

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Angela Iavorski Antunes Rodrigues

**AVANÇOS DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NA
ARBITRAGEM**

Pós Graduação em Processo Civil

São Paulo

2018

Angela Iavorski Antunes Rodrigues

Avanços das Tutelas Provisórias na Arbitragem

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Doutor Cassio Scarpinella Bueno.

**São Paulo
2018**

Angela Iavorski Antunes Rodrigues

Avanços das Tutelas Provisórias na Arbitragem

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em direito. Sob a orientação do Professor Doutor Cassio Scarpinella Bueno.

Aprovado em: _/_/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cassio Scarpinella Bueno

Orientador – PUC-SP

“O sucesso nasce do querer, da determinação e persistência em se chegar a um objetivo. Mesmo não atingido o alvo, quem busca e vence obstáculos, no mínimo fará coisas admiráveis”. José de Alencar

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, à Deus pela força e saúde que me concedeu, pois sem Ele nada seria possível. À minha família, meus pais, Angelo e Marli, e meus irmãos, Dirlene, Dione e Lairce. Agradeço, também, ao meu grande e querido amigo Murilo Forlin, que é minha força quando tudo parece perdido.

Ainda, quem na vida profissional me deu o impulso para perseguir o sonho acadêmico, agradeço imensamente ao Agenor Luz Moreira, deixo minha eterna admiração e gratidão por todos os ensinamentos jurídicos e de vida.

Por fim, a Thais Cristina de Moraes, por me lembrar que o sol sempre nasce de novo.

RESUMO

O presente estudo compreende uma análise do regime das tutelas provisórias em processos de arbitragem. Para tanto, uma visão abrangente dos Tribunais Arbitrais será desenvolvida, levando em consideração sua evolução histórica, seus princípios, e principais conceitos jurídicos que revelam sua estrutura. Um maior entendimento será desenvolvido na compreensão dos limites dos poderes dos juízes arbitrais em relação aos juízes togados, bem como da relação entre essas figuras. Em seguida, as tutelas provisórias serão abordadas em sua evolução histórica e seus conceitos, englobando as recentes mudanças na legislação, para então se buscar o pleno entendimento de seu papel e sua aplicação nos Tribunais Arbitrais modernos. Em todo o estudo, especial atenção será voltada à relação de cooperação entre a Arbitragem e o Poder Judiciário no país, nunca olvidando a recente reforma da Lei 9.307/96, bem como o novo instituto da carta arbitral, pois todos esses temas são essenciais para o entendimento das tutelas provisórias e de sua evolução e cumprimento no juízo arbitral.

Palavras-chave: Tutela Provisória - Medidas Cautelares – Tutela de Urgência – Tutela de Evidência – Tutela Antecipada - Arbitragem - Juízo Arbitral

ABSTRACT

The present study comprises an analysis of the regime of provisional guardianships in arbitration proceedings. To this end, a comprehensive view of the Arbitral Tribunals will be developed, taking into account its historical evolution, its principles, and main legal concepts that reveal its structure. A greater understanding will be developed in the understanding of the limits of the powers of the arbitrators in relation to the judges in charge, as well as of the relation between these figures. Next, the provisional guardianships will be approached in their historical evolution and their concepts, encompassing the recent changes in the legislation, in order to seek the full understanding of their role and their application in the modern Arbitral Courts. Throughout the study, special attention will be given to the cooperation relationship between Arbitration and the Judiciary in the country, never forgetting the recent reform of Law 9.307 / 96, as well as the new institute of arbitration letters, since all these issues are essential for the understanding of the provisional tutelages and their evolution and compliance in the arbitral judgment.

Key words: Temporary custody - Precautionary measures - Emergency custody - Evidence protection - Early custody - Arbitration

ÍNDICE

1. Introdução	1
2. A arbitragem no Brasil	3
1. Notas históricas introdutórias.....	3
2. Conceito de arbitragem	5
3. Natureza jurídica da arbitragem	6
4. Princípios basilares da arbitragem.....	9
5. A jurisdição e o tribunal arbitral.....	13
6. Os limites dos poderes do juiz arbitral	15
7. Cooperação entre a jurisdição estatal e juízo arbitral.....	16
3. As tutelas provisórias na arbitragem	18
1. Processo e o tempo: Imprescindibilidade das tutelas provisórias	19
2. Visão geral das tutelas provisórias	19
3. Características básicas das tutelas provisórias	21
4. Cabimento das tutelas provisórias na arbitragem.....	22
5. Cautelar antecedente à instituição da arbitragem - lacuna legislativa.....	24
6. Cautelar antecedente à instituição da arbitragem e o novo código.....	27
7. Tutelas provisórias no curso da arbitragem.....	28
8. A carta arbitral.....	30
9. Possibilidade de limitar os poderes cautelares do árbitro.....	32
10. A necessária cooperação.....	33
4. Conclusão.....	35
Bibliografia	37

1. Introdução

A adoção da Arbitragem, nacional e mundialmente, revela-se uma tendência irreversível.

Muito embora a existência do Tribunal Arbitral não seja novidade, é fato que o instituto vem ganhando força nas últimas décadas como uma alternativa para a resolução de lides sem a necessidade de invocar o poder estatal.

O potencial é multidimensional: ganha o Estado, ao se ver desobrigado a intervir ativamente e incorrer em custos para a resolução da lide. Ganham as partes, ao verem sua autonomia de vontade respeitada e ao desburocratizarem a resolução de lides. E ganha a sociedade, com uma pacificação mais eficiente das partes.

Tal potencial ganha importância diante do quadro de Crise do Judiciário brasileiro, agravada especialmente pelo excesso de demandas.

Todavia, não é sem desafios que a Câmara Arbitral encontra sua efetivação. Trata-se de uma delicada relação com o Poder Estatal, relação esta que deve ser satisfatoriamente delineada de forma a viabilizar o instituto.

Verbi gratia, enquanto de um lado é interesse Estatal pacificar lides jurídicas e reduzir a quantidade de demandas sob seus auspícios, por outro, não pode o Estado conceder a particulares, indiscriminadamente, o poder de império, ou de punir coercitivamente terceiros. Fazê-lo seria incompatível com princípios constitucionais, bem como potencialmente conduziria a uma desordem social.

Neste delicado diálogo se insere este trabalho. Como então evoluiu essa relação entre o Poder Judiciário e o Juiz Arbitral na realidade brasileira? Que mecanismos encontrou a justiça para, ao mesmo tempo garantir a ordem social, os princípios constitucionais que carrega, e garantir também a efetividade e o uso das Câmaras Arbitrais?

Tal cenário, inclusive, passou por recentes mutações.

Com o implemento do Novo Código de Processo Civil, que por si só já foi uma importante tentativa de amenizar a Crise do Judiciário pátrio, uma atenção maior foi dada à Arbitragem. As mudanças do código foram complementadas pela reforma na Lei de Arbitragem, implementada pela Lei 13.129/15, trazendo mais clareza ao uso escorreito do instituto de maneira compatível com o novo código processual. Acertou o legislador, pois, como visto, a Arbitragem pode ser uma aliada importante para alcançar esses objetivos.

Entre todos os fatos jurídicos de uma Câmara Arbitral, talvez aquele em que mais se evidencie a necessidade de equilíbrio entre a mesma e o Judiciário seja nas tutelas provisórias.

Um juiz desprovido de poder de cautela é um juiz de mãos atadas para conferir efetividade ao processo. Tal realidade se evidenciou com as reformas referidas, inclusive, pois atenção foi dada à esse poder como uma forma de viabilizar uma solução mais eficiente das lides.

Todavia, até que ponto poderia um juiz arbitral exercer coerção sobre uma das partes ou utilizar-se de medidas cautelares sem que ao mesmo tempo coloque em risco a ordem social ou princípios constitucionais? Até que ponto seria usurpar o poder estatal de império? Como, então, evoluiu a aplicação das tutelas provisórias na Arbitragem em nosso país?

Ainda, como agir para evitar ao máximo que as decisões arbitrais, principalmente no tocante à tutelas provisórias, gerem retrabalho no Poder Judiciário, ao obrigar o mesmo a intervir demasiadamente, prejudicando assim seu propósito (de pacificar demandas sem a necessidade da intervenção Estatal)?

Logo, o presente trabalho tem por objetivo analisar justamente as soluções encontradas para essas dificuldades práticas.

De início, apresentar-se-á um esboço do instituto da arbitragem, seus conceitos e seus pilares. Posteriormente, discorrer-se-á sobre a problemática das medidas cautelares, uma vez que o Novo Código de Processo Civil e a reforma na lei de arbitragem trouxeram adições significativas nessa área.

2. A arbitragem no Brasil

1. Notas históricas introdutórias

Conforme adiantado, a solução “privada” dos conflitos não é um mecanismo recente. O Instituto da arbitragem foi evoluindo juntamente com a sociedade.

Tal instituto remonta ao período clássico - da Grécia antiga, Egito e Roma. Existiram vestígios da arbitragem no Direito Grego do século VIII A.C. Naquele tempo, era caracterizada da seguinte forma:

se os cidadãos desejarem escolher um árbitro para resolver as diferenças que serão elencadas entre eles por seus interesses particulares, que eles peguem aquele que eles desejam de comum acordo; que, após ter escolhido, que eles se detenham ao que foi decidido; que eles não designem outro tribunal; que a decisão do arbitro seja irrevogável¹.

Interessante notar já neste antigo excerto uma tentativa de evitar o aludido retrabalho jurisdicional. “Que eles se detenham ao que foi decidido!” Afinal, de que valeria uma decisão arbitral que pudesse indiscriminadamente ser discutida em juízo? Afinal, uma das partes quase sempre sairá menos satisfeita que a outra.

No entanto, foram os romanos que implementaram um modo particular de resolução de conflito de interesses. Em Roma, desde 754 a.C., já se verificava a utilização da arbitragem. Entretanto, curiosamente, seu uso era obrigatório, antecedendo até mesmo a solução estatal jurisdicionalizada.

Ao retratar o sistema arbitral romano, Martins (2005, p. 86) destaca que:

Os procedimentos contavam com a figura do pretor, que era encarregado de preparar a ação, enquadrando-a nos limites da lei, e que posteriormente encaminhava o processo para julgamento, que era realizado por um *iudex* ou *arbiter*. Estes não faziam parte do corpo funcional romano e eram pessoas idôneas, particulares que estavam incumbidos de promover o julgamento da controvérsia que lhes fosse apresentada. Com o declínio do período clássico

¹ Tradução Livre de “si les citoyens veulent choisir un arbitre pour terminer les différends qui seront élevés entre eux pour leurs intérêts particuliers, qu'ils prennent celui qu'ils voudront d'un commun accord; qu'après l'avoir pris, ils s'en tiennent à ce qu'il aura décidé; qu'ils n'aillent point à un autre tribunal; que la sentence de l'arbitre soit un arrêt irrévocable.” Amaral, Maria do Mar. **Arbitragem no Direito Romano: Uma análise comparativa**. Disponível em: <https://slidex.tips/download/arbitragem-no-direito-romano-uma-analise-comparativa>. Acessado em 08/01/18

romano, a fim de realizar a unidade espiritual da Europa, o Papado assumiu o papel de árbitro, passando a solucionar conflitos fronteiriços dos povos ligados espiritualmente ao Vaticano, fazendo, dessa forma, da Igreja Católica, uma potência internacional na época.

Assim, percebe-se aqui um caráter diferenciado. Não era bem o de substituir a jurisdição estatal (como hoje o é), mas uma tentativa de evitá-la. Não era pactuada entre as partes (como hoje), mas era obrigatória.

No Brasil, a arbitragem também não é novidade. Já era prevista como meio de pacificação desde a colonização portuguesa. A Constituição do Império, por sua vez, determinava no artigo 160 da constituição de 1824 que somente nas causas cíveis as partes poderiam nomear juízes árbitros, cujas decisões seriam irrecorríveis.

Como se pode notar, já tínhamos então um formato que se compatibiliza com a Arbitragem atual.

Por sua vez, o antigo Código Comercial Brasileiro chegou até a prever a utilização obrigatória da arbitragem nas demandas mercantis. O Código Civil de 1916, também se referia à arbitragem nos artigos 1072 e 1102². Já o Código de Processo Civil mencionava a arbitragem em 31 artigos. Todavia, o mesmo determinava a obrigatoriedade da homologação pelo Poder Judiciário para que o laudo arbitral tivesse eficácia.

Nessa necessidade de homologação podemos identificar a problemática apontada previamente. Até que ponto teria o juiz arbitral autonomia para obrigar as partes? Até que ponto deve o judiciário intervir? Até que ponto estaria descaracterizado o benefício da Arbitragem na necessidade de mais e mais intervenções do Estado?

Percebe-se que, com o tempo, modelos diferentes foram testados, até que chegássemos ao modelo hodierno. O atual, adiantado, não mais exige a homologação do judiciário, como será oportunamente demonstrado.

Assim, foi recentemente, em 1991, que se iniciou a elaboração do anteprojeto da

² Código Civil de 1916, arts. 1.037 a 1.048; Código Civil de 1939, arts. 1.031 a 1.040 e Código Civil de 1973, arts. 1.072 a 1.102.

Lei de Arbitragem em vigor. Em sua composição, os juristas Selma M.F.Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins.

A Lei de Arbitragem nº 9.307/96 foi então promulgada em 23.09.96. Esperava-se, com a lei, uma imediata expansão do uso arbitral. Todavia, foram suscitadas ao Supremo Tribunal Federal dúvidas quanto à sua constitucionalidade, que somente foram sanadas em 2001.

Superados estes impasses, a arbitragem difundiu-se como meio eficaz de solução de controvérsias. Além disso, em 2002, o Brasil aderiu à Convenção de Nova Iorque de 1958, o que configurou o marco legal e convencional para a aceitação e utilização da arbitragem internacional.

Contextualizado brevemente o instituto, cumpre agora estabelecer o seu conceito.

2. Conceito de arbitragem

A arbitragem, palavra que deriva do latim *arbiter*, é entendida como uma forma de solução pacífica de conflitos, que pode ser utilizada, em sua essência, tanto por pessoas jurídicas como físicas.

Em linhas gerais, tem-se a seguinte situação (atualmente): De comum acordo, as partes confiam à terceiro - árbitro ou tribunal - a tarefa de solucionar seus conflitos, desde que versem sobre direito patrimonial disponível. Nas palavras do Ilustre Professor Carlos Alberto Carmona (2009, p.31) a arbitragem é:

[...] meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial. – é colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

A definição de arbitragem oferecida pela doutrina é a seguinte:

A arbitragem é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. Esta definição põe em relevo que a arbitragem é uma especial modalidade de resolução de conflitos; pode ser convencionalizada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas; os árbitros são juízes

indicados pelas partes, ou consentidos por elas por indicação de terceiros, ou nomeados pelo juiz, se houver ação de instituição judicial de arbitragem; na arbitragem existe o 'julgamento' de um litígio por uma 'sentença' com força de coisa julgada³.

Sálvio de Figueiredo, por sua vez, entende de forma diversa. Para ele, a arbitragem ainda se trataria de uma forma estatal de composição de controvérsias, pois se desenvolve sob os “auspícios e a garantia do Estado, mas com a decisão delegada a particular, cujas decisões se estabilizam uma vez proferidas, inclusive com sanções típicas de solução estatal⁴”.

Perceba-se que as definições divergem justamente sobre a participação Estatal. Porém, como iremos elaborar a seguir, não se pode negar razão a nenhuma delas. Se, por um lado, a Arbitragem busca retirar do Estado a resolução da lide, por outro, percebe-se que de fato a intervenção estatal ainda poderá ocorrer.

A própria divergência nessas definições expõe o quão delicado é o diálogo entre o exercício do juiz arbitral e o do juiz togado.

É certo, todavia, que, diante do formato de Arbitragem que prevalece em nossa pátria, com mais razão as primeiras definições. Considerando que a intervenção estatal é minimizada e evitada a todo o custo, e a aplicabilidade da Arbitragem é restrita ao direito patrimonial (quando as partes possuem toda a liberdade para convencionar), tem-se que, de forma geral, a arbitragem assume seu papel como um meio extrajudicial de solução de conflitos, no sentido de alcançar, rapidamente, a solução da lide.

Não por acaso, é justamente assumindo esse formato que a via arbitral pode contribuir mais significativamente para amenizar a crise do Poder Judiciário.

3. Natureza jurídica da arbitragem

Determinar a natureza jurídica de uma instituição é determinar sua posição no mundo do direito.

³ ALVIM, J. E. Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamento, 2005, p.14.

⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, **Conferência proferida no seminário “A arbitragem e o Brasil – uma perspectiva múltipla”**. *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo, 13 de novembro de 1996.

Todavia, a essência da arbitragem ainda não é pacífica na doutrina.

Há três correntes a respeito do tema. São elas: a privatista ou contratualista; a publicista ou processualista; e a intermediária ou conciliadora.

Para a teoria privatista ou contratualista⁵, o instituto arbitral é uma extensão do acordo entabulado pelas partes. É privilegiado o princípio do *pacta sunt servanda*.

Percebe-se, aqui, uma ênfase no caráter privatista da arbitragem, que surge justamente pela vontade das partes e de comum acordo.

Ocorre que, se por um lado de fato a arbitragem surge como uma espécie de contrato entre as partes, é difícil sustentar que assim permanece. Novas e inesperadas obrigações surgirão para as partes em decorrência dessa cláusula, podendo inclusive ser impostas, o que destoaria do caráter privatista.

Adicionalmente, em tempos remotos haveria mais razão em defender a tese da natureza contratual, pois a sentença arbitral só tinha eficácia com a chancela do Estado, através da homologação do laudo.

Todavia, uma importante mudança da lei 9.307/96 foi justamente banir essa necessidade de homologação do laudo arbitral. A sentença arbitral passou a ser título executivo extrajudicial (art. 31 da lei 9.307/96⁶ e art. 475-N, IV, do CPC/1973⁷)! Assim, ganhou efetividade o processo arbitral, sem a necessária intervenção do Estado em todos os casos. E descaracterizou-se ainda mais o contratualismo de sua natureza.

⁵ A teoria contratualista, José Cretella Neto: “A primeira [contratualista] vislumbra no instituto natureza jurídica de obrigação criada por contrato, tendo por consequências todas as derivadas do pacto em geral”. Fundamentam esse ponto de vista, em resumo, com os seguintes argumentos: a) inexistirá arbitragem sem convenção de arbitragem; b) a base da arbitragem é o consenso entre as partes, enquanto que a jurisdição estatal se insere no *ius imperium* estatal, imposto a todos; c) o árbitro não está vinculado ao Poder Judiciário; e d) o juízo arbitral não confere obrigatoriedade de cumprimento ao laudo arbitral, que deve ser voluntariamente obedecido pela parte vencida; em caso de recalcitrância, necessária se fará a intervenção do Poder Judiciário”. (Cretella Neto, José. **Curso de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p.14).

⁶ “Art.31. A sentença arbitral produz, entre as partes, e seus sucessores, os mesmo efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

⁷ Previsão mantida no CPC/2015; assim: “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previsto neste Título: (...) VII- a sentença arbitral; (...)”.

No lado oposto da corrente privatista, tem-se a teoria publicista ou jurisdicionalista. Esta, por sua vez, parece ignorar que a arbitragem surge contratualmente, da vontade das partes, e concede à mesma a natureza de jurisdição.

Sua premissa é de que os árbitros são verdadeiros juízes, pois lhes é atribuída autoridade para resolver o litígio. “Aos árbitros, os juízes dos casos, seria reconhecida uma jurisdição extraordinária e de caráter público”⁸.

Verçosa (2008, p.242) leciona a respeito da teoria jurisdicional:

A teoria jurisdicional entende a arbitragem como forma de exercício da função jurisdicional, uma vez que os árbitros recebem das partes o poder de decidir o litígio a eles apresentado, aplicando a norma ao caso concreto e, assim, emitindo decisão obrigatória e vinculativa (atribuição dos efeitos da sentença judicial ao laudo arbitral). Além disso, o procedimento arbitral substitui a jurisdição estatal no que tange ao mérito da discussão travada da arbitragem.⁹

E, nessa esteira, de maneira oposta ao ocorrido com a teoria privatista, a Lei de Arbitragem pareceu dar força à esta natureza ao remover a necessidade de homologação judicial do laudo arbitral.

Todavia, entendendo ainda que a natureza jurisdicional não abarca com amplitude necessária o caráter misto da Arbitragem que, inexoravelmente, surgiu de um contrato entre as partes. E que, por essa razão, está restrita a questões patrimoniais. E que, por essa mesma razão, está também sujeita a regras distintas e a um delicado diálogo entre o juiz arbitral e o juiz togado, como se verá no decorrer deste trabalho.

Assim, com mais razão a terceira e última teoria sobre a natureza jurídica da arbitragem, apresentada a seguir:

Nas palavras de Cretella Neto (2004, p.35): “A doutrina moderna vê na arbitragem instituto misto, *sui generis*, pois abriga aspecto *contratual* e também *jurisdicional*, que coexistem, posição defendida por Pierre Lalive e Plilipe Fouchard”.

Coexistem, de fato, ambos os aspectos, e isso me parece difícil de negar.

⁸ Basílio, Ana Tereza Palhares; Fontes, André R. C. **Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem.** *RArb* 14/51.

⁹ Verçosa, Haroldo Malheiros Duclerc. **Aspectos da Arbitragem Institucional-12 anos da Lei 9.307/1996.** São Paulo: Malheiros, 2008. p.242.

4. Princípios basilares da arbitragem

Justamente por seu caráter distinto e misto, a arbitragem apoia-se em princípios próprios além daqueles gerais do direito.

Ressalta-se que o presente estudo abordará sucintamente seus princípios centrais, que são os princípios aplicados tanto na arbitragem realizada de acordo com as leis brasileiras quanto para qualquer procedimento arbitral internacional.

São eles: princípio da autonomia da vontade; do devido processo legal; da imparcialidade do julgador e de seu livre convencimento; da obrigatoriedade da sentença; e, por fim, o princípio Kompetenz-Kompetenz, este último exclusivo da arbitragem, e que se relaciona diretamente com o diálogo entre o juiz arbitral e o togado.

Desde já, adianta-se que há outros elementos que compõem o instituto da arbitragem. Porém, não serão abordados adiante, por fugir ao escopo do presente estudo.

1.1. Autonomia da Vontade

Este princípio é aquele que a aproxima de sua natureza privatista (como parte de sua verdadeira natureza intermediária). Está presente no “nascimento”, na escolha do juízo arbitral, e das características da Arbitragem.

A arbitragem, em seu formato atual, deverá decorrer da vontade das partes. Um litígio somente será submetido à via arbitral se houver manifestação de vontade das partes nesse sentido.

Todavia, a autonomia não se resume a isso. Esse princípio deve ser entendido em sentido amplo.

Dele decorre também a liberdade das partes de até mesmo determinarem as regras de direito, podendo convencionar se a arbitragem se dará por equidade, ou se será realizada com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes, ou até mesmo nas regras internacionais de comércio.

A respeito da manifestação de vontade nos negócios jurídicos, discorre Caio Mário da Silva Pereira:

Detendo-nos um instante mais sobre o elemento vontade frisamos que o princípio pelo qual se lhe reconhece o poder criador de efeitos jurídicos denomina-se autonomia da vontade, que se enuncia por dizer que o indivíduo é livre de, pela declaração da sua própria vontade, em conformidade com a lei, criar direitos e contrair obrigações¹⁰.

Por fim, ainda de acordo com o princípio da autonomia da vontade, as partes litigantes terão o poder, inclusive, de modelar todo o procedimento da arbitragem, desde o seu início até sua conclusão.

1.2. Boa-fé

A palavra boa-fé deriva do latim “*bona fides*”. Fides, no caso, remete à honestidade, confiança e lealdade.

Dentro das ciências jurídicas, boa-fé significa que se deve respeitar não só a legislação aplicável, como também agir conforme padrões sociais. Agir de maneira proba.

Aplicando-se tal conceito à arbitragem, concluímos que, se as partes elegerem a convenção de arbitragem, não poderão se eximir da via eleita senão por meio de nova tratativa.

Conforme Selma Maria Ferreira Lemes (1997, p. 32/35), “É tendo também como substrato o princípio da boa-fé que o legislador outorgou caráter obrigatório e efeito vinculante à convenção de arbitragem”.

Afinal, de que valeria se submeter à arbitragem para, posteriormente, ao discordar da sentença arbitral, insurgir-se contra o árbitro ou o procedimento com o qual já havia concordado?

O princípio da boa-fé está ligado ao da autonomia da vontade. Juntos, ambos representam os pilares da arbitragem, e ao mesmo tempo se aproximam da parte de sua natureza privatista.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 21ª edição, pp.478/479.

É justamente a autonomia nas escolhas e a probidade com que as partes agem que possibilitará um ambiente colaborativo entre os pactuantes. É neste ponto que se trata, também, de uma maneira promissora de solucionar conflitos. Ambas as partes já iniciam o processo com um denominador comum: resolver o mais brevemente o litígio instaurado, de comum acordo com suas características.

1.3. Kompetenz-kompetenz

Este princípio traduz-se como princípio da competência-competência. É originário do direito alemão. Trata-se de um princípio exclusivo aplicável à arbitragem que surgiu justamente como resposta à sua natureza jurídica intermediária.

Assegura que o árbitro - ou tribunal arbitral - é competente para analisar sua própria competência, ou seja, o próprio árbitro é competente para avaliar a existência, validade e eficácia da arbitragem (e não o judiciária, via de regra).

Tal preceito garante maior autonomia ao juízo arbitral e evita ao mesmo tempo que o Poder Judiciário seja invocado para interferir nas questões arbitrais. Antes de tudo, será do árbitro a legitimidade de decidir até mesmo quando sua própria competência é questionada.

Note-se que o princípio visa justamente pacificar questões derivadas do delicado relacionamento entre o juiz arbitral o juiz togado, evitando conflitos e retrabalho entre ambas as “cortes”. Foi uma solução para fortalecer o tribunal arbitral que evoluiu com o instituto.

A jurisprudência pátria, inclusive, confirma a aplicabilidade desse princípio. A exceção ficou apenas para a chamada “cláusula arbitral patológica”. Nesses casos, existindo evidente irregularidade, o próprio Tribunal de Justiça poderá decidir. Tal exceção é muito bem vinda, considerando que não há como prosperar uma “cláusula arbitral patológica”, o que invariavelmente levará a questão aos tribunais do judiciário.

O importante princípio kompetenz-kompetenz pode ser encontrado no artigo 8º da Lei nº 9.307/96: “Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da validade e eficácia de convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

Por fim, pode-se concluir que, como regra geral, uma vez determinada a cláusula compromissória em um contrato, os litígios dele originados deverão seguir pela via arbitral, e não pelo Poder Judiciário.

“Direito processual civil. Arbitragem. Eficácia de cláusula compromissória. Alegação, pelo autor, de que a cláusula seria ineficaz por criar obstáculo ao acesso à justiça em razão dos custos do processo arbitral. Aplicação do princípio kompetenz-kompetenz, por força do qual incumbe ao árbitro ou ao tribunal arbitral examinar sua própria competência e as questões atinentes à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Correta extinção do processo sem resolução do mérito. Apelação desprovida. Honorários de sucumbência. Valor fixado pelo juízo que se revela adequado quando considerados os critérios estabelecidos nos parágrafo 3 e 4 do art.20 do CPC. Apelo do réu desprovido”. Caso Amebrasil Construções Ltda-TJRJ 2014¹¹

1.4. Devido processo legal

Se é verdade que a autonomia da vontade das partes tem grande peso no juízo arbitral, por outro lado, não há como fugir de sua natureza, em parte, jurisdicional. Assim sendo, tem plena aplicabilidade o princípio do devido processo legal.

A Lei Brasileira de Arbitragem prevê a obrigatoriedade desse princípio. Em decorrência dele, vários outros princípios se seguem, como por exemplo o contraditório, a ampla defesa e a igualdade das partes, sob pena de anulação da sentença.¹²

A medida justifica-se considerando que o devido processo legal é uma garantia constitucional em grande parte dos sistemas jurídicos, e não é diferente em nosso país. E, de qualquer forma, sem essa garantia, não há como se sustentar um julgamento justo. Por tal razão, os árbitros devem observá-la em todas as etapas do procedimento

¹¹Disponível em: <https://tj-tj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/376867132/apelacao-apl-319962020108190209-rio-de-janeiro-barra-da-tijuca-regional-2-vara-civel/inteiro-teor-376867145?ref=juris-tabs#>. Acesso em 02/02/18.

¹² Art. 21, Lei Brasileira de Arbitragem. 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. [...] § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

arbitral, não havendo possibilidade de renúncia pelas partes¹³.

Como doutrinou Dinamarco:

O modelo institucional do processo arbitral é representado pelo conjunto de características emergentes das garantias constitucionais, das normas gerais de processo que a ele se aplicam e, finalmente, dos preceitos aderentes às suas peculiaridades¹⁴.

Considerando que as partes podem pertencer a culturas e sistemas legais distintos, é de suma importância que o procedimento arbitral tenha equilíbrio entre as regras de um sistema e de outro sistema, para que nenhuma das partes sinta-se prejudicada em face da outra. Isso porque, nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno, trata-se de princípio voltado, basicamente, a “indicar as condições mínimas em que o desenvolvimento do processo [...] deve se dar”¹⁵.

5. A jurisdição e o tribunal arbitral

A palavra jurisdição origina-se do latim *dicere ius, ou seja*, o poder de dizer o direito.

Todavia, nem sempre foi assim. Ovídio Araujo Baptista da Silva¹⁶ lembra que, nos primórdios:

O direito, antes de ser monopólio do Estado, era uma manifestação das leis de Deus, apenas conhecidas e reveladas pelos sacerdotes. O Estado não o produzia sob a forma de normas abstratas reguladoras da conduta humana. Nesse estágio de organização social e política, a atividade desenvolvida pelos pontífices, [...], não pode ser equiparada à função jurisdicional. A verdadeira e autêntica jurisdição apenas surgiu a partir do momento em que o Estado assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos e passando a exercer um poder mais acentuado da vontade social.

Pode-se dizer que a justiça foi caracterizada como “justiça de mão própria”, na qual o mais forte agia de forma a garantir a prevalência daquilo que realmente lhe interessava. Depois, foi introduzida a escolha do juiz que, aos poucos, passou a ficar sob a vigilância do Estado. Nesse sentido, entende-se que a atividade desenvolvida pelo pretor romano correspondia substancialmente a uma função legitimadora da defesa privada, de vez que o

¹³ WAINCYMER, Jeff. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2012, p. 80.

¹⁴ DINAMARCO, C. R. “Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional”. Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação. In: Vol. 2, p.2.

¹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 107.

¹⁶ *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 60.

direito era de modo geral realizado por seu titular contra o obrigado, e só excepcionalmente, e por iniciativa deste último, nos casos em que se julgasse ofendido pelo exercício arbitrário e ilegítimo do direito, é que o pretor intervinha para julgar lícita a conduta do agente.

Para Pontes de Miranda (2001, p.81)¹⁷ o conceito de jurisdição deve levar em conta a especificidade da função:

Jurisdição é a atividade do Estado para aplicar as leis como função específica. O Poder Legislativo, o Poder Executivo e os próprios particulares aplicam a lei, porém falta a todos a especificidade da função. Quando A e B acordam em que B reduza a escrito o que prove a dívida de B a C, A e B aplicaram a lei, sem terem função específica de aplicá-la, *sem jurisdição*. Antes de ter o Estado monopolizado a função de julgar, havia a justiça de mão própria, mas essa justiça ainda não era aplicação da lei como função específica.

Enrico Tullio Liebman, citado por Humberto Theodoro Júnior, de maneira semelhante, conceitua jurisdição como “o poder que toca ao Estado de formular e de fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina uma determinada situação jurídica¹⁸”.

Como tais doutrinadores associam ao Estado e à especificidade do judiciário a função jurisdicional, percebe-se que, como consequência, a arbitragem estaria de fora desse conceito.

No entanto, com mais razão Carlos Alberto Carmona, que salienta que o enquadramento da arbitragem como atividade jurisdicional depende de que, de fato, seja dado um novo enfoque ao conceito de jurisdição, adequando-se a técnica à realidade e buscando-se uma visão mais ampla e teleológica da jurisdição, que, ao final, é a resolução dos conflitos e a pacificação social¹⁹.

¹⁷ MIRANDA, Francisco C. Pontes, **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo I: arts. 1º a 45. Rio de Janeiro. Forense, 2001. p.81.

¹⁸ In Processo Cautelar, 18. Edição. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999, p.28. Disponível em: <http://docplayer.com.br/48863820-Tutela-de-urgencia-e-processo-arbitral-marcos-gomes-da-costa.html>. Acesso 12/03/18.

¹⁹ Cf. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**...p.26; Em prefácio de 1993, Cândido Rangel Dinamarco já afirmava que se justifica a rígida distinção entre a jurisdição estatal, quando da jurisdição e do próprio sistema processual como um todo dizia-se que apenas tinham o mero e pobre escopo da atuação da vontade do direito ou de estabelecer a norma do caso concreto. Superada essa visão puramente jurídica do processo, todavia, e reconhecidos os escopos sociais e políticos muito mais nobres,

Nesse sentido, entendendo jurisdição como poder no plano da soberania nacional, como função nos limites das atribuições do Estado e como atividade no processo, conclui-se que a arbitragem possui todas essas qualidades.

6. Os limites dos poderes do juiz arbitral

Nos termos do artigo 18 da lei de arbitragem os árbitros são equiparados aos juízes de direito. Devem, também, respeito aos princípios exigidos no artigo 13, parágrafo 13 da lei de arbitragem. O *arbiter* deve atuar com imparcialidade independência, competência, discricção e diligência.

Todavia, apesar da equiparação legal, isso não significa que o árbitro terá idênticos poderes ao juiz togado, daí surgindo a dialética abordada por este trabalho.

José Eduardo Carreira Alvim afirma que “o árbitro dispõe da *iurisdictio*, que lhe permite fazer justiça em nome do Estado, mas não do *imperium*, que lhe garante os poderes para adentrar a esfera de liberdade das partes, executando suas próprias decisões²⁰.”

O citado artigo 18 da Lei de Arbitragem prestigia o árbitro, pois garante a ele o poder da cognição. Neste sentido, importante a lição de Kazuo Watanabe:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que estão deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.²¹

Em relação, especificamente, ao poder de o árbitro impor medidas coercitivas

cai por terra a premissa em que se legitimava a rígida distinção. Se o poder estatal é exercício, *sub specie jurisdictionis*, com o objetivo de pacificar pessoas e dirimir conflitos com justiça, e se afinal a arbitragem também visa a esse objetivo, boa parte do caminho está vencido, nessa caminhada em direção ao reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem (ou, pelo menos, da grande aproximação entre os institutos, em perspectiva teológica)”. In CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993, prefácio).

²⁰ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.127.

²¹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no Processo Civil**. 3. Ed. São Paulo: perfil, 2005, p.66.

e cautelares, transcreve-se a lição de Pedro Batista Martins:

Uma das limitações da arbitragem está ligada à ausência de poder do árbitro para impor medidas coercitivas e cautelares, no interesse das partes, e para a boa e efetiva realização da justiça. É nesse particular que se fraciona a jurisdição arbitral sem, contudo, anulá-la, por lhe faltar o componente da *coertio* privativo do Estado.²²

7. Cooperação entre a jurisdição estatal e júízo arbitral

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, ficou cristalino que a arbitragem e o Poder Judiciário percorrem um mesmo fim: a busca pela pacificação de conflitos. Em seguida, a reforma da Lei da Arbitragem, por meio da Lei 13.129/15, consolidou tal posição.

Oportunamente serão discutidas, caso a caso, as novidades trazidas pelo código que diretamente se relacionam ao tema do presente estudo. De qualquer forma, sinalizando e regulamentando a cooperação entre ambos os tribunais, apresenta-se a seguir algumas das sinalizações desse *novel* Código de Processo Civil nesses casos.

O referido código, no artigo 42, confirma o instituto arbitral como jurisdicional ao afirmar: “as causas cíveis serão processadas e decididas pelo órgão jurisdicional nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir júízo arbitral, na forma da lei”.

Adicionalmente, em seu artigo 345, normatiza a alegação do réu no que diz respeito à cláusula arbitral. O recado é claro. Visando a economia processual e a boa-fé processual, a alegação da existência de compromisso arbitral deve ser feita por uma das partes assim que possível, sob pena de preclusão por não o fazer. Não poderá o juiz togado (caso o processo seja levado até ele) se manifestar sobre eventual convenção de arbitragem de ofício, sempre cabendo às partes interessadas fazê-lo. Também, portanto, privilegia-se a autonomia da vontade.

²² MARTINS, Pedro Batista. **Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro**. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Martins, Pedro Batista. LEMES, Selma Ferreira. CARMONA, Carlos Alberto (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.361.).

Assim, outra novidade digna de nota no artigo supracitado é essa criação de um procedimento específico de alegação da convenção arbitral. Doravante, já que o réu necessita alegar existência do compromisso antes mesmo de sua contestação, essa previsão foi também relevante para garantir o sigilo do processo arbitral, sigilo este que não era garantido pela legislação anterior. Claro, tal questão será importante apenas aos procedimentos arbitrais para os quais as partes tenham conferido o sigilo. Todavia, nesse instituto, é muito comum que o sigilo seja acordado.

Esclarecidas, dessa forma, algumas das novidades trazidas no texto do novo código que se relacionam à arbitragem, voltaremos a discorrer sobre a importância dessa cooperação entre ambos, agora melhor regulamentada pelo legislador, para em seguida enfatizar as novidades do código bem como trazidas em seguida pela reforma da Lei de Arbitragem e que se relacionam diretamente com o tema proposto no estudo.

No sentido dos objetivos da nova legislação, fica claro que para atuar de forma compatível com seus objetivos, a relação entre Poder Judiciário e a Arbitragem deve ser de cooperação, assistência e complementação, mas nunca de oposição.

Neste sentido, Sidnei Beneti aduz que “A arbitragem, que vem auxiliar a jurisdição estatal, aliviando-se a carga de trabalho na composição das massas de lide, não pode prescindir totalmente desta, da jurisdição estatal, para efetivar-se e consolidar-se”, constatando que a jurisdição convencional (arbitragem) e a jurisdição estatal não podem “viver uma sem a outra”.

Nesse mesmo sentido deu-se a evolução da arbitragem até os dias atuais, e, com razão, pode-se esperar um maior uso do instituto quanto maior for a efetividade a ele conferida por mecanismos práticos que tornem a relação entre o judiciário e o árbitro profficua e complementar.

Tendo isso em mente, o Novo Código de Processo Civil trouxe outra novidade em seu artigo 237, inciso IV, esta sim relacionada diretamente com o tema do presente estudo. Trata-se da figura da carta arbitral. A lei de arbitragem, por sua vez, após a recente reforma, teve regulamenta essa ferramenta, com a inclusão do artigo

22-C.

"(...) a carta arbitral é um instrumento que confere maior eficiência a este método adequado de solução de conflitos, permitindo que o árbitro exerça o seu múnus de forma ainda mais segura e eficaz, com a devida cooperação do juiz estatal²³". Assim, a carta arbitral surgiu com intuito de facilitar a comunicação entre as jurisdições arbitral-estatal.

O árbitro decide os processos que são submetidos a ele, todavia, não pode determinar o cumprimento forçado de suas decisões. Nesse sentido, Selma Maria Ferreira Lemes pontua que o "árbitro tem jurisdição, mas não tem o poder de constrição do juiz Estatal, por isso a necessidade da colaboração judicial²⁴".

Todavia, se por um lado há essa necessidade de cooperação, não se pode descaracterizar as medidas arbitrais a tal ponto que se forneça ao judiciário um "novo julgamento" das questões decididas pelo árbitro, anulando portanto seu papel. Nesse sentido, observa Francisco José Cahali:

Ainda, importa destacar que o exame do mérito da carta arbitral, bem como a pertinência da expedição/medida ou não da carta será validado pelo juízo arbitral, sob o crivo do contraditório e de acordo com as regras convenionadas no procedimento. Assim, ao Poder Judiciário, cabe apenas, no exercício do seu poder de império, promover direta ou sob sua autoridade, o cumprimento das providências solicitadas²⁵.

3. As tutelas provisórias na arbitragem

Dentro desse contexto, portanto, da cooperação entre o judiciário e o juízo arbitral, dos limites de seus poderes, e de potenciais sobreposições entre um e outro, que se faz relevante a análise das tutelas provisórias na arbitragem.

²³ FORBES, Carlos Suplicy de Figueiredo; KOBAYASHI, Patrícia Shiguemi in: **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. Coord. Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes, Pedro Batista Martins. São Paulo: Atlas, 2017. p. 535.

²⁴ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Anotações sobre a Nova Lei de Arbitragem**. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 47/15. p. 37 – 44. Out – Dez. 2015.

²⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 311.)

Interessante notar como se desenvolveu a legislação e jurisprudência pátria no sentido de garantir também ao árbitro esse importantíssimo mecanismo para tornar o processo efetivo, como será visto a seguir:

1. Processo e o tempo: Imprescindibilidade das tutelas provisórias

As tutelas de urgência surgiram a fim de sanar a problemática que era carregada na falta de efetividade das tutelas jurisdicionais deferidas de forma intempestiva, as quais podem sujeitar as partes a um processo e sentença totalmente inútil²⁶.

Um dano iminente exige uma providência urgente. Além disso, as tutelas trazem um impacto de suma relevância a fim de redistribuir o ônus do tempo, da duração razoável do processo entre as partes, prevalecendo assim a situação mais favorável a quem detiver o melhor direito *prima facie*²⁷.

Na legislação processual civil encontramos presentes as tutelas para garantia do resultado futuro do processo ou para, simplesmente, antecipar seu resultado quando atendidos os pressupostos legais.

2. Visão geral das tutelas provisórias

A doutrina conceitua as tutelas provisórias como uma forma de tutela jurisdicional sumária e não definitiva. Sumária, já que o exame é menos aprofundado, exigível somente um juízo de probabilidade. E até por essa razão, geralmente, a tutela provisória pode ser modificada ou revogada, o que a torna não definitiva.

As tutelas provisórias possuem assento constitucional, com seus fundamentos extraídos do artigo 5. Em seu inciso 78, tal artigo trata da duração razoável do processo.

²⁶ Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Limites à possibilidade de...,p.27. Lívio Goellner Goron também destaca as tutelas de urgentes “como mecanismos importantes para o enfretamento da crise de efetividade do processo.” (*in repensando as Tutelas de Urgência...*, p.67).

²⁷ Na doutrina estrangeira, também é destacada a melhor distribuição do ônus da duração do processo pelas tutelas de urgência: “The effect of such measures is to distribute the risk of the duration of the main action between the parties, shifting it from the party applyng for the interim measures is to the other party.”(tradução livre: “ O efeito de tais medidas é o de distribuir o risco da duração da ação principal entre as partes, transferindo-o da parte que pleiteia medida liminar para a outra parte.”(LEWI.; Julian M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. *Comparative International...*p.585)

Além do assento constitucional, o direito fundamental já estava previsto antes da EC 45, que inseriu o inciso. Estava previsto no artigo 8º do pacto de São José da Costa Rica, pacto do qual o Brasil é signatário.

Ora, as tutelas provisórias possuem forte relação com a duração razoável do processo, ainda mais em um judiciário onde ações se arrastam por anos a fio. Por vezes, sem uma medida sumária, ocorre o perecimento do direito, ou uma situação extremamente injusta é mantida por um longo prazo (até o fim da sentença). Ora, se há perecimento de direito, não há duração razoável. Se há uma situação injusta prolongada no tempo, não há duração razoável.

Além desse fundamento, temos no artigo 5º inciso 35 da CF o direito fundamental à tutela jurisdicional, à proteção jurisdicional. Deve-se observar que, sempre que se fala em direito e tutela jurisdicional, fala-se de uma tutela adequada, efetiva e tempestiva. Entram aqui as tutelas provisórias.

Fica claro, portanto, do discorrido até então, que não garantir ao juízo arbitral tais mecanismos de tutela seria condená-lo a uma prestação jurisdicional ineficiente e deficitária, condenando-o ao desuso.

Mas como então solucionar a questão, considerando a situação *sui generis* do juíz arbitral? Deverá socorrer-se do judiciário? Ou terá ele autonomia para fazê-lo por conta própria?

A Lei nº 13.105, de março de 2015, adicionando à discussão, apresentou um novo regramento no tocante às tutelas provisórias. Buscando um aperfeiçoamento na clareza e aplicação das medidas, houve modificações tanto nas denominações quanto no procedimento em si.

O legislador sistematizou as tutelas provisórias em um mesmo ambiente dentro do Novo Código de Processo Civil, sejam elas cautelares, antecipadas, ou de evidência.

Por fim, nos termos do artigo 294 do NCPC, a tutela pode ter fundamento na urgência ou a evidência. A tutela provisória de urgência, por sua vez, pode ser cautelar ou antecipada, concedida em caráter antecedente ou incidental.

Considerando a natureza jurisdicional da arbitragem, pode se dizer que tais mudanças também afetaram o dia a dia da comunidade.

3. Características básicas das tutelas provisórias

Em linhas gerais, a partir da lei, vige a seguinte classificação: Tutela provisória é gênero, que comporta as tutelas de urgência e as tutelas de evidência.

A tutela de urgência passa a ser tratada como tutela antecipada ou cautelar. Outra novidade é que, conforme art. 294 do NCPC, ambas poderão ser deferidas em caráter antecedente ou incidental.

A essência da tutela antecipada permanece a mesma, necessitando ainda do dano irreparável e de difícil reparação e da verossimilhança das alegações. Trata-se de uma espécie de antecipação do mérito, pretendendo antecipar algo que em tese ocorreria somente na prolação da sentença. Relaciona-se, portanto, com a efetividade e justiça do processo, ao distribuir de forma mais justa o ônus do tempo no processo, estando também ligado, como já dito, ao devido processo legal e à duração razoável do mesmo.

Já a finalidade da cautelar é distinta, devendo preservar a utilidade do processo e não permitir o perecimento do direito.

Por outro lado, a tutela de evidência dispensa a demonstração do *periculum in mora*. Segundo o novo regramento, a tutela de evidência poderá ser concedida: quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; quando 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; ou quando 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.

Esta é mais uma novidade, portanto, que visa justamente proteger o devido processo legal e a duração razoável do processo. Nesses casos específicos, mais uma

vez, distribui-se o ônus do tempo no processo, concedendo o resultado liminarmente àqueles que se enquadrem nesses casos.

Segundo o artigo 296 do Novo Código de Processo Civil, a tutela conserva a sua eficácia durante a pendência do processo, podendo ser revogada/modificada a qualquer tempo (decorrente da natureza precária das mesmas).

4. Cabimento das tutelas provisórias na arbitragem

É inegável que a lei de arbitragem 9.307/1996 foi determinante para o avanço da arbitragem no Brasil. Ela implementou avanços fundamentais à concretização da via arbitral como alternativa de resolução de conflitos.

Todavia, em sua concepção, a lei de arbitragem dedicou breves linhas às medidas cautelares e de urgência submetidas à sua instância.

O artigo 22, parágrafo 4 da lei 9.307/1996²⁸ era o único dispositivo que fazia menção ao instituto, o qual, infelizmente, restou insuficiente para orientar de forma precisa o processamento das medidas cautelares.

Por essa razão, para suprir essa lacuna legislativa em um delicado tema a jurisprudência foi essencial no aprimoramento do instituto e evoluiu de forma a conferir soluções para o processamento das cautelares nesses casos.

Para se ter uma ideia, o próprio artigo 22²⁹ trazia nebulosidade sobre a possibilidade do árbitro dar a medida cautelar. A redação não era clara.

Por um lado, o aludido dispositivo dava a impressão falsa de que o árbitro não

²⁸ Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

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

²⁹ Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

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

tinha o poder de conceder tutela provisória, tendo que solicitar ao judiciário. Por outro, a lei também não regulava especificamente o regime de medidas de urgência, nem mencionava aquelas que eventualmente fossem necessárias antes da instituição da arbitragem.

Até parece que os próprios legisladores, por entenderem a delicadeza do tema, preferiram evitá-lo e deixar seu desenvolvimento para a própria justiça (e doutrinadores). De um lado, a efetividade do instituto de arbitragem e sua autonomia diante do judiciário. De outro, o risco de conferir a particulares poderes outrora exclusivos do judiciário e provocar instabilidade social.

Se tal atitude dos legisladores foi correta ou não, digressões abundam. Todavia, há algo digno de nota. Uma mudança imposta, à “canetada”, possuiu um maior potencial de dano que aquela gradual, amadurecida com o tempo, e posta em prática caso a caso. Tendo isso em vista, nota-se certa prudência no texto aberto da Lei de Arbitragem em sua redação original.

Ademais, o tempo fulminou a falsa noção de que o árbitro não possuiria poderes de cautela, como se verá doravante.

Doutrina e jurisprudência avançaram no sentido de que o árbitro, a exemplo dos magistrados, possui os poderes gerais de cautela. Em outras palavras, os árbitros podem por si mesmos conceder as medidas cautelares, a antecipação de tutela, ou, já usando a nomenclatura do Novo Código Processual Civil, as tutelas de evidência.

Há uma importante ressalva, todavia, sempre reforçada. Evidentemente, ao árbitro não pode ser concedido o poder de coerção. Com essa ressalva, é possível garantir a efetividade e autonomia ao juízo arbitral, sem provocar instabilidade social por conferir tal poder a particulares.

Trata-se, sem dúvida, de uma solução inteligente. Pode-se dizer, sem grande dúvida, que foi uma solução benéfica para todos por ela atingidos.

Todavia, tal consenso passou, como era de se esperar, por um período de maturação. Logo após a vigência da lei de arbitragem, parte da doutrina tinha o

entendimento de que era impossível ao árbitro proferir tutelas de urgência³⁰, até como consequência da linguagem indireta e obscura do dispositivo legal.

Porém, no decorrer dos dezoito anos da entrada em vigor da referida lei, a doutrina posicionou-se a favor da competência do árbitro, conforme já adiantado:

“(...) não devem restar dúvidas de que as cautelares devem ser analisadas e concedidas pelos árbitros³¹.”

Não significa, todavia, o poder equiparado ao dos juízes togados. O poder de coerção lhe continua estranho, devendo então haver, sempre que necessária, uma cooperação com o Poder Judiciário. Cooperação esta que surgiu como única solução lógica à esta restrição aos poderes arbitrais.

5. Cautelar antecedente à instituição da arbitragem - lacuna legislativa

Diante da lacuna deixada pela não previsão quanto à necessidade de medida cautelar prévia à instauração do painel arbitral, a questão foi objeto da decisão da 3ª Turma o Supremo Tribunal de Justiça, que sintetizou a problemática através do seguinte julgado:

“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*.

³⁰ Garcez, José Maria Rossani, observa: “A lei brasileira de arbitragem, objeto de tantos e tão merecidos elogios, no que diz respeito às medidas cautelares não andou bem, todavia, muito bem, em termos, redacionais, cometendo um engano, embora tautológico, ao dispor de uma forma que a melhor e mais lógica interpretação teria que, na verdade, transformar para tornar funcional ou mais funcional.” Medidas cautelares e de antecipação de tutela na arbitragem. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (coords.). **Arbitragem doméstica e internacional**: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

³¹ Garcez, José Maria Rossani. **Medidas cautelares e de antecipação**...pp. 220 e 222.

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

(...). (REsp 1297974/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012).³²

Percebe-se, nessa decisão de 2012, a síntese do posicionamento jurisprudencial e doutrinário prévio à reforma da Lei de Arbitragem, esta que apenas confirmou tal posicionamento. Nota-se que é reconhecido o poder dos juízes arbitrais de conferir essas medidas, enquanto ao mesmo tempo se retira dos mesmos a *coertio* Estatal.

Por outro lado, não “lava as mãos” o judiciário e oferece sua cooperação nos casos de necessidade de cautelar previamente à instauração da arbitragem. Tal posicionamento é coerente para garantir a efetividade do juízo arbitral, e o judiciário sinaliza seu interesse em conferi-la, até porque tem a ganhar com isso (redução de demandas sob seus auspícios, paz social).

Todavia, há que se analisar como a doutrina e jurisprudência delinearam esse processo de cooperação. Se por um lado deve o judiciário fazer a sua parte, não pode ele assumir o papel que foi outorgado pelas partes ao juízo arbitral, sob pena de violar o compromisso arbitral, de gerar retrabalho e de gerar insegurança jurídica, bem como violação dos princípios do próprio tribunal arbitral, como por exemplo a *kompetenz-kompetenz*.

E a solução adotada foi a seguinte: tão logo instaurada a instância arbitral, o processo já deveria ser encaminhado ao juízo arbitral, para que este assumisse o processamento. Poderia ele, inclusive, manter, alterar ou revogar a respectiva decisão. Tal posicionamento foi confirmado pela recente reforma na Lei de Arbitragem, inclusive.

³² Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1153184&num_registro=201102409919&data=20120619&formato=PDF. Acessado em 03/02/18.

Percebe-se, mais uma vez, que a solução arquitetada pelos juristas não deixou a desejar, ao garantir os princípios do juízo arbitral ao mesmo tempo em que garantiu sua efetividade, e a cooperação regrada entre o mesmo e os juízes togados.

Até mesmo na análise desse eventual pedido, o Poder Judiciário não poderia se imiscuir em questões que digam respeito ao árbitro. Por essa razão, até a amplitude de sua análise e de sua decisão sofre limitações.

Nesse sentido, importante destacar a lição do Professor Rocha (2017 p. 49/50):

Referida restituição provisória da jurisdição arbitral à estatal, por ser excepcional, será analisada pelas características da subsidiariedade, precariedade, e sumariedade, já que a princípio contrasta às intenções das partes pronunciadas nas convenções de arbitragem, só justificável por imposição fática.

É subsidiária, porque só se justifica ante a impossibilidade do árbitro de proferir decisão - pois, na fase pré-arbitral, normalmente, sequer há árbitro nomeado (salvo disposição contratual, nos casos de arbitragem *ad hoc*).

Antes de firmado o compromisso ou proferida sentença que o substitua (art. 6º e 7º da Lei de Arbitragem), ausente está, ainda que momentaneamente, o poder jurisdicional do árbitro, o que justifica o aforamento da medida perante o Poder Judiciário.

Caracteriza-se pelo caráter sumário porque somente ao árbitro caberá a análise de mérito com o complexo exaurimento da cognição. Isso não significa, porém, que à jurisdição permanente seja absolutamente vedado qualquer estudo do mérito da questão.

Pelo contrário, caberá ao juiz togado exercer um ainda superficial juízo de delibação sobre a questão meritória. Admitir o oposto seria afirmar bastante à verificação do *periculum in mora* para a concessão da medida cautelar pelo juiz estatal, o que afrontaria os princípios elementares do processo. Em tais situações excepcionadas, não há, na análise do *fumus bonis iuris* e na verossimilhança do direito alegado, nenhuma invasão indevida à esfera da jurisdição arbitral.

A precariedade decorre da necessidade de verificação do *periculum in mora* composto. Ou seja, o juiz togado somente poderá deferir medida urgente relativa à matéria submetida à arbitragem quando verificar, primeiro, a impossibilidade de seu deferimento pelo juízo arbitral, e, segundo, a existência do perigo de dano irreparável caso não seja concedida a medida. Não será suficiente a mera alusão ao segundo se não for demonstrado o primeiro requisito, pois será fácil, uma vez que não constituído o juízo ainda. Discutível é, por outro lado, se depois de instaurada a arbitragem, poderia a parte requerer medida cautelar ao juiz togado alegando impossibilidade de análise pelo árbitro com a celeridade adequada ao caso.

Por consequência da precariedade, uma vez havendo possibilidade do árbitro apreciar a tutela de urgência, esvai-se a jurisdição estatal. Assim, sendo necessário o ajuizamento de medida de urgência antes de instaurada a arbitragem, ela será submetida ao órgão do Poder Judiciário, mas deverá ser imediatamente remetida ao juízo arbitral tão logo este seja constituído.

Após a instauração da instância arbitral, a tutela de urgência poderá ser revista, tanto para deferir o que foi negado no âmbito estatal, como para revogar o que fora ali concedido, ou ainda para confirmação do decidido na

6. Cautelar antecedente à instituição da arbitragem e o novo código

Foi só recentemente que, referendando o entendimento até então aplicado e finalmente conferindo maior clareza, enquanto o Novo Código de Processo Civil sinalizou no sentido da cooperação entre os poderes e da autonomia da Arbitragem, criando a figura da Carta Arbitral, inclusive, a reforma da Lei de Arbitragem, por sua vez, aprovada logo em seguida, trouxe nova redação à lei, reformando-a, regulamentando a Carta Arbitral e sanando as maiores lacunas legislativas que até então persistiam.

Assentou-se não só que é plenamente cabível a tutela provisória ser proferida pelo árbitro, como também é cabível o ajuizamento de medida provisória de urgência (cautelar ou antecipação de tutela) em caráter antecedente diretamente pelas partes no Poder Judiciário, enquanto não instaurado o painel arbitral. Ou seja, na pendência da instauração do painel arbitral é possível que a parte consiga providência acautelatória.

Tal cooperação entre os poderes realmente é necessária naqueles casos específicos em que essa medida é essencial para evitar o perecimento do direito. Fica claro o esforço do legislador para a busca da solução satisfatória da lide sem prejudicar o princípio da kompetenz-kompetenz.

Isto porque se trata de uma exceção, e o próprio parágrafo único deixa claro isso, ao evidenciar que o caráter emergencial deve ser comprovado pelo ato de instauração da arbitragem em até 30 dias. Logo, o juízo arbitral continua sendo o juízo privilegiado, caso haja essa opção entre as partes, sendo o questão levada ao judiciário somente em *ultima ratio*.

“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

³³ ROCHA, Caio Cesar Vieira; ROCHA, Caio Cesar Vieira. **Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil**. Op. Cit., p.116.

se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

7. Tutelas provisórias no curso da arbitragem

Em uma relevante modificação promovida pela reforma trazida pela Lei n. 13.129/2015, acrescentou-se o artigo 22-B à Lei 9.307/1996.

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.

Assim, após a instauração do procedimento arbitral, a competência para apreciar tutelas de urgência é insofismavelmente outorgada ao juízo arbitral, abandonando-se a redação anterior, inapropriada e já ultrapassada.

Logo, percebe-se que a reforma, mais uma vez, consolidou o posicionamento que já vinha sendo aplicado, até por ser o mais coerente e compatível com os princípios arbitrais. Além disso, é expressa a possibilidade dos árbitros, posteriormente, reverem a medida cautelar concedida pelo Poder Judiciário. Tal permanece coerente com o posicionamento já aplicado e com a natureza precária das medidas cautelares, como já discorrido oportunamente ³⁴.

De qualquer forma, reforçando a autonomia arbitral, já na vigência do acréscimo legal, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Apelação. Medida Cautelar inominada preparatória do juízo arbitral. Falta de interesse processual. Litígio acerca de cumprimento de contrato de transporte ferroviário. Concessão de medida liminar judicial,

³⁴ Ementa: juízo arbitral. Embora não se descarte a medida cautelar como instrumento de garantia da eficácia da decisão a ser proferida em arbitragem, não se pode revestir de irreversibilidade, seja porque não pode ser esse seu objeto, seja porque implicaria em desconsideração da cláusula compromissória. TJSP, Cam Res Dir Emp, Apel. 01903392420118260100, j. 10.04.2012, unânime. Disponível em: Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 04/02/18.

com fixação de astreintes. Precariedade da medida. Derrogação da jurisdição estatal com a instauração do tribunal arbitral. Ratificação, suspensão e posterior revigoramento parcial da medida liminar precariamente concedida pelo Poder Judiciário, com a modulação dos efeitos, pelo Tribunal Arbitral. Competência exclusiva do tribunal arbitral para decidir sobre a manutenção, modificação e revogação das tutelas de urgência concedidas pelo Poder Judiciário. Inteligência dos arts. 22-A e 22-B da Lei nº 9.703/96. Extinção da medida cautelar judicial que deve ser mantida, por perda superveniente do interesse recursal. Sentença mantida (...)” (TJSP, Apelação Cível 900017-20.2013.8.26.0100, 12ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, j. 18.11.2015, DJe 30.01.2016).³⁵

Conclui-se, inclusive, que tanto as medidas concedidas antes da instauração da via arbitral bem como aquelas que foram indeferidas pelo judiciário podem ser reapreciadas pelo painel arbitral.

Todavia, ainda que em todos esses casos esteja reforçada a autonomia do juízo arbitral, mais uma vez permanece a ressalva: não se concedeu, em nenhum momento, o poder de coerção aos juízes arbitrais. E, por poder de coerção, entende-se, na visão de Cláudio de Melo Valença Filho e João Bosco Lee³⁶:

(...) Ademais, erra quem afirma que o árbitro não detém o poder de *imperium*. O árbitro o detém, na modalidade *imperium mixtum*, mas não possui o *imperium merum*; significa que pode ordenar atos de execução indireta, mas não os de execução direta. Eis a primeira linha demarcatória entre as funções do árbitro e as do juiz nacional na distribuição da tutela jurisdicional de urgência. Na prática, toda medida de urgência arbitral cuja eficácia dependa de atos de execução direta requer a participação do juiz nacional, o que evidencia a necessária complementaridade entre a jurisdição do árbitro e a do juiz nacional na distribuição da tutela de urgência. Incide, neste aspecto, uma das principais contribuições da Lei 13.129, de 26.05.2015, cujo texto regulamenta a necessária comunicação árbitro-juiz para a promoção da carta arbitral prevista no art. 22-C (...).

Logo, percebemos que a solução oportunizada pela recente reforma na Lei de

³⁵ Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acessado em 05/02/18.

³⁶ VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo; LEE, João Bosco. **O árbitro, o juiz e a distribuição da tutela de urgência**. In: MELO, Leonardo Campos de; BENEDUZI, Renato Resende (coords.) A reforma da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2016.p. 650-652.

Arbitragem para os casos em que seja necessário o poder de coerção para a efetividade do processo foi a Carta Arbitral. Trata-se de uma medida acertada, que regulamenta a cooperação entre o judiciário e o árbitro de forma a torná-la clara, dinâmica e mais eficiente.

Desse modo, caso uma determinação arbitral não venha a ser cumprida por livre e espontânea vontade o árbitro solicitará providências do juízo Estatal por meio da carta arbitral, como veremos a seguir.

8. A carta arbitral

A carta arbitral surgiu como uma formalidade para facilitar e, na medida do possível, agilizar a comunicação entre o árbitro ou painel arbitral e o juiz estatal. Como tal, a partir da reforma, é o meio adequado para que o árbitro solicite o cumprimento de suas medidas, e supriu uma lacuna há muito existente³⁷.

O novo Código de Processo Civil trouxe pela primeira vez, em seu artigo 69, a previsão do mecanismo:

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

[...]

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

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

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

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

III - a efetivação de tutela provisória;

[...]

³⁷ “Novidade que vem ao encontro dos legítimos interesses dos arbitralistas. Institui-se, com ela, um veículo de comunicação entre os órgãos da jurisdição estatal e da arbitral, implementando uma lacuna existente a respeito”. Armeli, Donaldo. **Arbitragem e o novo código de processo civil**. *RArb* 28/131.

§ 3º O pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre
órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário

Ainda, a carta arbitral é prevista no art. 237, IV, 260, parágrafo 3º do Código de Processo Civil³⁸, e foi em seguida incluída e regulamentada na Lei nº 9.307/96, art. 22-C³⁹ a partir da reforma na Lei da Arbitragem.

Como dito acima, o árbitro não tem força para cumprir a sua decisão de modo forçado. Por outro lado, saliente-se que, conforme já abordado, o juiz ao receber a carta arbitral não poderá interferir no mérito da providência requerida pelo árbitro e avançar num exame de mérito aprofundado.

Interessante notar que a carta arbitral, por acessória do processo arbitral, seguirá o principal e, desde que estipulada pelas partes a confidencialidade, esse sigilo será mantido também no trâmite judiciário⁴⁰.

Entretanto, há uma exceção: a confidencialidade é afastada quando os processos arbitrais envolvam a administração pública, por força do §2º do art. 2º da reformada Lei Arbitral. Privilegiou-se, aqui, o princípio da publicidade, o que não prejudica o instituto arbitral, uma vez que há, de fato, interesse público nesses casos específicos que justificariam a quebra desse sigilo.

³⁸ Art. 237. Será expedida carta: I- de ordem, pelo tribunal na hipótese do § 2º do art. 236;

[...]

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:

[...]

§ 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ “É comum que o processo arbitral seja sigiloso. Não é, porém, inerente ao processo arbitral a confidencialidade, mas tem sido comum que assim as partes estabeleçam. Sigilo do processo arbitral, que se restringe à publicidade externa, concretiza o direito fundamental à preservação da intimidade. Se tiver havido estipulação pelas partes da confidencialidade na arbitragem, haverá segredo de justiça no processo judicial que verse sobre ela, inclusive em cartas arbitrais.” (Comentários ao Novo Código de Processo Civil, Antonio Passos Cabral e Ronaldo Cramer (org.), forense, p.321.

Com a recente instituição desse mecanismo que regulamenta a interlocução entre árbitros e o Judiciário, superando entraves burocráticos, espera-se um mais amplo desenvolvimento da arbitragem.

9. Possibilidade de limitar os poderes cautelares do árbitro

Já estabelecido claramente o limite, o alcance, e o *modus operandi* da tutela provisória no juízo arbitral, há que se adicionar uma exceção vigente.

Como visto, a fonte de poderes do árbitro vem justamente da cláusula arbitral. Trata-se, pois, de uma opção entre as partes, neste ponto assemelhando-se à sua natureza contratual (na concepção). Assim, estipulado o compromisso arbitral, a regra é que o árbitro terá o poder geral de cautela que detém o juiz.

Excepcionalmente, entretanto, se a própria cláusula arbitral restringir esse poder, então nesses casos o tratamento será diverso. Tal decorre, inclusive, do princípio da autonomia da vontade que vige no juízo arbitral e é plenamente compatível com sua natureza. O atrativo para as partes é justamente esse, o de possibilitar uma flexibilidade maior que o judiciário como alternativa para solução de lides.

Portanto, as partes terão liberdade para, durante a convenção arbitral, escolher as regras que serão utilizadas na instância, admitindo-se inclusive limitar os poderes dos árbitros no tocante ao regime das tutelas de urgência. Neste sentido Cahali:

A liberdade de escolha, nos limites da lei, é sem dúvida um dos principais atrativos da arbitragem. Podem as partes, segundo sua conveniência e/ou estratégia comercial, disciplinar questões relevantes quanto à eventual conflito, dentre elas as relativas às medidas de urgência na arbitragem, provimentos estes cujo impacto na seara fática, pelas suas características, é incontestável. (...) Dessa forma, por convenção das partes, pode ser retirada da jurisdição arbitral a autoridade para apreciar e decretar urgência, evidenciados seus requisitos mesmo no curso da arbitragem, deverão ser direcionadas ao Poder Judiciário, em situação em que haverá a convivência dos juízos arbitral e estatal, cada qual com a parcela limitada de jurisdição para a tutela do direito das partes.⁴¹

Assim, desde que convencionadas restrições, o painel arbitral terá que se submeter.

⁴¹ Cahali, Francisco José. **Medidas de urgência na arbitragem e novo Regulamento do CAM/CCBC** cit. Revista de Arbitragem e Mediação. n. 33, 2012.

Todavia, ressalta-se que a convenção arbitral não tem força para retirar do lesado o acesso à jurisdição, este um direito indisponível. Assim, diante de convenção impedindo a análise de tutela de urgência no juízo arbitral, devolve-se ao juízo estatal a jurisdição para a matéria, restrita, evidentemente, a este pronunciamento, eventualmente necessário à efetividade da sentença arbitral.⁴²

Neste sentido, Fichner e Monteiro:

Diante disso, a solução aventada, e ora proposta, é que os limites da convenção de arbitragem sejam, evidentemente, obedecidos pelo juízo arbitral, caso haja expressa proibição na convenção de arbitragem. Isto não impede, por óbvio, que as partes, mesmo em curso a arbitragem, requeiram então as medidas urgentes diretamente ao Poder Judiciário, como forma de assegurar, assim, a efetiva e célere tutela de urgência deferida, de natureza provisória, até que possa ela ser submetida pelo provimento definitivo consistente na sentença arbitral.⁴³

10. A necessária cooperação

A arbitragem não deixa de ser uma forma de “justiça privada”. As partes almejam afastar essa disputa do poder judiciário e então levam a controvérsia para ser dirimida por um painel arbitral.

Todavia, não se pode esperar que o juízo arbitral esteja “acima da lei”. E é também nesse ponto que se expõe mais um aspecto da necessidade de um delicado equilíbrio no diálogo entre o painel arbitral e o judiciário.

A necessidade de cooperação, mais uma vez, faz-se evidente. Não há como se outorgar ampla e irrestritamente à arbitragem todos os poderes. Por outro lado, não há como submeter o árbitro e todas as suas decisões à um escrutínio cuidadoso do judiciário, sob pena de inutilizar-se o instituto.

Nesse sentido, é essencial a harmonia e o equilíbrio entre a arbitragem e o Judiciário. Este pode ser, ao mesmo tempo, uma solução para o avanço satisfatório da arbitragem ou um obstáculo para o mesmo.

⁴² Cahali, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 5º edição. 2015

⁴³ Cf. Cahali, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 5º edição. 2015. p. 304.

Na prática, o judiciário acaba por ser essencial em todas as etapas do procedimento arbitral, seja antes do início efetivo da arbitragem, durante o procedimento arbitral, e mesmo após seu término.

O judiciário, em sua atual cooperação com a arbitragem, evoluiu para prestar assistência, e também, de alguma forma, exercer um controle externo para que não sejam cometidos abusos nessa via.

Nesse sentido, uma previsão de intervenção legal diz respeito à cláusula compromissória vazia (aquela que não traz qualquer especificação quanto à nomeação dos árbitros, ou que também não faça menção a qualquer regulamento para o início arbitral). Nesses casos, se uma das partes tem a pretensão de iniciar a arbitragem e a outra não concorda, restará o ajuizamento da ação prevista no art. 7 da Lei de Arbitragem junto ao judiciário.

Todavia, esta ação terá o objetivo de instaurar um procedimento arbitral, sanando a controvérsia, diante da impossibilidade de se instaurar o juízo enquanto essa controvérsia existir. Não se trata de substituir o juízo arbitral, mas sim de suprir uma lacuna.

Ainda na fase pré-arbitral, temos a já abordada questão das medidas cautelares. Até a instauração da arbitragem haverá sempre um interstício. A lei de arbitragem dispõe que a data oficial de instalação da arbitragem será o momento em que o árbitro aceita a sua missão.

Assim, caso haja o risco perecimento de um direito antes que isso aconteça, quais medidas a parte poderá tomar? Aqui, novamente, as partes poderão ajuizar uma medida cautelar diretamente no judiciário. Por mais que exista cláusula compromissória entre as partes, não há como recorrer ao árbitro nesses casos, tornando-se essencial mais esta cooperação do já (e sempre, no Estado de Direito) constituído judiciário!

Por outro lado, o juiz togado poderá atuar antes, no curso, ou depois do juízo arbitral, na hipótese do controle/interferência por parte do judiciário, nos casos de anulação de sentença arbitral, que não são numerosos, respeitando a autonomia do juízo, mas poderão ainda assim ocorrer.

Deve o judiciário guardar para que não ocorram violações de direitos indisponíveis e de princípios constitucionais, não estando nenhum cidadão acima da lei. Como exemplo, tem-se a violação ao princípio do contraditório e do devido processo legal. O limite da convenção diz respeito aos direitos patrimoniais das partes.

Além do mais, como já exposto, os árbitros não têm poder coercitivo, ou seja, podem apreciar pedido cautelar, porém lhes resta esperar para que as partes cumpram aquela liminar específica.

Contudo, se não a cumprirem espontaneamente, cabe ao árbitro solicitar a cooperação do judiciário para dar efeito à medida por ele editada. Neste contexto, surgiu então a figura da carta arbitral, que poderá ser utilizada para comunicação entre os juízos para agilizar a cooperação, inclusive nestes casos de não cumprimento.

Diante de tais considerações nota-se a importância que o judiciário tem no desenvolvimento da arbitragem. O paradoxo disso é que justamente quando as partes estipulam cláusula compromissória em seus contratos, elas querem se afastar do judiciário. Porém, muitas vezes, não se escapa da cooperação do Poder Judiciário, sem o qual não se pode obter o resultado prático desejado.

Assim, conclui-se que a jurisdição, então, é partilhada, e não compartilhada por esses tribunais de natureza distinta. Nota-se que são funções complementares, e não concorrentes.

4. Conclusão

Finalmente, avaliando-se a evolução da Arbitragem em nosso país, percebe-se que a mesma cresceu em importância e, de certa forma, consolidou-se após a vigência do Novo Código de Processo Civil e da reforma na Lei de Arbitragem que veio logo em seguida.

Todavia, não se pode dizer que a nova legislação foi revolucionária no âmbito do instituto arbitral.

Percebe-se que a evolução do instituto se deu gradualmente, precedida de amplo debate dentro da comunidade jurídica, já que a primeira versão da Lei da Arbitragem não delineava satisfatoriamente os limites de atuação do juízo arbitral e como então se daria exatamente o seu relacionamento com o poder judiciário.

E foi justamente nesse escopo, o de mais claramente desenhar os limites do árbitro, bem como o de organizar mais eficientemente a cooperação entre esses poderes, que a nova legislação trouxe sua contribuição mais significativa.

Não por acaso, o próprio Código de Processo Civil hodierno ressalta em seu artigo 67 “Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.”

Entendeu o legislador que um organismo em guerra consigo mesmo é fadado ao fracasso. Agora, a cooperação entre os magistrados e servidores pertencentes ao judiciário resta elevada à princípio processual, e deve por todos ser observado. Afinal, enfrentar a Crise do Judiciário é um dever de todos. E os órgãos e servidores do judiciário devem enfrentá-la unidos se almejam algum sucesso nessa árdua empreitada.

O código não se limitou, todavia, à criação do princípio. Criou também ferramentas próprias para que ele seja observado. E, no âmbito arbitral, uma novidade, que também se relaciona diretamente com as tutelas provisórias, já que é ferramenta de que o juízo arbitral pode se valer para impor coercitividade às mesmas (por meio do judiciário) foi a carta arbitral.

Ao criá-la especificamente para a arbitragem, o Novo Código de Processo Civil reconhece no tribunal arbitral um semelhante, e o inclui no alcance do princípio da cooperação. Significativo pois, e coerente com a postura adotada até então por doutrinadores e jurisprudência. Preencheu-se, inclusive, uma lacuna prática que ainda havia para a arbitragem, tendo potencial de alavancar seu uso doravante.

Além dessa novidade, a Lei 13.129/15 trouxe as reformas na Lei de Arbitragem que, se por um lado consolidaram entendimento já aplicado em sua maior parte pelos tribunais, por outro não deixaram de ser significativas, por conferir maior clareza ao instituto e privilegiar, portanto, seu maior uso.

Então, após anos de maturação, se apresenta hoje bem consolidado o relacionamento entre o juízo arbitral e os juízes togados. Pode-se dizer, inclusive, que se embora não tenham sido revolucionários os novos regramentos nessa questão, por outro, foram um marco, que coroaram esses anos de maturação, e trouxeram uma maior clareza e mecanismos mais eficientes para moldá-lo.

Doravante, pouco espaço há para se questionar os limites de um poder em relação ao outro. Não há mais questionamento sobre a autonomia do juízo arbitral para decidir suas próprias tutelas provisórias e as exceções à esse caso estão claramente expostas, conforme demonstrado ao longo deste trabalho.

Diante do exposto, extrai-se que, com o tempo e com as reformas, foi privilegiada a harmonia e o equilíbrio entre a Arbitragem e o Poder Judiciário, sem que o primeiro saia prejudicado. E o legislador consolidou a percepção já generalizada pelos juristas: ambas percorrem o mesmo fim, que é a eficácia na solução dos conflitos. E por essa mesma razão, já estão estabelecidos todos os mecanismos necessários para garantir, ao menos potencialmente, ao juízo arbitral, uma tutela provisória com a mesma eficiência que a do poder judiciário!

Bibliografia

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamento, 2005, p.14.

AMARAL, Maria do Mar. **Arbitragem no Direito Romano: Uma análise comparativa**. Disponível em: <https://slidex.tips/download/arbitragem-no-direito-romano-uma-analise-comparativa>. Acessado em 08/01/18.

ARMELI, Donaldo. **Arbitragem e o Novo Código de Processo civil**. *RArb* 28/131.
BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; Fontes, André R. C. **Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem**. *RArb* 14/51.

BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso

em: 28/12/17

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm . Acesso em: 28/12/17.

BRASIL. Lei 13. 105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 28/12/17

BRASIL. Lei 13.129, de 26 de maio de 2015. **Lei de Arbitragem**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 28/12/17

BRASIL. Lei 9.3017, de 23 de setembro de 1996. **Lei de Arbitragem**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em: 28/12/17

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1153184&num_registro=201102409919&data=20120619&formato=PDF. Acesso em 05/02/18.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 05/02/18.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do estado de São Paulo**. Disponível em: Cam Res Dir Emp, Apel. 01903392420118260100, j. 10.04.2012, unânime.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/376867132/apelacao-apl-319962020108190209-rio-de-janeiro-barra-da-tijuca-regional-2-vara-civel/inteiro-teor-376867145?ref=juris-tabs#>. Acesso em 02/02/18.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 107.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: medição – conciliação – resolução CNJ 125/2010**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 311.

CAHALI, Francisco José. **Medidas de urgência na arbitragem e novo Regulamento do CAM/CCBC** cit. Revista de Arbitragem e Mediação. n. 33, 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993 , prefácio.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. 3º ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31 e 32.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004,p.127

CRETELLA NETO, José. **Comentários à lei de arbitragem brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CRETELLA Neto, José. **Curso de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.14.

DINAMARCO, Cândido Rangel. “**Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional**”. Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação. In: Vol. 2, p.2.

FERREIRA LEMES, Selma Maria. **Princípios e Origens da Lei de Arbitragem**. Revista do Advogado n.º 51, Edição AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, out./1997. p. 32/35.

FICHTENER, e Monteiro, **Medidas urgentes no processo arbitral brasileiro**, cit., 67. FORBES, Carlos Suplicy de Figueiredo; KOBAYASHI, Patrícia Shiguemi in: **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. Coord. Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes, Pedro Batista Martins. São Paulo: Atlas, 2017. p. 535.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Medidas cautelares e de antecipação de tutela na arbitragem**. In: Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos. FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Medidas cautelares e de antecipação...**pp. 220 e 222. In *Processo Cautelar*, 18. Edição. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999, p.28.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Anotações sobre a Nova Lei de Arbitragem**. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 47/15. p. 37 – 44. Out – Dez. 2015.

LEWI.; Julian M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. *Comparative International...*p.585.

COSTA, Marcos Gomes da, **Tutela de Urgência e Processo Arbitral**. Disponível em: <http://docplayer.com.br/48863820-Tutela-de-urgencia-e-processo-arbitral-marcos-gomes-da-costa.html>. Acesso em: 12/03/18.

MARTINS, José Celso. **Arbitragem, Mediação e Conflitos Coletivos de Trabalho**. São Paulo: Editora do Autor, 2005.

MARTINS, Pedro Batista. **Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Martins, Pedro Batista. LEMES, Selma Ferreira. CARMONA, Carlos Alberto (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.361.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.836.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 21ª edição, pp.478/479.

MIRANDA, Francisco C. Pontes, **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo I: arts. 1º a 45. Rio de Janeiro. Forense, 2001. p.81.

ROCHA, Caio Cesar Vieira; ROCHA, Caio Cesar Vieira. **Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil**. Op. Cit.,p.116.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, **Conferência proferida no seminário “A arbitragem e o Brasil – uma perspectiva múltipla”**. *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo, 13 de novembro de 1996.

Teoria geral do Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 60.
VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; LEE, João Bosco. **O árbitro, o juiz e a distribuição da tutela de urgência**. In: MELO, Leonardo Campos de; BENEDUZI, Renato Resende (coords.) *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.p. 650-652.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Aspectos da Arbitragem Institucional-12 anos da lei 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros, 2008. p.242.

WAINCYMER, Jeff. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2012, p. 80.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: perfil, 2005,p.66.