**JUÍZO ARBITRAL E TUTELAS PROVISÓRIAS**

Thaís Regina Henrique Francesconi

Advogada e Mestranda em Direito Processual Civil pela PUC-SP.

**Área do Direito:** Processual; Arbitragem

**Resumo:** Pretende-se examinar neste artigo a concessão de tutelas provisórias em disputas em que há convenção de arbitragem, sob a égide do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei de Arbitragem, alterada pela Lei 13.129/2015. O artigo analisa a competência do árbitro e do juiz para apreciarem e deferirem tutelas provisórias. Além disso, o artigo estuda, ao final, a possibilidade de concessão de tutela antecipada e de evidência em contendas arbitrais.

**Palavras-chave:** Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015) – Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) – arbitragem – tutelas provisórias – carta arbitral – juiz – árbitro

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. Dificuldades de pesquisa; 3. A arbitragem e a lei processual; 4. Medidas pleiteadas perante o árbitro ou o Tribunal arbitral; 4.1.1. Cumprimento pelo Poder Judiciário da decisão arbitral; 4.1.1.1. Carta arbitral; 5. Medidas pleiteadas perante o Poder Judiciário; 5.1. Antes da arbitragem; 5.2. Durante a arbitragem; 5.2.1. Sem acesso ao árbitro ou à câmara; 5.2.2. Medida de ofício e *inaudita altera parte*; 5.3. Após a arbitragem; 6. Tutelas provisórias no Código de Processo Civil de 2015 e na Lei de Arbitragem; 6.1. Tutela antecipada; 6.2. Tutela da evidência; 7. Considerações finais

1. **Considerações iniciais**

Antes de instituída a arbitragem, durante o curso do procedimento arbitral e até mesmo depois de proferida a sentença pelo árbitro, pode se fazer necessária a concessão de tutelas provisórias. Mas quem deve concedê-la: o árbitro ou o juiz? E com fundamento em quais requisitos? Toda e qualquer tutela provisória pode ser deferida? Estes são apenas alguns dos questionamentos que envolvem a matéria.

É preciso analisar a relação entre o juízo arbitral e o juízo estatal e, por conseguinte, entre o procedimento arbitral e o processo judicial no que diz respeito à concessão de tutelas provisórias, levando-se em consideração o Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869/1973), o Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015) e a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), com as alterações da Lei 13.129/2015.

1. **Dificuldades de pesquisa**

Antes de mais nada, cumpre esclarecer que, via de regra, tanto o processo judicial que versa sobre arbitragem quanto o próprio procedimento arbitral não são públicos.

O artigo 189, *caput* e inciso IV, do Código de Processo Civil de 2015, assim dispõe:

“Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

(...)

IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.”

Embora o artigo 155 do Código de Processo Civil de 1973 não relacionasse em seus incisos tal hipótese de segredo de justiça, o Superior Tribunal de Justiça considerou o seu rol exemplificativo, e não taxativo, admitindo o processamento em segredo de justiça de outras ações, cuja discussão envolvesse informações comerciais de caráter confidencial e estratégico [[1]](#footnote-1), no que o requerimento de segredo dos processos judiciais relativos a arbitragens encontrou certo respaldo.

É de se citar o Enunciado nº 13 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

“O disposto no inciso IV do art. 189 abrange todo e qualquer ato judicial relacionado à arbitragem, desde que a confidencialidade seja comprovada perante o Poder Judiciário, ressalvada em qualquer caso a divulgação das decisões, preservada a identidade das partes e os fatos das causas que a identifiquem”.

Da mesma forma, o artigo 14.1 do Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá[[2]](#footnote-2) prevê que “[o] procedimento arbitral é sigiloso, ressalvadas as hipóteses previstas em lei ou por acordo expresso das partes ou diante da necessidade de proteção de direito de parte envolvida na arbitragem”.

Neste cenário, a doutrina é parcial e a jurisprudência, escassa e de difícil acesso, o que dificulta, senão impede, o acompanhamento de como o assunto é, de fato, tratado pelo juízo arbitral e pelo juízo estatal.

Outro ponto que merece aclaramento é justamente o objeto de análise deste artigo, qual seja, as tutelas provisórias no âmbito da arbitragem. Considerando que o Código de Processo Civil de 2015 entrou em vigor há menos de um ano, muitas citações trazidas aqui à lume fazem referência às medidas cautelares previstas nos artigos 796 e seguintes do Código de Processo Civil de 1973 e à antecipação dos efeitos da tutela disposta no artigo 273 da lei processual revogada, e não às tutelas provisórias propriamente ditas.

Porém, se “[o] atual diploma processual houve por bem reunir, no Livro V, da Parte Geral, sob a denominação de ‘Tutela provisória’, as medidas com natureza cautelar e as medidas com natureza de antecipação de tutela, respectivamente previstas no Livro III e no art. 273, do CPC de 1973”[[3]](#footnote-3), de modo que “[a] opção do legislador de 2015 foi agrupar tanto as medidas de antecipação quanto as cautelares em um só gênero, denominado tutela provisória”[[4]](#footnote-4), pressupõe-se que não haverá alterações relevantes no entendimento doutrinário e jurisprudencial até então existente com relação à concessão de tais medidas em casos envolvendo arbitragem e, sendo assim, reputam-se pertinentes as citações feitas.

1. **A arbitragem e a lei processual**

Além de poder se valer da arbitragem para dirimir conflitos, a parte também pode escolher inclusive o procedimento a ser adotado pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral, nos termos do *caput* do artigo 21 da Lei de Arbitragem:

“Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.”

No silêncio, cabe ao árbitro ou ao tribunal arbitral disciplinar o procedimento, conforme previsto no parágrafo 1º do mesmo artigo:

“Art. 21.

(...)

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

As partes podem, assim, convencionar que o árbitro utilizará lei processual estrangeria, procedimento especial criado pelas partes ou procedimento escolhido pelo árbitro. Não é, portanto, obrigatória a utilização do Código de Processo Civil, já que as partes podem estabelecer outras regras para a condução da arbitragem.

Afora os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade dos árbitros e de seu livre convencimento, os quais sempre serão respeitados no procedimento arbitral, conforme estabelecido pelo parágrafo 2º do artigo 21 da Lei de Arbitragem[[5]](#footnote-5), não há qualquer previsão legal que trate expressamente da aplicabilidade, ou não, do Código de Processo Civil aos procedimentos arbitrais.

Como se deve, então, conciliar as disposições do Código de Processo Civil, inclusive das que tratam das tutelas provisórias, à Lei de Arbitragem e ao procedimento arbitral?

Leonardo Faria Beraldo[[6]](#footnote-6), em capítulo de sua obra intitulado “Introdução e (in)aplicabilidade subsidiária automática do CPC à LA”, aponta que o Código de Processo Civil não seria aplicável à arbitragem, exceto quanto aos princípios do processo civil:

“Com relação à *aplicação cogente do CPC aos procedimentos arbitrais*, tanto CARLOS ALBERTO CARMONA quanto MARCOS ANDRÉ FRANCO MONTORO são categóricos ao afirmarem que o mesmo não é aplicável à arbitragem, ressalvando a aplicabilidade dos princípios do processo civil”.

Os fundamentos para tanto seriam: i) a ausência de regramento na Lei de Arbitragem sobre a aplicabilidade, ou não, do Código de Processo Civil; ii) a violação ao artigo 21, *caput* e parágrafo 1º, da Lei de Arbitragem, que confere às partes e, no seu silêncio, aos árbitros a prerrogativa de estabelecerem o procedimento a ser obedecido; e iii) a incompatibilidade entre a rigidez do Código de Processo Civil e a flexibilidade do procedimento arbitral.

Mas, ao se aplicar ao procedimento arbitral institutos próprios do direito processual civil, que não estejam regulados pelas partes, pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral, ou que não estejam previstos na Lei de Arbitragem ou no regulamento do órgão que administra o feito arbitral, não parece haver outra saída a não ser seguir as regras do Código de Processo Civil.

Pondera Leonardo de Faria Beraldo[[7]](#footnote-7) que o próprio árbitro, ao conceder as liminares do processo cautelar e as medidas de natureza antecipatória, deve observar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* para as tutelas cautelares e os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973 para as tutelas antecipadas.

De qualquer forma, quando a parte se socorre da via judicial (e não do árbitro ou do tribunal arbitral) para obter a tutela provisória perante o Poder Judiciário, obviamente deve fundar a sua pretensão na lei processual em vigor para a apreciação pelo juiz togado.

Ou seja, devem ser observados os artigos 294 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015 para o pedido de concessão de tutelas provisórias pela parte bem como para o seu deferimento (ou não) pelo juiz, ainda que a controvérsia entre as partes esteja relacionada a um procedimento arbitral.

A esse respeito, Cassio Scarpinella Bueno[[8]](#footnote-8) aponta que “[c]om o CPC de 2015, independentemente da natureza da tutela provisória, se cautelar ou antecipada (art. 294, *caput*), o magistrado deverá se convencer da *probabilidade* do direito do requerente da medida e, porque se trata de medida de urgência, do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Nesses termos, o árbitro, ao receber os autos do processo judicial acima, poderá manter a medida concedida (ou concedê-la caso tenha sido indeferida), revogá-la ou modificá-la, observando, também, os requisitos da lei processual, caso se entenda que ele deva tê-los em conta ao apreciar os pedidos de tutela que lhe forem dirigidos diretamente.

1. **Medidas pleiteadas perante o árbitro ou o Tribunal arbitral**

Antes do advento da Lei de Arbitragem, o artigo 1.086 do Código de Processo Civil de 1973 dispunha que era vedado ao juízo arbitral “empregar medidas coercitivas” (inciso I) e “decretar medidas cautelares” (inciso II). Já o artigo subsequente (1.087) previa que, quando fosse necessária “a aplicação” de tais medidas, o juízo arbitral as solicitaria à autoridade judiciária competente para a homologação do laudo[[9]](#footnote-9).

Embora aparentasse que o juízo arbitral não tinha qualquer poder cautelar, pois não poderia “decretar” medidas cautelares, Carlos Alberto Carmona afirmava, desde então[[10]](#footnote-10), que “o árbitro não tinha poder de coerção, mas cabia a ele decretar a medida cautelar, que seria executada pelo juiz togado”. Em suas palavras, a lei processual teria sido “infeliz” ao assim dispor, pois “o dispositivo visava proibir a execução (*rectius*, cumprimento) da medida cautelar” pelo árbitro, mas não a sua concessão.

Já com a edição da Lei de Arbitragem, além de serem revogados os artigos 1.086 e 1.087 do Código de Processo Civil então em vigor (1973), o legislador estabeleceu, no parágrafo 4º do artigo 22 da Lei, que, se houvesse a necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, o árbitro poderia solicitá-la ao “órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa”[[11]](#footnote-11).

Referido dispositivo legal recebeu inúmeras críticas: desde a sua “imprópria localização”, em um artigo que trata das provas orais na arbitragem[[12]](#footnote-12), até a sua “ambígua redação”, conforme crítica de Francisco José Cahali[[13]](#footnote-13).

Assim, conquanto pudesse se vislumbrar que o árbitro continuava a não possuir qualquer poder cautelar, uma vez que poderia apenas “solicitar” medidas cautelares ao órgão do Poder Judiciário, Carlos Alberto Carmona, tal qual antes da Lei de Arbitragem, continuava a afirmar que, se a medida cautelar concedida pelo árbitro não fosse cumprida espontaneamente, o árbitro a solicitaria ao juiz togado, “não para que este delibere se é o caso ou não de conceder-se a medida pleiteada, mas apenas e tão somente para concretizá-la”[[14]](#footnote-14).

Alexandre Freitas Câmara compartilha o entendimento de que “cabe ao árbitro conceder a medida cautelar, devendo ser solicitada ao juízo competente, tão-somente, a atuação da mesma, já que o árbitro não pode usar a força para fazer cumprir suas decisões”[[15]](#footnote-15).

Reforça Francisco José Cahali[[16]](#footnote-16) que é o árbitro que “decide a respeito da medida (pertinência, providência e extensão)”. O fato é que “possui o árbitro o *ius cognitio*, mas falta-lhe o *ius imperium* para realizar na prática as suas decisões”. Diz, ainda, sobre os juízos arbitral e estatal, respectivamente, “[a] um juízo caberá a decisão; ao outro, a efetivação da medida”.

De outra ponta, Paulo Furtado[[17]](#footnote-17) afirma, ao comentar o parágrafo 4º do artigo 22 da Lei de Arbitragem, que “não pode o árbitro, ou o tribunal, decretar medidas coercitivas, ou processar e julgar ações cautelares”.

Já para Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, o árbitro somente poderá conceder medidas cautelares se houver disposição neste sentido na convenção de arbitragem[[18]](#footnote-18).

A esse respeito, Carlos Alberto Carmona[[19]](#footnote-19) insiste que se as partes concederam ao árbitro poderes para resolver determinado conflito “estes poderes também envolvem os decorrentes da tutela cautelar”. Isso porque “as partes investem os árbitros de poderes para resolver todas as questões controvertidas que as envolvem, cabendo aos julgadores – juízes que são – zelar pela justa solução do litígio, adotando todas as providências necessárias ao pleno exercício do poder jurisdicional que lhes foi concedido pelos contendentes”.

Pedro A. Batista Martins[[20]](#footnote-20) segue na mesma linha pois, “quando os compromitentes firmam o compromisso, derrogando a jurisdição estatal, conferem ao árbitro a competência e o poder para resolver *todas* as questões atinentes à espécie, assumindo este o dever de zelar para que as partes não sejam prejudicadas nos seus direitos, o que inclui, obviamente, a competência para determinar medidas cautelares ou coercitivas”. Conclui, assim, que “cabe ao julgador privado adotar *todas* as providências cabíveis ao efetivo exercício da *jurisdictio*, abrangendo, naturalmente, os remédios cautelares, vez que de natureza incidental, acessório e, consequentemente, necessários ao justo deslinde da controvérsia”.

José Antonio Fichtner e André Luís Monteiro[[21]](#footnote-21) trazem ainda outro pertinente fundamento para autorizar o árbitro a apreciar medidas urgentes:

“Na medida em que cabe ao árbitro decidir todo o mérito do litígio, não há razão lógica para negar-lhe o poder para conhecer e decretar medidas urgentes no curso do processo arbitral. Em outras palavras, se as partes conferem ao árbitro o poder de processar e julgar o conflito de interesses em sua inteireza, não há razão legal ou lógica para proibi-lo de conhecer de medidas urgentes, cujo objeto, dada sua natureza instrumental ou de continência, nunca será mais abrangente do que a lide principal, a ser resolvida na sentença arbitral. Trata-se de mera aplicação da regra de que pode o mais pode o menos (*cuit licet quod est plus, licet utique quod est minus*).”

Agora, com a edição da Lei 13.129/2015, que, além de revogar o parágrafo 4º do artigo 22 da Lei de Arbitragem, incluiu os artigos 22-A e 22-B em capítulo denominado “Das Tutelas Cautelares e de Urgência”, a discussão a respeito da possibilidade de medidas cautelares serem deferidas pelo árbitro parece chegar ao fim.

Vejamos o que dispõe o parágrafo único do artigo 22-B da Lei de Arbitragem:

“Art. 22-B.

(...)

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.”

Assim, uma vez instituída a arbitragem, o árbitro pode avaliar medida cautelar ou de urgência para garantir o resultado útil da arbitragem. Deferida a medida e se necessário for para o seu cumprimento a interferência do Poder Judiciário e das providências coercitivas que lhe são privativas, o árbitro deve solicitar a cooperação do juiz para a efetivação da medida.

Diz-se “se necessário”, pois a determinação pode ser cumprida espontaneamente pela parte, sem qualquer resistência. Só se provoca o Poder Judiciário quando for indispensável a sua força coercitiva para o cumprimento da medida.

O juízo arbitral tem, então, total autoridade para, a requerimento da parte, apreciar e deferir medidas cautelares no curso da arbitragem. Mas, se não cumprida espontaneamente a determinação arbitral ou se inviável o seu cumprimento de outra forma, deverá solicitar a cooperação do juízo estatal para a efetivação forçada daquilo que determinou, pois não possui poder coercitivo ou de execução das medidas, que é privativo do Estado.

* + 1. **Cumprimento pelo Poder Judiciário da decisão arbitral**

Como se viu acima, compete precipuamente ao árbitro decidir a respeito da concessão da tutela provisória, mas se houver resistência no seu cumprimento, compete ao juiz executar ou efetivar a medida determinada pelo árbitro, pois este não tem poder coercitivo, que é privativo do Estado.

Assim, como o árbitro não tem poder de império, sempre que proferir decisão de natureza cautelar ou de urgência, como se refere a Lei de Arbitragem, e a parte contra quem foi requerida a medida não a cumpre ou lhe é impossível de ser cumprida, pode o árbitro solicitar ao juiz estatal que o auxilie e faça cumprir o que foi determinado na arbitragem.

Mas “não é cabível, a invasão de competências: cabe ao árbitro, nos limites da convenção de arbitragem, decidir acerca da concessão ou não da medida de urgência e cabe ao juiz verificar apenas os aspectos formas – não o mérito –, determinando assim, o cumprimento do que foi decidido pelo árbitro”, conforme sustenta Luiz Antonio Scavone Junior[[22]](#footnote-22).

No mesmo sentido afirma José Francisco Cahali[[23]](#footnote-23) que “[a] atuação do juízo estatal, nesta hipótese, é restrita à efetivação da tutela determinada. Não lhe cabe, assim, avaliar a sua pertinência ou adequação, ou seja, não reexamina a questão, apenas promove a realização da medida”.

Reforça o mesmo autor em outra passagem: “o juízo estatal, em regra, não reexamina, aprecia ou avalia o conteúdo da decisão arbitral, mas apenas concede-lhe efetividade”.

Conquanto o Poder Judiciário seja instado apenas a conferir força coercitiva para fazer cumprir a tutela já deferida pelo árbitro, analisando, portanto, apenas os aspectos formais da convenção de arbitragem e da medida cautelar, mas não adentrando no mérito das decisões proferidas pelo árbitro[[24]](#footnote-24), é possível que o juiz se recuse a cumprir uma decisão tomada pelo árbitro no procedimento arbitral.

Assim, o juiz togado pode negar-se a atender à solicitação do árbitro, devolvendo-a com as razões pelas quais não executou a medida cautelar.

Conforme advertido por Francisco José Cahali, é “dado ao magistrado recusar o cumprimento de medidas manifestamente ilegais, teratológicas, contrárias à ordem pública, ou sem a mínima demonstração de sua legitimidade”, tal como se dá inclusive na interação entre juízos estatais[[25]](#footnote-25).

Embora aborde muito pouco o delicado tema, a doutrina tece algumas considerações a respeito. Leonardo de Faria Beraldo[[26]](#footnote-26) faz três comentários, exaltando a competência do árbitro.

Em primeiro lugar, afirma-se categoricamente que “o juiz não tem o direito de julgar a qualidade ou a eficiência da decisão, somente podendo deixar de cumpri-la se entender que é nula ou ilegal”, nos termos do artigo 32 da Lei de Arbitragem.

Em segundo lugar, se isso ocorrer, “caberá exclusivamente ao árbitro ‘recorrer’ desse ato judicial”. Diz-se “recorrer”, mas “não será um recurso propriamente dito, mas, sim, um mero requerimento ao tribunal *ad quem*, provavelmente endereçado ao presidente, informando-o do ocorrido e solicitando, com urgência, que tome as providências necessárias de modo a não prejudicar o direito das partes”.

Em terceiro lugar, reforça-se que “[a] atividade decisória é do árbitro, enquanto que a do juiz togado será apenas a de efetivar as medidas coercitivas que forem necessárias para o processo arbitral”.

Ainda, se houver descumprimento, pelo juiz, do requerimento do árbitro, adverte-se que “[o] árbitro pode apresentar reclamação formal contra o magistrado na Corregedoria-Geral de Justiça da qual este faça parte e, ainda, protocolizar uma representação junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ)”[[27]](#footnote-27).

Por fim, rememore-se que “o Estado-juiz tem a obrigação de indenizar à parte prejudicada quando descumprir ou negar a efetivação dos provimentos arbitrais previstos nas lei, bem como as medidas de urgência e coercitivas que não violam a ordem pública, direitos indisponíveis e a convenção de arbitragem, pois tal ato configura-se ato ilícito, com o gravame da negação e retardamento da efetivação da prestação da tutela jurisdicional arbitral”[[28]](#footnote-28), sendo que tal responsabilidade civil é de natureza objetiva e decorre do parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal[[29]](#footnote-29).

* + - 1. **Carta arbitral**

Ao tratar da cooperação entre a jurisdição estatal e a arbitral, uma vez superada as opções de interação do árbitro com o juiz, surge a questão de como deve ser feita a comunicação entre os juízos.

Até a edição do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem, a falta de previsão legal atormentava a teoria e, muito mais, a prática. Aproveitava-se, no que cabia, o previsto para as comunicações entre os próprios juízos estatais, ofício ou carta, utilizando-se daquele quando havia destinatário certo e desta quando não. O legislador, agora, parece ter posto fim a esta questão.

Estabelece o artigo 237, inciso IV, do Código de Processo Civil de 2015 o seguinte:

“Art. 237. Será expedida carta:

(...)

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

Em comentário a referido dispositivo legal, Cassio Scarpinella Bueno[[30]](#footnote-30), afirma que “[o] inciso IV cria a ‘carta arbitral’ para viabilizar a comunicação (e, mais do que ela, a cooperação) entre árbitros e juízos estatais”.

Já o artigo 22-C da Lei de Arbitragem, incluído pela Lei 13.129/2005 possui a seguinte redação:

“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.”

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero mencionam, no que se relaciona a este estudo, que “[a] carta arbitral pode ter como objeto a prática de qualquer ato judicial ou a determinação de cumprimento de decisões arbitrais, inclusive aquelas tomadas a título de tutela provisória (art. 237, IV, CPC)”[[31]](#footnote-31).

Assim, se as partes pactuarem a arbitragem para a resolução de conflitos e caso o árbitro necessite de providências que incumbem ao Poder Judiciário, deve ser expedida a carta arbitral. A carta arbitral é, assim, o veículo oficial de comunicação entre os órgãos da jurisdição arbitral e estatal.

Na definição dada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[[32]](#footnote-32), a carta arbitral “[d]estina-se a dar cumprimento a ato emanado de árbitro responsável por procedimento arbitral no âmbito do Poder Judiciário. Como exemplo, pode-se citar a solicitação, pelo árbitro, de medidas cautelares ou coercitivas junto ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar a causa (LArb 22 § 4º). A expectativa é de que a carta arbitral, novidade trazida pelo CPC, seja mais uma maneira de estimular a cooperação entre árbitro e juiz no desenvolvimento da tarefa de distribuir justiça com rapidez e eficiência, já que a arbitragem e o Poder Judiciário não são foros antagônicos”.

Mas o juiz, ao promover a realização da medida, pode promover toda e qualquer medida que entender necessária para a efetivação da tutela provisória deferida pelo árbitro?

Dispõe o *caput* do artigo 297 do Código de Processo Civil de 2015:

“Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.”

Para Cassio Scarpinella Bueno[[33]](#footnote-33), “[o] *caput* do art. 297 deve ser compreendido em harmonia com o art. 798 do CPC de 1973, que abriga, no plano infraconstitucional, o que é hoje chamado de ‘dever-poder geral de cautela’”.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior[[34]](#footnote-34), “o poder tutelar geral do juiz é mais amplo do que o antigo poder geral de cautela, já que se estende a todas as medidas provisórias, sejam elas fundadas na urgência ou na evidência (art. 297, *caput*) e não se restringem apenas a figuras ou hipóteses predefinidas em lei (arts. 297 e 301)”.

Dessa forma, pode-se dizer que o juiz foi municiado de instrumentos necessários para forçar o cumprimento das tutelas provisórias proferidas. Até porque, como bem lembrado por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero[[35]](#footnote-35), “[t]odos os meios processuais têm de estar disponíveis para a tutela dos direitos”.

Nesse contexto, Arruda Alvim[[36]](#footnote-36) bem resume que “é conferida ao magistrado uma ampla gama de poderes para se certificar de que a sua decisão será cumprida”.

Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira[[37]](#footnote-37) reforçam o posicionamento, consignando que, “para efetivação da tutela provisória poderá o magistrado aplicar qualquer tipo de medida coercitiva hábil a tornar concreto, no mundo empírico, o conteúdo da decisão proferida, tendo por limites o sistema jurídico e, em não se tratando de direito socialmente relevante, o princípio dispositivo, ou seja, o pedido formulado por quem pleiteou a medida”.

Mas não está claro se o juiz togado pode utilizar tais instrumentos para forçar o cumprimento apenas daquilo que determinou ou também do que foi deferido pelo árbitro e lhe foi encaminhado apenas para efetivação. De qualquer forma, a questão resolve-se em si.

Conquanto alguns possam considerar que poderia haver invasão na competência do árbitro quando o juiz determina medidas não previstas pelo árbitro para efetivar a decisão de tutela, o fato é que o juiz, ao determinar o cumprimento da tutela provisória que deferiu ou que foi deferida pelo árbitro, tanto faz, pode se utilizar dos meios necessários, e adequados, para efetivá-la, pois só ele possui força coercitiva.

1. **Medidas pleiteadas perante o Poder Judiciário**

Conquanto a essência da Lei de Arbitragem seja a não intervenção do Poder Judiciário na contenda das partes, antes de instituída a arbitragem, no seu curso e inclusive depois de proferida a sentença arbitral, a parte poderá, sem prejuízo da arbitragem, requerer tutela provisória na via judicial, respeitando, como se viu acima, os requisitos e o procedimento da lei processual.

O controle judicial das tutelas provisórias em arbitragem pode ser necessário na fase pré-arbitral, na fase arbitral e na fase pós-arbitral.

* 1. **Antes da arbitragem**

Na fase pré-arbitral, compreendida entre a assinatura da convenção de arbitragem e o início do procedimento arbitral, a tutela provisória, especialmente a de urgência, pode ser requerida ao juiz togado, posto que a arbitragem ainda não se iniciou.

Nos termos do *caput* do artigo 19 da Lei de Arbitragem, “[c]onsidera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”, ou seja, no caso de tribunal arbitral, apenas a partir da aceitação do último dos árbitros.

Quando o tribunal arbitral ainda não está formado e a parte precisa de uma tutela de urgência, deve promover a medida judicial perante o órgão do Poder Judiciário que seria competente para o julgamento da lide, caso não houvesse a convenção de arbitragem. Para Eleonora Coelho Pitombo, essa possibilidade “decorre da aplicação do princípio de que *quando est periculum in mora incompetentianon attenditur*, de acordo com o qual as partes podem formular pleitos emergenciais para evitar o perecimento de direito mesmo perante juízo incompetente”[[38]](#footnote-38).

Portanto, antes de instituída a arbitragem, pode a parte se socorrer do juízo estatal para o requerimento de tutela de urgência, o que não importa, contudo, em violação à convenção de arbitragem.

Leonardo de Faria Beraldo[[39]](#footnote-39) esclarece a respeito que, “se ainda não foi iniciada a arbitragem, não existe jurisdição arbitral efetiva, logo, se as partes precisarem que seja tomada alguma medida a fim de se conservar direitos, ou, então, visando a garantia do resultado útil do provimento final, tem-se como lícito o manejo de processo cautelar perante o Poder Judiciário”.

Porém, assim que iniciado o procedimento arbitral, o juiz togado deve declinar de sua competência para o árbitro, remetendo-lhe os autos do processo, para que este dê prosseguimento ao processo que trata da tutela provisória requerida e início ao feito principal.

Para Carlos Alberto Carmona[[40]](#footnote-40), a competência do juiz fica adstrita apenas à análise da medida emergencial, “passando a direção do processo na sequência aos árbitros, tão logo seja instituída a arbitragem (ou seja, tão logo os árbitros aceitem o encargo)”.

Confira-se julgado pelo Superior Tribunal de Justiça[[41]](#footnote-41):

“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. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar”.

O Tribunal de Justiça de São Paulo segue na mesma linha:

“ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL - Ausência dos requisitos do Artigo 273 do CPC - Não concessão. MEDIDA CAUTELAR - PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS - JUÍZO ARBITRAL - Extinção com fundamento no art. 267, inciso VI, do CPC - Afastamento - Embora haja cláusula compromissória para o estabelecimento de Juízo arbitrai, nada obsta possa vir a parte perante o Judiciário requerer as medidas cautelares que entender cabíveis para evitar possíveis danos, devendo-se ressaltar que o juízo arbitrai não tem poder de coerção, como também não está aparelhado para recepcionar medidas preparatórias urgentes, mormente quando ainda não instalado o juízo privado - Efetividade ao Artigo 5o, inciso XXXV, da CF - Recurso provido para anular a sentença extintiva do processo.”[[42]](#footnote-42)

“Agravo de Instrumento - Medida cautelar - Liminar deferida para suspensão dos efeitos de cláusula do acordo de acionistas - O r. despacho hostilizado não viola a Lei 9.307/96, porquanto a agravada não tinha outra alternativa senão socorrer-se do Poder Judiciário, uma vez que a arbitragem ainda não havia sido instituída, o que, como é notório, depende de inúmeras providências e demanda, tempo - O próprio regulamento da Corte Internacional de Arbitragem - CCI, eleita pelas partes, permite o acesso ao Judiciário em determinadas circunstâncias, inclusive medidas cautelares ou provisórias - Recurso desprovido.”[[43]](#footnote-43)

Mas já decidiu em sentido contrário:

“Medida cautelar aforada antes de instalada a arbitragem. Inadmissibilidade de ser processada a providência na justiça estatal, por constituir usurpação da competência. Predomínio da cláusula compromissária, cabendo encaminhar os interessados para os árbitros, evitando a instabilidade da disputa de competência e que contribui para a insegurança jurídica e ruptura do direito adquirido contratual. Medida cautelar intentada com escopo de esvaziar o conteúdo das matérias a serem debatidas e decididas pela arbitragem. Extinção mantida, remetidos os autos.”[[44]](#footnote-44)

Este julgado vai de encontro não só ao entendimento consolidado da doutrina e da jurisprudência de que o juiz togado pode deferir medidas antes de instituída a arbitragem como também ao direito da parte em evitar o perecimento de seu direito.

* 1. **Durante a arbitragem**

Na fase arbitral, compreendida entre o início da arbitragem e o trânsito em julgado da sentença arbitral, a tutela de urgência pode ser requerida perante o Poder Judiciário quando o árbitro ou a instituição arbitral estiver impossibilitado de atender ao pleito da parte.

Pode ocorrer também de o cumprimento da tutela depender de terceiros, que não assinaram a convenção de arbitragem e não fazem parte do procedimento arbitral e, como consequência, não estão obrigados a cumprir as decisões proferidas pelo árbitro.

E assim que cessar o impedimento, deve o juiz extinguir o feito, manter ou não a eficácia da liminar, declinar da competência para o árbitro e remeter-lhe os autos do processo judicial. Segundo Leonardo de Faria Beraldo[[45]](#footnote-45), “[a]ssim que o impedimento momentâneo for superado, deverá o juiz extinguir o processo, sem resolução de mérito, com base no art. 267, VII, do CPC, deixar claro se manterá ou não a eficácia da liminar (se tiver sido concedida) e remeter os autos ao juízo arbitral”.

* + 1. **Sem acesso ao árbitro ou à câmara**

É possível que o árbitro não possa atender ao pleito da parte, seja por estar no gozo de férias, doente ou até mesmo em razão de seu falecimento, seja, ainda, em caso de renúncia ao cargo, substituição ou recusa no curso da arbitragem. Pode ocorrer, ainda, de a própria instituição arbitral estar fechada em razão de férias. Nesse caso, não se pode negar acesso da parte ao juízo estatal para preservar o seu direito, sob pena de perecimento.

Carlos Alberto Carmona[[46]](#footnote-46) admite o acesso ao Poder Judiciário para a obtenção de tutela de urgência, mesmo após a instituição de arbitragem, no caso, por exemplo, de uma “situação de emergência ocorrida durante feriado local, tornando impossível o acesso aos árbitros”.

Porém, resolvida a questão de urgência ou sendo possível à parte dirigir-se aos árbitros, voltam os árbitros a terem controle sobre o processo.

Ademais, o árbitro pode não ter nem mesmo poderes para conceder tutela de urgência se as partes assim dispuserem na convenção de arbitragem. Sob o princípio da autonomia da vontade, as partes podem restringir ou até mesmo excluir os poderes dos árbitros quanto à concessão de tutelas de urgência, estipulando que eventuais medidas serão requeridas diretamente junto ao Poder Judiciário.

A limitação à apreciação pelo árbitro de tutelas cautelares pode ser tanto total quanto condicional, por exemplo, a prévia manifestação da parte contrária, para que, em atenção ao contraditório, não seja deferida liminar *inaudita altera parte* pelo árbitro.

O Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, em seu artigo 8.1[[47]](#footnote-47), dispôs sobre a concessão de “medidas cautelares, coercitivas e antecipatórias” pelo árbitro, “a menos que tenha sido convencionado de outra forma pelas partes”. Confira-se o comentário de Francisco José Cahali[[48]](#footnote-48) a respeito:

“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 a eventual conflito, dentre elas as relativas às medidas de urgência na arbitragem, provimentos estes cujo impacto na seara fática, pelas suas características, é incontestável. (...) Desta forma, por convenção das partes, pode ser retirada da jurisdição arbitral a autoridade para apreciar e decretar medidas cautelares, coercitivas e antecipatórias. Caso assim se tenha pactuado, as medidas de urgência, evidenciado 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 parcela limitada de jurisdição para a tutela do direito das partes”.

Embora chegue a se sustentar que a convenção restritiva a tal poder seria nula, por violar direito ao livre acesso à jurisdição, e que o árbitro poderia ignorar o avençado pelas partes e decidir sobre medidas cautelares e de urgência, a conclusão de José Antonio Fichtner e André Luís Monteiro[[49]](#footnote-49) nos parece acertada:

“Diante disso, a solução aventada, e ora proposta, é que os limites da convenção de arbitragem sejam, evidentemente, obedecidos pelo juízo arbitral, abstendo-se este de decretar medidas urgentes no âmbito do processo 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 dos interesses dos jurisdicionados. Os árbitros e as partes deverão observar a tutela de urgência deferida, de natureza provisória, até que possa ela ser substituída pelo provimento definitivo consistente na sentença arbitral.”

O Superior Tribunal de Justiça[[50]](#footnote-50) também já teve a oportunidade de se manifestar sobre a validade de cláusula compromissória que excepcione do juízo arbitral certas situações especiais a serem submetidas ao Poder Judiciário:

“O convívio harmônico dos juízos arbitrais com os órgãos do Judiciário constitui ponto fundamental ao prestígio da arbitragem. Na escala de apoio do Judiciário à arbitragem, ressai como aspecto essencial o da execução específica da cláusula compromissória, sem a qual a convenção de arbitragem quedaria inócua. Não se pode ter como condição de existência da cláusula compromissória que a arbitragem seja a única via de resolução admitida pelas partes, para todos os litígios e em relação a todas as matérias. É válida, assim, a cláusula compromissória constante de acordo que excepcione ou reserve certas situações especiais a serem submetidas ao Judiciário, mormente quando essas demandem tutelas de urgência. Do mesmo modo, a referência à mediação como alternativa para a resolução de conflitos não torna a cláusula compromissória nula. Com efeito, firmada a cláusula compromissória, as partes não estão impedidas de realizar acordo ou conciliação, inclusive por mediação. Apenas questões sobre direitos disponíveis são passíveis de submissão à arbitragem. Então, só se submetem à arbitragem as matérias sobre as quais as partes possam livremente transacionar. Se podem transacionar, sempre poderão resolver seus conflitos por mediação ou por arbitragem, métodos de solução compatíveis. A ausência de maiores detalhes na previsão da mediação ou da arbitragem não invalida a deliberação originária dos contratantes, apenas traduz, em relação à segunda, cláusula arbitral "vazia", modalidade regular prevista no art. 7º da Lei 9.307/96.”

Não se pode deixar de anotar que, em caso de restrição de poderes, não cabe ao árbitro manter, modificar ou revogar a medida concedida pelo juiz estatal, pois houve limitação do poder a ele outorgado justamente com relação às medidas cautelar e de urgência. Como a medida é provisória será, ao final, substituída pela sentença arbitral. Enquanto isso, é eficaz a tutela concedida pelo juiz togado.

* + 1. **Medida de ofício e *inaudita altera parte***

Apesar de soar não muito usual, em casos de urgência, a tutela provisória requerida ao juízo estatal pode ser concedida (e efetivada) de forma mais efetiva (e célere) do que no juízo arbitral.

No juízo arbitral, após o pedido da parte, o árbitro, em atenção ao princípio do contraditório, que “sempre” será respeitado, conforme previsto no parágrafo 2º do artigo 21 da Lei de Arbitragem, determinará a intimação da parte contrária, concedendo-lhe prazo, ainda que breve, para manifestação, na sequência, a parte contra quem a medida foi requerida apresentará sua manifestação, e, enfim, o árbitro deliberará a respeito. Todavia, caso não haja o cumprimento espontâneo da medida, será então necessária a intervenção do Poder Judiciário.

Já no juízo estatal, protocolado o pedido pela parte e uma vez preenchidos os requisitos da tutela de urgência, o juiz poderá conceder a medida, inclusive *inaudita altera parte*, e, ato contínuo, determinará o seu cumprimento. A primeira parte do parágrafo 2º do artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015 autoriza a concessão de tutela de urgência liminarmente, ou seja, no início do processo e sem a oitiva prévia da parte contrária:

“Art. 300.

(...)

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

Observa Arruda Alvim[[51]](#footnote-51) que “[a] tutela de urgência, via de regra, é concedida sem a oitiva da parte contrária, dada a rapidez com que precisa ser analisada”, inclusive conforme permitido pelo artigo 9º, parágrafo único, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, que assim dispõe:

“Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;”

Já está pacificado que a concessão de tutela liminarmente “não quer significar, entretanto, violação do princípio constitucional, porquanto a parte terá oportunidade de ser ouvida, intervindo posteriormente no processo, inclusive com direito a recurso contra a medida liminar concedida sem sua participação. Neste caso, existe o contraditório, que fica *diferido*, postergado para momento posterior do procedimento”[[52]](#footnote-52).

Leonardo Faria Beraldo[[53]](#footnote-53) ilustra também a necessidade de concessão de tutela de urgência sem a oitiva da parte contrária na hipótese de a parte pretender a produção antecipada de uma prova que está na iminência de ser destruída pela parte contrária, já que ouvi-la, em respeito ao contraditório, pode aumentar o risco de a tutela a ser concedida simplesmente perder o seu efeito prático.

A despeito de Carlos Alberto Carmona[[54]](#footnote-54) entender que “o contraditório, sempre necessário, poderá ser diferido por conta da urgência na concessão da medida” e Leonardo Faria Beraldo[[55]](#footnote-55) consignar que é possível a concessão de tutela *inaudita altera parte*, “mesmo que as partes não tenham previamente autorizado o árbitro”, não parece ser o entendimento mais aceitável, de acordo com o parágrafo 2º do artigo 21 da Lei de Arbitragem, que estabelece que sempre será respeitado o princípio do contraditório.

Também há controvérsia na doutrina sobre a possibilidade de o árbitro agir de ofício, o que já é permitido ao juiz em casos excepcionalíssimos.

Assim, fica claro que, para medidas de urgência a serem proferidas urgentemente, inclusive sem a oitiva da parte contrária, o Poder Judiciário é competente para tanto.

* 1. **Após a arbitragem**

Na fase pós-arbitral, compreendida a partir do trânsito em julgado da sentença arbitral, a tutela de urgência pode ser requerida nos autos da ação anulatória de sentença arbitral, com o objetivo de suspender os efeitos da sentença arbitral.

Leonardo de Faria Beraldo ressalva, porém, que a suspensão do cumprimento da sentença arbitral, por meio de liminar em ação anulatória “só se deve dar em casos muito extraordinários”, a fim de não criar precedentes favoráveis à prática de medidas antiarbitragens bem como não violar o disposto no parágrafo 1º do artigo 585 do Código de Processo Civil de 1973, correspondente ao parágrafo 1º do artigo 784 do Código de Processo Civil de 2015[[56]](#footnote-56).

Como, neste momento, a arbitragem já se encerrou e se trata de uma ação que tramita no Poder Judiciário, não há muito debate a respeito da possibilidade de concessão de tutela pelo juiz togado.

1. **Tutelas provisórias no Código de Processo Civil de 2015 e na Lei de Arbitragem**

De acordo com o Código de Processo Civil de 2015, a tutela provisória pode ser de urgência, que, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier[[57]](#footnote-57), “está precipuamente voltada a afastar o *periculum in mora*, serve, portanto, para evitar um prejuízo grave ou irreparável enquanto dura o processo”, ou de evidência, que, segundo a mesma autora, “baseia-se exclusivamente no alto grau de probabilidade do direito invocado, concedendo-se, desde já, aquilo que muito provavelmente virá a final”.

As tutelas de urgência podem ser cautelares (conservativas ou assecuratórias) ou antecipadas (satisfativas). Segundo a mesma autora, “[a]mbas estão caracterizadas por uma cognição sumária, são revogáveis e provisórias e estão precipuamente vocacionadas a neutralizar os males do tempo no processo judicial, mesmo que por meio de técnicas distintas, uma preservando (cautelar) e outra satisfazendo (antecipada)”. Continua ela:

“Noutras palavras, a tutela cautelar evita que o processo trilhe um caminho insatisfatório que o conduzirá à inutilidade. Por sua vez, a tutela antecipada possibilita à parte, desde já, a fruição de algo que muito provavelmente virá a ter reconhecido a final. Pode-se dizer que na cautelar protege-se para satisfazer; enquanto na tutela antecipada satisfaz-se para proteger”.

Ademais, ambas podem ser requeridas de maneira antecedente (antes da formulação do pedido principal) ou incidental (ao mesmo tempo ou após o pedido principal).

Ao comentar o artigo 294 do Código de Processo Civil de 2015, Humberto Theodoro Júnior[[58]](#footnote-58) explica:

“Correspondem esses provimentos extraordinários, em primeiro lugar, às tradicionais medidas de urgência – cautelares (conservativas) e antecipatórias (satisfativas) –, todas voltadas para combater o perigo de dano que possa advir do tempo necessário para cumprimento de todas as etapas do devido processo legal. A essas tutelas de urgência agregou-se mais modernamente a tutela da evidência, que tem como objetivo não propriamente afastar o risco de um dano econômico ou jurídico, mas sim o de combater a injustiça suportada pela parte que, mesmo tendo a evidência d seu direito material, se vê sujeita a privar-se da respectiva usufruição, diante da resistência abusiva do adversário.”

É nítido que o Código de Processo Civil de 2015 procurou adotar um regime jurídico único para as tutelas de urgência. Conforme se extrai da lei processual em vigor, a tutela cautelar e a tutela antecipada são espécies do mesmo gênero, a tutela de urgência.

Por isso, em nossa opinião, andou mal a Lei 13.129/2015 que, mesmo posterior ao Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015), incluiu o capítulo IV-A e os artigos 22-A e 22-B na Lei de Arbitragem, assim redigidos:

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

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

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

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.”

Observe-se que todos os dispositivos legais acima transcritos (artigo 22-A, *caput* e parágrafo único, e artigo 22-B, *caput* e parágrafo único) dispõem sobre a “medida cautelar” e a “medida de urgência” como se diferentes fossem, apesar de aquela ser espécie desta. Não se cogita de cautelar não urgente.

Ainda, as alterações em questão abrem a possibilidade, embora não expressa, de ser requerida tutela antecipada, que também é espécie de medida de urgência, como será melhor tratada a seguir.

Por fim, parece estar vedada a concessão de tutela de evidência, não mencionada expressamente e também não englobada em outra denominação, qual seja, tutela provisória, à qual não há qualquer referência na Lei de Arbitragem.

* 1. **Tutela antecipada**

Há quem defenda que o árbitro apenas pode deferir o pedido de tutela antecipada se houver autorização expressa para tanto na convenção de arbitragem[[59]](#footnote-59).

Por outro lado, há também quem entenda que o árbitro pode conceder a tutela antecipada a não ser que exista vedação expressa, uma vez que “a convenção de arbitragem dá, ao árbitro, plenos poderes jurisdicionais, por conseguinte, as limitações é que precisam ser explicitadas”[[60]](#footnote-60).

Apesar de discordarem com relação aos poderes do árbitro para tratar ou não de tutela antecipada, a maioria parece concordar que o juiz não pode deferi-la, “pois antecipar a tutela só cabe a quem tem jurisdição para apreciar a matéria de fundo”, ou seja, o árbitro ou o tribunal arbitral, conforme destacado por Francisco José Cahali[[61]](#footnote-61).

Carlos Alberto Carmona[[62]](#footnote-62) não vê obstáculo para que o árbitro possa antecipar tutela, mas frisa que qualquer decisão relativa a eventual antecipação de tutela somente poderia ser tomada pelo árbitro, cabendo ao juiz somente a execução do provimento, se necessário fosse. Isso porque, se apenas o árbitro está autorizado a proferir a sentença arbitral, somente ele poderia também antecipar os seus efeitos.

Nessa mesma esteira, Luiz Antonio Scavone Junior[[63]](#footnote-63) entende que, “diferentemente da ação cautelar preparatória, a antecipação de tutela (...) somente pode ser concedida pelo árbitro, a quem toca decidir o conflito entre as partes e o próprio pedido nos termos da convenção de arbitragem”.

Francisco José Cahali[[64]](#footnote-64) considera que “ao Poder Judiciário estará vedado o deferimento desta medida, ainda que em aplicação da teoria da fungibilidade em ação cautelar preparatória”. Explica o autor:

“No exato instante em que as partes optaram por encaminhar o conflito ao juízo arbitral, a solução, em definitivo ou antecipada, a este pertence, inadmitindo-se, aqui, fracionamento da jurisdição, pois o provimento é o mesmo (distingue-se, como referido, quanto ao momento e transitoriedade, mas no mesmo processo/procedimento), e será reservada a análise, por opção das partes, à arbitragem.”

Esse é o entendimento majoritário do Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme se observa dos julgados abaixo:

“Medida cautelar inominada – Pretensão de antecipação da tutela de urgência pretendida em processo distinto, em fase de apelação, bem como ao encerramento do contrato de consórcio, com a isenção de responsabilidade pela inexecução da obra – Impossibilidade de recebimento da cautelar como sucedâneo recursal – Cláusula compromissória cheia – Convenção privada inserida no instrumento por meio da qual as partes se comprometem a submeter previamente à arbitragem os litígios que possam vir a surgir – Competência exclusiva – Arts. 4ª, 8º, 32, I e 33, da Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem) e art. 853, do Código Civil – Possibilidade de exame pelo Judiciário somente após a sentença arbitral – Risco de imutabilidade e irreversibilidade pela natureza satisfativa da medida – Inadequação da via eleita – Carência decretada.”[[65]](#footnote-65)

“MEDIDA CAUTELAR objetivando cumprimento de obrigação de fazer - Obrigação, todavia, que se exaure em si própria, de nítido caráter satisfativo - Impossibilidade de antecipação de tutela visto implicar, por via oblíqua, o descumprimento de cláusula de arbitragem estabelecida entre as partes - Agravo provido, para arredar a tutela antecipada.”[[66]](#footnote-66)

“AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. PLEITO DE PROVIDÊNCIA CAUTELAR, EM CARÁTER PREPARATÓRIO DE PROCEDIMENTO ARBITRAL. MEDIDA LIMINAR. NATUREZA EMINENTEMENTE SATISFATIVA, QUE ENSEJARIA A VIOLAÇÃO DOS LIMITES DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. INDEFERIMENTO QUE PREVALECE. AGRAVO IMPROVIDO. Os contratos contêm cláusulas compromissórias, fixando que a solução dos conflitos ocorrerá por meio de arbitragem em país estrangeiro. As medidas pretendidas sob o rótulo cautelar, na verdade, têm natureza satisfativa, implicando verdadeira antecipação de tutela, cuja apreciação enseja a necessidade de exame de matéria inerente ao plano de atuação restrita do árbitro.”[[67]](#footnote-67)[[68]](#footnote-68)

Em sentido contrário, Leonardo de Faria Beraldo assinala que, “se estiver em jogo o perecimento do direito de uma das partes, e não existir um árbitro a quem pedir a tutela antecipada, parece-nos razoável que o juiz togado possa, sobre isso, se manifestar”[[69]](#footnote-69).

José Antonio Fichtner e André Luís Monteiro[[70]](#footnote-70) também ponderam a respeito: “Esta mesma regra, vale, evidentemente, para a concessão de tutela antecipada, quando os fatos exigirem esta espécie de tutela de urgência, através da demonstração pela parte requerente dos pressupostos legais dos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, e o tribunal arbitral ainda não estiver instituído. Tanto mais quando se observa o caráter ostensivo de fungibilidade atualmente empregado pelo legislador aos institutos da medida cautelar e da tutela antecipada, *ex vi* do § 7.º do art. 273 do ordenamento processual civil. O que não se admite, a toda evidência, é a possibilidade de perecimento dos direitos das partes em razão de eventuais obstáculos no início do processo arbitral”.

Foi o que decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em um único julgado sobre o tema:

“Agravo de instrumento - Medida cautelar - Bem móvel - Cana-de-açúcar. A ação cautelar é possível, ainda que implique, de certo modo, antecipação de tutela, pois muitas vezes ambas as providências se confundem - Embora prevista a instauração de arbitragem, enquanto não instaurada, as partes podem valer-se do Poder Judiciário para obtenção de medida cautelar, ainda que implique antecipação de tutela, sob pena, de assim não sendo, a parte prejudicada não ter tutela jurisdicional à sua disposição (art. 5º, XXXV, CF) - O contrato com a Usina Continental S.A. já tem vários anos de cumprimento, o que torna razoável que ela fizesse as colheitas, como de fato aconteceu, ao menos em parte, ao ser proferida a r. decisão agravada - Devem ser mantidos, por ora, os efeitos que já tiverem sido produzidos em razão da r. decisão do douto relator sorteado - De autorizar-se o levantamento da quantia que for depositada em juízo em razão da colheita da cana e que, em tese, é devida aos fornecedores, sem prejuízo do que vier a ser apurado no procedimento principal. Agravo desprovido, com observações.”[[71]](#footnote-71)

No entanto, caso se entenda pela concessão de tutela antecipada pelo juízo estatal, poderia ele, em tese, deferi-la em caráter antecedente. Assim, em razão da urgência pode o autor requerer apenas a antecipação da tutela satisfativa na petição inicial, limitando-se a indicar o quanto previsto no *caput* e nos parágrafos 4º e 5º no artigo 303 do Código de Processo Civil de 2015:

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

(...)

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

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

Porém, ao optar por uma petição inicial mais simplificada, uma vez concedida a tutela antecipada, o autor deverá aditar a sua petição inicial, nos mesmos autos, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de extinção do processo, conforme previsto nos parágrafos 1º, inciso I, 2º e 3º do mesmo artigo:

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

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

(...)

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

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

Assim, deferida a tutela, caberá, então, ao autor, complementar a sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final. Contudo, se não for realizado o aditamento pelo autor no prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da concessão da tutela antecipada, o processo será extinto, sem resolução de mérito, cessando-se, assim, a eficácia da medida antecipatória concedida.

Para o pedido de tutela antecipada antecedente realizado na fase pré-arbitral, o aditamento seria, em tese, o próprio pedido de instituição de arbitragem, que deve ser dirigido à câmara arbitral e não ao Poder Judiciário, razão pela qual não seria apropriado fazê-lo nos próprios autos, como prevê o Código de Processo Civil de 2015.

Além disso, o parágrafo único do artigo 22-A da Lei de Arbitragem prevê que cessará a eficácia da medida requerida junto ao Poder Judiciário se não instituída a arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias contado a partir da efetivação da medida:

“Art. 22-A. (...)

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

Para evitar que cesse a eficácia da tutela antecipada em caráter antecedente deferida em seu favor, deverá o autor, de um lado, aditar sua petição inicial no prazo de 15 (quinze) dias contado da concessão da medida, de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, e, de outro, requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias contado da efetivação da medida, consoante a Lei de Arbitragem. Há uma incongruência nos prazos.

Também é de rigor avaliar se a medida concedida sujeita-se, ou não, à técnica de estabilização prevista no artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015:

“Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.”

Com a estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente, novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, possibilita-se, na opinião de Teresa Arruda Alvim Wambier[[72]](#footnote-72), que “a decisão proferida em sede de antecipação de tutela, no âmbito do procedimento antecedente, produza e mantenha seus efeitos, independentemente da continuidade do processo de cognição plena, quando as partes conformarem-se com tal decisão. Se as partes ficam satisfeitas com a decisão que concedeu a tutela antecipada, baseada em cognição sumária e sem força de coisa julgada, o NCPC não as obriga a prosseguir no processo, para obter uma decisão de cognição plena, com força de coisa julgada material”.

Nesse contexto, admitindo-se a concessão de tutela antecipada em caráter antecedente em disputa que será dirimida em sede de arbitragem e tendo a parte indicado que pretende valer-se do benefício da estabilização, cabem alguns questionamentos.

Ora, para evitar que a decisão se torne estável, seria necessária a interposição de recurso ou de qualquer forma de resistência ou de inconformismo da parte contrária, mas resta a dúvida de onde deve ser apresentado, se no juízo estatal ou se no juízo arbitral.

Do mesmo modo, uma vez estabilizada a tutela, a ação para rever, reformar ou invalidar a tutela estabilizada deve ser ajuizada em uma das jurisdições (Poder Judiciário ou câmara arbitral).

De acordo com o Código de Processo Civil de 2015, a tutela antecipada conserva os seus efeitos até ser revista, reformada ou invalidada nos termos da ação mencionada anteriormente.

Mas, nos termos do *caput* do artigo 22-B da Lei de Arbitragem, poderia o árbitro manter, modificar ou revogar a tutela concedida pelo Poder Judiciário:

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

Há nítida incompatibilidade entre os artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil de 2015, que tratam da tutela cautelar em caráter antecedente, com os artigos 22-A e 22-B da Lei de Arbitragem.

* 1. **Tutela da evidência**

Conforme lecionado por Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira[[73]](#footnote-73), diferentemente da tutela de urgência, que é urgente, pois “há um perigo iminente de perda ou de lesão ao direito que a pare declara ter, o que implica na necessidade da obtenção de uma proteção jurisdicional rápida”, na tutela de evidência, “o magistrado pode, desde logo, reconhecer a presença de uma grande possibilidade da existência do direito alegado”.

Como bem colocado por Teresa Arruda Alvim Wambier[[74]](#footnote-74), “[h]á situações em que o direito invocado pela parte se mostra com um grau de probabilidade tão elevado, que se torna evidente”.

A tutela de evidência não está contemplada na Lei de Arbitragem, que faz referência a “medida cautelar ou de urgência”, como se viu acima, o que, de início, já afastaria a sua concessão em casos em que há convenção de arbitragem.

Prevista no artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015[[75]](#footnote-75), a tutela de evidência é uma tutela provisória, mas não de urgência, como são a tutela cautelar e a tutela antecipada. Ela é fundada exclusivamente na evidência do direito, não sendo o “*periculum in mora*” um requisito à sua concessão.

Arruda Alvim[[76]](#footnote-76) entende que “[o] objetivo é conferir ao autor a possibilidade de demonstrar que a probabilidade do direito estar a seu favor é tão grande, que sequer se cogita da existência de situação de urgência para que uma tutela lhe seja concedida”.

Segundo Humberto Theodoro Júnior[[77]](#footnote-77), “[o] que distingue a tutela da evidência das medidas de urgência é a desnecessidade do *periculum in mora*. Este pode favorecer o seu deferimento, mas não é requisito indispensável”.

Se não se cogita do *periculum in mora*, é crível que a tutela de evidência não possa ser requerida ao árbitro ou ao Poder Judiciário nas situações já analisadas acima. Conquanto não há urgência no pedido, não há o que se preservar ou se satisfazer, como ocorre na tutela cautelar e na tutela antecipada, respectivamente, até que seja proferida a sentença arbitral como provimento final.

Não obstante isso, há controvérsia na doutrina sobre a cognição da tutela de evidência. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero entendem que a tutela da evidência é fundada em cognição sumária[[78]](#footnote-78). Porém, se na lição de Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira[[79]](#footnote-79), a tutela de evidência “pode ser concebida independentemente de dano ou de risco ao resultado útil do processo, bastando-lhe a possibilidade do magistrado reconhecer de plano (*prima facie*), mediante cognição exauriente, o direito alegado pelo autor”, há nítida invasão na competência do árbitro se fosse concedida pelo juiz togado em caso que deva se submeter à arbitragem.

Além da controvérsia sobre a ausência do requisito da urgência, surge também outra dúvida: estaria o árbitro sujeito à tese firmada em súmula vinculante ou em julgamento de casos repetitivos, conforme previsto no inciso II do artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015[[80]](#footnote-80)?

De acordo com o art. 103-A da Constituição Federal, a súmula vinculante, sendo comparada a lei em sentido estrito, obriga que os magistrados, de todas as esferas e instâncias, a apliquem. E conforme previsto na primeira parte do artigo 18 da Lei de Arbitragem[[81]](#footnote-81), o árbitro é juiz de fato e de direito, de modo que estaria obrigado a tal norma.

Para Júlia Schledorn de Camargo[[82]](#footnote-82), “em uma arbitragem doméstica ou internacional, a decisão de que a lei aplicável em relação ao mérito da demanda será a lei brasileira obriga o árbitro ou árbitros a observar e aplicar a súmula vinculante se verificada a hipótese de subsunção dos fatos a esta norma”.

Os argumentos para tanto são os seguintes: i) a súmula vinculante é comparada à lei em sentido estrito; ii) o árbitro exerce função jurisdicional; iii) a ausência de poder de império do árbitro não é justificativa para diferenciar as atividades exercidas pelo juiz e pelo árbitro; iv) aceitar que o árbitro não estaria obrigado a empregar, em suas decisões, a súmula vinculante, criaria uma diferenciação de jurisdições (a arbitral e a estatal) e, isso, abalaria o caráter jurisdicional da arbitragem; v) violaria o princípio da isonomia, na medida em que demandas semelhantes poderão ter decisões distintas; e vi) violaria o princípio da segurança jurídica, nos aspectos material e formal, e poderia criar situações de fraude à lei.

Fábio de Vasconcellos Menna[[83]](#footnote-83) afirma que a não aplicação da súmula pelo árbitro no procedimento arbitral representa violação à ordem pública e, logo, invalidade da sentença.

Em sentido contrário, Júlia Dinamarco[[84]](#footnote-84) afirma que “o respeito à Súmula Vinculante somente é obrigação, na acepção jurídica do termo, para os destinatários indicados no art. 103-A da Constituição, entre os quais não se incluem particulares e tão pouco árbitros”, além de que a súmula vinculante “não passou a ser fonte de direito em nosso sistema” e que “o advento da súmula vinculante em nosso direito não transformou a atividade do STF em atividade de criação jurídica”, de modo que, sendo sua função de revelação da norma jurídica, a súmula vinculante continua sendo qualificada apenas como jurisprudência.

Eduardo de Albuquerque Parente[[85]](#footnote-85) também é contrário à tese de que o árbitro estaria obrigado a aplicar a súmula vinculante: “não nos parece que o árbitro esteja obrigado pela súmula vinculante. Ainda que cause estranheza a alguns, nada há a se fazer em caso tal. Obviamente não cabe recurso. Tampouco é possível a demanda do art. 33. E resumo, é o mesmo que ocorre quando o árbitro julga mal o direito, quando julga contrariamente à lei. Não é possível anular a sentença, pois que, repetimos, esta demanda não visa atacar erros *in judicando*, mas apenas anulabilidades *in procedendo*. Logo, o fato é que a súmula vinculante obriga ao juiz, mas não ao árbitro”.

Leonardo de Faria Beraldo[[86]](#footnote-86) adere também ao entendimento de que o árbitro não está obrigado a seguir o enunciado das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Segundo ele, “a súmula vinculante é, apenas, a interpretação do STF, com quórum qualificado, sobre um dispositivo constitucional, logo, não nos afigura razoável e correto que o árbitro tenha que se submeter ao entendimento adotado por essa corte”. Acrescenta, ainda, “[o] grande motivo para a criação da súmula vinculante foi o de tentar diminuir o número de recursos e de ações que chegam ao Judiciário. Esse, por certo, não é um problema em se falando de arbitragem”.

Já as decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial sob o regime do recurso repetitivo, também não vinculam o árbitro, segundo Leonardo de Faria Beraldo[[87]](#footnote-87).

1. **Considerações finais**

As medidas de urgência em arbitragem devem ser requeridas ao árbitro, submetendo-se ao procedimento estabelecido na convenção de arbitragem. Mas, diante do momento e/ou da circunstância, podem ser requeridas ao juiz togado que, além de efetivar, se necessário for, as tutelas concedidas na via arbitral, já que o poder privativo lhe é privativo, aprecia também pedidos de tutela provisória apresentados pelas partes.

Conquanto o Código de Processo Civil não se aplique, automaticamente, ao procedimento arbitral, quando do pedido judicial de tutela provisória, os requisitos para sua concessão devem ser estritamente observados pelas partes, e, quando possível, compatibilizados com a arbitragem.

1. “PROCESSO CIVIL. SEGREDO DE JUSTIÇA. ART. 155 DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO. INFORMAÇÕES COMERCIAIS DE CARÁTER CONFIDENCIAL E ESTRATÉGICO. POSSIBILIDADE. - O rol das hipóteses de segredo de justiça contido no art. 155 do CPC não é taxativo. - Admite-se o processamento em segredo de justiça de ações cuja discussão envolva informações comerciais de caráter confidencial e estratégico. Agravo a que se nega provimento.” (STJ, AgRg na MC 14.949/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/05/2009, DJe 18/06/2009) [↑](#footnote-ref-1)
2. Disponível em <http://www.ccbc.org.br/Materia/1067/regulamento>. Acesso em 09/11/2016. [↑](#footnote-ref-2)
3. OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; e OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 621. [↑](#footnote-ref-3)
4. ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016, p. 170. [↑](#footnote-ref-4)
5. “Art. 21. (...)

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.” [↑](#footnote-ref-5)
6. BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 271-273, esp. p. 272. [↑](#footnote-ref-6)
7. BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, p. 272. [↑](#footnote-ref-7)
8. BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 270. [↑](#footnote-ref-8)
9. “Art. 1.086. O juízo arbitral pode tomar depoimento das partes, ouvir testemunhas e ordenar a realização de perícia. Mas lhe é defeso:

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

II - decretar medidas cautelares.

Art. 1.087. Quando for necessária a aplicação das medidas mencionadas nos números I e II do artigo antecedente, o juízo arbitral as solicitará à autoridade judiciária competente para a homologação do laudo.” [↑](#footnote-ref-9)
10. CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1993, pp. 108-109 *apud* CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 323. [↑](#footnote-ref-10)
11. “Art. 22.

(...)

§ 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.” [↑](#footnote-ref-11)
12. “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.

§ 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§ 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.

§ 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.” [↑](#footnote-ref-12)
13. CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014, p. 269. [↑](#footnote-ref-13)
14. CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, 2009, p. 323. [↑](#footnote-ref-14)
15. Alexandre Freitas Câmara. *Arbitragem – Lei 9.307/96*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, pp. 83-84 *apud* CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, 2009, p. 324. [↑](#footnote-ref-15)
16. CAHALI, Francisco José, pp. 270, 269, 278. [↑](#footnote-ref-16)
17. Paulo Furtado e Uadi L. Bulos. *Lei da Arbitragem Comentada*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 93 *apud* CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, 2009, p. 324. [↑](#footnote-ref-17)
18. “Aspectos processuais da nova lei de arbitragem”, *in* *Arbitragem: A Nova Lei Brasileira (9.307/96) e a Praxe Internacional*, Coord. de Paulo Borba Casella. São Paulo: Ltr, 1997, pp. 131-156, esp. p. 148 *apud* CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, pp. 324-325. [↑](#footnote-ref-18)
19. CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 325. [↑](#footnote-ref-19)
20. “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro”, *in Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Pedro A. Batista Martins, Selma M. Ferreira Lemes e Carlos Alberto Carmona, Rio de Janeiro, Forense, 1999, pp. 357-382, esp. p. 363 *apud* CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 325. [↑](#footnote-ref-20)
21. FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. Medidas urgentes no processo arbitral brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*. n. 35. v. 9. Rio de Janeiro: Renovar, jul.-set. 2008, p. 53 *apud* CAHALI, Francisco José. *Op. Cit.*, p. 269. [↑](#footnote-ref-21)
22. SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 166 [↑](#footnote-ref-22)
23. CAHALI, Francisco José. *Op. Cit.*, pp. 271, 278. [↑](#footnote-ref-23)
24. Leonardo de Faria Beraldo pondera que “[é] vedado, ao juiz, rever o mérito da decisão arbitral, salvo em raríssimas exceções” (BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, p. 627). [↑](#footnote-ref-24)
25. CAHALI, Francisco José. *Op. Cit.*, p. 278. [↑](#footnote-ref-25)
26. BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, p. 381-382. [↑](#footnote-ref-26)
27. BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, pp. 381-382 [↑](#footnote-ref-27)
28. COSTA, Nilton César Antunes da. *Poderes do árbitro: de acordo com a Lei 9.307/96*. São Paulo: RT, 2002, pp. 127-128 *apud* BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, p. 382. [↑](#footnote-ref-28)
29. “Art. 37.

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” [↑](#footnote-ref-29)
30. BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. Cit.*, p. 232. [↑](#footnote-ref-30)
31. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 267. [↑](#footnote-ref-31)
32. NERY, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 766. [↑](#footnote-ref-32)
33. BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. Cit.*, p. 267. [↑](#footnote-ref-33)
34. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 20ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 355. [↑](#footnote-ref-34)
35. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 315. [↑](#footnote-ref-35)
36. ALVIM, Arruda. *Op. Cit.*, p. 177. [↑](#footnote-ref-36)
37. OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; e OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Op. Cit.*, p. 627. [↑](#footnote-ref-37)
38. PITOMBO, Eleonora Coelho. Arbitragem e o Poder Judiciário: aspectos relevantes. In: Aspectos práticos da arbitragem. Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (coord.). São Paulo: Quartier Latin, pp. 108-109 *apud* BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, p. 360. [↑](#footnote-ref-38)
39. BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, p. 206. [↑](#footnote-ref-39)
40. CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 327. [↑](#footnote-ref-40)
41. STJ, AgRg na MC 19.226/MS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012.

No mesmo sentido: “Medida cautelar - Juízo arbitral - Inexistência de óbice a que a parte interessada utilize as vias judiciais quando a necessidade da providência cautelar surgir antes da instauração do procedimento arbitral - "Contrato de Venda de Reduções de Emissão Certificadas" que garante às partes o direito de se socorrerem das vias judiciais, "para conseguir a adoção de medidas provisórias que protejam os direitos estabelecidos anteriormente à instauração da arbitragem". Medida cautelar - Juízo arbitral - Competência da jurisdição brasileira que é concorrente em casos de existência de cláusula de eleição de foro de jurisdição estrangeira - Art. 88, II, do CPC - Extinção sem resolução de mérito do processo cautelar, com amparo no art. 267, VII, do CPC, que não se legitima - Sentença anulada - Determinado o prosseguimento da ação cautelar até instalação do juízo arbitral - Apelo provido. Medida cautelar - Liminar - Pleiteada liminar para que as instituições financeiras mencionadas na inicial, ainda que notificadas pela requerida, abstenham-se de efetuar qualquer desembolso de valor em seu favor, concernente aos contratos de fiança bancária, até o julgamento da ação cautelar - Cabimento - Possibilidade de se reconhecer, em princípio, a presença do "fumus boni iuris" - Atestado o "periculum in mora" - Liminar deferida.” (TJSP, Apelação nº 0130332-32.2012.8.26.0100, Relator José Marcos Marrone, 23ª Câmara de Direito Privado, julgado em 17/10/2012) [↑](#footnote-ref-41)
42. TJSP, Apelação nº 0123750-69.2005.8.26.0000, Relator Silvério Ribeiro, 5ª Câmara de Direito Privado, julgado em 11/06/2008. [↑](#footnote-ref-42)
43. TJSP, Agravo de Instrumento nº 9047141-86.2005.8.26.0000, Relator Sergio Gomes, 9ª Câmara de Direito Privado, julgado em 03/05/2005. [↑](#footnote-ref-43)
44. TJSP, Apelação nº 0205403-40.2012.8.26.0100, Relator Enio Zuliani, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 23/04/2013. [↑](#footnote-ref-44)
45. BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, p. 626. [↑](#footnote-ref-45)
46. CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 328. [↑](#footnote-ref-46)
47. “8.1. A menos que tenha sido convencionado de outra forma pelas partes, o Tribunal Arbitral poderá determinar medidas cautelares, coercitivas e antecipatórias, que poderão, a critério do Tribunal, ser subordinadas à apresentação de garantias pela parte solicitante.” [↑](#footnote-ref-47)
48. CAHALI, Francisco José. Medidas de urgência na arbitragem e o novo Regulamento do CAM/CCBC cit. Revista de Arbitragem e Mediação. n. 33, 2012 *apud* CAHALI, Francisco José. *Op. Cit.*, p. 271. [↑](#footnote-ref-48)
49. FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. Medidas urgentes no processo arbitral brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*. n. 35. v. 9. Rio de Janeiro: Renovar, jul.-set. 2008, p. 67 *apud* CAHALI, Francisco José. *Op. Cit.*, p. 272. [↑](#footnote-ref-49)
50. STJ, REsp 1331100/BA, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 22/02/2016. [↑](#footnote-ref-50)
51. ALVIM, Arruda. *Op. Cit.*, pp. 181-182. [↑](#footnote-ref-51)
52. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2016, p. 276. [↑](#footnote-ref-52)
53. BERALDO. Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, pp. 362-363 [↑](#footnote-ref-53)
54. CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 325. [↑](#footnote-ref-54)
55. BERALDO. Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, p. 364. Mais à frente (p. 377), conclui que: “o contraditório pode, em casos excepcionais, ser diferido, não podendo ser dispensado”. [↑](#footnote-ref-55)
56. Art. 784. (...)

§ 1º A propositura de qualquer ação relativa a débito constante de título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução. [↑](#footnote-ref-56)
57. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016, pp. 539, 540. [↑](#footnote-ref-57)
58. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. Cit.*, p. 353. [↑](#footnote-ref-58)
59. MAGALHÃES, José Carlos de. A tutela antecipada no processo arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 4, São Paulo: RT, 2005, pp. 15, 17 *apud* BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, p. 377. [↑](#footnote-ref-59)
60. BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, p. 377. [↑](#footnote-ref-60)
61. CAHALI, Francisco José. *Op. Cit.*, p. 266. [↑](#footnote-ref-61)
62. CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, pp. 329-330. [↑](#footnote-ref-62)
63. SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Op. Cit.*, p. 167. [↑](#footnote-ref-63)
64. CAHALI, Francisco José. *Op. Cit.*, p. 273. [↑](#footnote-ref-64)
65. TJSP, Medida Cautelar Inominada nº 2034879-77.2015.8.26.0000, Relator César Peixoto, 38ª Câmara de Direito Privado, julgado em 28/10/2015. [↑](#footnote-ref-65)
66. TJSP, Agravo de Instrumento nº 0025282-89.2013.8.26.0000, Relator Luiz Ambra, 8ª Câmara de Direito Privado, julgado em 08/05/2013. [↑](#footnote-ref-66)
67. TJSP, Agravo de Instrumento nº 0026767-61.2012.8.26.0000, Relator Antonio Rigolin, 31ª Câmara de Direito Privado, julgado em 28/02/2012. [↑](#footnote-ref-67)
68. Observe-se dos julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo que o Poder Judiciário rejeitou o pedido de concessão de tutela cautelar em razão do caráter satisfativo impingido, que a confundiria com a tutela antecipada. O primeiro deles, aliás, apontou também o perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, o que impede a concessão da tutela, nos termos do parágrafo 3º do artigo 300 do Código de Processo Civil:

“Art. 300. (...)

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

Teresa Arruda Alvim Wambier destaca que a norma se preocupa com a “irreversibilidade das consequências da efetivação da tutela de urgência”. Aponta, ainda, que, em alguns casos, mesmo irreversível, deve ser deferida, sob pena de negativa de tutela jurisdicional. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.*, pp. 553-554). [↑](#footnote-ref-68)
69. BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, p. 378. [↑](#footnote-ref-69)
70. FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. Medidas urgentes no processo arbitral brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*. n. 35. v. 9. Rio de Janeiro: Renovar, jul.-set. 2008, p. 59 *apud* CAHALI, Francisco José. *Op. Cit.*, p. 274. [↑](#footnote-ref-70)
71. TJSP, Agravo de Instrumento nº 0112844-10.2011.8.26.0000, Relator Lino Machado, 30ª Câmara de Direito Privado, julgado em 27/07/2011. [↑](#footnote-ref-71)
72. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.*, p. 563. [↑](#footnote-ref-72)
73. OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; e OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Op. Cit.*, p. 623. [↑](#footnote-ref-73)
74. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.*, p. 578. [↑](#footnote-ref-74)
75. “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

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

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

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

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

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.” [↑](#footnote-ref-75)
76. ALVIM, Arruda. *Op. Cit.*, p. 193. [↑](#footnote-ref-76)
77. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. Cit.*, p. 379. [↑](#footnote-ref-77)
78. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 322. [↑](#footnote-ref-78)
79. OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; e OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Op. Cit.*, p. 657. [↑](#footnote-ref-79)
80. “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

(...)

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;” [↑](#footnote-ref-80)
81. “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.” [↑](#footnote-ref-81)
82. CAMARGO, Júlia Schledorn de. A influência da súmula persuasiva e vinculante dos tribunais superiores brasileiros na arbitragem. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da PUC-SP. São Paulo, 2013, p. 165 *apud* BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, p. 644. [↑](#footnote-ref-82)
83. MENNA, Fábio de Vasconcellos. Limites da arbitragem. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da PUC-SP. São Paulo, 2010, p. 163 *apud* BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, p. 644. [↑](#footnote-ref-83)
84. DINAMARCO, Júlia. O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente. In: Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam. Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins (coords.). São Paulo: Atlas, 2007, pp. 69-70 *apud* BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, p. 645. [↑](#footnote-ref-84)
85. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo, Atlas, 2012, pp. 286-287. *apud* BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, p. 645. [↑](#footnote-ref-85)
86. BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, p. 646. [↑](#footnote-ref-86)
87. BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. Cit.*, p. 646. [↑](#footnote-ref-87)