negócio jurídico constante dos arts. 104 a 184 do Código Civil brasileiro é conceituado por Antônio Junqueira de Azevedo como: “Todo fato jurídico consistente na declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 16.

¹⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 73.

Giovanni Ettore Nanni, em sua obra, faz um amplo estudo sobre a cláusula compromissória como negócio jurídico, afirmando que¹⁰⁹:

Outro ponto ligado à cláusula compromissória é que, por ser espécie de convenção de arbitragem, cuida-se, como se escreveu em outra oportunidade, de um contrato da arbitragem. Sendo um negócio jurídico, a cláusula compromissória é disciplinada pelo Direito Civil, devendo adequar-se a todas as características decorrentes das relações jurídicas privadas, como, por exemplo, a formação, os efeitos e a obediência aos requisitos do negócio jurídico estabelecidos no artigo 104 do Código Civil.

Resta, pois, evidenciado que a convenção de arbitragem, em si, é um negócio jurídico sujeito a todos os elementos estabelecidos no Código Civil. Porém, por se tratar de gênero, é necessário destacar suas espécies e a principal diferença entre elas. Marcelo Lamego Carpenter, novamente, aduz¹¹⁰:

Enquanto o compromisso arbitral tem por objetivo um litígio já existente, que as partes decidem submeter ao juízo arbitral, a cláusula compromissória tem por objetivo forçar a submissão de litígios futuros à arbitragem, que eventualmente possam surgir de contrato celebrado entre as partes. Essa diferença está claramente estabelecida nos arts. 4º e 9º da Lei 9.307/1996, que tratam da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, respectivamente.

Evidencia-se pelo trecho extraído a primeira diferença entre as espécies de convenção arbitral: o momento em que essa opção é feita. A cláusula compromissória existe antes do conflito e é celebrada quando da formação do contrato: por isso seu caráter preventivo. O compromisso arbitral, por outro lado, é firmado quando as partes já estão diante de alguma controvérsia, mas ainda assim resolvem optar pela arbitragem como forma adequada para solucionar a questão.

¹⁰⁹ NANNI, Giovanni Ettore. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17.

¹¹⁰ CARPENTER, Marcelo Lamego. Primeiras impressões sobre a convenção de arbitragem e o agravo de instrumento no CPC/2015. In: *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 358.

Porém, existe ainda uma segunda diferença nas espécies de arbitragem, imposta pela Lei n. 9.307/96. Ela está no fato de que o compromisso arbitral, por exigência do art. 10, possui elementos necessários à instauração do procedimento arbitral, como a qualificação das partes, os árbitros ou a instituição que administrará o procedimento, a matéria objeto da arbitragem e o local em que será proferida a sentença arbitral¹¹¹. Enquanto, por outro lado, a cláusula compromissória encontra-se disciplinada no art. 4º da Lei de Arbitragem¹¹², tendo como requisito obrigatório apenas o disciplinado no § 1º¹¹³, que determina que tal cláusula deverá ser estipulada por escrito (característica de negócio jurídico solene – art. 107 do Código Civil), podendo constar no mesmo documento ou em apartado.

Por essa razão, a cláusula compromissória pode ser cheia, vinculando as partes aos elementos preestabelecidos e indicando o local onde se iniciará a arbitragem, ou poderá ser vazia, deixando de se manifestar sobre como a arbitragem se desenvolverá. Nesse caso, antes do início do procedimento, as partes deverão firmar um compromisso arbitral, que poderá ser extrajudicial. Em não havendo consenso, será judicial tomada a termo nos autos.

Importante frisar que uma cláusula vazia não deixa de ser vinculante. As partes ainda renunciaram a Justiça Estatal. O que se faz imprescindível é a complementação dos elementos essenciais para a provocação do juízo arbitral, por isso a necessidade de celebrar um compromisso arbitral. Nas palavras de Carlos Alberto Carmona¹¹⁴:

Em síntese apertada, a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais e futuros, obrigando-as, reciprocamente, à submissão

¹¹¹ Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I – o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II – o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III – a matéria que será objeto da arbitragem; e IV – o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

¹¹² Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

¹¹³ Art. 4º, § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

¹¹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 79.

ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral (art. 19).

Deste mesmo modo, a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores também já firmou entendimento, colacionando a seguinte tese jurídica¹¹⁵:

A convenção de arbitragem, tanto na modalidade de compromisso arbitral quanto na modalidade de cláusula compromissória, uma vez contratada pelas partes, goza de força vinculante e de caráter obrigatório, definindo ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derogando-se a jurisdição estatal.

Ainda, no caso das tutelas provisórias, a convenção de arbitragem (em qualquer de suas espécies) poderá estipular previamente a forma como serão requeridas: se diretamente ao tribunal arbitral, se ao árbitro de emergência, se ao Poder Judiciário, ou, ainda, se será excluída da arbitragem, devendo ser requerida exclusivamente na jurisdição estatal.

Porém, qualquer que seja a opção feita pelas partes, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é claro¹¹⁶: “O prévio ajuizamento de medida de urgência perante o Poder Judiciário não afasta a eficácia da cláusula compromissória arbitral”.

¹¹⁵ 1) REsp 1733685/SP, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 06.11.2018, *DJe* 12.11.2018.

2) AgInt no AREsp 425.931/MG, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 15.10.2018, *DJe* 17.10.2018.

3) REsp 1639035/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18.09.2018, *DJe* 15.10.2018.

4) AgInt no AgInt no AREsp 1096912/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20.02.2018, *DJe* 27.02.2018.

5) REsp 1694826/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07.11.2017, *DJe* 13.11.2017.

¹¹⁶ 1) REsp 1698730/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 08.05.2018, *DJe* 21.05.2018.

2) REsp 1586383/MG, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 05.12.2017, *DJe* 14.12.2017.

3) REsp 1694826/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07.11.2017, *DJe* 13.11.2017.

Por fim, é necessário esclarecer que a convenção de arbitragem, seja ela na modalidade de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, poderá estipular arbitragem institucional ou *ad hoc*. Tal previsão encontra-se no art. 5º da Lei de Arbitragem¹¹⁷.

Na primeira hipótese, as partes deverão indicar uma câmara arbitral para administrar o procedimento de acordo com as regras do seu regulamento de arbitragem, enquanto na segunda, *ad hoc*, as partes indicarão um árbitro, ou tribunal arbitral, e estes serão os responsáveis pela condução do procedimento.

2.8 A reforma da Lei de Arbitragem: Lei n. 13.129/2015

Correspondendo às expectativas necessárias até então, a Lei de Arbitragem, promulgada em 1996, regulamentou o instituto no Brasil de forma a eliminar os obstáculos existentes¹¹⁸ e incentivar o país a desenvolver sua prática, sendo considerada uma verdadeira revolução jurídica e elogiada mundialmente por juristas como Arnoldo Wald, que aduz¹¹⁹:

Efetivamente, o anteprojeto de lei elaborado pelos professores Carlos Alberto Carmona, Selma Lemes e Pedro Batista Martins, que se transformou na Lei n. 9.307, por iniciativa e sob o impulso do senador Marco Maciel, comprovou a sua eficiência, sendo um dos três pilares da verdadeira revolução jurídica e cultural, que se realizou, em nosso país, em relação à arbitragem. Os dois outros pilares foram a jurisprudência, especialmente a do Superior Tribunal

4) REsp 1325847/AP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 05.03.2015, *DJe* 31.03.2015.

¹¹⁷ Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

¹¹⁸ Afirma Carlos Alberto Carmona nesse sentido: “Basicamente eram dois os grandes obstáculos que a lei brasileira criava para a utilização da arbitragem: em primeiro, o legislador simplesmente ignorava a cláusula compromissória (o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973 não exibiam qualquer dispositivo a esse respeito); ao depois, o diploma processual, seguindo a tradição de nosso direito, exigia a homologação judicial do laudo arbitral”. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 4.

¹¹⁹ Em entrevista ao CONIMA, o jurista Arnoldo Wald afirma o amadurecimento da arbitragem e a importância do Brasil no cenário internacional. Disponível em: <http://www.conima.org.br/arquivos/993>. Acesso em: 28 dez. 2019.

de Justiça (STJ), e a ratificação, pelo Brasil, da Convenção de Nova Iorque.

É, todavia, verdade que, nos últimos 15 anos, o Brasil, como o mundo, mudou muito e passamos a ter uma posição importante na arbitragem, tanto nacional quanto internacional. Essa transformação se evidencia tanto pela multiplicação e pelo aprimoramento qualitativo das câmaras de arbitragem nacionais como pelo *ranking* que alcançamos no número de arbitragens internacionais, tendo passado de uma presença que, até o fim do século passado, era praticamente irrelevante, para um posicionamento entre o quarto e o sétimo lugar no cenário mundial.

Nesse sentido, conforme explanado pelo autor, de 1996 para cá houve significativas mudanças no desenvolvimento e na prática da arbitragem, o que gerou a necessidade de sua reforma, que ocorreu no ano de 2015.

Entre as mudanças necessárias estava a prática da arbitragem pela Administração Pública, que, até então, não era autorizada expressamente pela lei. A rigor, os procuradores não poderiam contratar essa forma de solução de conflitos, pois, sujeitos ao princípio da legalidade, poderiam responder a processo administrativo por improbidade administrativa. Mas o cenário estava mudando, e a pressão dos investidores internacionais era pela eleição de cláusula compromissória¹²⁰.

A ideia da presente reforma surgiu no ano de 2012, quando foi anunciada a criação de uma Comissão Especial¹²¹ com a finalidade de elaborar um anteprojeto de lei para modificar e modernizar a Lei de Arbitragem. Apesar de ainda encontrar grande resistência, no sentido de que a Lei n. 9.307/96 já era suficiente, o Ministro Luís Felipe Salomão, então presidente da comissão, afirmou serem necessários os

¹²⁰ Aqui, exemplifica-se o caso da linha 4 do Metrô de São Paulo. Financiada pelo grupo espanhol Isolux Corsan, essa foi uma das exigências feitas à época para a liberação dos valores: eleição de cláusula compromissória. Quando da assinatura do contrato (meados de 2012), a Administração Pública ainda não era autorizada a contratar arbitragem. Porém, por força do comércio internacional, o procurador responsável assinou o contrato da mesma forma, e hoje, inclusive, está sob administração da Câmara Internacional de Arbitragem, em processo de rescisão contratual por inadimplência e atraso na entrega do projeto.

¹²¹ A referida comissão foi criada por meio dos requerimentos n. 702 e 854/2012, pelo Senador Renan Calheiros, para elaborar o anteprojeto da Lei de Arbitragem e Mediação.

ajustes de modo a fortalecer ainda mais a arbitragem como forma de solução de conflitos¹²².

Das alterações propostas pela Comissão no projeto de lei¹²³, foram vetados apenas os artigos referentes à inclusão da arbitragem nas relações trabalhistas e consumeristas. De modo geral, a reforma sancionada (mesmo com os vetos retromencionados) trouxe grandes avanços ao texto legislativo, sem alterar, de forma substancial, a Lei de Arbitragem. Para efeitos de estudo no presente trabalho, serão analisadas nos capítulos seguintes a revogação do art. 22, § 4º, que até então dispunha sobre as medidas cautelares na arbitragem, sendo substituído pelo Capítulo IV-A, denominado “Das Tutelas Cautelares e de Urgência”, e a inclusão do Capítulo IV-B, que instituiu o art. 22-C como forma de comunicação entre o juízo arbitral e o juízo estatal.

Por fim frisa-se que a arbitragem já é um grande sucesso, que vem sendo reconhecido cada dia mais e mais. A reforma da lei veio para ampliar o âmbito de sua aplicação no ordenamento jurídico, regulamentando inclusive o necessário para o estudo e o desenvolvimento do presente trabalho, mais especificamente no capítulo seguinte.

¹²² Reportagem extraída do Comitê Brasileiro de Arbitragem, CBAr. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/valor-economico-lei-de-arbitragem-pode-ser-alterada/>. Acesso em: 28 dez. 2019.

¹²³ Apenas a título de curiosidade, foram propostas por meio desse projeto a regulamentação de assuntos como arbitragem no setor público, escolha de árbitros, contagem e interrupção de prazo prescricional, concessão de tutelas cautelares e de urgência, criação da carta arbitral, sentença arbitral e arbitragem em conflitos societários, trabalhistas e consumeristas.

3. TUTELAS PROVISÓRIAS NA ARBITRAGEM

3.1 Introdução

Diante da necessidade de prestação jurisdicional efetiva, e de potenciais ameaças ou lesões a direitos antes mesmo da sentença final, é que foi inserida no sistema jurídico brasileiro a autorização geral para a concessão de tutelas provisórias. Isso porque a tutela definitiva, aquela exauriente e apta à imutabilidade, leva tempo. Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹²⁴:

A rigor, o tempo é um mal necessário para a boa tutela dos direitos. É imprescindível um lapso temporal considerável (e razoável) para que se realize plenamente o devido processo legal e todos os seus consectários, produzindo-se resultados justos e predispostos à imutabilidade. É garantia de segurança jurídica.

Assim, é por meio da concessão de uma tutela provisória que o julgador, em determinadas circunstâncias, a requerimento da parte e comprovada a situação de emergência, pode antecipar, totalmente ou em partes, os efeitos práticos da sentença final. Os referidos autores continuam o raciocínio¹²⁵:

Em situação de urgência, o tempo necessário para a obtenção da tutela definitiva pode colocar em risco sua efetividade. Este é um dos males do tempo do processo. (...).

No instituto de abrandar os efeitos perniciosos do tempo do processo, o legislador instituiu uma importante técnica processual: a antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, que permite o gozo antecipado e imediato dos efeitos próprios da tutela definitiva pretendida. A principal finalidade da tutela provisória é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela).

¹²⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. v. II, p. 689.

¹²⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. v. II, p. 689-690.

E na arbitragem, como forma adequada de solução de conflitos, em que se tem uma sentença final proferida por um árbitro, não é diferente.

A partir dessa premissa, estudar-se-á, como objeto central deste estudo, a evolução histórica das tutelas provisórias na arbitragem e a forma como elas são aplicadas atualmente pela Lei n. 9.307/96, demonstrando que o árbitro, assim como o juiz togado, deve assegurar não só a efetividade mas também o resultado útil do processo arbitral¹²⁶.

3.2 Previsão legislativa das tutelas provisórias arbitrais: breve histórico

Para fins de contextualização histórica das tutelas provisórias, passa-se, neste momento, a uma breve retrospectiva das medidas de urgência na arbitragem, desde antes da promulgação da Lei n. 9.307/96 até a reforma ocorrida em 2015. No curso de um procedimento arbitral, ou mesmo antes de sua instauração, pode tornar-se imprescindível a concessão de determinada medida de urgência para evitar que a decisão final seja inútil ou, ainda, que haja dano irreparável às partes.

3.2.1 Anteriores à Lei de Arbitragem

Antes da promulgação da Lei n. 9.307/96, a legislação responsável pela concessão das medidas de urgência na arbitragem era o Código de Processo Civil de 1973¹²⁷, até então em vigência, que dispunha em seu art. 1.086, II, ser “defeso ao árbitro decretar medidas cautelares”. Isso significava que ao árbitro (ou tribunal arbitral) era proibida a concessão de quaisquer tipos de tutelas provisórias.

Na visão de Carlos Alberto Carmona, a lei processual foi infeliz ao dispor que ao árbitro seria “defeso” decretar medidas cautelares, já que o dispositivo visava proibir a concessão de tutelas de urgência em um procedimento arbitral¹²⁸. Tal

¹²⁶ Art. 13, § 6º, da Lei de Arbitragem: Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes: (...) § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

¹²⁷ Lei n. 5.896, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil.

¹²⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 323.

afirmação contém relação com o disposto no artigo seguinte, 1.087, que dispunha: “o juízo arbitral as solicitará à autoridade competente”.

Assim, pela legislação em vigor à época, o árbitro estaria diretamente vinculado ao Poder Judiciário e proibido de conceder qualquer medida cautelar¹²⁹.

3.2.2 Com o advento da Lei n. 9.307/96

Com a Lei de Arbitragem, essa questão foi superada pelo legislador, que disciplinou, em seu art. 19, § 4º: “Havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originalmente, competente para julgar a causa”¹³⁰. Em continuidade ao exposto no item anterior, afirma Carlos Alberto Carmona¹³¹:

O legislador de 1996 não cometeu o mesmo erro do Código de Processo Civil, abandonando a fórmula do art. 1.086 que proibia o árbitro decretar medidas cautelares. Preferiu determinar, de modo elíptico, que o árbitro, havendo necessidade de medidas coercitivas, as solicite ao juiz togado. Embora o legislador não tenha sido incisivo, deixou claro (ou, pelo menos, mais claro do que estava no Código de Processo Civil) que, havendo necessidade de tutela cautelar, a parte interessada na concessão da medida deverá dirigir-se ao árbitro (e não ao juiz togado), formulando seu pedido fundamentadamente; o árbitro, considerando estarem demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, concederá a medida cautelar.

E, seguindo a linha de raciocínio, complementa¹³²:

¹²⁹ Sobre esse aspecto, importante frisar o momento retratado: antes do advento da Lei n. 9.307/96. Conforme amplo estudo já realizado, a arbitragem ainda não possuía cultura sólida em nosso país.

¹³⁰ Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem..

¹³¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 323.

¹³² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 324.

O Código de Processo Civil chancelou a natural ligação entre as duas demandas (cautelar e principal) ao dispor, no art. 800 do Estatuto do Processo, que as medidas cautelares deverão ser pleiteadas ao juiz da ação principal. Com a arbitragem não poderia acontecer de modo diverso: é do árbitro a competência para decidir demanda cautelar encetada por qualquer dos litigantes acerca de matéria sujeita à decisão arbitral. (...)

Insisto nesse ponto: se as partes concederam poderes ao árbitro para resolver suas pendências acerca de um determinado contrato (...), estes poderes também envolvem os decorrentes da tutela cautelar.

Destaca-se aqui um fato interessante. Desde a promulgação da Lei de Arbitragem, em 1996, já se colocava o Poder Judiciário como cooperador da Justiça Arbitral. Por ser detentor das medidas coercitivas, o Estado, por meio de um juiz togado, tomaria as providências necessárias para a efetivação do ora determinado pelo árbitro, que seria competente para a análise dos requisitos e concessão da medida necessária.

Portanto, clara é a distinção entre o poder cognitivo e o poder executório. Ao árbitro, a competência e o poder de análise para a concessão da medida cautelar. Ao juiz togado, o poder de empregar a força necessária para concretizar. Porém, deixa-se de aprofundar o estudo neste momento, tendo em vista a existência de capítulo próprio adiante.

3.2.3 Após a reforma da Lei de Arbitragem

Apesar de já regulamentada a questão da concessão de medidas de urgência, conforme o item anterior, a reforma da Lei de Arbitragem retoma o assunto, pondo fim às divergências de interpretação que indicavam o sentido oposto do poder cognitivo exercido pelo árbitro, e inova ao trazer ao texto legislativo a questão das tutelas prévias à instituição do procedimento arbitral.

Dessa forma, a Lei n. 13.129/2015¹³³ revogou expressamente o art. 19, § 4º, da Lei de Arbitragem, e incluiu o Capítulo IV-A, intitulado “Das Tutelas Cautelares e de Urgência”, que passou a dispor:

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar 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 30 (trinta) dias, contado da data de 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, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

À vista do exposto, os arts. 22-A e 22-B deixam claro como as tutelas cautelares e de urgência devem ser requeridas na arbitragem, mesmo nos casos em que ainda não se tem um procedimento arbitral instaurado. E essa já era a posição do Superior Tribunal de Justiça antes da reforma¹³⁴:

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

¹³³ Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

¹³⁴ STJ, 3ª Turma, Recurso Especial n. 1.297.974/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 12.06.2012, DJE 19.06.2012.

Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio da medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente às regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar. 5. Recurso especial provido.

A rigor, pode-se afirmar que a reforma veio para incluir na legislação aquilo que já vinha sido praticado pela jurisprudência. Eduardo Arruda Alvim afirma¹³⁵:

Aliás, a este respeito, merecem elogios as alterações realizadas na Lei n. 9.307/96 pela Lei n. 13.129/2015. Anteriormente, o único dispositivo legal referente às tutelas provisórias na arbitragem era o § 4º do art. 22 da Lei n. 9.307/96, segundo o qual “havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originalmente, competente para julgar a causa”. A lei n. 13.129/2015, por sua vez, incluiu à Lei de Arbitragem o Capítulo IV-A, dedicado especificamente às “tutelas cautelares e de urgência”, bem ampliando o trato da matéria e incorporando entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito.

Em outro ponto de vista, Francisco José Cahali afirma em sua obra que a reforma “se demonstrou desnecessária, mas não foi de toda, inútil”¹³⁶. Isso porque,

¹³⁵ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 453.

¹³⁶ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 297.

na visão do autor, os tribunais superiores já se comportavam dessa forma. Nesse sentido, um contraponto importante: havia sim divergência na jurisprudência (ainda que minoritária) quanto à análise do árbitro acerca das medidas de urgência. Trata-se de um julgamento ocorrido em 2002, da *Embratel em face de Brasil Telecom S.A.* Destaca-se trecho¹³⁷: “Ausentes do sistema arbitral a figura das providencias cautelares e antecipatórias de tutela, pertinente a análise, pelo Poder Judiciário, de pedido fundado em lesão ou ameaça de lesão”.

Portanto, ainda que a jurisprudência majoritária adotasse as medidas de urgência como de competência do árbitro, havia posições contrárias. Tal confusão decorria da própria redação deficiente do antigo art. 19, § 4º, da Lei n. 9.307/96, que não conferia expressamente poderes ao árbitro para proferir as tutelas provisórias.

Desse modo, com a inclusão dos arts. 22-A e 22-B pela Lei n. 13.129/2015, impediu-se que qualquer dúvida viesse a ser levantada e interpretada de forma distinta da que se propõe: o árbitro possui, sim, poder cognitivo, e a ele é devolvida a análise da matéria, pois o juízo estatal é precário e não se prorroga.

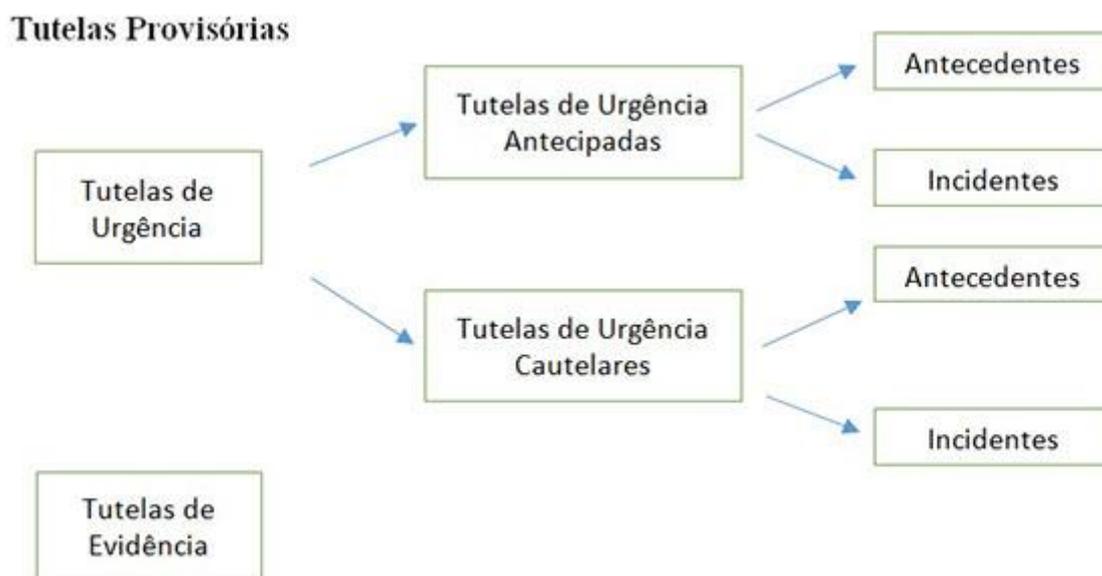
3.3 O descompasso entre a reforma da Lei de Arbitragem e o Código de Processo Civil de 2015: nomenclatura e sistematização

Importante frisar ainda, para fins de cronologia, que a reforma da Lei de Arbitragem quanto às tutelas cautelares e de urgência acabou nascendo em descompasso com a alteração do Código de Processo Civil, que aconteceu no mesmo ano¹³⁸. Tal informação não poderia passar despercebida, pois houve significativa alteração na legislação processual civil, principalmente no que diz respeito às nomenclaturas e à sistematização das tutelas. As tutelas, que antes eram cautelares e antecipadas, passaram a ser denominadas provisórias (gênero), e a sistematização é aplicada conforme o tipo de tutela provisória necessária.

¹³⁷ TJDF, AI 2002002007481-2, 1ª Turma, Embratel – Empresa Brasileira de Telecomunicações em face de Brasil Telecom S.A., rel. Valter Xavier, julgado em 21.10.2002. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 7, 2005. p. 143.

¹³⁸ Ambas as legislações foram promulgadas no ano de 2015, porém o Código de Processo Civil foi sancionado em 16 de março de 2015 e a reforma da Lei de Arbitragem (Lei n. 13.129) em 26 de maio de 2015.

Para ilustrar o ora exposto, apresenta-se um quadro exemplificativo:



Por essa razão é que, a partir do presente momento, apesar de a Lei de Arbitragem mencionar “medida cautelar e de urgência”, passar-se-á a utilizar a denominação tutela provisória, como gênero das espécies urgência e evidência.

A grande diferença, e talvez mais marcante, entre as tutelas provisórias de urgência e de evidência está em seu fundamento: enquanto as primeiras pressupõem a demonstração de probabilidade do direito e de perigo de demora, a segunda pressupõe que as afirmações estejam comprovadas de fato, tornando o direito *evidente*. Tais afirmações foram extraídas da própria leitura e interpretação da lei processual¹³⁹: “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Por outro lado:

¹³⁹ Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Importante ressaltar que a previsão legal constante da Lei de Arbitragem é somente quanto às espécies *tutelas provisórias de urgência*. Estas serão abordadas em capítulo seguinte, abrangendo inclusive a subdivisão *antecipadas e cautelares, antecedentes ou incidentes*. Já no que tange à espécie *tutelas de evidência*, exatamente pelo descompasso entre a legislação processual e a reforma da Lei de Arbitragem, não foi ela incluída na Lei n. 9.307/96, e sua abordagem será feita no Capítulo VI, buscando analisar sua aplicação na arbitragem, apesar da lacuna existente na lei.

Muito embora ambas as tutelas digam respeito à previsão legislativa processual, em se tratando de um amplo estudo acerca das tutelas provisórias na arbitragem, apesar da lacuna existente, estas não deixarão de ser apreciadas por este estudo, ainda que a premissa maior adotada seja sempre no sentido de que não há aplicação subsidiária do diploma processual civil na arbitragem.

Por fim, frisa-se que não se está fundamentando a Lei n. 9.307/96 no Código de Processo Civil, mas buscando uma integração entre os diplomas,

considerando como sede da arbitragem o Brasil. Por se tratar da análise das tutelas provisórias no território brasileiro, a busca pelos pressupostos será feita exatamente no diploma processual civil brasileiro, considerando a própria instrumentalidade do processo arbitral. Mas é importante destacar que, se as partes em convenção arbitral dispuserem de forma distinta, o procedimento deverá ser regido conforme o convencionado entre elas, haja vista o disciplinado no art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Art. 2º, § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. O tema é extrema relevância para o estudo deste trabalho e será explorado no capítulo final, demonstrando a importância da convenção de arbitragem para solucionar as questões de apreciação das tutelas provisórias.

4. A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA NA ARBITRAGEM

4.1 Considerações gerais

Após o estudo feito anteriormente acerca do histórico das previsões legislativas das tutelas provisórias na arbitragem, concluiu-se que é lícito ao árbitro conceder uma tutela provisória de urgência diante de alguma situação de emergência envolvendo as partes litigantes. Nas palavras de Eduardo Arruda Alvim¹⁴¹:

Viabilizar a tutela de urgência nessas hipóteses, especialmente diante da função jurisdicional exercida pela arbitragem, é medida inerente ao acesso à Justiça, garantido constitucionalmente (CF, art. 5º, XXXV), verdadeira implicação do devido processo legal.

Desse modo, conceder uma tutela provisória de urgência é competência do árbitro que exerce os poderes de jurisdição, sendo elemento garantidor do acesso à justiça, consagrado constitucionalmente no art. 5º, XXXV (ambos os temas já amplamente abordados neste trabalho). Assim, não se discute mais o cabimento ou não da concessão de uma tutela provisória de urgência pelo árbitro ou tribunal arbitral. A proposta a partir deste momento é analisar suas características e peculiaridades no procedimento arbitral, diante da urgência em que se apresenta o caso concreto.

Nessa linha, há diversos pontos a serem enfrentados. Inicialmente, quanto à natureza da tutela provisória de urgência a ser concedida, ela pode ser cautelar ou antecipada (também chamada de satisfativa), sendo necessário analisar os pressupostos para a concessão de uma ou outra medida. Ainda, conforme os arts. 22-A e 22-B da Lei de Arbitragem, dois são os momentos em que essa urgência pode acontecer: antes da instauração do procedimento arbitral ou no curso dele.

¹⁴¹ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 453.

Diante disso, tem-se que a tutela provisória de urgência na arbitragem pode ser de natureza *cautelar* ou *antecipada (satisfativa)*, e pode acontecer antes do início do procedimento arbitral (*antecedente*) ou no curso do procedimento arbitral (*incidente*).

Ademais, não se pode deixar de mencionar outras questões pertinentes à concessão de uma tutela provisória de urgência na arbitragem, como as regras previstas nos regulamentos das câmaras de arbitragem e suas disposições específicas acerca do tema, e também todas as outras previsões contidas no Código de Processo Civil, que, de alguma forma, podem vir a interagir com a Lei n. 9.307/96, no que tange aos procedimentos a serem adotados no caso de deferimento de uma medida de urgência.

Assim, o presente capítulo visa a um amplo estudo acerca das questões postas, que se passa a analisar neste momento. Ressalva-se apenas que a tutela provisória de evidência, por ser uma espécie de tutela provisória diferente daquela de urgência, será abordada em capítulo próprio.

4.2 Tutela satisfativa: cautelar ou antecipada e pressupostos jurídicos para concessão

Inicia-se a análise da natureza da medida a ser concedida retomando a questão da sistematização utilizada pela Lei de Arbitragem. Isso porque a Lei n. 9.307/96 utiliza os termos “medidas cautelares ou de urgência”. Nesse sentido, clara é a afirmação de que o legislador (apesar do descompasso entre as nomenclaturas) teve a intenção de dar ao árbitro tanto o poder de conceder uma tutela provisória de urgência cautelar quanto uma tutela provisória de urgência antecipada.

Mas, em termos dogmáticos e práticos, qual a diferença entre elas? Para responder à presente indagação, será necessária a utilização dos conceitos e pressupostos da legislação processual civil, especialmente no art. 300, que dispõe: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a

probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”¹⁴².

Genericamente, ao que se extrai da leitura da referida legislação, é que a concessão de uma tutela provisória de urgência, seja ela de natureza cautelar ou antecipada, pressupõe a demonstração de probabilidade do direito, também conhecida como *fumus boni iuris*, e a demonstração do perigo de dano, conhecido como *periculum in mora*.

Na vigência do Código Processo Civil de 1973, esses requisitos não eram similares para ambas as tutelas. Muito pelo contrário. A legislação possuía menção expressa, no sentido de que para as tutelas antecipadas era necessário demonstrar a prova inequívoca ou verossimilhança das alegações, juntamente com o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, enquanto, de outro lado, as tutelas cautelares exigiam apenas a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, demonstrando ao juiz o suporte fático e a demora constituída em grave ou difícil reparação do bem tutelado.

Acerca do tema, afirmam José Antônio Fichtner e André Luís Monteiro¹⁴³:

No Código de Processo Civil de 1973 havia, ao menos literalmente, uma distinção entre os pressupostos autorizadores da tutela antecipada e da tutela cautelar. No primeiro caso, consoante a previsão do art. 237, o juiz poderia conceder a tutela antecipada quando houvesse “verossimilhança das alegações” e “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”. (...)

No que tange à tutela cautelar, o Código Buzaid, no art. 798, autorizava a concessão de medida cautelar inominada quando houvesse “fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

¹⁴² Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

¹⁴³ FICHTNER, José Antônio; MONTEIRO, André Luís. Tutela provisória na arbitragem e novo Código de Processo Civil: tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 481.

Diante dos textos legais, havia quem entendesse que os pressupostos autorizadores destas medidas seriam diversos, exigindo-se mais para a concessão da tutela antecipada do que para o deferimento da tutela cautelar.

Dentro do exposto pelos autores, essa era a realidade e o entendimento jurisprudencial praticado por nossos Tribunais Superiores: para a concessão de tutela antecipada ter-se-ia mais pressupostos do que para a tutela cautelar¹⁴⁴.

Percebe-se, desse modo, que o novo diploma processual civil superou a distinção entre os requisitos da concessão para as tutelas provisórias de urgência, colocando a probabilidade e o perigo na demora como pressupostos comuns à prestação de ambas as tutelas.

Para efeitos dogmáticos, essa superação visa demonstrar a efetiva probabilidade de cometimento de um ato ilícito e não mais a mera possibilidade¹⁴⁵.

Porém, autores como Teresa Arruda Alvim Wambier defendem que, apesar da unificação nos requisitos, existir-se-ia uma distinção, ainda que ontológica, entre a tutela provisória de urgência cautelar e antecipada: para ela, enquanto a primeira tem caráter *conservativo*, a segunda é *satisfativa*, pois antecipa os efeitos da sentença¹⁴⁶. No mesmo sentido, afirma Arlete Inês Aurelli¹⁴⁷:

¹⁴⁴ O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 766.236/PR, tendo como Ministro Relator Luiz Fux, afirmou: “a tutela cautelar reclama aparência (*fumus boni iuris*) e a tutela satisfativa, evidencia prova inequívoca conducente à verossimilhança das alegações”.

¹⁴⁵ Nesse sentido, importante exemplificar o afirmado com a redação do art. 497 do CPC: “Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”. Isso porque, na vigência do CPC/73, a mera demonstração da possibilidade de dano fundada na verossimilhança das alegações já era suficiente para a concessão de tutela antecipada.

¹⁴⁶ É o caso de Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello, na obra *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. artigo por artigo. São Paulo: Ed. RT, 2015.

¹⁴⁷ AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? *In*: SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.). *Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 59.

Em todos os momentos em que trata das tutelas de urgência, verifica-se que o legislador usa a expressão “realizar o direito” para as tutelas antecipadas e “acautelar” para as tutelas cautelares.

A tutela antecipada não se confunde com a tutela cautelar, porque a tutela antecipatória não se limita a assegurar o resultado útil e eficaz do processo, nem garantir a satisfação do direito, mas sim conceder o próprio pedido formulado. Já a tutela cautelar se refere à proteção do processo, garantindo-se um resultado útil.

Já com relação aos efeitos práticos (que se distanciam dos dogmáticos), a diferença está na consequência processual da concessão de uma ou outra tutela, no caso em que ambas são requeridas em caráter antecedente. Como o regime adotado não foi o mesmo para as medidas, tem-se a seguinte situação: (i) no caso da tutela provisória de urgência antecipada, o regramento aplicável é o dos arts. 303 e seguintes do Código de Processo Civil, que preveem a estabilização de seus efeitos no mundo jurídico, enquanto, (ii) no caso da tutela provisória de urgência cautelar, os arts. 305 e seguintes do mesmo diploma determinam a cessação dos efeitos da tutela concedida, se não for efetivada no prazo de 30 dias (ou nos demais casos elencados). Arlete Inês Aurelli continua o raciocínio¹⁴⁸:

A necessidade de diferenciar tutelas antecipadas das cautelares ainda remanesce no sistema do CPC, principalmente porque não foi adotado um regime único para ambas, sendo que somente no caso das tutelas antecipadas há a previsão da estabilização quando se tratar de concessão de forma antecedente, que reste irrecorrida pelo réu. Imagina-se, assim, que a parte tenha requerido tutela cautelar antecedente e o juiz entenda tratar-se de tutela antecipada, concedendo-a desta forma. O réu é citado e intimado e não recorre porque não vislumbra a estabilização, uma vez que consta que o pedido foi feito de forma cautelar pelo autor. Como não apresenta recurso, o juiz entende que a medida se estabilizou. Então, percebe-

¹⁴⁸ AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? In: SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.). *Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 66.

se que a diferenciação, entre ambas, ainda se revela essencial, principalmente quando se fala em estabilização.

Assim, a diferenciação entre as tutelas é importante para fins de processo civil, pois a grande diferença está nos prazos determinados pelo Código de Processo Civil para aditamento das razões ou apresentação de pedido principal. No caso das tutelas provisórias de urgência antecipadas, o prazo estabelecido é de 15 dias (art. 303, § 1º, I, do CPC/2015), e, no caso das tutelas provisórias de urgência cautelares, o prazo é de 30 dias (art. 308 do CPC/2015).

Porém, no caso da arbitragem, o legislador optou por não fazer diferença entre as tutelas provisórias, silenciando a respeito. O regramento incluído foi apenas para determinar o caminho a ser percorrido pelas partes quanto ao momento da concessão de uma tutela provisória: se antes ou durante um procedimento arbitral.

Desse modo, as questões dogmáticas processuais acerca dos conceitos estabelecidos para a natureza da tutela provisória de urgência podem ser trazidas à arbitragem como forma de dar ao árbitro fundamentos para a concessão de uma ou outra tutela (cautelar ou antecipada) diante da análise do caso concreto. Nessa hipótese, ambas serão satisfativas. Em contrapartida, as questões práticas, também processuais, não devem se aplicar em hipótese alguma, pois a legislação arbitral possui regramento próprio e suas consequências são completamente distintas daquelas ocorridas no processo civil, conforme se observará adiante.

4.2.1 Fungibilidade das medidas

Ainda, considerando a pouca diferença entre as tutelas provisórias cautelares e de urgência, e, principalmente com a alteração nos pressupostos processuais de concessão de ambas as medidas, é que o art. 305, parágrafo único, do Código de Processo Civil permite ao juiz conceder tutela cautelar antecedente, ainda que o pedido feito por uma das partes tenha sido de tutela antecipada¹⁴⁹. É a

¹⁴⁹ Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o

chamada fungibilidade das tutelas. Nesse sentido, afirma Luiz Guilherme Marinoni¹⁵⁰:

Atualmente, como já demonstrado, não há motivos para não bem delinear as figuras das tutelas cautelares (de segurança) e antecipadas (satisfativas), de modo que a eventual confusão razoável entre as tutelas é praticamente nula. De qualquer forma, o legislador quis premiar o autor que equivocadamente requer tutela antecipada sob o rótulo de cautelar, dando-lhe a oportunidade de ver os trilhos do procedimento pertinente à tutela *substancialmente* pleiteada utilizados pelo juiz.

Assim, se equivocadamente a parte vier a requerer tutela provisória de urgência antecipada e, pela análise do caso, o juiz entender que cabe a concessão de tutela provisória de urgência cautelar, ele assim pode fazê-lo.

Na arbitragem, a ideia é a mesma. A fungibilidade das espécies de tutelas provisórias permite que o árbitro conceda uma tutela cautelar em vez de uma tutela antecipada, caso conclua que a necessidade é de *acautelar* um direito em detrimento de *satisfazê-lo* de imediato.

4.3 Antecedente ou incidente

Continuando a linha de raciocínio anterior, a reforma da Lei de Arbitragem regulamentou a concessão de tutelas provisórias de urgência pelo árbitro, podendo ser cautelar ou antecipada. Entretanto, cumpre observar que a inserção do Capítulo IV na referida lei acabou por dispor também acerca do momento em que a medida pode ser requerida: antes ou depois da instauração do procedimento arbitral.

perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o *caput* tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 254.

4.3.1 Anteriores à instauração do procedimento arbitral: disciplina dos arts. 22-A e 22-B

Nesse sentido, o art. 22-A disciplinou que, antes de instituída a arbitragem, as partes devem pleiteá-las no Poder Judiciário. Neste ponto, clara e objetiva é a lei¹⁵¹: “ Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência”.

Até aqui, sem grandes impasses. As tutelas provisórias de urgência (cautelares ou antecipadas) requeridas em caráter antecedente à arbitragem devem ser pleiteadas no Poder Judiciário, e deverão obedecer ao disposto nos arts. 300 e seguintes do diploma processual civil (salvo nos casos em que a convenção de arbitragem dispuser de forma diversa).

Apesar de já levantada a questão no tópico anterior, para análise dos efeitos práticos da concessão de uma ou outra medida, aqui o que se pretende demonstrar é outra situação, desta vez peculiar: a Lei de Arbitragem, na contramão do diploma processual, determina logo em seguida, no art. 22-A, parágrafo único¹⁵²: “Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão”

Há, aqui, claro conflito entre normas vigentes: enquanto o diploma processual determina prazos específicos para aditamento das razões ou apresentação de pedido principal, a Lei de Arbitragem dispõe em sentido contrário, cessando os efeitos da medida concedida em 30 dias caso a parte não instaure o procedimento e devolva a matéria para análise do juízo arbitral.

A questão é enfrentada por Francisco José Cahali, que afirma¹⁵³:

¹⁵¹ Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

¹⁵² Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

¹⁵³ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 299.

Excepcionada a regra do modelo sugerido pelo novo Código, a tutela provisória de urgência antecedente, terá *vida própria* por algum tempo, com seus autos exclusivos. Momentaneamente, não será um apêndice dos autos em que se discute a tutela definitiva.

Será mantida a tutela provisória de urgência antecedente em processo independente, não apenas até o implemento do prazo para a iniciativa da arbitragem, mas enquanto estiver pendente de formação o juízo arbitral, para só quando instituída a arbitragem (LArb., art. 19) aos seus cuidados ser entregue a matéria de urgência para conhecimento e deliberação, inclusive facultado aos árbitros modificar ou revogar a medida concedida pelo Poder Judiciário (LArb., art. 22-B).

Complementa, ainda:

Instaurado o juízo arbitral (Larb., art. 19), a jurisdição sobre o conflito passa a ser do árbitro, e, assim, a ele deve ser encaminhada, também, a questão objeto do pedido de tutela provisória envolvendo o litígio. O juiz estatal perde, neste instante, a jurisdição, e as decisões a respeito passam a ser de exclusiva responsabilidade do árbitro.

Dessa forma, o autor soluciona a questão considerando a especificidade da Lei de Arbitragem. Os autos da tutela provisória de urgência requerida no Poder Judiciário antes da instauração do procedimento arbitral não serão unificados, aditados ou complementados, conforme determina o Código de Processo Civil. Ao contrário. A tutela concedida será direcionada ao juízo arbitral, devolvendo a matéria objeto para análise do árbitro, que pode inclusive reapreciar a medida, nos termos do art. 22-B, que dispõe¹⁵⁴: “Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário”.

Isso significa dizer que, quando a tutela provisória de urgência for antecedente à instituição do procedimento arbitral, a atividade jurisdicional estará

¹⁵⁴ Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

limitada ao que lhe foi pleiteado, razão pela qual não há que se falar em aditamento, complemento ou, ainda, estabilização de tutela, conforme se observará adiante. O que se pode afirmar é que as novas regras do Código de Processo Civil em nada se aplicam à arbitragem, considerando que a Lei n. 9.307/96 possui procedimento especial que prevalece sobre a legislação geral, considerando a especificidade da matéria.

Com efeito, afasta-se qualquer dúvida e estabelece-se a competência do juízo arbitral para reapreciação da tutela provisória de urgência após a instauração do procedimento arbitral no prazo estipulado, situação inerente à duplicidade de jurisdições, que deve ser exercida na forma disposta pela lei.

4.3.2 No curso da arbitragem: disciplina do art. 22-B, parágrafo único

Já no curso da arbitragem, a autoridade para apreciar e deferir tutelas provisórias é do árbitro ou tribunal arbitral. Logo, em sendo instaurado o procedimento arbitral, as medidas de urgência serão requeridas diretamente aos árbitros competentes, para garantir o resultado útil do procedimento já em curso. É o que dispõe o art. 22-B, parágrafo único¹⁵⁵: “Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros”.

Salienta-se que apenas nos casos de indisponibilidade do árbitro no momento da necessidade da concessão da tutela provisória (exemplifica-se aqui: recesso da instituição, viagem, questões de saúde ou qualquer outra que justifique sua ausência) a parte poderá requerer ao Judiciário o necessário. Posteriormente, a matéria será devolvida para o juízo arbitral, que poderá manter, modificar ou revogar a tutela concedida, nos mesmos termos do determinado pelo art. 22-B¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

¹⁵⁶ Afirma Francisco José Cahali, nesse sentido: “Neste caso, não se pode negar acesso ao Judiciário pelo interessado, para preservar seus direitos sob risco de perecimento. Mas tão logo acessível o árbitro, a ele deve ser encaminhada a questão, com autoridade para reavaliar o quanto decidido, tal qual ocorre para qualquer tutela de urgência antecedente”. CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 306.

4.4 Os regulamentos das câmaras de arbitragem

Neste caminho, considerando que a tutela provisória de urgência pode ser deferida antes mesmo da instauração de um procedimento arbitral, conforme previsão do art. 22-A da Lei de Arbitragem, importante mencionar a previsão dos regulamentos das câmaras de arbitragem acerca do assunto.

Isso porque as partes, ao firmarem compromisso arbitral ou elegerem uma cláusula compromissória, ambas em caráter institucional, acabam por optar por uma câmara de arbitragem para administrar o procedimento, e esta possui normas próprias, denominadas regulamento de arbitragem, cuja disposição deve ser observada pelas partes, advogados e árbitros.

Trata-se de um conjunto de regras procedimentais de determinada instituição, que será responsável pela administração do procedimento arbitral, devendo-se aplicar o ora disposto em seu regulamento de arbitragem.

Com efeito, conforme acima mencionado, os regulamentos podem dispor, dentre inúmeras questões que escapam ao presente escopo, normas procedimentais no que tange à concessão de uma tutela provisória de urgência, antes da instauração do procedimento arbitral. É o que se analisa a partir deste momento.

4.4.1 *Árbitro de emergência*

Nos casos em que há necessidade de concessão de tutela provisória de urgência antes da instauração do procedimento arbitral, as instituições podem prever em seu regulamento o árbitro de emergência. Algumas instituições arbitrais¹⁵⁷ criaram essa figura para apreciação das tutelas de urgência requeridas em caráter antecedente, denominadas, como já visto, pré-arbitrais.

¹⁵⁷ Citam-se aqui, como exemplos a Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) e a Câmara de Comércio Internacional (CCI), dentre outros.

As instituições então preveem em seus regulamentos a possibilidade de se eleger um árbitro único, apenas para decidir as questões de natureza de urgência e, portanto, provisória, antes da instauração do procedimento arbitral. Sua jurisdição, nesse sentido, limita-se à apreciação do pedido feito com emergência, não se estendendo à análise de mérito.

Nesse sentido, contextualiza Renato Stephan Grion¹⁵⁸:

Neste contexto, e para que fosse preenchida esta lacuna, foi criada recentemente a figura do árbitro de emergência, com o objetivo de resolver o problema da inexistência de jurisdição arbitral enquanto os árbitros que decidirão o mérito da disputa ainda não tenham assumido sua função. Em verdade, a figura do árbitro de emergência, embora relativamente nova em sua configuração atual, encontra suas origens no procedimento cautelar pré-arbitral da CCI lançado em 1990, cuja eficiência já era ressaltada nos primeiros casos em que foi adotado, embora com pouca utilização na prática.

Notadamente, suas origens são internacionais e anteriores, inclusive, à promulgação da Lei de Arbitragem no Brasil. Porém, por apresentar algumas vantagens nítidas, como a celeridade e a confidencialidade, por estar presente nos regulamentos das câmaras e estar sujeito às mesmas vantagens da arbitragem, trata-se de mais uma ferramenta que visa aperfeiçoar a prestação jurisdicional da arbitragem no âmbito do direito brasileiro.

A ideia contida na criação do árbitro de emergência é que este possa socorrer imediatamente a parte solicitante, afastando-se então a figura do Poder Judiciário. Mas, se ainda assim a situação for tão premente que impeça o seu acionamento, a intervenção judicial é sempre permitida, e bem-vinda.

Afirma-se “bem-vinda” porque na prática o árbitro de emergência encontra limites no poder de coerção. Assim, se a medida é de extrema urgência, o árbitro

¹⁵⁸ GRION, Renato Stephan. Árbitro de emergência: perspectiva brasileira à luz da experiência internacional. *In*: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 406.

pré-arbitral poderá conceder, mas não terá forças para efetivar seu cumprimento, sendo necessária a intervenção judicial para executar. Afirma Francisco Cahali¹⁵⁹:

Na prática doméstica, em nosso Curso de Arbitragem, observamos que este procedimento não conta com a simpatia dos arbitralistas em geral, tampouco das partes, até porque a decisão liminar pelo “árbitro provisório” em caso de descumprimento reclama como regra a cooperação do Poder Judiciário, a provocar demora talvez comprometedora do direito. Em casos de urgência, então, tem sido considerada a melhor opção, dirigir-se diretamente ao Poder Judiciário.

E a pesquisa realizada pelo GPA-PUC/SP confirmou a pouca adesão à iniciativa ao apurar que das 22 (vinte e duas) instituições consultadas, apenas 5 (cinco) delas (19%) oferecem alguma forma de solução emergencial de conflito.

Desse modo, o autor menciona não só a falta de simpatia à possibilidade de ter um árbitro de emergência que possa conceder uma medida liminar, mas não possa forçar as partes a cumpri-la, como também menciona um importante levantamento feito pelo Grupo de Pesquisa em Arbitragem da PUC-SP, no qual foram obtidos dados e informações de algumas instituições sobre o tema¹⁶⁰.

Assim, o Poder Judiciário ainda exerce um papel primordial e necessário na relação de cooperação com o juízo arbitral, em uma esteira de buscar satisfazer o direito das partes no caso concreto.

4.4.2 A alteração dos regulamentos das instituições eleitas em convenção de arbitragem (opt-in e opt-out)

Outra questão importante nesta seara do árbitro de emergência é a eleição de uma instituição arbitral cuja previsão do árbitro provisório não esteja em

¹⁵⁹ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 301.

¹⁶⁰ A respeito da pesquisa, aponta-se o artigo publicado na *Revista de Mediação e Arbitragem*, São Paulo, ano XIII, n. 51, out./dez. 2016, intitulado *Árbitro de emergência e arbitragem da PUC-SP: Projeto II – 2º semestre de 2015*.

seu regulamento de arbitragem quando da inclusão da cláusula compromissória no contrato, e que venha depois a ser alterado, vinculando-se as partes a este.

Exemplifica-se: as partes X e Y firmam contrato em 2015 contendo cláusula compromissória, indicando como instituição a Câmara de Arbitragem Z. Naquela oportunidade, o regulamento da referida câmara não previa a situação de árbitro de emergência, e as partes a escolheram por essa razão. Dessa situação podem ocorrer duas consequências:

1. Caso a câmara indicada tenha seu regulamento alterado e o sistema adotado por ela seja *opt-in*, as partes não encontrarão óbice. Isso porque, no sistema *opt-in*, há necessidade de previsão específica na convenção de arbitragem para que as partes possam recorrer ao árbitro de emergência. Em não havendo previsão, o mesmo não se aplicará.

2. Caso a situação seja oposta, e a câmara tenha optado pelo sistema *opt-out*, as partes estarão vinculadas à utilização do árbitro de emergência, pois o sistema *opt-out* impõe como regra previsão inequívoca das partes afastando o árbitro provisório, sob pena de produzir efeitos normalmente.

Inclusive, esse é o caso da CMA-CIESP/FIESP, atualmente. Com isso, muitos contratos em vigor com cláusula que indica a referida câmara como a instituição de resolução de conflito por arbitragem preveem tal mecanismo implicitamente, sem que tenha ocorrida prévia reflexão sobre a sua utilização ou não¹⁶¹. Porém, esse não é um engessamento contra o acionamento das tutelas provisórias no Poder Judiciário. Cita-se o item 1.2 da Resolução n. 4/2018¹⁶²: “Não havendo previsão contrária na convenção de arbitragem, poderá ser acionado o Árbitro Provisório havendo interesse de qualquer uma das partes”.

¹⁶¹ Trata-se da Resolução n. 4/2018, que prevê no item 5.1: “Aplicar-se-ão os dispositivos do Regulamento que não conflitarem com esta Resolução, considerando sempre o caráter expedito e emergencial deste procedimento. Esta Resolução passa a vigorar a partir de 7 de janeiro de 2019, ressalvadas as peculiaridades convencionadas pelas partes no caso concreto”.

¹⁶² Resolução n. 4/2018, que instituiu o Procedimento de Árbitro Provisório na CMA-CIESP/FIESP.

Ou seja, é preciso haver interesse das partes. Certo é que o poder geral de cautela do Poder Judiciário sempre estará presente, mesmo nessas situações em que as partes não convencionaram explicitamente pelo afastamento do árbitro de emergência (*opt-out*).

4.5 Interações entre as normas processuais civis e a arbitragem

Neste caminhar de estudo acerca das tutelas provisórias de urgência na arbitragem, faz-se mister ainda demonstrar certas situações de interação entre o diploma processual civil e a Lei de Arbitragem. Isso porque, apesar de não existir qualquer aplicação do sistema processual no procedimento arbitral, certo é que existe entre as normas brasileiras certa identidade.

Discorrem sobre o tema José Antônio Fichtner e André Luís Monteiro¹⁶³:

Conforme estabelecido no item anterior, a arbitragem não se submete, integralmente, ao princípio da territorialidade da lei processual, de modo que as partes podem eleger o Direito processual aplicável à arbitragem.

(...)

Não obstante essa inaplicabilidade do procedimento descrito no Novo Código de Processo Civil à arbitragem, os sistemas processual e arbitral não são completamente independentes. Isto porque existe uma relação próxima entre a arbitragem e os institutos processuais reconhecidos na sede da arbitragem.

Nesse sentido, exatamente pela existência de interação entre as legislações é que se mostra importante analisar as alterações estabelecidas pelo Novo Código de Processo Civil, considerando o descompasso entre as sanções normativas e, ainda, a omissão da Lei de Arbitragem quanto a determinadas

¹⁶³ FICHTNER, José Antônio; MONTEIRO, André Luís. Tutela provisória na arbitragem e novo Código de Processo Civil: tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 476 e 477.

disciplinas jurídicas e em que medida elas podem repercutir no processo arbitral brasileiro.

4.5.1 Contracautela

Disciplinada no art. 300, § 1º, do Código de Processo Civil, a contracautela é uma caução prestada pela parte que requer uma tutela provisória de urgência, nos casos em que o magistrado está convencido de que a medida deve ser deferida, mas permanece receoso quanto aos danos que sua efetivação possa causar à parte contrária. *In verbis*¹⁶⁴:

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

Assim, o juiz pode solicitar à parte autora que assegure o juízo de eventual ressarcimento do réu, a despeito de eventuais prejuízos causados pela concessão da tutela provisória de urgência.

No que tange à arbitragem, é de dizer que os árbitros podem também condicionar a concessão da medida de urgência à prestação de uma caução pela parte que requer tal tutela. Apesar de não ser expressa na lei, o árbitro pode utilizar-se da contracautela para assegurar o procedimento, diante do caso concreto, considerando eventual necessidade de segurança para o deferimento da medida.

4.5.2 Concessão inaudita altera parte e audiência de justificação prévia

Ainda, dentro das novas previsões trazidas pela redação do art. 300 do Código de Processo Civil, há a disciplina do § 2º, que estatui sobre a concessão de tutela provisória de urgência liminarmente, ou depois da justificação prévia. *Cita-*

¹⁶⁴ Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

se¹⁶⁵: “A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificção prévia”.

Nesse sentido, o advérbio utilizado pelo diploma processual, *liminarmente*, remete à concessão *inaudita altera parte*, pois o julgador pode conceder a tutela requerida sem que seja conferida ao réu oportunidade para se manifestar. Por se tratar de uma exceção ao princípio do contraditório, a fundamentação deve evidenciar a relevância dos motivos que sucedem a concessão.

Porém, ao final da redação do presente artigo, tem-se a previsão de uma audiência de justificção prévia, caso entenda o magistrado necessária. Essa audiência pode acontecer nos casos de tutela requerida antecedente, ou incidente, e tem como finalidade permitir não só maior convencimento, mas também demonstração dos pressupostos para a concessão da tutela.

No caso da arbitragem, ambas as práticas podem ser feitas pelo árbitro, pois, apesar de omissa a Lei n. 9.307/96, a flexibilização do procedimento arbitral e o livre convencimento do árbitro permitem tais condutas.

Para fins de concessão de uma medida sem oitiva da parte contrária, o árbitro deve ter extrema cautela, observar com bastante atenção as provas acostadas e, mais ainda, estar convencido de que o perigo na demora e o risco de dano estão presentes suficientemente para que não haja violação ao princípio do contraditório. Caso contrário, a designação de audiência de justificção prévia se mostra uma via adequada, tendo em vista que o procedimento arbitral possui maior facilidade de comunicação entre as partes, advogados e árbitros.

4.5.3 Irreversibilidade dos efeitos da decisão

Por fim, o § 3º do art. 300 dispõe¹⁶⁶: “A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificção prévia”.

¹⁶⁵ Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

Este dispositivo visa impedir que a tutela provisória de urgência antecipada seja concedida nos casos em que houver perigo de irreversibilidade da medida. Observa-se que o legislador foi expresso ao mencionar a natureza antecipada da medida, não sendo extensiva tal proibição à concessão da medida cautelar.

Cumprе observar que esse dispositivo visa impedir uma irreversibilidade fática, e não jurídica. Até porque toda decisão é juridicamente reversível, ainda que em perdas e danos. José Antônio Fichtner e André Luís Monteiro afirmam nesse sentido¹⁶⁷:

A irreversibilidade mencionada é uma irreversibilidade fática e não jurídica. Afinal, toda e qualquer decisão é juridicamente reversível até que ela seja imunizada pela coisa soberanamente julgada (ou seja, coisa julgada material formada após o decurso do prazo de ajuizamento da ação rescisória). É interessante observar que existe dúvida na doutrina em saber se a possibilidade de reparação em dinheiro do prejuízo sofrido pelo réu em razão da concessão da tutela provisória seria suficiente para caracterizar como reversível a situação do plano fático.

Como foge ao escopo do presente trabalho analisar a fundo o que seria considerável como irreversível e até que ponto uma tutela provisória de urgência concedida em caráter antecipado pode ser revertida, a questão posta foi apenas para retratar a previsão legislativa processual, e se ao árbitro também seria imposto esse limite.

Aqui, não se fala em imposição, e sim em cuidado, pois essa situação também pode acontecer em um procedimento arbitral. A irreversibilidade da medida não pode constituir um impedimento absoluto à concessão da tutela provisória de

¹⁶⁶ Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

¹⁶⁷ FICHTNER, José Antônio; MONTEIRO, André Luís. Tutela provisória na arbitragem e novo Código de Processo Civil: tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 487.

urgência antecipada. O árbitro deve observar atentamente o caso concreto, fazendo um exercício de ponderação de interesses e bens jurídicos tutelados, buscando realizar um juízo de proporcionalidade, solucionando a questão posta com cautela.

A irreversibilidade da medida é um fator de extrema importância para a concessão de uma tutela provisória de urgência na arbitragem, assim como no processo civil, e a relevância do direito a ser protegido, bem como a gravidade de situação, devem ser os fatores norteadores utilizados pelo árbitro no momento de proferir uma decisão.

4.5.4 Estabilização da tutela

Por fim, como último tópico para análise das disposições processuais acerca das tutelas provisórias de urgência não constantes da Lei de Arbitragem, tem-se o fenômeno da estabilização da tutela. Trata-se de uma inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, no art. 304, *caput*. *In verbis*¹⁶⁸: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”.

Esse procedimento é consubstanciado em técnica de monitorização do processo civil brasileiro. Freddie Didier Jr. conceitua, nesse sentido¹⁶⁹:

A estabilização da tutela antecipada ocorre quando ela é concedida em caráter antecedente e não é impugnada pelo réu, litisconsorte ou assistente simples (por recurso ou outro meio de impugnação). Se isso ocorrer, o processo será extinto e a decisão antecipatória continuará produzindo efeitos, enquanto não for ajuizada ação autônoma para revisá-la, reformá-la ou invalidá-la.

Assim, a estabilização da tutela destina-se a evitar o prosseguimento do processo, dando ao juiz poder de decisão em sede de cognição sumária, de tal sorte

¹⁶⁸ Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

¹⁶⁹ DIDIER JR., Freddie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. v. II, p. 730.

que, se o réu não se manifestar, não há necessidade de decisão definitiva. Isso significa afirmar, em outras palavras, que o diploma processual optou por utilizar-se do fenômeno da estabilização nos casos em que o réu não interpuser agravo de instrumento, tornando-se a tutela provisória de urgência antecipada estável, para todos os efeitos, extinguindo-se o processo e exaurindo-se a prestação jurisdicional.

Em uma breve retrospectiva histórica, a estabilização da tutela advém dos ordenamentos jurídicos belgas, franceses e italianos¹⁷⁰. Inclusive, a discussão para sua incorporação no Código de Processo Civil não é tema recente, sendo matéria de tese defendida pela Prof^a Ada Pellegrini Grinover há muitos anos, em estudo de direito comparado¹⁷¹. Esse fenômeno, capitaneado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), teve como entusiasta não só a referida autora, mas também outros como José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni¹⁷².

Sobre o tema, discorre Luiz Guilherme Marinoni¹⁷³:

O objetivo da regra que prevê a estabilização da tutela antecipada é, por um lado, eliminar a necessidade de discussão de uma questão que, diante da conduta do réu, não gera mais controvérsia, e, de outro, outorgar capacidade de produzir efeitos a uma decisão interna a um processo que resulta extinto sem resolução de mérito.

Portanto, se a estabilidade da tutela antecipada é o preço da inércia do demandado, esse somente é realmente pago porque se deixa claro que a tutela não impugnada produz efeitos para além do processo em que concedida. Ou melhor, se a razão da técnica processual é otimizar a prestação jurisdicional quando presente o

¹⁷⁰ LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 85.

¹⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*, v. 121, p. 11-35, mar. 2005.

¹⁷² FICHTNER, José Antônio; MONTEIRO, André Luís. Tutela provisória na arbitragem e novo Código de Processo Civil: tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 512.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 231-232.

desinteresse do demandado, a ideia de estabilização da tutela representa a manutenção atemporal dos efeitos da tutela.

Parte-se, aqui, da premissa de que, se o próprio réu, em tese atingido pela decisão que concedeu a medida de urgência, não a impugnou, estabilizar-se-á a demanda, dispensando o autor do ônus de requerer aprofundamento da análise pelo Poder Judiciário. Para autores como Eduardo Talamini¹⁷⁴, a finalidade da estabilização é racionalizar a atuação judiciária, tendo em vista que a norma processual encontrou uma solução fundada em preclusão, como geradora de resultado prático, sem força de coisa julgada.

A despeito da impugnação mencionada, importante ressaltar que a mera apresentação de contestação não tem o condão de cessar a ocorrência da estabilização. A lei processual é expressa ao utilizar o termo “recurso”, e, sob essa perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça já consolidou seu entendimento¹⁷⁵:

PROCESSUAL CIVIL. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NÃO INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECLUSÃO. APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO. IRRELEVÂNCIA.

I – Nos termos do disposto no art. 304 do Código de Processo Civil de 2015, a tutela antecipada, deferida em caráter antecedente (art. 303), estabilizar-se-á, quando não interposto o respectivo recurso.

II – Os meios de defesa possuem finalidades específicas: a contestação demonstra resistência em relação à tutela exauriente, enquanto o agravo de instrumento possibilita a revisão da decisão proferida em cognição sumária. Institutos inconfundíveis.

III – A ausência de impugnação da decisão mediante a qual deferida a antecipação da tutela em caráter antecedente, tornará, indubitavelmente, preclusa a possibilidade de sua revisão.

¹⁷⁴ TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. In: DIDIER JR., Fredie (coord.-geral); MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). *Novo CPC doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 4, p. 178.

¹⁷⁵ REsp 1797365/RS, rel. Min. Sérgio Kukina, rel. p/ Acórdão Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 03.10.2019, DJe 22.10.2019.

IV – A apresentação de contestação não tem o condão de afastar a preclusão decorrente da não utilização do instrumento processual adequado – o agravo de instrumento.

V – Recurso especial provido.

Dessa forma, a resistência do réu deve ser por meio de recurso de agravo de instrumento, e a Ministra Regina Helena Costa asseverou em seu voto:

(...) embora a apresentação de contestação tenha o condão de demonstrar a resistência em relação à tutela exauriente, tal ato processual não se revela capaz de evitar que a decisão proferida em cognição sumária seja alcançada pela preclusão, considerando que os meios de defesa da parte ré estão arrolados na lei, cada qual com sua finalidade específica, não se revelando coerente a utilização de meio processual diverso para evitar a estabilização, porque os institutos envolvidos – agravo de instrumento e contestação – são inconfundíveis.

Embora o presente estudo não tenha como objeto central o exame desses fenômenos no Código de Processo Civil, sua relevância para a arbitragem é evidente. Ora, se concedida uma tutela provisória de urgência antecipada antecedente, e existe entre as partes litigantes convenção de arbitragem, há a ocorrência da estabilização da medida?

Considerando que a reforma da Lei de Arbitragem, amplamente abordada no item 2.8, estabeleceu um rito próprio para as tutelas provisórias relacionadas à arbitragem, conclui-se que a estabilização não se aplica ao procedimento arbitral, pois: “cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão”¹⁷⁶.

A regra em questão prevalece sobre aquela do Código de Processo Civil, seja pela aplicação do critério da especialidade (regra especial sobre regra geral) ou pelo critério da temporalidade (a reforma da Lei de Arbitragem é posterior ao CPC).

¹⁷⁶ *Ex vi* o art. 22-A, parágrafo único, da Lei de Arbitragem.

Ademais, a competência do Poder Judiciário, ao conferir uma medida de urgência pré-arbitral, é provisória e temporária, já que, ao devolver a matéria para conhecimento do tribunal arbitral, este tem competência para modificar ou revogar a tutela concedida, conforme já visto anteriormente. A jurisdição estatal atua apenas para suprir uma situação momentânea, enquanto o tribunal arbitral não estiver constituído ou em condições de atuar. Eduardo Talamini conclui¹⁷⁷:

Admitir-se a estabilização da tutela antecipada nessa hipótese implica igualmente tornar estável, permanente, a competência judicial estabelecida como provisória, “precária”. Significa transformar o órgão judiciário de colaborador, coadjuvante, em agente principal, protagonista.

Portanto, não cabe ampliar a interpretação das normas, pelo simples argumento de ordem literal. Há na Lei de Arbitragem regra expressa acerca da necessidade de instauração de procedimento após a concessão de medida de urgência pré-arbitral, e a clareza do texto permite a afirmação de que a tutela de urgência antecipada antecedente não se estabiliza para a arbitragem.

¹⁷⁷ TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. *In*: DIDIER JR., Fredie (coord.-geral); MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). *Novo CPC doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 4, p. 178.

5. A TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA NA ARBITRAGEM

5.1 Breve introdução: conceito, histórico e características gerais

À luz do exposto, o Código de Processo Civil adotou o termo *tutela provisória*, como gênero, do qual são espécies a tutela provisória de urgência e a tutela provisória de evidência. Nesse sentido, o capítulo anterior se destinou ao estudo das tutelas provisórias de urgência na arbitragem, demonstrando que o elemento necessário para sua concessão é a urgência, podendo ter por objeto o simples acautelamento ou a antecipação dos próprios efeitos da decisão final, buscando fazer um amplo estudo acerca dos pressupostos, modalidades, momento e aplicabilidade.

Todavia, como o novo diploma processual inovou na previsão legislativa e criou o instituto da tutela provisória de evidência, e, como, pelas razões já abordadas de descompasso temporal, a Lei de Arbitragem não conseguiu ir tão adiante, faz-se necessária sua abordagem neste momento.

A tutela de evidência não pode ser confundida com as tutelas de urgência, na medida em que serve para proteger um direito já evidenciado. Nas palavras de Eduardo Arruda Alvim¹⁷⁸:

Presta-se a tutela da evidência, nas hipóteses previstas pela lei processual, para tutela do direito evidente. Ao se falar em “direito evidente”, aliás, não se pretende adjetivar o direito em si, analisando abstratamente, mas sim fazê-lo no plano dos fatos, evidenciando-se a ocorrência, no plano empírico, das hipóteses de incidência previstas pelos dispositivos normativos. “Direito evidente”, portanto, é o “direito evidenciado ao juízo através das provas”.

Um direito evidenciado é aquele demonstrado desde logo. Assim, a tutela provisória de evidência se respalda na própria evidência fática e processual,

¹⁷⁸ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 316.

consubstanciada no combate ao estado de injustiça que se instaura pelo decurso do tempo e ônus probatório. Nessa linha de raciocínio, discorre Luiz Guilherme Marinoni¹⁷⁹:

Nota-se que esta espécie de técnica de tutela dos direitos é o resultado da admissão de que: i) o tempo não pode ser jogado nas costas do autor, como se esse fosse o culpado pela demora inerente à investigação dos fatos; ii) portanto, o tempo do processo deve ser visto como um ônus; iii) o tempo deve ser distribuído entre os litigantes em nome da necessidade de o processo tratá-los de forma isonômica.

A esse respeito, inicialmente, cumpre fazer uma breve retrospectiva histórica, até para melhor compreensão da criação dessa espécie de tutela, que, em verdade, não é tão nova assim. Isso porque o Código de Processo Civil de 1973, apesar de não tratar de forma coesa o tema, já traduzia a existência de tal tipo de medida.

O art. 273 assim dispunha¹⁸⁰:

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

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Quanto ao primeiro inciso, não restam dúvidas de que se tratava da tutela provisória de urgência, tendo em vista o “receio de dano irreparável ou de difícil reparação”. Ainda que a discussão girasse em torno da natureza da tutela,

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 276.

¹⁸⁰ Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil.

antecipada ou cautelar, certo era que se tratava de medida com respaldo na urgência.

Por outro lado, o segundo inciso já indicava que, nos casos em que o “abuso de direito” ou “manifesto propósito protelatório do réu” fossem caracterizados, o juiz poderia acabar antecipando os efeitos da tutela jurisdicional, aqui respaldadas na ideia de evidência. Dessa forma concedia-se o que provavelmente estaria na sentença final. Leonardo Ferres da Silva Ribeiro aponta¹⁸¹:

Quanto ao inc. II do art. 273, pode-se dizer que se tratava, por expressa disposição legal, de uma hipótese de antecipação de tutela quando ficar “caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”. Isso porque, mercê da defesa inconsistente e/ou procrastinatória apresentada pelo réu, o direito do autor fica ainda mais evidenciado, emergindo maior probabilidade de vitória da sua pretensão. Tratava-se, pois, de uma antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional plasmada na ideia de evidência e não de urgência.

Em outras palavras, a existência do direito fundada em conduta semelhante à da litigância de má-fé, diante de argumentos e fatos apontados pelo autor pelo uso e abuso do direito de defesa, já justificaria a evidência necessária para fins de antecipação dos efeitos da sentença.

Fortemente influenciada por Luiz Fux¹⁸², em estudos feitos acerca do tema há mais de vinte anos, a tutela de evidência passa então a ser regulamentada no art. 311 do Código de Processo Civil de 2015. O referido Ministro já apontava¹⁸³:

¹⁸¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 191.

¹⁸² Luiz Fux faz grandes estudos acerca do tema desde 1996, quando publicou a obra *Tutela de segurança e tutela da evidência*. Desde então, sua doutrina e jurisprudência caminham no sentido de que a evidência está próxima da segurança necessária ao autor, possibilidade que garante uma análise mais vertical do direito. Para ele, a lentidão do processo ordinário, por gerar atraso na satisfação da prestação posta em juízo, pode caracterizar a espera da parte como injusta caso esta apresente um direito considerado evidente. Os exemplos utilizados por Fux são aqueles oriundos de prova documental, fatos incontroversos e notórios, a manifesta ilegalidade, a questão estritamente jurídica, os fatos confessados, as provas produzidas antecipadamente e a existência de prescrição ou decadência.

Modernamente a temática da “efetividade do processo” reclama tratamento diferenciado para o que denominamos “direitos evidentes”. A expressão vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente. São situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário até a satisfação do interessado demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada.

O autor assegurava que o requisito da tutela de evidência era a forma como o direito se apresenta, e não a verossimilhança das alegações. O direito evidente seria aquele manifestamente claro pelas provas apresentadas ao juiz. Contudo, sua tese acabou por ser muito ampla, pois possuía como finalidade estender a tutela antecipada a todos os direitos evidentes.

Assim, o novo diploma processual acaba por adotar um conceito mais restritivo, não admitindo se basear apenas em prova documental, mas também no tempo do processo e na conduta praticada pelo réu, conforme se observará no item 5.2.

Importante frisar que a evolução legislativa vem para proporcionar maior amplitude da atuação do magistrado no que tange à probabilidade do direito alegado, independentemente dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Essa “nova” modalidade de tutela provisória, diferente daquelas de urgência, requer demonstração de plausibilidade do direito alegado, cujo escopo é a proteção de determinada situação que, com grande probabilidade, será amparada pela sentença final.

E, exatamente por se tratar de uma tutela destinada à proteção de um direito evidente, e não urgente, é que não há que se falar em concessão *ex officio*,

¹⁸³ FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, ano 2, n. 16, p. 23-43, abr. 2000.

sendo necessário, para tanto, provocação do autor. Também não há que se falar em tutela de evidência antecedente, pois se protege o direito evidente nos autos.

Por fim, importante ressaltar que não se pode confundir a tutela provisória de evidência com a tutela provisória de urgência cautelar. Eduardo Lamy discorre, nesse sentido¹⁸⁴:

A terceira limitação da tutela evidente é a impossibilidade de uma evidência cujo caráter seja acautelatório. A evidência é, em si, satisfativa. Ela satisfaz o direito porque é evidente. Não lhe cumpre proteger o direito evidente, mas sim desde já executá-lo. A cautela se liga à dúvida que gera a necessidade de proteção; não à certeza que permite a imediata execução.

Portanto, seu objetivo não é acautelar o direito, e sim satisfazê-lo, podendo dar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos do provimento futuro.

5.2 As hipóteses do art. 311 do Código de Processo Civil

Por se tratar de uma espécie de tutela provisória cujo objetivo é satisfazer o direito das partes, a tutela de evidência é uma medida antecipatória dos efeitos da sentença final, sem que haja necessidade de comprovação do risco de dano, mas que se enquadre nas situações previstas em lei – art. 311 do Código de Processo Civil.

O referido artigo dispõe¹⁸⁵:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

¹⁸⁴ LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 28.

¹⁸⁵ Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Em uma rápida abordagem acerca dessas hipóteses, considerando não ser o objeto proposto por este estudo, é importante mencionar, *prima facie*, que se trata de rol taxativo, mas não limitado ao art. 311 do diploma processual. Isso porque a tutela de evidência não é um interesse apenas da parte, mas do próprio sistema jurídico. Tal posicionamento é defendido por Eduardo Lamy, que aduz¹⁸⁶:

Por outro lado, entretanto, não faz sentido entender que apenas nas hipóteses previstas no art. 311 do CPC de 2015 é que existe a possibilidade da aplicação da tutela de evidência, havendo outras hipóteses legais enquadráveis como tutela de evidência, como será analisado adiante.

Não é taxativo, portanto, o rol do art. 311 do CPC. A taxatividade requereria previsão legal limitadora às hipóteses do dispositivo, o que o código deixou claro não haver. Interpretação diversa levaria à restrição da aplicação de um instituto importante para a tutela mais adequada dos direitos, e cuja utilização já é restrita no cotidiano forense.

Para exemplificar sua posição, o autor traz outras hipóteses legais de cabimento de tutela provisória de evidência, como: i) nas ações de controle de constitucionalidade, ii) no mandado monitório, iii) em casos de falsa evidência em

¹⁸⁶ LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 15-16.

ações de improbidade administrativa e iv) nas ações demolitórias transitadas em julgado e reparação da área degradada.

Com relação aos incisos do art. 311, têm-se seguintes hipóteses:

5.2.1 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório (inciso I)

Este é o caso em que já existia previsão no diploma processual de 1973, e claramente é um conceito jurídico indeterminado, por não haver na lei processual uma definição clara e expressa de quais são as condutas que podem ser consideradas abuso de direito ou manifesto propósito protelatório. Trata-se, portanto, de cláusula geral. É preciso perceber que nessa hipótese o legislador inibe qualquer prática abusiva e protelatória do réu quando este obsta o deslanche natural do processo. Não possuindo fundamentos razoáveis para a defesa, o demandado acaba por utilizar-se de determinados recursos processuais para tumultuar o feito, tornando injusta a manutenção do ônus do decurso do tempo apenas ao autor¹⁸⁷.

Nesse caso, não há que se falar em concessão liminar, pois depende da conduta praticada pelo réu, para proteger o autor e o sistema jurídico do referido abuso de direito.

5.2.2 Alegações de fatos comprováveis documentalmente e incidência de casos repetitivos ou súmula vinculante (inciso II)

A regra constante do inciso II acabou por misturar duas questões importantes: a comprovação de fatos mediante documentos, com a decisão tomada em casos respectivos pelas cortes superiores e súmula vinculante. Desse modo, além de ser dever do autor comprovar documentalmente os fatos alegados, é preciso que o direito pleiteado tenha sido objeto de definição prévia em casos repetitivos ou entendimento sumulado.

¹⁸⁷ Neste caso, como o abuso de direito e o manifesto propósito protelatório caminham próximos da litigância de má-fé, importante notar que a intenção da norma é tutelar o irregular exercício do direito de defesa, considerando todas as manifestações do réu. A tutela provisória de evidência visa resguardar apenas o decurso do tempo, que corre contra o autor, diminuindo, assim, seu ônus. Qualquer discussão acerca da punição do réu extrapola o tema.

Preenchidos ambos os requisitos, a tutela provisória de evidência poderá ser concedida, em caráter liminar (*vide* parágrafo único do mesmo artigo).

5.2.3 Pedido reipersecutório fundado em prova documental do depósito (inciso III)

O terceiro inciso traz a hipótese de concessão de tutela provisória de evidência nos casos em que houver pedido reipersecutório fundado em prova documental do contrato de depósito¹⁸⁸. Trata-se de tema específico, cuja finalidade é entregar ao autor imediatamente o bem objeto de discussão, considerando que a pretensão levada a juízo é a entrega de coisa que se encontra sob guarda de terceiro.

Novamente, a tutela provisória de evidência poderá ser concedida em caráter liminar (*vide* parágrafo único do mesmo artigo).

5.2.4 Petição inicial instruída com provas suficientes e a ausência de dúvida razoável (inciso IV)

O último inciso, que dispõe acerca das hipóteses de concessão de tutela provisória de evidência, é aquele que mais se aproxima da lógica essencial do conceito dessa medida. Isso porque dispõe expressamente que, em sendo possível apresentar prova segura e confiável do fato constitutivo do autor, e o réu não apresentando nenhuma prova capaz de gerar dúvida razoável, a evidência se confirma.

É importante destacar, ainda, que essa hipótese de tutela provisória de evidência não pode ser confundida com o julgamento antecipado parcial da lide, pois, no caso em tela, ainda há controvérsia entre as partes, mas o réu não apresenta provas razoáveis para contrapor a força daquelas juntadas pelo autor.

¹⁸⁸ Destaca-se aqui o fato de que a ação de depósito, incluída nos procedimentos especiais do antigo Código, deixou de existir, sendo substituída a previsão legal pela hipótese em questão, e sendo prevista nos arts. 627 e seguintes do Código Civil.

Por fim, não há que se falar em concessão liminar, pois depende da resposta do réu, e dos documentos por ele apresentados, para comprovar os fatos incontroversos.

5.3 Arbitragem

Cuida-se de analisar, neste item, se a tutela provisória de evidência se aplica à arbitragem.

Afirmar que essa previsão legislativa se aplica à arbitragem, simplesmente por estar prevista no Código de Processo Civil, é não só temerário como absurdo (considerando que a incidência do diploma processual na arbitragem é afastada). Entretanto, no que tange às matérias procedimentais, o instituto da arbitragem permite serem utilizados os instrumentos disponíveis para tornar ainda mais eficaz o procedimento arbitral.

Com efeito, a reforma da Lei de Arbitragem, no que tange às tutelas provisórias, não estabeleceu nenhuma norma nesse sentido (conforme já observado), mas sua essência em si pode ser aplicada, até porque inevitavelmente os árbitros exercem jurisdição sobre o litígio, e em determinadas situações podem (e devem) resguardar o resultado útil do processo. Francisco José Cahali aduz¹⁸⁹:

Assim, este instituto – *tutela de evidência* – é sem dúvida um útil incremento à tutela jurisdicional da arbitragem.

E mais, deferido ao juízo arbitral a jurisdição plena sobre o litígio, não há como negar-lhe o pronunciamento incidente e provisório sobre todo o quanto se mostrar pertinente no curso do procedimento, inclusive antecipando o resultado útil buscado.

Contudo, por não estar vinculado o árbitro ao diploma em questão, não seguirá o procedimento exposto no art. 311 e nem estará limitado às hipóteses dos incisos I a IV. Essa modalidade de tutela demandará apenas a verificação da

¹⁸⁹ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 309.

probabilidade de existência do direito do requerente (evidência), importando, assim, a essência da medida em questão.

Assim, caso o árbitro constate a necessidade de antecipar os efeitos da sentença arbitral, por evidenciar a ocorrência de qualquer hipótese de violação ao direito a ser tutelado, poderá fazê-lo, ainda sem expressa previsão legislativa na Lei de Arbitragem, utilizando o Código de Processo Civil como mera referência para tanto.

Por fim, o referido autor ainda afirma que, na prática, em determinadas situações, nem sequer haverá necessidade de apreciação da tutela de evidência, pois, diante de pedido incontroverso, a questão se supera no início da arbitragem. Há de ressaltar que na fase de organização da arbitragem já há fixação dos pontos controvertidos, razão pela qual haverá pronunciamento do(s) árbitro(s) a respeito da pretensão¹⁹⁰.

¹⁹⁰ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 309.

6. COOPERAÇÃO JURISDICIONAL

6.1 Regime de cooperação entre a justiça arbitral e a estadual: *ius cognitio x ius imperium*

Há muito se estuda a relação entre o juízo arbitral e o juízo estatal e se a arbitragem poderia sobreviver sem o auxílio e o suporte do Poder Judiciário. Embora ambivalentes, a justiça estatal e a justiça arbitral possuem natureza e mecanismos de atuar de forma diversas, em que uma delas advém da jurisdição estatal, enquanto a outra nasce da autonomia da vontade das partes, por meio da convenção de arbitragem, como uma forma de jurisdição privada.

Assim, ambas devem ser vistas como órgãos de realização da Justiça, sendo eles complementares entre si, e não concorrentes. Uma convivência harmoniosa entre árbitros e juízes contribui, sem dúvida, para a democratização do próprio Poder Judiciário brasileiro. Isso porque, conforme já explicitado, a oferta dos meios adequados para dirimir os conflitos e garantir o acesso à Justiça não é exclusividade do Poder Judiciário e sim finalidade do Estado, uma vez que este deve incentivar que as controvérsias possam ser diminuídas pelas vias privadas.

Assim, a ideia de cooperação deve prosperar. Não só porque ambas as justiças buscam pacificar o conflito, mas porque o Poder Judiciário não é órgão de fiscalização da justiça arbitral, tampouco órgão de interferência, não possuindo poderes para revisar o processo arbitral. Admitir isso seria o mesmo que desprezar a Lei de Arbitragem e sua validade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, diante de todo o contexto já abordado neste estudo.

Não obstante isso, a cooperação entre os árbitros e juízes é extremamente necessária em determinadas situações que podem ser dar antes da instauração do procedimento arbitral, durante ou depois de proferido o laudo arbitral. Nas palavras de Francisco José Cahali¹⁹¹:

¹⁹¹ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 311.

A convivência entre a jurisdição estatal e arbitral sempre foi e continuará sendo fundamental ao desenvolvimento da arbitragem. Esse regime de cooperação ou apoio aparece sob diversas formas, desde a ação para instituição da arbitragem através de compromisso arbitral (em razão de cláusula compromissória vazia – art. 7º da Lei 9.307/1996), até o processo de invalidação de sentença arbitral estrangeira, execução da sentença arbitral, e pela cooperação do Poder Judiciário ao desenvolvimento da arbitragem.

Dessa feita, a cooperação entre as justiças estatais e arbitrais pode ser necessária a qualquer momento. Independentemente disso, a colaboração deverá ser realizada de forma eficaz, buscando a efetividade da justiça arbitral, como um instituto alternativo de resolução de conflitos, que visa garantir o acesso e a concretização da justiça, como um todo.

Neste passo, importante demonstrar a cooperação do Poder Judiciário no que tange às tutelas provisórias. Apesar de na Lei de Arbitragem existirem outros artigos prevendo a necessidade de cooperação entre justiças¹⁹², destaca-se a efetivação das medidas de urgência, que podem ser concedidas pelo árbitro mas, se não cumpridas, não podem ser objeto de coerção pela arbitragem.

Como já se sabe, os árbitros exercem poderes jurisdicionais, sendo juízes de fato de direito¹⁹³, de maneira a proferir sentença final que serve de título executivo judicial. Porém, sua atuação está restrita à fase de conhecimento, não tendo poderes executórios, para implantar suas decisões. Eduardo Talamini expõe¹⁹⁴:

¹⁹² Destaca-se aqui o art. 22, § 2º, da Lei de Arbitragem, que dispõe acerca da condução coercitiva de testemunha renitente. Esse é um exemplo da letra da lei, que expressamente autoriza o árbitro a requerer à autoridade judiciária a condução coercitiva, destacando a necessidade de cooperação entre justiça arbitral e estadual.

¹⁹³ 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”.

¹⁹⁴ TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. *In*: DIDIER JR., Fredie (coord.-geral); MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). *Novo CPC doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 4, p. 161.

Mas equivaler não significa ser idêntico. Consequência do caráter não estatal da arbitragem reside na circunstância de que os árbitros não detêm o *imperium* estatal. Não podem adotar medidas de força coativa. Toda vez que dela necessitarem, precisam recorrer à autoridade judiciária.

Tem-se então a diferença entre o poder denominado *ius cognitio*, aquele derivado da jurisdição e dos poderes de dizer o direito, e o *ius imperium*, que garante os poderes necessários para executar e coagir as partes a cumprir suas decisões.

É nessa questão particular que se fraciona a jurisdição arbitral, sem, contudo, anulá-la, sendo necessária a figura do Poder Judiciário. O bom relacionamento entre a justiça comum e a arbitragem advém da própria consciência do múnus público exercido. Assim como os juízes estatais de competência distintas se comunicam e atuam em conjunto, o mesmo deve acontecer com a justiça arbitral, tendo como fim a busca pela pacificação social¹⁹⁵.

Pedro Batista Martins afirma em sua obra¹⁹⁶:

É necessária a integração das duas justiças para que haja convergência do interesse do particular e do Estado, qual seja, a tutela do direito do jurisdicionado. As relações dos tribunais estatais com o juízo arbitral devem ser frutíferas, com os olhos voltados para a realização da justiça, a satisfação do direito das partes, especialmente no que tange às medidas cautelares, gargalo do sistema arbitral, pois é sobremaneira importante a cooperação e o suporte do Judiciário na assistência da providência determinada pelo árbitro. (...) O juízo estatal atua em conjunto com o arbitral, dando assistência às medidas adotadas pelo árbitro. A eficácia da arbitragem, neste particular, depende substancialmente da cooperação e suporte a ser prestado pelo Poder Judiciário. É preciso

¹⁹⁵ Destaca-se aqui o capítulo do CPC destinado à cooperação nacional, que prevê nos arts. 67 a 69 a recíproca cooperação.

¹⁹⁶ MARTINS, Pedro Batista. Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (coord.). *Aspectos fundamentais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 361-370.

assimilar o entendimento de que os órgãos judiciais e privados de realização de justiça têm funções complementares e não concorrentes. Essa cultura é fundamental para a boa prática e regular condução do processo arbitral.

Esse regime de cooperação, levando em consideração a ausência do poder de império do árbitro, é especialmente relevante para o bom cumprimento das tutelas provisórias de urgência concedidas pelo árbitro, para que o processo arbitral se desenvolva com eficácia, garantindo às partes a adequada tutela jurisdicional e o efetivo acesso à justiça.

6.2 Carta arbitral

Nesse sentido, a limitação à atuação do árbitro acabou por exigir um método de desenvolvimento apto a garantir o efetivo cumprimento do ora determinado pela justiça arbitral, sem que se fragilizasse a decisão proferida.

Assim, com a reforma da Lei de Arbitragem e a entrada em vigor do Código de Processo Civil em 2015, a cooperação entre a justiça estadual e a justiça arbitral foi devidamente regulamentada, criando a figura da carta arbitral, como forma de comunicação entre juízos. Para Luiz Guilherme Marinoni¹⁹⁷:

O legislador regula a cooperação nacional, que é aquela que se dá entre os órgãos do Poder Judiciário no âmbito do território nacional. Embora a arbitragem não se confunda com a jurisdição, por questões ligadas à finalidade comum de solução de controvérsias, também pode ocorrer cooperação entre órgãos jurisdicionais e tribunais arbitrais – o que se dá mediante a chamada carta arbitral (art. 69, § 1º). Em ambos os casos, a fim de que o processo seja mais ágil, promovendo-se tendencialmente a sua duração em tempo razoável, o legislador prevê dever de recíproca cooperação entre magistrados, servidores, árbitros e câmaras arbitrais (art. 67).

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 1, p. 68.

Prevista no art. 22-C da Lei de Arbitragem¹⁹⁸ e nos arts. (i) 69, § 1º; (ii) 189, inciso IV; (iii) 237, inciso IV; (iv) 260, § 3º, e (v) 267 do Código de Processo Civil¹⁹⁹, a carta arbitral é uma forma de comunicação importante e hábil para que o juízo estatal pratique ou determine o cumprimento do estabelecido pelo árbitro, principalmente para a efetivação da tutela provisória concedida. Ela deverá atender aos requisitos do art. 260 do Código de Processo Civil, indicando, inclusive, o juízo arbitral de origem, a convenção de arbitragem e a nomeação e aceitação do(s) árbitro(s).

A referida inovação é de grande valia, pois não só conferiu maior celeridade, efetividade e segurança jurídica às decisões interlocutórias arbitrais (principalmente àquelas que concedem medida de urgência), mas também regulamentou a forma como essa comunicação deve ser feita, que, até então, não possuía um padrão, inexistindo instrumento próprio. Carlos Alberto Carmona já destacava em sua obra²⁰⁰:

¹⁹⁸ 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. Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.

¹⁹⁹ Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescindindo de forma específica e pode ser executado como: I – auxílio direto; II – reunião ou apensamento de processos; III – prestação de informações; IV – atos concertados entre os juízes cooperantes. § 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código.

Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: (...) IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

Art. 237. Será expedida carta: (...) IV – arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória.

Art. 260. São requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória: I – a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato; II – o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado; III – a menção do ato processual que lhe constitui o objeto; IV – o encerramento com a assinatura do juiz. (...) § 3º A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o *caput* e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função.

Art. 267. O juiz recusará cumprimento a carta precatória ou arbitral, devolvendo-a com decisão motivada quando: I – a carta não estiver revestida dos requisitos legais; II – faltar ao juiz competência em razão da matéria ou da hierarquia; III – o juiz tiver dúvida acerca de sua autenticidade. Parágrafo único. No caso de incompetência em razão da matéria ou da hierarquia, o juiz deprecado, conforme o ato a ser praticado, poderá remeter a carta ao juiz ou ao tribunal competente.

²⁰⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 325.

Enquanto não houver regulamentação para os trâmites necessários ao cumprimento da solicitação do concurso do juiz togado, o melhor método será o da distribuição do ofício a um dos juízes cíveis competentes para o ato.

Muito embora já olvidasse o referido autor acerca do tema, a redação original da Lei de Arbitragem e do Código de Processo Civil não continham comando uniforme a respeito de como se efetivaria essa cooperação e qual seria o instrumento hábil. Utilizava-se de um ofício, que seria distribuído para o juiz competente dar correto cumprimento. Porém, este era um fator de insegurança para todos os envolvidos e inclusive, para os árbitros.

Com a sistematização advinda da reforma de ambas as legislações, garantiu-se a uniformidade dos procedimentos de cooperação jurisdicional, deixando claro quais são os requisitos, motivos de recusa e até a regra que excepciona a publicidade dos atos processuais, conferindo à carta arbitral a confidencialidade, se assim estipulada no procedimento. Paulo Osternack Amaral expõe, nesse sentido²⁰¹:

O art. 22-C é congruente com as regras do art. 189, inc. IV, do art. 237, inc. IV, do art. 260, § 3º e do art. 267, todos do CPC/2015. Tais dispositivos disciplinam a carta arbitral no âmbito do Código de Processo Civil. O art. 189, inc. IV, do CPC/2015 excepciona a regra geral da publicidade dos atos processuais, determinando a tramitação em segredo de justiça dos processos “que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”. O inc. IV do art. 237 disciplina o regime de cooperação entre o juiz e o árbitro, inclusive em relação à efetivação da tutela provisória. O § 3º do art. 260 determina que a carta arbitral deverá atender aos requisitos gerais das cartas (previstos no art. 260) e ser instruída com a convenção de arbitragem, a prova de nomeação do árbitro e a prova da aceitação da função pelo árbitro.

²⁰¹ AMARAL, Paulo Osternack. O regime das medidas de urgência no processo arbitral. *In*: CAHALI, Francisco; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (org.). *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26/5/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 466-467.

Os motivos para recusa do cumprimento da carta arbitral estão previstos no art. 267 do CPC/2015.

Desse modo, tem-se um instituto que traz maior segurança jurídica às partes envolvidas no conflito, de forma a assegurar o cumprimento de uma medida de urgência concedida pelo árbitro, por meio do poder de *imperium* que detém o Poder Judiciário.

Aliás, o art. 237, IV, prevê expressamente a utilização da carta arbitral para efetivação da concessão de uma tutela provisória. *In verbis*²⁰²:

Será expedida carta: (...)

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

Por força desse artigo, a carta arbitral permite a comunicação dos tribunais arbitrais ao Poder Judiciário para requisição do cumprimento de uma medida de urgência, ou, ainda, de medidas coercitivas para que se faça valer a medida de urgência concedida pelo árbitro. Desse modo, a parte possui a garantia legal de que o juiz togado está obrigado a cumprir a solicitação do árbitro, de força célere, com a segurança de que a medida não será rejeitada sem motivação, tendo o resultado útil de seu processo garantido, ao menos no que tange à necessidade da cooperação do juiz natural.

Por fim, importante ressaltar que a recusa do juiz ao cumprimento da carta arbitral é taxativa e estrita ao rol apresentado no art. 267 do CPC, não podendo o juiz estatal entrar no mérito da decisão. A ele cabe aceitar a carta arbitral, observar os requisitos formais, especialmente no que tange à cláusula compromissória e os limites da convenção, e fazer cumprir o pedido expresso de cooperação, em atenção indispensável à boa relação entre juiz togado e árbitro.

²⁰² Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

Na prática, a realidade acaba por impor alguns desafios, como distribuição na Justiça Comum, delimitação de competência e até modelo para redação desse instrumento. Porém, a carta arbitral é um instrumento de comunicação entre justiça estadual e arbitral, e assegurar o cumprimento de uma medida concedida pelo árbitro no decorrer de uma arbitragem contribui inclusive para o sistema de solução de controvérsias, que acaba sendo revertido em prol da própria justiça.

6.3 Varas especializadas

Diante da busca pelo acesso e concretização da justiça é que a Corregedoria Nacional de Justiça instituiu as Varas Especializadas em Arbitragem. Trata-se de outro instrumento cujo objetivo é a maior participação do Poder Judiciário na arbitragem.

A criação dessas varas especializadas aos olhos do Poder Judiciário tem o condão não só de conferir maior eficácia, mas também de incentivar a arbitragem, colocando o Brasil no caminho do mundo globalizado. Se a arbitragem já é reconhecida internacionalmente, a jurisdição interna brasileira deve se aprimorar no assunto, sendo partícipe dessa forma de solução de controvérsias.

Trata-se, portanto, de medida positiva adotada por intermédio da Ministra Nancy Andrighi, no ano de 2015. Para ela, investir na aplicação das formas adequadas de solução de conflitos é dever de todos os juízes, sendo que a cada dia deve ser motivo de maior preocupação e estímulo. A referida Ministra afirma que é dever da Corregedoria Nacional de Justiça empreender esforços para que essa prestação jurisdicional seja um caminho seguro e eficiente para todos aqueles que a escolherem²⁰³.

Assim, a criação dessas varas foi estipulada como meta para o ano judiciário de 2015, e já foi aprovada por unanimidade em 27 (vinte e sete) Tribunais

²⁰³ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Ministra Nancy Andrighi anuncia criação de varas especializadas em mediação e arbitragem*. Brasília, 21 nov. 2014. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias-do-cjf/2014/novembro/ministra-nancy-andrighi-anuncia-criacao-de-varas-especializadas-em-mediacao-e-arbitragem>. Acesso em: 28 dez. 2019.

de Justiça. Até o momento da redação deste trabalho (dezembro de 2019), foram implantadas as seguintes varas²⁰⁴:

Tribunal	Varas de Arbitragem implantadas
TJAC	1ª e 5ª Varas Cíveis da Comarca de Rio Branco
TJAL	1ª e 2ª Varas Cíveis da Comarca de Maceió
TJAM	1ª e 11ª Varas Cíveis da Comarca de Manaus
TJAP	5ª e 6ª Varas de Fazenda Pública da Comarca Amapá
TJBA	3ª e 6ª Varas Cíveis e Comerciais da Comarca de Salvador
TJCE	38ª e 39ª Varas Cíveis da Comarca de Fortaleza
TJES	9ª e 10ª Varas Cíveis da Comarca de Vitória
TJGO	5ª Vara Cível da Comarca de Goiânia
TJMA	10ª e 12ª Varas Cíveis e Comércio da Comarca de São Luiz
TJMG	1ª e 2ª Varas Empresariais da Comarca de Belo Horizonte
TJMS	3ª e 4ª Varas Cíveis da Comarca de Campo Grande
TJMT	4ª Vara Cível da Comarca de Cuiabá
TJPA	12ª e 14ª Varas Cíveis da Comarca de Belém
TJPB	8ª e 12ª Varas Cíveis da Comarca de João Pessoa
TJPE	Central de Conciliação, Mediação e Arbitragem
TJPI	9ª e 10ª Varas Cíveis da Comarca de Teresina
TJPR	24ª e 25ª Varas Cíveis da Comarca de Curitiba
TJRJ	51ª e 52ª Varas Cíveis da Comarca do Rio de Janeiro
TJRN	1ª e 2ª Varas de Precatórios da Comarca de Natal
TJRO	1ª e 4ª Varas Cíveis da Comarca de Porto Velho
TJRR	1ª e 2ª Varas Cíveis da Comarca de Boa Vista
TJRS	1ª Vara Cível do Fórum Central da Comarca de Porto Alegre
TJSC	4ª e 5ª Varas Cíveis da Comarca de Florianópolis
TJSE	2ª e 5ª Varas Cíveis da Comarca de Aracaju
TJSP	1ª, 2ª e 3ª Varas de Falência e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo
TJTO	2ª e 3ª Varas Cíveis da Comarca de Palmas

Importante mencionar que a criação das varas especializadas se deu tanto na mediação quanto na arbitragem. Mas, como se pôde observar, no quadro acima estão elencados os 26 estados que já cumpriram a meta no que tange aos juízos especializados em arbitragem.

²⁰⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Corregedoria divulga lista de varas especializadas em arbitragem*. Brasília, 5 set. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80374-corregedoria-divulga-lista-de-varas-especializadas-em-arbitragem>. Acesso em: 28 dez. 2019.

7. JURISPRUDÊNCIA

Com a finalidade de tornar o presente estudo mais completo, além da jurisprudência já colacionada ao longo do texto, faz-se uma breve menção às decisões dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Superiores, e como estes vêm enfrentando o tema.

Conforme já abordado, no que tange à concessão de tutela provisória de urgência antes da instauração do procedimento arbitral, deve-se respeitar as regras de competência, submetendo-se o pedido ao juízo estatal. Destaca-se a ementa:

AGRAVO INTERNO. CAUTELAR, DESACOLHIDA NA ORIGEM, COM PLEITO DE SUSPENSÃO DE CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. APELAÇÃO AINDA NÃO PROCESSADA. INDEFERIDA TUTELA DE URGÊNCIA. Ausência de perigo de demora. Cláusula de arbitragem. Ausente qualquer demonstrado e concreto entrave para início do procedimento. Não entrevisto perigo de demora que impeça se aguarde a instauração da arbitragem até com pleito antecipatório que lá se formule. Valores recebidos pelo autor em operação de venda de ações a afastar o risco de dano irreparável. Ausente urgência que não permita a análise da quebra da base objetiva do contrato pelo tribunal arbitral competente, ao menos enquanto não apreciada a apelação. Ademais do alegado prejuízo, autor que, ao fundo, ainda parece poder exercer as atividades, mediante transferência das ações. Decisão monocrática mantida. Agravo interno desprovido (TJSP, Ag. Int. 2154310-71.2016.8.26.0000, julgado em 13.02.2017).

Nesse caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo indeferiu a tutela provisória de urgência de natureza cautelar para sustar, total ou parcialmente, os efeitos de cláusula de não concorrência estabelecida em acordo de acionistas. A justificativa utilizada pelos desembargadores foi a de que não haveria razão bastante a que se evidenciasse não poder aguardar deliberação do juízo privado escolhido pelas partes.

Outro julgado segue no mesmo sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. PEDIDO DE DESPEJO E COBRANÇA PARCERIA AGRÍCOLA. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU A TUTELA DE URGÊNCIA PRETENDIDA PELA AUTORA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CONCESSÃO DA TUTELA. Impossível conceder a medida pleiteada tendo em vista que questão referente à necessidade de submissão do feito a juízo arbitral encontra-se pendente de apreciação. Possibilidade de extinção do feito que infirma a probabilidade do direito. Decisão mantida. Recurso desprovido (TJSP, AI 2229929-36.2018.8.26.0000, julgado em 27.11.2018).

Aqui, o acórdão destaca que há pendente análise de questão referente à necessidade de submissão do impasse a juízo arbitral, considerando a existência de dois contratos coligados, um de parceria agrícola e outro de compra e venda de cana-de-açúcar, sendo que apenas um deles possui cláusula compromissória estabelecida.

O voto considerou que a concessão da tutela de urgência era prematura, pois havia pendência de análise de competência na origem, indeferindo a concessão da medida pleiteada até melhor elucidação da lide.

Ainda, um conflito de competência instaurado no Superior Tribunal de Justiça elucidada:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA POSITIVO. JUÍZO ARBITRAL E JUÍZO ESTATAL. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE CONFIGURAÇÃO DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Entendimento sufragado pela Segunda Seção do STJ. Contrato de parceria e construção, com cláusula compromissória arbitral. Juízo estatal que determina, no bojo de execução de título extrajudicial, o levantamento de valores depositados em juízo, a despeito dos embargos do devedor e de terceiro a serem, a princípio, examinados

no âmbito do procedimento arbitral anteriormente instaurado. Pedido liminar deferido (STJ, CComp 150.830/PA, rel. Min. Marco Aurélio Belizze, julgado em 13.02.2017).

Esse caso retrata o conflito de competência entre justiça estadual e justiça arbitral, em um caso de pedido de tutela de urgência no Poder Judiciário, quando já instaurado o procedimento arbitral. Dessa forma, o Ministro Relator considerou que há prejudicialidade externa, designando o juízo arbitral para dirimir as questões urgentes.

Por outro lado, no que tange à tutela provisória de evidência, tem-se o seguinte posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE GASES E DE LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS. TUTELA CAUTELAR DE EVIDÊNCIA. Pretensão de suspensão de inscrição negativa junto ao Serasa. Sentença que reconheceu a falta de interesse processual da autora e indeferiu a petição inicial. Apelo da autora. Manutenção do julgado. Cabimento. Ausência de interesse de agir. Reconhecimento. Apelo da autora desprovido (TJSP, Recurso de Apelação n. 1011185-59.2016.8.26.0292, julgado em 15.08.2018).

Nesse julgado, os desembargadores entenderam que o pedido de tutela de evidência poderia ser feito diretamente ao juízo arbitral, não se verificando a urgência alegada ensejadora de socorrer-se do Poder Judiciário em caráter antecedente à instauração do procedimento arbitral. Por se tratar de uma tutela provisória de evidência, e não de urgência, a parte poderia aguardar a manifestação do tribunal arbitral.

Por fim, no que tange à cooperação de justiças, tem-se o seguinte posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Em decorrência da competência estabelecida pelo juízo arbitral e sem desconsiderar que “[...] Os árbitros não são investidos do poder de império estatal à prática de atos executivos, não tendo poder

coercitivo direto” (REsp 1465535/SP, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21.06.2016, DJE 22.08.2016) (TJSC, Apelação Cível n. 0305488-25.2016.8.24.0011, de Brusque, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 26-06-2018), evidente que cabe a este órgão jurisdicional apenas utilizar seu poder coercitivo dentro dos limites estabelecidos pelo árbitro, como instrumento de efetivação da decisão proferida por este (TJSC, AI 4027170-22.2018.8.24.0900, julgado em 12.11.2018).

Desse modo, seguindo o entendimento jurisprudencial do STJ, o desembargador afirma que somente poderá utilizar do poder coercitivo para auxiliar a justiça arbitral, não cabendo a ele revisão da decisão proferida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arbitragem é uma forma adequada de solução de conflitos na qual se elege um árbitro ou um tribunal arbitral, cuja sentença final produz o mesmo efeito jurídico da sentença proferida pela jurisdição estatal. Por essa razão, pode-se afirmar que a arbitragem é jurisdição, sendo o árbitro juiz de fato e de direito.

Assim, o presente estudo buscou analisar a arbitragem e seu desenvolvimento no Brasil, levando em consideração todo o histórico legislativo até a promulgação da Lei n. 9.307/96. Com esse marco, a arbitragem é devidamente regulamentada e elimina-se o obstáculo da necessidade de homologação de sentença arbitral.

Por ser um instituto em crescimento no Brasil, a arbitragem veio dar novo enfoque ao conceito tradicional de jurisdição (aquele estritamente estatal), conferindo às partes solução de conflitos, acesso à justiça e pacificação social.

Por dizer o direito, o árbitro se depara com situações procedimentais parecidas com as situações processuais. Nesse sentido, as tutelas provisórias chamam a atenção, uma vez que possuem a finalidade de resguardar o resultado útil do processo, garantindo às partes que o risco na demora não afete a sentença final.

Assim, a questão posta a este estudo foi: Como ficam as tutelas provisórias na arbitragem?

A resposta obtida foi que, apesar de as partes serem livres para adotar as regras que entenderem convenientes para o deslinde da controvérsia, quando elas não o fazem, a legislação deve suprir. E nesse aspecto não há como negar a interação entre as normas de direito processual e a arbitragem.

As múltiplas questões referentes à possibilidade de concessão e execução das tutelas provisórias na arbitragem foram analisadas, obtendo-se um

resultado favorável à sua aplicação em um procedimento arbitral, ainda que não instaurado pelas partes.

Isso porque a Lei de Arbitragem dispõe, em seu Capítulo IV-A, sobre o regramento correto para a concessão das tutelas provisórias de urgência na arbitragem, determinando que: (i) antes de instituída a arbitragem as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário, e, (ii) no curso da arbitragem, é dos árbitros a competência para conceder, manter, modificar ou revogar a tutela concedida.

Nesse passo, clara e objetiva é a lei.

A tutela provisória de urgência adequada deve ser concedida pelo Poder Judiciário nos casos emergenciais em que, por alguma razão, não foram levados ainda a conhecimento do(s) árbitro(s), ou ser concedida por esses, nos casos em que já se houver instaurado o procedimento arbitral.

Nessas situações concretas, a duração do processo pode vir a gerar prejuízo para uma das partes, comprometendo a efetividade da tutela, que está posta à arbitragem, como forma de justiça. O ônus do tempo recai sobre aquele que se apresenta, dando ao litigante uma vantagem, que é a própria instrumentalização do procedimento e os diversos meios existentes para se postergar a tutela jurisdicional final.

Assim, as tutelas provisórias podem dar solução ao conflito posto, conservando os bens jurídicos e direitos das partes, e se tornando indispensáveis à boa e efetiva prestação final.

Nessa ordem de ideias, pôde-se observar que as tutelas provisórias de urgência possuem regramento próprio na Lei de Arbitragem, abordando todos os aspectos necessários para sua concessão em um procedimento arbitral. Porém, a lei ficou inerte quanto à natureza das medidas, a fungibilidade entre elas e outras questões, como as interações com as normas processuais.

Para solucionar essa questão, foi feito um estudo demonstrando como essas questões são solucionadas pelo diploma processual civil, fazendo uma interação com as normas processuais, no que foi possível.

Abordou-se o procedimento da estabilização da tutela provisória de urgência, inovação trazida pela reforma do Código de Processo Civil, concluindo-se que esta não estabiliza para a arbitragem, mesmo quando concedida pelo Poder Judiciário, pois há especificidade da Lei de Arbitragem com relação ao diploma processual, bem como as regras de competência estabelecem que ao(s) árbitro(s) é devolvida toda matéria para reanálise,

Agregou-se, ainda, a tutela provisória de evidência, que, conforme se pôde observar, é uma inovação que já existia no ordenamento jurídico processual, porém não com essa nomenclatura. A esse respeito, apesar de não existir menção expressa na Lei de Arbitragem, foi possível verificar que, se é dever do(s) árbitro(s) combater a *injustiça* suportada por uma das partes, deve-se utilizar dos remédios processuais existentes para combatê-la, ainda que não haja aplicação da norma processual na arbitragem.

A tutela provisória de evidência tem como objetivo adequar o processo, tornando-o mais isonômico para as partes litigantes, protegendo o direito subjetivo e resguardando a liquidez e certeza do direito material, o que é perfeitamente cabível na jurisdição arbitral.

Ou seja, uma vez que o árbitro exerce o poder jurisdicional sobre o conflito que lhe é submetido, e considerando as garantias constitucionais do pleno acesso à jurisdição e da razoável duração do processo, seria lícito ao árbitro conceder as tutelas de urgência provisórias na modalidade de urgência ou evidência, mesmo se a Lei de Arbitragem nada dispusesse a respeito.

Foi possível verificar também que a justiça arbitral não pode (e não deve) sobreviver sem a cooperação da justiça estatal. Isso porque a relação entre ambas deve ser de complementariedade, tendo em vista que os poderes do árbitro se limitam ao dizer o direito. Assim, este não tem poderes executórios para fazer com

que as partes cumpram o ora determinado, forçadamente, necessitando assim da colaboração do Poder Judiciário.

A questão posta para resolução foi: se a arbitragem advém da autonomia da vontade das partes, sendo de natureza privada, e não possuindo os poderes executórios, como seriam efetivadas as medidas de urgência proferidas por um árbitro? Ressalta-se que, até a reforma do Código de Processo Civil, em 2015, havia uma lacuna a ser preenchida na lei, pois não existia na legislação brasileira qualquer regramento sobre a forma como deveria se dar a execução da tutela provisória deferida na arbitragem.

Seria necessária então uma comunicação entre as justiças, solicitando para tanto a colaboração mediante poder de coerção, de forma a solicitar o seu cumprimento (destaca-se o fato de que as sentenças e decisões arbitrais não estão sujeitas à revisão do Poder Judiciário, pelo que determina o art. 18 da Lei n. 9.307/96).

Nesse sentido, a carta arbitral se demonstrou um método de comunicação entre as justiças de grande valia, pois é por meio dela que o árbitro solicita ao magistrado a determinação do cumprimento de uma decisão arbitral.

A comunicação e a colaboração entre as justiças tendem a ser complementares entre si, visando pacificar o conflito. Sem dúvida, a carta arbitral e as varas especializadas em arbitragem foram criadas para melhorar a efetividade das decisões arbitrais, de forma a estreitar as relações e evitando que o desconhecimento por parte de alguns juízes naturais acabe por interferir no correto cumprimento das tutelas provisórias advindas de um tribunal arbitral.

Diante desse novo cenário, é possível afirmar que a justiça arbitral não pode sobreviver sem o apoio da justiça estatal, necessitando, para tanto, que essa comunicação se dê de forma eficaz e célere. É desse modo que as tutelas provisórias poderão ser forçadas ao cumprimento pela parte que se recusa, garantindo o resultado útil do processo e dando às partes segurança jurídica.

Por fim, não se pode finalizar este trabalho sem elucidar a necessidade de uma boa convenção de arbitragem. Conforme exposto, esta é a matriz desse método de solução de conflitos. É por meio dela que as partes exercem sua opção pela arbitragem. Se esta for bem redigida e elaborada com a finalidade de atender às expectativas das partes contratantes, a solução de conflitos será ainda mais pacífica e saudável para os envolvidos.

Sua importância é tanta que é capaz de resolver todos os impasses trazidos por este estudo, no que tange à concessão das tutelas provisórias. Diante de uma convenção bem pactuada, a prestação jurisdicional pode se tornar ainda mais satisfativa, e justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samanta; JONATHAN Eva. *Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspodivm, 2016.

AMARAL, Paulo Osternack. O regime das medidas de urgência no processo arbitral. *In: CAHALI, Francisco; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (org.). Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26/5/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

ARGOLLO, Oscar. Anotações históricas sobre arbitragem, desde os primórdios até a atualidade. *In: PANTOJA, Teresa Cristina G. (coord.). Prática em arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de; ALVIM, Thereza (revisora). *Novo contencioso cível no CPC/2018: de acordo com o Novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Ed. RT, 2016.

AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? *In: SCARPINELLA BUENO, Cassio et al. (coord.). Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo. Atlas. 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944. v. 1.

CARPENTER, Marcelo Lamego. Primeiras impressões sobre a convenção de arbitragem e o agravo de instrumento no CPC/2015. *In: A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Corregedoria divulga lista de varas especializadas em arbitragem*. Brasília, 5 set. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80374-corregedoria-divulga-lista-de-varas-especializadas-em-arbitragem>. Acesso em: 28 dez. 2019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Ministra Nancy Andrighi anuncia criação de varas especializadas em mediação e arbitragem*. Brasília, 21 nov. 2014. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias-do-cjf/2014/novembro/ministra-nancy-andrighi-anuncia-criacao-de-varas-especializadas-em-mediacao-e-arbitragem>. Acesso em: 28 dez. 2019.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado da arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2015.

COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. *In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. v. III.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. v. II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FICHTNER, José Antônio; MONTEIRO, André Luís. Tutela provisória na arbitragem e novo Código de Processo Civil: tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017.

FONSECA, José Arnaldo da. Jurisdição estatal e jurisdição arbitral: conflito aparente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 49-59, out./dez. 2009.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, ano 2, n. 16, p. 23-43, abr. 2000.

GABBAY, Daniela Monteiro; MANGE, Flavia Foz. Negociação. In: SILVEIRA, João José Custódio da (org. e coord.). *Manual de negociação, conciliação, mediação e arbitragem*. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

GALÍNDEZ: Valeria. O novo marco legal da arbitragem no Brasil: É suficiente? In: *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*, v. 121, p. 11-35, mar. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. *In: LAGRASTA, Valeria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal (coord.). Conciliação e mediação: ensino em construção. São Paulo: IPAM, 2016.*

GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGRASTA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.*

GRION, Renato Stephan. Árbitro de emergência: perspectiva brasileira à luz da experiência internacional. *In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). 20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017.*

GRUPO DE PESQUISA EM ARBITRAGEM DA PUC-SP. Árbitro de emergência e arbitragem da PUC-SP: Projeto II – 2º semestre de 2015. *Revista de Mediação e Arbitragem*, São Paulo, ano XIII, n. 51, out.-dez. 2016.

LAMY, Eduardo. *Tutela provisória. São Paulo: Atlas, 2018.*

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.*

LEMES, Selma Ferreira. Princípios e origens da Lei de Arbitragem. *Revista do Advogado*, n. 51, 1997.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013.*

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 1.*

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

MARTINS, Pedro Antônio Baptista. A arbitragem e o art. 5º, inc. XXXV da Constituição da República de 1988. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, Rio de Janeiro, v. 77, p. 117- 118, jul./set. 1996.

MARTINS, Pedro Batista. Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro. *In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (coord.). Aspectos fundamentais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MNOOKIN, Robert H.; ROSS, Lee. *In: ARROW, Kennet J. et al. (coord.). Negociação: barreiras para resolução de conflitos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Tese (doutorado) – PUC-SP, São Paulo, 2017.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. I.

MUNIZ, Petrônio. *Operação Arbiter: a história da Lei n. 9.307/96 sobre a arbitragem comercial no Brasil*. 2. ed. Salvador: Assembleia Legislativa, 2016.

NANNI, Giovanni Ettore. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

NUNES, Antônio Carlos Ozório. *Manual de mediação: guia prático da autocomposição*. São Paulo: Ed. RT, 2016.

PEREIRA JUNIOR, Ricardo. *Judiciário e modernidade: ordem jurídica, tempo, espaço e atuação da justiça*. São Paulo: Edusp, 2016.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

RODOVALHO, Thiago. Aspectos introdutórios da arbitragem. *In: Manual de arbitragem para advogados*. São Paulo: Editoração Lígia Uchôa, 2015.

RODOVALHO, Thiago; TRIPODI, Leandro. Aspectos da arbitragem securitária no contexto de projetos de infraestrutura: uma análise do caso Jirau à luz de princípios da arbitragem internacional e do direito brasileiro. *Revista de Processo*, v. 227, jan. 2014.

TALAMINI, Eduardo. *In: DIDIER JR., Fredie (coord.-geral); MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.)*. *Novo CPC doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 4.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. III.

VALLE, Martim Della. *Arbitragem e equidade*. São Paulo: Atlas, 2012 (Coleção Atlas de Arbitragem).

WALD, Arnaldo. O espírito da arbitragem. *Revista do IASP*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, jan./jun. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

WATANABE Kazuo. *Modalidade de mediação*. Disponível em: <http://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---Modalidade-de-mediacao---Kazuo-Watanabe.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2019.

WATANABE Kazuo. Tratamento adequado de conflitos: noções gerais. *In*: SILVEIRA, João José Custódio da (org. e coord.). *Manual de negociação, conciliação, mediação e arbitragem*. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

ABOIM, Luciana. *Mediação de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PATOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.). *A mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. t. L.

ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania. *Tribunais multiportas*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Ed. RT, 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: ações e fatos jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. II.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BACELLAR, Roberto Portugal; BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernanda de Miranda. Coimbra: Coimbra Ed. 1969, v. 1 e 2.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

CAHALI, Francisco José; CAHALI, Claudia Elisabete Schwerz. Comentário ao art. 3º do CPC/2015. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva. 2017. v. I.

CAMBI, Eduardo; FARINELLI, Alisson. Conciliação e mediação no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 194, abr. 2011.

CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COSTA, Nilton César Antunes da. A convenção de arbitragem no contrato de adesão. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 8, p. 119-141, jan./mar. 2006.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 1.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Lei de Arbitragem comentada artigo por artigo*. São Paulo: Juspodivm, 2019.

FREITAS, José Lebre de. Intervenção de terceiros em processo arbitral. *Revista de Processo*, v. 209, p. 433-449, jul. 2012; *Doutrinas Essenciais – Arbitragem e Mediação*, v. 2, p. 545-562, set. 2014.

GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. *In: GOMES, Orlando. Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LA LAINA, Roberto G. A cláusula compromissória e autonomia negocial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 43, p. 129–153, out./dez. 2014. DTR\2014\21096.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (org.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAZZONETTO, Nathalia. A discussão em torno dos terceiros na arbitragem e a modernização da Lei de Arbitragem brasileira. *In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (org.). Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

NANNI, Giovanni Ettore. Notas sobre os negócios jurídicos da arbitragem e a liberdade de escolha do árbitro à luz da autonomia privada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 49, p. 263-284, abr./jun. 2016. DTR\2016\20523.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; HALE, Durval; CABRAL, Trícia (org.). *O marco legal da mediação no Brasil*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 4, p. 34-47, jan./mar. 2005. DTR\2005\780.

PINTO, José Emílio Nunes. Reflexões indispensáveis sobre a utilização da arbitragem e de meios extrajudiciais de solução de controvérsias. *In*: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2003.

RODOVALHO, Thiago. Aspectos introdutórios da arbitragem. *In*: *Manual de arbitragem para advogados*. São Paulo: Editoração Lígia Uchôa, 2015.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Manual de arbitragem*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVEIRA, João José Custódio da (org.). *Manual de negociação, conciliação, mediação e arbitragem*. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. III.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novo Código de Processo Civil anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Cláusula compromissória, contratos de adesão e relações de consumo no Brasil. *Revista de Arbitragem – RBAr*, Porto Alegre-Curitiba: Síntese/Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2004, n. 4, p. 7-31, out./dez. 2004.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2016.